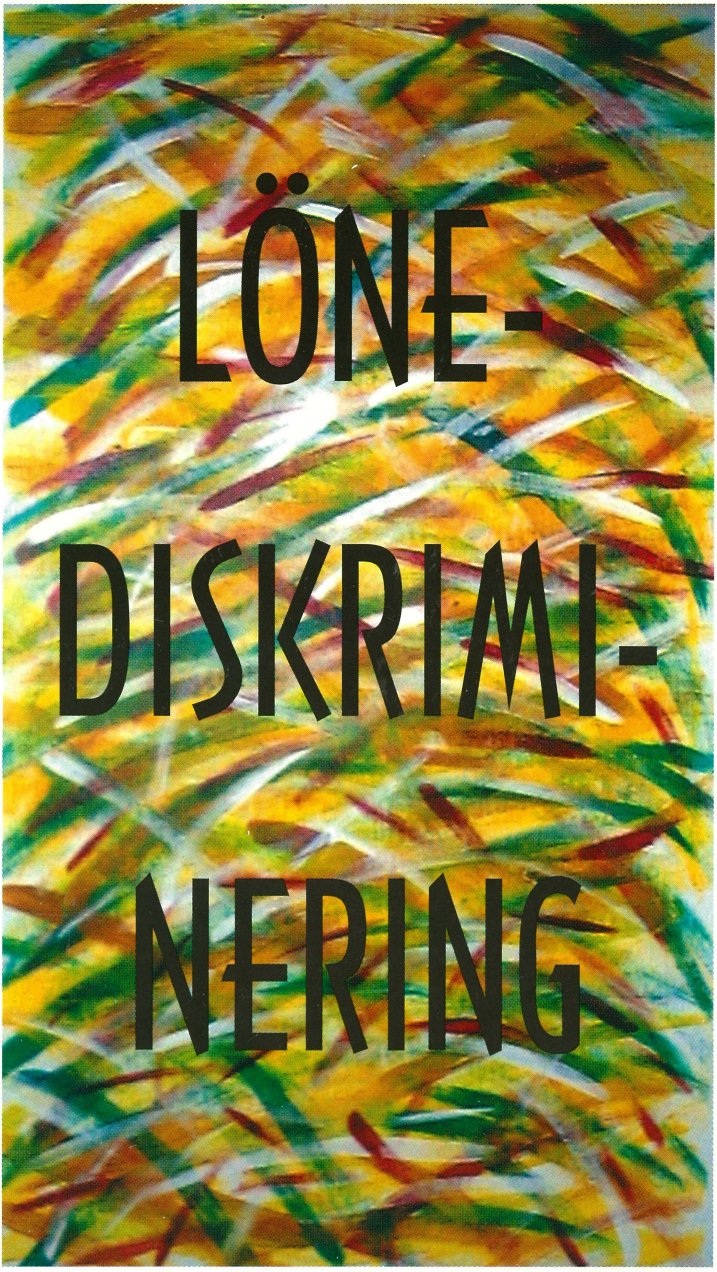
SUSANNE FRANSSON



IUSTUS FÖRLAG

Juridikbok.se

Denna digitala version av verket är nedladdad från juridikbok.se.

Den licens som tillämpas för de verk som finns på juridikbok.se är **Creative Commons CC BY-NC 4.0**. Licensvillkoren måste följas i sin helhet och dessa finner du här https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/legalcode.sv

Sammanfattningsvis innebär licensen följande:

Tillstånd för användaren att:

• Kopiera och vidaredistribuera materialet oavsett medium eller format

• Bearbeta och bygga vidare på materialet

Villkoren för tillståndet är:

• Att användaren ger ett korrekt erkännande, anger en hyperlänk till licensen och anger om bearbetningar är gjorda av verket. Detta ska göras enligt god sed.

• Att användaren inte använder materialet för kommersiella ändamål.

• Att användaren inte tillämpar rättsliga begränsningar eller teknik som begränsar andras rätt att gör något som licensen tillåter.

Se även information på
https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.sv

http://urn.kb.se/resolve?urn=urn:nbn:se:juridikbokse-f4400

Lönediskriminering

Lönediskriminering

EN ARBETSRÄTTSLIG STUDIE AV
KÖNSDISKRIMINERANDE LÖNESKILLNADER
OCH KONFLIKTEN MELLAN
KOLLEKTIVAVTAL OCH LAG

Susanne Fransson

HANDELSHÖGSKOLAN I STOCKHOLM
BIBLIOTEKET

10 0076096 4

IUSTUS FÖRLAG

Abstract

Fransson, Susanne, 2000, Lönediskriminering En arbetsrättslig studie av könsdiskriminerande löneskillnader och konflikten mellan kollektivavtal och lag. Wage discrimination, A study of labour law in regards to gender discriminative wages and the conflict between collective agreements and law. Iustus Förlag 530 pp. Uppsala 2000. ISBN 91-7678-455-X.

The purpose of this dissertation is to investigate how the labour market creates and interprets gender. The goal is to analyse the *phenomenon wage discrimination,* its norms, principles and practices as they relate to gender. Gender systems theory and normative model theory form the framework for this study. Argumentation analysis models are the tools used to study how the courts legitimise interpretations of the principle of equal pay. There are two primary questions of interest. Is there within the prohibition of wage discrimination an internal conflict between individual and collective norms? How are norms concerning equal pay for equal or comparable work interpreted and applied in the courts?

The dissertation is composed of six parts. The introductory section, *The framework for the study*, is a description of the subject, wage discrimination. The premise of the discussion is that the right to non-discriminatory wages is a human right. The second section of the dissertation, *Women and men's working conditions from an historical perspective*, is a survey working conditions for women and men from the early Middle Ages until the 1990s. Section three *The principle of equal pay on an international and regional level*, is primarily, an investigation of the European Court of Justice (ECJ) interpretation of Article 119 (141). Section four, *The ban against wage discrimination in the Law of Equal Opportunity*, is a study of the norms, interpretations and practices of the Law of Equal Opportunity, at the national level. This disposition was chosen in order to reveal the discrepancy between national law and EC-Law. In section five, *Negotiation and collective agreement systems in a gender-differentiated labour market*, the prerequisites for change within the framework of the system are studied. The study concludes with, *Wage discrimination – a comprehensive analysis.*

The Labour Court and the Court of Justice judicial argumentation preserves the status quo but on different grounds. The dichotomous gender hierarchy characterises the Court of Justice interpretation of the principle of equal pay. The gender segregated negotiations- and collective agreement system and their norms and values of women and men's work characterise the Labour Courts argumentation. Conflict between law and collective agreement is obvious. Separation or discriminations logic is expressed here. The court's justification of the logic of discrimination supports stability in the labour market and the unforeseen – in form of new valuations of women and men's work – are not the concern of the courts.

Key words

Collective agreements, EC-law, equality, gender discrimination, gender segregation, labour law, wage discrimination, trade unions and work evaluation.

Susanne Fransson, Juridiska institutionen, Handelshögskolan, Box 650, 405 30 Göteborg

© Författaren och Iustus Förlag AB, Uppsala 2000
ISBN 91-7678-455-X
Omslag: Eva Waites
Sättning: Harnäs Text & Grafisk Form
Tryck: Graphium Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 2000

LÖNEDISKRIMINERING

EN ARBETSRÄTTSLIG STUDIE AV KÖNSDISKRIMINERANDE LÖNESKILLNADER OCH KONFLIKTEN MELLAN KOLLEKTIVAVTAL OCH LAG

Susanne Fransson

AKADEMISK AVHANDLING
som för avläggande av juris doktorsexamen
vid Handelshögskolan Göteborgs universitet
kommer att offentligt försvaras
lördagen den 24 februari 2001, kl 10,
i sal E 44 Handelshögskolan, Vasagatan 1.

Göteborg 2001

Abstract

The purpose of this dissertation is to investigate how the labour market creates and interprets gender. The goal is to analyse the *phenomenon wage discrimination,* its norms, principles and practices as they relate to gender. Gender systems theory and normative model theory form the framework for this study. Argumentation analysis models are the tools used to study how the courts legitimise interpretations of the principle of equal pay. There are two primary questions of interest. Is there within the prohibition of wage discrimination an internal conflict between individual and collective norms? How are norms concerning equal pay for equal or comparable work interpreted and applied in the courts?

The dissertation is composed of six parts. The introductory section, *The framework for the study*, is a description of the subject, wage discrimination. The premise of the discussion is that the right to non-discriminatory wages is a human right. The second section of the dissertation, *Women and men's working conditions from an historical perspective*, is a survey working conditions for women and men from the early Middle Ages until the 1990s. Section three *The principle of equal pay on an international and regional level*, is primarily, an investigation of the European Court of Justice (ECJ) interpretation of Article 119 (141). Section four, *The ban against wage discrimination in the Law of Equal Opportunity*, is a study of the norms, interpretations and practices of the Law of Equal Opportunity, at the national level. This disposition was chosen in order to reveal the discrepancy between national law and EC-Law. In section five, *Negotiation and collective agreement systems in a gender-differentiated labour market*, the prerequisites for change within the framework of the system are studied. The study concludes with, *Wage discrimination – a comprehensive analysis.*

The Labour Court and the Court of Justice judicial argumentation preserves the status quo but on different grounds. The dichotomous gender hierarchy characterises the Court of Justice interpretation of the principle of equal pay. The gender segregated negotiations- and collective agreement system and their norms and values of women and men's work characterise the Labour Courts argumentation. Conflict between law and collective agreement is obvious. Separation or discriminations logic is expressed here. The court's justification of the logic of discrimination supports stability in the labour market and the unforeseen – in form of new valuations of women and men's work – are not the concern of the courts.

Key words
Collective agreement, EC-law, equality, gender discrimination, gender segregation, labour law, wage discrimination, trade unions and work evaluation.

Susanne Fransson, Department of law, School of Economics and law, Göteborg University, Box 650, 405 30 Göteborg, Sweden. Tel. 0312-773 1289.
E-mail: Susanne.Fransson@handels.gu.se. ISBN 91-7678-455-X.

Förord

Att forska har för mig varit en lång och mödosam resa från en värld till en annan. Att forska har beskrivits som "att lägga pussel". Att lägga pussel kan vara svårt och det är många bitar som skall komma på rätt på plats. Men att lägga pussel är också förutsägbart. Den fyrkantiga ramen är utgångspunkten och bilden av slutresultat har någon annan bestämt. Att lägga pussel i denna mening har aldrig tilltalat mig, eftersom möjligheten att kunna påverka och skapa nya mönster saknas.

Att forska har för mig varit att hitta nya vägar och ny systematik, med andra ord att skapa en ny och egen karta. Forskningen kan därmed beskrivas som en resa där ordet resa har sitt språkliga ursprung i ordet travell det vill säga franskans travailler – att arbeta. För att våga ge mig ut på denna långa resa har jag behövt såväl kompass, kartritare, sponsorer som reskamrater. Riktning och vägval har utgått från den kvinnoforskning som bedrivits inom olika discipliner de senaste trettio åren. För stimulerande diskussioner kring ett genusperspektiv på rätten vill jag framförallt tacka mina vänner och kollegor i det Nordiska kvinnorättsliga nätverket och särskilt då professor Kevät Nousiainen och docent Anu Pylkänen, Helsingfors universitet samt professor Hanne Petersen, Köpenhamns universitet.

Arbetslivsinstitutets seminarieserie i Stockholm har varit ytterligare en extern forskarmiljö som jag deltagit i. Under de två senaste åren har institutet också varit initiativtagare till nordiska arbetsrättsliga doktorandkurser och möten. Till de kollegor som anordnat och deltagit i institutets verksamhet vill jag framföra ett stort tack.

Jag vill också tacka mina handledare professor emeritus Jan Sandström och professor Lotta Vahlne Westerhäll som följt mig på resans gång, men utan att styra mig på avvägar. Jan var med och startade resan medan Lotta är den som handlett mig fram till resans mål. Tack båda för att ni trodde på ämnet och stöttade mig i mitt arbete genom att såväl ifrågasätta som uppmuntra.

Juridiska institutionen i Göteborg har varit min bas och en stimulerande forskarmiljö. Jag vill tacka alla de kollegor som tog sig tid att läsa och kommentera mitt avhandlingsmanus i olika skeden. Särskilt vill jag

nämna: Mats Glavå, Thomas Erhag, Svante O. Johansson, Robert Påhlsson, Håkan Gustafsson, Ann-Charlotte Landelius, Sara Stendahl, Rolf Dotevall, Stefan Olsson och Eva-Maria Svensson.

Jag vill också tacka alla andra forskarkollegor som har bidragit med kommentarer avseende avhandlingsmanuset. Särskilt vill jag nämna: Anita Dahlberg, Stockholms universitet, Christer Thörnqvist, Centrum för arbetsvetenskap i Göteborg, Linda Lane, institutionen för ekonomisk historia i Göteborg, Karin Lundström och Lotta Wendel, Lunds universitet och Håkan Göransson, Örebro universitet.

Detta arbete hade aldrig kommit till utan ekonomiskt stöd. Rådet för arbetslivsforskning har mycket frikostigt finansierat mitt avhandlingsprojekt de senaste fyra och ett halvt åren. Rådet har dessutom i hög grad bidragit ekonomiskt till publiceringen av denna bok. Juridiska institutionens har bidragit med såväl medel för forskning som medel för resor.

Det bästa sparar jag till sist. Mina tre söner Karl, Nils-Erik och Per-Arash har följt mig hela vägen utan att tappa (tåla)modet eller humöret. Utan tvekan har de varit de bästa reskamraterna. Jag vill också tacka min familj särskilt min pappa, min syster, min bror och min man. Att växa upp i en familj där Jante-lagen – du ska inte tro att du är något – inte existerar har skapat trygghet och ett stort utrymme för oss alla.

Göteborg den 13 november 2000

Susanne Fransson

Innehåll

Förkortningar 15

I RAMARNA FÖR ARBETET 19

1 Ämnet för avhandlingen 21

2 Syften och frågeställningar 30

2.1 Inledning 30
2.2 Tolkning och argumentationsanalys 32
2.3 Argumentationsmodeller och normtyper 34
2.3.1 Den normrationella modellen 35
2.3.2 Den målrationella modellen 36
2.3.3 Intresseavvägningsmodellen 37
2.4 Metodologiska grunder och material 38
2.5 Begränsningar i materialet 41

3 Teoretiska ansatser och ställningstaganden 43

3.1 Inledning 43
3.2 Olika forskningsperspektiv 44
3.3 Genussystem en teoretisk ram 47
3.4 Normativa grundmönster 49
3.5 Angränsande forskningsteorier 52
3.5.1 Humankapitalteorier 52
3.5.2 Diskrimineringsteorier 54

4 Om begreppen 56

4.1 Inledning 56
4.2 Jämlikhet och jämställdhet 56
4.3 Kön och genus 61
4.4 Rättighet och diskriminering 63

5 Den rättsvetenskapliga forskningen 68

6 Avhandlingens disposition 72

II KVINNORS OCH MÄNS ARBETSVILLKOR
I ETT HISTORISKT KÖNSPERSPEKTIV 75

1 Inledning 77

1.1 Framställningens ramar 80

2 Från landskapslagar till legostadga 1350–1846 82

2.1 Inledning 82
2.2 Medeltidens landsskapslagar 84
2.3 Formell rätt och informella normer 86
2.4 1734 års lag och kvinnans legala ställning 87
2.5 Legohjonets ställning enligt stadgor och ordningar 89
2.6 Legalt tjänstetvång – krigstjänst eller spinnhus 94
2.7 Manufakturer och förlagssystem 96
2.8 Delsammanfattning 98

3 Formella rättigheter och näringsfrihet 1846–1930 100

3.1 Inledning 100
3.2 Kvinnors formella rättigheter en makt- och klassfråga 101
3.2.1 Rättshandlingsförmåga 101
3.2.2 Lika arvsrätt 104
3.2.3 Rätt till arbete och näringsfrihet 104
3.2.4 Rätt till utbildning 107
3.2.5 Ett gevär – en röst 109
3.3 Förhållandet arbetsgivare och arbetstagare 110
3.3.1 Det fria tjänsteavtalet 112
3.3.2 Det fria löneavtalet – en konkurrens- och maktfråga 115
3.3.3 Facklig organisering 118
3.4 Skyddslagstiftning och yrkesförbud 122
3.5 Lika lön som politisk fråga 126
3.6 Delsammanfattning 130

4 Reproduktion en förutsättning för produktion 132

4.1 Inledning 132
4.2 Kvinnors arbete i depressionens spår 133
4.3 Från piga till sekreterare – en dröm 135
4.4 Gifta kvinnors arbete – ideologi och praktik 136
4.5 Kvinnor som reservarbetskraft under mobiliseringen? 138

4.6 En solidarisk lönepolitik 140
4.7 Lika lön för samma arbete 143
4.7.1 Likalönsprincipen – LO och den tyska lösningen 145
4.7.2 Det statliga och kommunala avtalsområdet 147
4.8 Delsammanfattning 148

5 Jämställdhet som ideologi 1970 och framåt 150
5.1 Inledning 150
5.2 Villkorligt frigiven – från hemmafru till deltid 151
5.3 En politik för jämställdhet 153
5.4 Välfärdsstaten och jämställdheten 154
5.5 Inkomster och löneskillnader 157
5.6 Delsammanfattning 158

6 Sammanfattande kommentar del II – skilda världar skilda värden 160

III LIKALÖNEPRINCIPEN PÅ INTERNATIONELL OCH REGIONAL NIVÅ 165

1 Inledning 167

2 Internationella konventioner – ILO 170
2.1 Inledning 170
2.2 Ratifikation och införlivande 172
2.3 ILO-konventionerna om diskriminering i arbetslivet 174
2.4 Deltidskonventionen nr 175 176
2.5 Sammanfattande kommentar 177

3 Europarådets sociala stadga 180

4 EG-rätten och likalöneprincipen 182
4.1 Inledning 182
4.2 Utvecklingen av den sociala dialogen 186
4.3 Rättsprinciper i EG-rätten 190
4.4 Artikel 141 (f.d. 119) – primärrätt 194
4.5. Likalönedirektivet 75/117 196

4.5.1 Implementering av direktiv 196
4.5.2 Likalöneprincipens precisering 197
4.6 Direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering 97/80 199
4.7 Förutsättningar för likalöneprincipens tillämpning 201
4.7.1 Inledning 201
4.7.2 EG-domstolen 201
4.7.2.1 EG-domstolens behörighet – olika typer av mål 204
4.7.2.2 Förstainstansrätten 208
4.7.3 Allmänna principer för processen i nationell domstol 208
4.7.3.1 EG-rättens företräde vid normkollision 210
4.7.3.2 Artikel 119 (141) och direkt effekt 211
4.7.3.3 Kan direktiv ha direkt effekt? 214
4.7.3.4 Skyldigheten att tolka EG-konformt 215
4.8 Likalöneprincipens tillämpningsområde 216
4.8.1 Arbetstagarbegreppet 216
4.8.2 Begreppet lön 218
4.8.3 Rumslig begränsning – samma verksamhet 224
4.8.4 Konkreta värderingar 226
4.8.5 Olika kollektivavtalsområden 229
4.8.6 Kön som dikotomt begrepp 231
4.8.7 Lika eller likvärdigt arbete 233
4.8.8 Artikel 119 (141) och angränsande direktiv 236
4.9 Begreppen direkt och indirekt diskriminering 239
4.9.1 Direkt diskriminering 241
4.9.2 Problematisering av begreppen 244
4.9.3 Indirekt diskriminering 247
4.9.3.1 Indirekt samband med kön 248
4.9.3.2 Kollektiva undantag 250
4.9.3.3 Särskiljande lagstiftning 252
4.9.3.4 Väsentlighetskriteriet 255
4.10 Principer för bevisningen 256
4.10.1 Arbetstagarens bevisning 256
4.10.2 Arbetsgivarens motbevisning – bevisteman, avvägning och principer 257
4.10.2.1 Proportionalitetsprincipen 258
4.10.2.2 Olika bevisteman – obejktiva skäl 262

4.10.3 Sammanfattning bevisning 264
4.11 Principer om arbetsvärdering 265
4.12 EG-rättens effektivitet i förhållande till nationell rättstillämpning 267
4.12.1 Krav på adekvata sanktionssystem – likabehandlingsdirektivet 267
4.12.2 Effektiva medel – likalönedirektivet 268
4.12.3 Utfyllnad och ogiltigförklaring av avtal 269
4.12.4 Sanktioner vid medlemsstaternas brott mot EG-rätten 270
4.13 Icke-bindande rättsakter – soft-law 271

5 Sammanfattande kommentar del III:4 274

IV JÄMSTÄLLDHETSLAGENS FÖRBUD MOT LÖNEDISKRIMINERING 281

1 Inledning 283
1.1 Lagstiftningsprocessen – en bakgrund 284
1.2 Ändringar av lagstiftningen 287
1.3 Avtal mellan parterna om jämställdhet 290
1.4 Lagens systematik och förhållande till annan lag 291
1.5 Nordisk lagstiftning 292
1.6 Begränsningar i materialet 294

2 Samverkan och aktiva jämställdhetsåtgärder 296
2.1 Allmänt om syftet 296
2.2 Samverkan 299
2.3 Aktiva jämställdhetsåtgärder 301
2.4 Kartläggning av löneskillnader 302
2.5 Jämställdhetsplaner 303

3 Lönediskrimineringsförbudet 306
3.1 Allmänt om lönediskrimineringsregeln 306
3.1.1 Bevisbörda och kraven på bevisningen 308
3.2 Rätt att föra talan och partsställning 312
3.2.1 Talerätten 312

3.2.2 Talans utformning 313
3.2.3 Lagförslag i malpåse – Grupprättegång 314
3.3 Området för lönediskrimineringsregelns tillämpning 316
3.3.1 Definition av lön och anställningsvillkor 316
3.3.2 Arbetstagarbegreppet 319
3.3.3 Samma arbetsgivare – en rumslig begränsning 320
3.3.4 Könsdiskriminering – en jämförelse 322
3.3.5 Vad är kön? 324
3.3.6 Direkt eller indirekt könsdiskriminering 325
3.4 Lika eller likvärdigt arbete 328
3.4.1 Inledning 328
3.4.2 Lika arbete 329
3.4.3 Likvärdigt arbete 332
3.4.3.1 Likvärdigt och liknande arbete – Kumla- och Karlskogamålet 335
3.4.3.2 Likvärdigt och olikt arbete – Barnmorskemålet 339
3.5 Brytande av presumtionen – arbetsgivarens motbevisning 349
3.5.1 Skillnader i sakliga förutsättningar 349
3.5.2 Marknaden som faktor för lönesättning 353

4 Aktörer i processen 359
4.1 Inledning 359
4.2 Sakkunniga i arbetsdomstolen? 359
4.3 Könsrelationer i processen 361
4.3.1 Språk och kön i processen 363
4.3.2 Domstolens sammansättning – sakkunskap och kön 365

5 Rättsföljder och sanktioner 371
5.1 Allmänt om det arbetsrättsliga systemet 371
5.2 Underlåtenhet att vidta aktiva åtgärder 371
5.3 Brott mot lönediskrimineringsregeln 372
5.3.1 Sanktioner 372
5.3.2 Ogiltigförklaring och utfyllande verkan 373
5.4 Skadestånd 374
5.4.1 Ekonomiskt skadestånd 375
5.4.2 Ideellt skadestånd 375

5.4.3 Delat skadestånd vid könsdiskriminerande anställningsbeslut 376
5.5 Kollektivavtalsbrott 377

6 Sammanfattande kommentar del IV 378

V FÖRHANDLINGS- OCH AVTALSSYSTEM PÅ EN KÖNSUPPDELAD ARBETSMARKNAD 383

1 Inledning 385

2 Lönepolitik och lönestruktur 388

2.1 Lönepolitik 388
2.1.1 Solidarisk lönepolitik och kvinnors löner 392
2.1.2 Kvinnolönepotter en del av solidariteten? 393
2.2 Könsuppdelad lönestatistik och löneskillnader 394
2.3 Lönestruktur 397

3 Den svenska förhandlingsmodellen på en könsuppdelad arbetsmarknad 399

3.1 Inledning 399
3.2 Form och ordning för konflikter 400
3.3 Könsarbetsdelningens struktur och funktion 402
3.4 Decentralisering inom förhandlingssystemet 406
3.5 Individuell lönesättning i ett kollektivt system 412
3.6 Arbetsvärdering inom förhandlings- och avtalssystemet 415

4 Kollektivavtal – rättsverkan och former 419

4.1 Inledning 419
4.2 Kollektivavtalets form och rättsverkningar 420
4.2.1 Formkraven 421
4.2.2 Avtalsbundenhet och kollektivavtalets tvingande verkan 422
4.3 Kollektivavtalet som en dispositiv rättsregel 424
4.4 Vem tolkar avtalet vid lönetvister? 426
4.5 Kollektiva löneavtal – normal- och minimilön 427
4.6 Kollektivavtalens materiella innehåll 429

5 Stabilitet eller förändring – en sammanfattning del V 431

VI LÖNEDISKRIMINERING –
EN SAMMANFATTANDE ANALYS 435

1 Syfte och frågor – en rekapitulering 437

2 Lönediskriminering i ett genusteoretiskt perspektiv 439

3 Normativa grundmönster och kön 445

4 Hur legitimeras tolkning och tillämpning? 450

5 Vad bör göras? 463

Summary 479

Källförteckning 493

Rättsfallsregister 522

Sökordsregister 527

Förkortningar

A. a.	Anfört arbete
AD	Arbetsdomstolens domar eller arbetsdomstolen
AK	Riksdagens andra kammare
ALC	Arbetslivscentrum
AU	Arbetsmarknadsutskottet
BNP	Bruttonationalprodukt
C	Court
CEEP	Europeiskt centrum för offentliga affärsverk och företag, the European Centre of Enterprises with Public Participation
CF	Civilingenjörsförbundet
COM	Dokument från kommissionen
Dir.	Regeringsdirektiv
DO	Diskrimineringsombudsmannen
Ds	Departementsstencil
DsA	Departementsstencil. Arbetsmarknadsdepartementet
DsC	Departementsstencil. Civildepartementet
Ds Ju	Departementsstencil. Justitiedepartementet
EES	Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet
ECR	European Court Reports
EFS	Europeiska fackliga samarbetsorganisationen (ETUC)
EG	Europeiska gemenskapen
EKSG	Europeiska kol- och stålgemenskapen
ETUC	European Trade Union Confederation
EU	Europeiska unionen
EURATOM	Europeiska atomenergigemenskapen
f.	följande sida
ff.	följande sidor
FB	Föräldrabalk
FJFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
FN	Förenta Nationerna
FRN	Forskningsrådsnämnden
HD	Högsta domstolen

HÖK	Huvudöverenskommelse om lön och allmänna anställningsvillkor m.m.
HB	Handelsbalken
IDA	Icke diskriminerande arbetsvärdering
IFAU	Institutet för arbetsmarknadspolitisk utvärdering
ILO	International Labour Organisation
InU	Inrikes utskottet
Jfr	Jämför
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
JämL	Lag (1991:433) om jämställdhet i arbetslivet
JämN	Jämställdhetsnämnden
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
Kap.	Kapitel
KKF	Kvinnliga kontoristföreningen
KST	Föreningen kvinnor i statens tjänst
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LO	Landsorganisationen i Sverige
LRA	Lag (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MBA-S	Avtal om medbestämmande för statsanställda
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
MEST	Magnus Eriksson stadslag
MEL	Magnus Eriksons landslag
MTM	Metod Tid Mätning
NJA	Nytt juridiskt arkiv avdelning 1
NE	Nationalencyklopedin
PM	Promemoria
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalken
RED	Redaktör
RF	Regeringsformen
SAF	Svenska Arbetsgivarföreningen
SCB	Statistiska centralbyrån
SFS	Svensk författningssamling
SHSTF	Svenska Hälso- och sjukvårdens tjänstemannaförbund
SIF	Svenska Industritjänstemannaförbundet
SKAF	Svenska Kommunalarbetarförbundet
SKTF	Svenska Kommunaltjänstemannaförbundet
SML	Södermannalagen
SAP	Sveriges socialdemokratiska arbetarparti
SOS	Sveriges Offentliga Statistik
SOU	Statens offentliga utredningar
SSR	Sveriges Socionomers Riksförbund

SSU	Sveriges Socialdemokratiska ungdomsförbund
STF	Svenska tullmannaförbundet
SvJT	Svensk Juristtidning
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation
TFR	Tidskrift for Rettsvittenskap
UFR	Ugeskrift for Rettsvittenskap
UNICE	Samarbetsorganisationen för europeiska arbetsgivarföreningar och industriförbund
ÄB	Ärvdabalken
ÖLA	Övergripande löneavtal

I

RAMARNA FÖR ARBETET

1 Ämnet för avhandlingen

Internationellt sett har Sverige ett etablerat och gott rykte som ett land där jämställdhet råder mellan kvinnor och män. Kvinnor förvärvsarbetar nästan i lika hög grad som män, och utbildningsnivån är något högre för kvinnor än för män. Kvinnors anslutningsgrad till de fackliga organisationerna ökar och idag är cirka 85 procent av alla förvärvsarbetande kvinnor fackföreningsmedlemmar. Kvinnor och män är i lika hög grad politiskt aktiva och kvinnor har under lång tid haft en högre aktivitet vid röstning i allmänna politiska val. Andelen kvinnor i riksdag och regering är mellan 40–50 procent – högst i världen.[1] Men bilden av kvinnor och mäns villkor i Sverige är inte entydig. En närmare undersökning visar att det råder stora skillnader i könens olika förutsättningar och villkor på den svenska arbetsmarknaden.[2] Detta arbete behandlar en specifik skillnad – skillnaden i ersättning för förvärvsarbete. Kvinnor och män har idag olika löner trots att de utför lika eller likvärdigt arbete. Detta är fortfarande ett empiriskt belagt faktum.[3]

Vad som är lika eller likvärdigt arbete är en fråga om värderingar. Frågan om lika arbete behandlades av EG-domstolen i målet Wiener Gebietskrankenkasse.[4] Jämförelsen avsåg kvinnliga och manliga psyko-

[1] SCB, Lathund om jämställdhet. 2000 s. 27 ff.

[2] Se Nielsen, Ruth, Kvindearbejdsret. 1979 s. 15. De tre kriterier som Nielsen menar är typiska för kvinnors arbete efter 60-talet gäller fortfarande idag. Kvinnor arbetar oftare deltid och i tidsbegränsade anställningar d.v.s. har en svagare anknytning till arbetsmarknaden. Arbetsmarknaden är könssegregerad och kvinnor kombinerar oavlönat omsorgsarbete med avlönat arbete. Se kvinnomaktutredningens slutbetänkande, SOU 1998:6, som visar att Nielsens analys står sig.

[3] SCB, Kvinnors och mäns löner. 1998. Skillnaden mellan kvinnors och mäns löner var 1996 i genomsnitt 3 100 kr och 1998 3 600 kr. Se SOU 1993:7 s. 154. När alla statistiska skillnader skalats bort återstod vid jämförelse med kvinnors och mäns löner vid lika arbeten en oförklarad lönedifferens på mellan 1–8 procent. I en senare utredning, SOU 1997:136, visar Meyersons och Petersens undersökning att den direkta lönediskrimineringen varierar från 1,4–5 procent. SCB:s och arbetslivsinstitutets undersökning från 1998 visar på en oförklarad löneskillnad uppgående till nio procent.

[4] Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511.

terapeuter som otvistigt utförde samma arbetsuppgifter. Ändock kom EG-domstolen fram till att arbetena inte var lika och därmed var löneskillnaderna inte diskriminerande. Vilka var grunderna för denna tolkning av begreppet lika arbete? I Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, jämfördes de arbetsuppgifter som en barnmorska respektive två klinikingenjörer utförde. Arbetsdomstolen menade att särskilt höga krav måste ställas när jämförelsen avser artskilda arbeten. JämO och barnmorskan förlorade målet då domstolen inte ansåg att det var bevisat att arbetena var likvärdiga. Vilka var grunderna för domstolen argumentation i målet?

Idag är den rättsliga normen att diskriminering på grund av kön i arbetslivet, när det gäller löner och andra anställningsvillkor, inte längre är tillåten. Normen finns på olika rättsliga nivåer, såväl på internationell, regional som nationell nivå. På internationell nivå finns förbudet mot lönediskriminering i exempelvis ILO-konventionen nr 100, på regional nivå i EG-fördragets artikel 141 (f.d. 119) och på nationell nivå i 18 § jämställdhetslagen samt i 2 kap.16 § regeringsformen.[5] Likalöneprincipen är inom EU en "konstitutionell princip".[6] Principen om lika lön för lika och likvärdigt arbete är ett särskilt urskiljbart mönster i det allmänna förbudet mot diskriminering. Grunden är densamma – individens rätt till likabehandling.

Inom EG-rätten finns förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet som en grundläggande princip. Förbudet mot diskriminering är relaterat till den Ekonomiska dimensionen – till marknaden. När det gäller den fria rörligheten för personer är det i första hand arbetskraften som inte får diskrimineras på grund av nationalitet. Arbetskraften skall kunna röra sig fritt inom gemenskapens gränser och konkurrera på samma villkor.[7]

Förbud mot diskriminering uttrycks ibland som ett skydd för en minoritet, som förbud mot etnisk diskriminering eller som förbud mot rasdiskriminering. Förbudet mot diskriminering ses som ett nytt normativt grundmönster i rätten.[8] Förbudet mot könsdiskriminering skiljer sig dock

[5] Petrén, Gustaf/Ragnemalm, Hans, Sveriges grundlagar. 1980 s. 81–83. Jämför med Svensson, Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? 1995 s. 225 ff. I (red.) Nordborg, Gudrun,13 kvinnoperspektiv på rätten.

[6] Christensen, Anna, Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen. 1999 s. 13 ff. I (red.) Bernitz m.fl:, Europaperspektiv 1999 Årsbok för Europa forskning inom ekonomi, juridik och statskunskap.

[7] EG-fördraget artikel 12 (f.d. 6) och 39–42 (f.d. 48–51).

[8] Se artikel 2 I FN:s allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna. Ett annat exempel är Europakonventionens artikel 14. I ett forskningsprojekt som leds av Anna Christensen och Ann Henning är utgångspunkten att diskrimineringsförbuden är ett nytt grundmönster i rättsutvecklingen. Se Normative Development within The Social Dimension. Norma 1996:1. Se även Christensen, Anna, Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. 1996 s. 522. I TFR 96 nr 4.

från de övriga diskrimineringsförbuden genom det faktum att kvinnor inte har en minoritetsställning i samhället.[9] Kvinnor intar också en särskild position i förhållande till den part som diskriminerar – ingen annan diskriminerad grupp står i så nära relation till den som utövar makten.[10] Kvinnor kan inte ses som en homogen grupp, men könsdiskriminering i arbetslivet förekommer oavsett kvinnors klasstillhörighet, utbildning, sociala ställning, ras eller etnisk tillhörighet.[11] Gemensamt för förbuden mot diskriminering är dock att de grupper av individer som förbuden avser att skydda, generellt sett, befinner sig i en underordnad position i samhället.

Inkomst i form av lön förutsätter ett arbete. Rätten till arbete härleddes ursprungligen från naturrätten och är idag en grundnorm i svensk och internationell rätt.[12] Denna grundnorm ger uttryck för ett värde.[13] I dagens samhälle har det efter hand visat sig att det är allt viktigare för kvinnor att ha ett eget förvärvsarbete.[14] I ett historiskt perspektiv är samhället idag präglat av att individen och inte familjen ses som en ekonomisk enhet. Såväl kvinnor som män förutsätts försörja sig själva. Strävan efter självständighet, jämställdhet och ekonomiskt oberoende leder till nya

[9] Se Hirdman, Yvonne, Genussystemet. 1990 s. 73. I SOU 1990:44. Hirdman tar upp direktiven till 1990 års maktutredningen där kvinnor och invandrare behandlas som marginella grupper.

[10] Mill, J. S., Förtrycket av kvinnorna. 1995 s. 11. Redan år 1869 uttryckte Mill denna speciella maktrelation: "Vi måste också tänka på att makthavarna i detta fall har större möjligheter än annars att förhindra varje uppror. Varje underlydande lever inom synhåll, man kan nästan säga inom räckhåll, för någon av sina herrar och i större intimitet med honom än med någon av sina medsystrar".

[11] A.a. s. 11. Vilket redan Mill konstaterade: "(s)å är den i detta fall inte begränsad till en viss klass utan gemensam för hela det manliga könet". Såväl "bondlurkar" som "den högste adelsmannen" förtrycker kvinnor. Se även Eduards, Maud, Den feministiska utmaningen: Kvinnors kollektiva handlande. 1992 s. 261. I (red.) Åström, Gertrud&Hirdman, Yvonne, Kontrakt i kris. Om kvinnors plats i välfärdsstaten. Klass, etnicitet och kultur skiljer kvinnor åt, men kvinnors relativa underordning är en gemensam kollektiv erfarenhet.

[12] RF 1:2 "Det skall särskilt åligga det allmänna att trygga rätten till arbete, ...". Grundlagsstadgandet uttrycker en politisk och ideologisk målsättning men är inte rättsligt bindande. Vid tolkning av andra rättsakter kan stadgandet dock användas i den juridiska argumentationen. Rättigheter uppstår när en uppföljning sker i civilrättslig bemärkelse annars blir rätten till arbete enbart en frihet. Se FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna art 23.1. "Var och en har rätt till arbete, fritt val av arbete och rättvisa och fördelaktiga arbetsvillkor samt till skydd mot arbetslöshet". Se Paine, Thomas, Människans rättigheter. 1992 s. 84 f. Paine skriver i polemik med Burke om skillnaden mellan naturliga och medborgerliga rättigheter. Se även Christensen, Anna, Konflikt eller harmoni. 1988 s. 2. Rätten till arbete ses i första hand som en pliktnorm.

[13] Aubert, Vilhelm, Rettens sosiale funksjon. 1976 s. 20.

[14] SOU 1979:89 s. 34. En enkät visar att på 70-talet ville 90 procent av alla kvinnor med barn i förskoleåldern ha ett förvärvsarbete. För övriga kvinnor var siffran högre.

identiteter. Detta förhållande leder också till förändrade relationer mellan kvinnor och män.[15]

Ett lönearbete kan vara förutsättningen för att uppnå ekonomiskt oberoende. Att vara ekonomiskt oberoende kan uttryckas i olika termer – klasstermer eller könstermer. En ekonomiskt oberoende man är den som inte behöver lönearbeta – en ekonomiskt oberoende kvinna är den som oberoende av en man kan försörja sig genom lönearbete. Samtidigt har det hävdats att män är beroende av kvinnors oavlönade hemarbete, medan kvinnor blir beroende av transfereringar i systemet.[16]

Rätten till skälig lön är en mänsklig rättighet.[17] Varje individ kan ställa krav på en rimlig lön för att kunna leva ett människovärdigt liv och uppnå en anständig levnadsstandard. Såväl FN:s förklaring om de mänskliga rättigheterna som de olika Europeiska stadgorna ser kravet på en rimlig lön som i grunden skyddsvärt och som en eftersträvansvärd princip. I FN:s konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter anges att var och en skall ha möjlighet att tjäna sitt levebröd genom arbete, samt att lönen skall tillförsäkra arbetstagaren en anständig levnadsstandard för sig själv och för sin familj. Lönen skall vara skälig och rättvis och av särskild vikt är att kvinnor inte får sämre arbetsvillkor än män.[18] Samma norm kommer till uttryck i den Europeiska sociala stadgans artikel 4.[19]

[15] Rantakeisu, Ulla, Starrin, Bengt och Hagqvuist, Curt, Ungdomsarbetslöshet – vardagsliv och samhälle. 1996 s. 44 f. Genom studier av unga kvinnors syn på arbetslöshet visas lönearbetets betydelse för denna grupp.

[16] Nyberg, Anita, Kvinnor, män och inkomster. Jämställdhet och oberoende. 1997 s. 4. I SOU 1997:87.

[17] Se Göransson, Håkan, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. 1988 s. 20 Göransson menar i polemik med Stig Strömholm att det är omöjligt att undvika termen mänskliga rättigheter i juridiska framställningar. Strömholm menar att rättighetsterminologin är "suggestiv". Se Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. 1988 s. 262. Strömholm har inte ändrat uppfattning se femte uppl. 1996 s. 284.

[18] Artikel 6.1 samt 7. Se Hartlev, Mette, Det fleksible køn på det fleksible arbejdsmarked. 1995 s. 113. I Ketscher, Kirsten m.fl., Den sociala dimension i Kvinderetligt perspektiv. Hartlev ställer frågan om det inte kan finnas andra kriterier för lönefördelning än de som idag prioriterar män. FN:s konvention om mänskliga rättigheter och konventionen om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter, Europarådets Europeiska socialpakt samt EG:s sociala stadga ser på lönen ur ett mer socialt perspektiv – en rimlig lön är en mänsklig rättighet. Om vi vänder på normen innebär den ett krav på minskad utsugning och exploatering av arbetskraften. Bakom kravet på en rimlig lön döljs en naturrättslig idé. Den som skapar ett värde har rätten därtill. Se även Eek, Hilding, Folkrätten. 1978 s. 440. Där Eek citerar Castberg som ser innehållet i de ovan nämnda rättsakterna som "restpolitiske fremtidsmål".

[19] Vad är då en "skälig lön"? Den oberoende expertkommittén har uttalat sig om vad som är en skälig lön utifrån genomsnittslönen för såväl kvinnor som män. En lön som är 68 procent under genomsnittslönen strider mot stadgan och är en kränkning av de mänskliga rättigheterna. Uppgiften är hämtad från, Nielsen/Rehof, International arbejdsret. 1999 s. 252 not 8. Normen för jämlika löner är således mycket lågt satt.

Att arbeta är också en plikt som kan härledas långt tillbaka i tiden – tydligt kom den till uttryck i hustavlan i Luthers Lilla katekes och i det legala tjänstetvånget som var förhärskande i Sverige fram till 1885. Den fattiges plikt var att arbeta och lyda.[20] Inom välfärdsstatens ramar har det kommit att utvecklas en lönearbetsideologi, där människors identitet primärt hämtar sitt innehåll från lönearbetet. Man är det man gör, och man kan bli 'någon' genom sitt yrke. Arbetet kan ge status och självrespekt.[21] Lönen har sin särskilda betydelse i en lönearbetsideologi som grund för andra sociala prestationer. Pension, arbetslöshetskassa, föräldraförsäkring och till och med prestationen att föda fram ett barn knyts till förekomsten av lönearbete – trots att prestationen är densamma oavsett om kvinnan har ett lönearbete eller inte.

Lönearbetet är i det utvecklade kapitalistiska samhället såväl en del av samhällets struktur som en ideologi.[22] Efter sekulariseringen är det inte längre prästerna som upprätthåller denna ideologi utan företrädare för organisationerna på arbetsmarknaden. Lönearbetsideologin har kommit till uttryck i försöken att skapa och upprätthålla full sysselsättning i välfärdssamhället.[23] Ideologin omfattas av starkt individualistiska drag: prestationen består i att erhålla och behålla en anställning där förtjänsten ställs i relation till arbetsinsatsen. Samtidigt har det uppstått en form av kollektiv omsorg genom det universellt fungerande socialsystem som i Sverige inte har varit direkt knutet till lönearbetet. Prestationsideologi och utjämningsideologi har därmed funnits inom samma system.[24]

I ett samhälle som bygger på en ideologi om lönearbete värderas inte det reproduktiva arbetet, utan det osynliggörs istället som tillhörande den privata sfären. Vid värdering av människors arbete utgör lönearbetet mått-

[20] Strahl, Ivar, Makt och Rätt. Rättsidéns gång genom historien – från Babylonien till FN. 1994 s. 25. Se även Widerberg, Karin, Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980. 1980 s. 28 f.

[21] Gustafsson, Bo, Den svenska modellens grunder. Värden – Handlingsregler – Politiska riktlinjer. 1994 s. 174. I (red.) Holmlund, Bertil, Arbete, löner och politik. Essäer tillägnade Nils Elvander. "Människan bli människa genom att bli och verka som snickare, dagbarnvårdare ..." Se även Vigerust, Elisabeth, Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet, 1998 s. 39. Vigerust ifrågasätter synen på lönearbetet som något allenarådande gott.

[22] Se Christensen, Anna, Wage Labour as Social Order and Ideology. I Two Essays from the Futures Study. Sekretariatet för framtidsstudier 1986. Se även Bruun, Niklas, Den nordiska modellen för facklig verksamhet. 1990 s. 33. I Bruun m.fl. Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden. Lönearbetet är den "(c)entrala och grundläggande organisationsprincipen för den nordiska välfärdsstaten".

[23] Se LO, Fackföreningsrörelsen och den fulla sysselsättning. Betänkande och förslag från LO:s organisationskommitté 1951.

[24] Kosonen, Pekka, Den nordiska välfärdsmodellen – inre och yttre utmaningar. 1993 s. 25. I Retfaerd 1993:62.

stocken. Begreppen anställd och icke-anställd, arbetslös och hemmafru används ideologiskt som inkluderande och exkluderande.[25]

Lönen bestäms idag genom ett avtal som sluts mellan olika parter. Avtalet kan vara enskilt och gälla förhållandet mellan en arbetsgivare och en arbetstagare, eller det kan var i form av ett kollektivavtal och omfatta alla arbetstagare på ett företag, i en verksamhet eller inom en bransch.[26] Kollektivavtalet kan således slutas på olika nivåer och av olika parter. Kollektivavtal om löner och anställningsvillkor kan utformas som normal- eller minimiavtal.[27] Den kollektiva förhandlingsproceduren är rättsligt reglerad i medbestämmandelagen och i förhandlingsordningar, medan det är förbehållet parterna att bestämma värdet av utbytesrelationen. Jämfört med arbetsgivarens prerogativ som skyddats under lång tid, har arbetsgivaren inte själv kunnat bestämma priset på arbetskraften, utan priset har varit en förhandlingsfråga. Medel för den kollektiva motparten har varit stridsåtgärden.[28]

Till grund för ett löneavtal finns en relation mellan en arbetsgivare och en arbetstagare vanligtvis i form av ett anställningsavtal.[29] Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare utgår från denna avtalsrelation – en normativ relation där fiktionen är två jämbördiga parter som fritt ingår avtal. Dessa parter har inget specifikt kön. Avtalsrätten kan dock erkänna att förhållandet inte är jämbördigt, utan relaterat till parternas ställning som arbetsgivare och arbetstagare, (eller näringsidkare och konsument), med andra ord som relativt överordnade respektive underordnade parter.[30] Arbetsgivar- och arbetstagarbegreppen är på sin logiska nivå abstrakta "figurer" utan kön. Kvinnor kan därmed också hävda att de är såväl arbetstagare som arbetsgivare. På den praktiska nivån har emellertid begreppen klart manliga förtecken. Som begrepp är arbetstagarbegreppet normativt. Det utgår inte från några fastställda empiriska förutsättningar. Begreppet hör samman med synen på vad som ses som arbete inom arbetsrätten.[31]

[25] Sakslin, Maija, Worker Versus Citizien? – Why not forget them both? 1997 s. 160. I (red.) Pieters, Daniel, Social Protection of the Next Generation in Europe.

[26] Ett kollektivavtal kan också slutas som endast reglerar lönen för en arbetstagare.

[27] Victorin, Anders, Lönenormering genom kollektivavtal. 1973.

[28] Arbetsgivarens prerogativ, rätten att leda och fördela arbetet antaga och avskeda arbetare, stadfästes i 1906 decemberkompromiss och kom därefter att skyddas i kollektivavtal och av arbetsdomstolens rättspraxis.

[29] Adlercreutz, Axel, Avtal. 1985 s. 21. Anställningsavtalet är ett konsensualavtal.

[30] Se Svensson, Eva-Maria, Genus och rätt en problematisering av föreställningen om rätten. 1997 s. 234. Svensson är kritisk till att definiera kategorier som under- och överordnade. Istället bör relationen synliggöras.

[31] Petersen Hanne, Kvindelig arbejdsret. 1995 s. 13 f. Hanne Petersen menar att förändringarna på arbetsmarknaden får betydelse för det arbetsrättsliga begreppet arbete, när det i högre grad konfronteras med det arbete som hitintills utförts oavlönat.

Kvinnors avtalsvillkor skiljer sig till sin karaktär från mäns. Kvinnors avtalsvillkor är mer 'relationella' i förhållandet till andra människor än till enbart arbetsgivaren, arbetskamraterna och fackföreningen. Kvinnor och män sluter synliga anställningskontrakt, men också 'osynliga' kontrakt med anknytning till den andra sfären – den privata. Dessa osynliga kontrakt påverkar i högsta grad kvinnors ställning på arbetsmarknaden och därmed också kvinnors löner och anställningsvillkor. Frågan är i hur grad föreställningen om mannen som familjeförsörjare lever kvar i dagens samhälle? Idag lönearbetar svenska kvinnor i nästan lika hög grad som män, och mycket få kvinnor ser sig idag som i huvudsak hemarbetande. En stor andel av kvinnorna arbetar emellertid deltid och i otrygga anställningsformer. Kvinnor har fortfarande huvudansvaret för det reproduktiva arbetet, vilket leder till en högre frånvarostatistik och sämre befordringsmöjligheter.[32] Kön har således en strukturerande och sorterande verkan. I detta arbete kommer kön att komplicera, men även berika, strukturen och systematiken. Syftet är att synliggöra kön i olika sammanhang. Lönediskriminering som fenomen är mycket komplext på grund av det stora antalet inblandade aktörer som (inter-)agerar på olika nivåer och över olika samhällssfärer.

Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare har lämnats relativt oreglerad i det svenska rättssystemet. Den individuella arbetsrätten är inte kodifierad i lika hög grad som den kollektiva.[33] När det gäller lön och anställningsvillkor har parternas relation utjämnats genom kollektivavtalens utbredning och status. Den svenska modellen bygger i första hand på att kollektivet, det vill säga organisationen, har rättsligt reglerade rättigheter. Något grundskydd för individens rättigheter existerar däremot inte i samma utsträckning.[34] Jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering bryter här mot kärnan i den svenska arbetsrättsliga modellen.

Förbudet mot lönediskriminering kan ses som en intervenerande norm – en intervention i det självreglerande kollektiva systemet och därmed i marknadsekonomin.[35] Genom att anta lagstiftning som förbjuder lönediskriminering på grund av kön har rättssystemet erkänt att den individuella rättigheten – att inte bli diskriminerad – har ett skyddsvärde. Det rättsliga förbudet mot lönediskriminering innebär samtidigt att mannens nuvaran-

[32] Se SOU 1998:6.

[33] Bruun, Niklas, Hur förnya arbetsrätten. 1995. I Arbetsmarknad & Arbetsliv,årg 1, nr 2 1995.

[34] TCO, Fackliga och medborgerliga rättigheter i EU – krav på utveckling av EU:s fördrag. 1996 s. 16. Professorsinitiativet omfattar "tio budord" med sociala och ekonomiska rättigheter, bl.a. rätten till rättvis lön, och kravet bestod i att rättigheterna skulle skrivas in i Amsterdamfördraget.

[35] Hydén, Håkan, Arbetslivets reglering. 1985 s. 29.

de position som bättre betald arbetstagare inte längre är legitim. I en av arbetsgivarens skyldigheter – att betala ut lönen – har det tillkommit en norm om rättvis fördelning. Vid lika och likvärdigt arbete skall lönesumman fördelas rättvist mellan kvinnliga och manliga arbetstagare. Normen uttalar dock inte hur denna fördelning skall ske. På tillämpningsstadiet kan diskrimineringsförbudet och kollektivavtalssystemet komma på kollisionskurs och rättsreglerna kan få andra funktioner än de avsedda.[36]

Frågan är hur pass handlingsdirigerande förbudet mot lönediskriminering är som norm, och om denna kan inverka på intressekonflikten mellan parterna redan när utbytesrelationen värdesätts? Påverkar lagstiftningen över huvud taget avtalsrörelsen?[37] Med stöd av lagstiftning kan inte en oreglerad intressekonflikt prövas – rättens funktion är i första hand att lösa de rättsliga frågor som uppstår vid rättstvister. En rättstvist kan domstolen pröva och strider det ingångna avtalet mot lagen kan rättsföljden bli att avtalet ogiltigförklaras. I lönediskrimineringsmål blir den ursprungliga intressekonflikten (värdekonflikten) transformerad till en rättskonflikt och därmed är de legala medlen begränsade – fredsplikt gäller om parterna har reglerat lönen i ett kollektivavtal.[38]

Lönediskriminering är emellertid inte enbart ett avtalsrättsligt fenomen, resultatet av ett avtalsslutande, utan en komplex process där flera parter är inblandade. Lönediskriminering är relaterat till att arbetstagarna har olika kön och att deras arbeten, det som ska värderas, är könsmärkta.[39] Varför är då klyftan mellan ideologi och verklighet så stor när det gäller förbudet mot lönediskriminering? Parterna är överens om att diskriminering är oacceptabelt, men några gemensamma principer har inte utvecklats för hur det 'rättvisa' kollektivavtalssystemet skall kunna utvecklas. Det finns inte heller någon strategi för hur jämställdhetslagens regler skall kunna integreras i det svenska förhandlings- och avtalssyste-

[36] Vilket brukar benämnas rättens latenta funktioner. Se exempelvis Mathiesen, Thomas, Rätten i samhället. 1985 s. 45.

[37] Edström, Örjan, MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. 1994 s. 267. Intressekonflikter ser Edström som uttryck för den "(s)trukturella motstridigheten mellan det ekonomiska och det sociala handlingssystemet".

[38] Jämför Ryman, Sven-Hugo, Lönediskriminering på grund av kön. 1998 s. 790. I Juridisk Tidskrift 3/98. Ryman menar att i lönediskrimineringstvister där AD skall bedöma om arbeten är likvärdiga rör det sig alltid om en intressekonflikt. Konflikter om lönens storlek, och värdet av arbetet, är i och för sig en "klassisk lönekonflikt", men genom normen om förbud mot diskriminering förrättsligas konflikten till en rättskonflikt. Jag kan hålla med Ryman om att det är viktigt att se att det finns olika intressen som polariseras i denna typ av konflikter – tillämpningen av regeln försvåras således.

[39] Westberg-Wohlgemuth, Hanna, Kvinnor och män märks. Könsmärkning av arbete – en dold lärandeprocess. 1996. Könsmärkta, könskodade arbeten och arbetsuppgifter är terminologin som används i denna avhandling.

met. Min hypotes är att en av orsakerna härtill är de brister som finns i det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet, som medför att de fackliga organisationerna inte väljer att driva denna typ av frågor. Den kollektiva normen – att mäns arbete värderas högre – kan ses som en utvecklad etablerad position som kommer i strid med det individuella diskrimineringsförbudet. Frågan är: Hur skall förbudet mot lönediskriminering som en individuell rättighet och de kollektiva normerna kunna fås att samspela?

2 Syften och frågeställningar

2.1 Inledning

Avsikten med studien är att undersöka de normer som rör förekomsten av löneskillnader som har sin grund i kön.[40] Normerna måste sättas in i ett vidare sammanhang då rättsutvecklingen inte är en autonom process.[41] I första hand är kontexten arbetsmarknaden, det som brukar betecknas som den offentliga sfären, men då kvinnors arbetsvillkor är intimt förknippade med den privata sfären utesluts inte denna ur sammanhanget.

Syftet med avhandlingen är att synliggöra vilken betydelse kön har när normer om lön och anställningsvillkor tolkas och tillämpas i olika tidsskeden (historiskt), på olika plan och av olika aktörer i förhandlingsprocessen, vid lönesättning, i domstolen et cetera.[42] Genom att inte utgå från att rättssubjekten och övriga aktörer är könslösa, försöker jag komma ifrån förhållandet att en föreställning om individen som neutrum innebär att en bestämd maktrelation redan är inbyggd i förutsättningarna. Således ställs frågan: Vilken betydelse har aktörernas[43] kön i processen, som parter, jämförelseperson och domare för den argumentation som förs och för de beslut som fattas? Kön används som analyskategori såväl vid tolkning

[40] Begreppet norm används i mer än en betydelse i avhandlingen. För det första som synonymt med ordet regel och för det andra för att beskriva olika normsystem. Normsystem anger det "(n)ormala mönster som individers handlingar bör överensstämma med". Se NE band 14. 1994 s. 264. Normsystemen kan var formella eller informella. När uttrycket: "Mannen som norm" används är detta en beskrivning av vad som är det normala, det mönster som kvinnor bör förhålla sig till.

[41] Aubert, 1976 s. 10. En växelverkan sker mellan samhällsstruktur och rättssystem.

[42] Jämför Stang Dahl, Tove, Innledning til kvinneretten, i Kvinneret I. 1985 s. 21. "Kvinnerettens formål er å beskrive, forklare og forstå kvinners rettslige stilling, med særlig sikt på å bedre kvinners stilling i retten og i samfunnet."

[43] Ett annat ord är rättssubjekt. När jag undersöker rättsreglerna använder jag mig av begreppet rättssubjekt, befinner sig subjekten på marknaden eller i en process är de att beteckna som aktörer.

av de rättsliga normerna som i argumentationsanalysen – såväl rättssubjektet som aktörerna har ett kön. Att vid studier om lönediskriminering utgå från ett könsperspektiv är det enda möjliga – lönediskriminering handlar om och genomsyras av kön som normskapande kategori. Det är relationen kvinna–man på det individuella såväl som det strukturella planet som måste ställas i centrum.[44] Frågan är om rättskällorna också har ett kön?[45]

Om vi utgår från att fenomenet – lönediskriminering – existerar, kan frågeställningarna ses som instrument för att bryta ner problemet i olika beståndsdelar. Det finns löneskillnader som är könsrelaterade, det finns rättsregler som har till syfte att verka mot könsdiskriminering och det finns en uppfattning om att dessa rättsregler inte verkar handlingsdirigerande när avtal om ersättning för arbete sluts.[46]

De övergripande frågorna som jag ställer är: Finns det i förbudet mot lönediskriminering en inneboende konflikt mellan individuella och kollektiva normer och kan denna konflikt lösas? Vilka medel och möjligheter till förändring finns inom förhandlings- och avtalssystemet? Hur har likalöneprincipen tolkats och tillämpats i domstolarna? Detta är den grundläggande rättsliga problembeskrivningen – konflikten mellan lag och avtal, mellan individuella rättigheter och kollektivavtalets normer.

Jag har valt att angripa forskningsämnet utifrån flera olika perspektiv för att kunna ställa olika typer av frågor och för att öka svarsalternativen. Förhoppningen är även att genom detta angreppssätt minska risken för att materialet anpassas till metoden och att 'bli fången i metoden'.[47] I denna inledande del av avhandlingen beskrivs de olika teorier och metoder som bildar (belysnings)ramen för arbetet. Avsikten är att kunna ge ett varierat och färgrikt mönster, där läsaren själv kan bestämma vilken färg som lyser starkast.

Beskrivningen av ramen börjar på mikronivå med de frågor och verktyg som använts vid analysen av rättstillämpningen. I följande kapitel utvecklar jag min syn på allmänna metodfrågor, teoretiska grunder och begreppsbildning.

[44] Svensson, E-M, 1997 s. 105.

[45] Jfr Berglund, Kerstin, Den kvinnliga rätten vid sitt första skifte. 1997 s. 157 ff. I de lege till Elsa Eschelsson. Se även Gustafsson, Håkan, Från axiom till paradox? 1998 s. 63 f. I Retfaerd 1998:3.

[46] Se SOU 1990:41, 1993:7 och 1999:91.

[47] Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap Del II. I Juridisk tidskrift 1995-96 nr 4 s. 1044. "Metoden är ett hjälpmedel, inte mer."

2.2 Tolkning och argumentationsanalys

I detta arbete studeras såväl domstolarnas tolkning av rättsreglerna som den juridiska argumentationen.[48] Skillnaden mellan tolkning och juridisk argumentation är som jag uppfattar det inte alls knivskarp, utan tolkning ingår som en del av argumentationen.[49]

Målformuleringen är lika lön för lika och likvärdigt arbete och detta mål har materialiserats i ett förbud mot diskriminering. Frågan är hur domstolarna, EG-domstolen och arbetsdomstolen, tolkar och tillämpar normen och vilken argumentation som förs i domskälen? Rättstillämpningen och processen kan sägas uppfylla olika syften eller funktioner. Konflikter mellan parterna skall lösas och lösningen kan i sig verka handlingsdirigerande för andra avtalsparter. Förutom den handlingsdirigerande funktionen är huvudintresset för detta arbete processens medverkan till att lagens mål och syften genomförs.[50]

I min argumentationsanalys utgår jag från att domstolarna använder tre typer av argumentationsmodeller: den normrationella, den målrationella och intresseavvägningsmodellen. Typiskt sett används modellerna vid rättsligt beslutsfattande avseende pliktnormer, mål-medelnormer och avvägningsnormer.[51] Normrationell argumentationen syftar till att bevara systemet som det är – systemimmanens.[52] Grunderna är normativa och innebär en värdering av systemet 'det etablerade' som gott. Den andra argumentationsmodellen är den målrationella. Modellen ger uttryck för systemförändring.[53] Grunderna är här konsekvensorienterade, vilket inne-

[48] Se Strömholm, 1996 s. 445. Lagtolkning är "*(e)n teknik för att uppnå rättsliga avgöranden med stöd av "tolkningsobjekt" medelst en rationell argumentation, som – medvetet väljande – utnyttjar i möjligaste mån klart redovisade prioriteringsprinciper* (mellan normer, argument och intressen) *på ett i möjligaste mån likformigt sätt*." Se även Evers, Jan, Argumentationsanalys för jurister. 1976 s. 43 ff. och 61 ff. Evers skiljer mellan tolkning och argumentation.

[49] Se Rimsten, Olle, Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande. 1998 s. 128.

[50] Se Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap. Del I. I Juridisk tidskrift 1995-96 nr 3 s. 738. Med effektivitet skall här förstås måluppfyllelse.

[51] Jfr Hydén, Håkan, Ram eller lag. Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. 1984 s. 24. I Ds C 1984:12. Hydén redogör här för de tre argumentationsmodellerna. Karsten Åström använder i sin avhandling sig av modellerna. Se Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser. 1988 s. 32 f.

[52] Se Schmidt, Folke, Löntagarrätt. 1994 s. 15. Ordet systemimmanent lösning används och som exempel anges domen AD 1978 nr 89 det s.k bastubadarmålet.

[53] Jfr Eckhoff, Thorstein, Rationalisering i lagstiftning och rättstillämpning. 1979 s. 105. I (red.) Bondesson, Ulla, Rationalitet i rättssystemet. Se Weber, Max, Ekonomi och samhälle. Förståendesociologins grunder. Del 1 Sociologiska begrepp och definitioner. 1983. Weber utgick från att det fanns rationellt och icke rationellt handlande. Rationaliteten karakteriserade han som målrationell, värderationell och normrationell.

bär en värdering av målen som varande goda. Avvägningsrationell argumentation syftar till att i det enskilda fallet kunna göra en avvägning mellan olika intressen. Grunderna kan vara såväl konsekvensorienterade som regelorienterade.[54] I detta arbetes kontext ses modellerna som typiskt sett systembevarande eller systemförändrande, vilket är relativt grova deskriptiva verktyg. Att bevara eller förändra systemet framstår som en dikotomi, men den är inte hierarkisk och argumentationsmodellerna kan användas för att såväl slå vakt om normer och normsystem, som för att förändra dem.[55]

Syftet med denna analys är att visa hur domstolarna legitimerar sina ställningstaganden i mål om lönediskriminering. Vilka är egentligen grunderna för den juridiska argumentationen och domsluten? Argumentationsmodellerna används även i ett vidare perspektiv i avhandlingen. När kvinnor och mäns arbeten har värderats av parterna på arbetsmarknaden och av ledamöter i riksdagen, har en argumentation förts för att legitimera värderingarna. Det historiska perspektivet kan visa att valet av argumentationsmodell växlar och att det inte finns något som säger att den ena argumentationsmodellen alltid är att föredra. Därvid uppkommer följande frågor till det rättsliga materialet:

1) Vilka grunder – normativa eller konsekvensorienterade – kan utläsas ur domskälen?[56]
2) Kan vi i domstolarnas argumentation se spår av normrationalitet och målrationalitet?
3) I vilka fall använder sig domstolarna av intresseavvägningsmodellen? Vems intresse värnar domstolen?
4) Finns det skillnader i valet av argumentationsmodell beroende på målets svårighetsgrad?
5) Hur förhåller sig valet av argumentationsmodell till bevisbörde- och bevisvärderingsregler?[57]

[54] Se Rimsten, 1998 s. 78 ff och s. 303 ff.

[55] Se Lundström, Karin, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys. 1999 s. 21. Lundström använder dikotomier som verktyg för sin analys. Utgångspunkt tas i termerna direkt och indirekt diskriminering samt formell och reell jämlikhet

[56] Eckhoff, 1979 s. 104. Eckhoff gör en begreppslig åtskillnad mellan rationalitet och rationalisering. Rationalitet är i detta sammanhang det sätt och de skäl som domstolen anför i sin argumentation. Rationalisering innebär, för att låna av Eckhoff, "(a)tt man anför bättre motiv än de man i själva verket har".

[57] Se Svensson, Gustav, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor Bedömning i förvaltningsdomstolar och socialnämnder. 2000. Svensson använder samma typ av modeller och frågor i sin undersökning.

Avsikten med dessa specifika frågeställningar är också att kunna besvara de övergripande frågeställningarna. Konflikten mellan de olika normsystemen undersöks på rättstillämpningsnivån: Hur återspeglas konflikten mellan lag och avtal i den juridiska argumentationen?

2.3 Argumentationsmodeller och normtyper

Vilhelm Aubert urskiljer tre modeller, avgörelsemetoder, när rättsliga beslut skall fattas – dessa kallar han: "(a)vtale, normrasjonelle og formålsrasjonelle avgjørelser". Domstolsavgöranden innehåller moment från alla de tre modellerna.[58] Ursprungligen är kategorierna normrationalitet och målrationalitet hämtade från Max Weber som använde dem när han beskrev det mänskliga handlandet på olika nivåer i samhället.[59] Aubert lägger till förhandlingar och avtalsslutande som ett ytterligare mönster för beslutsfattande. Detta mönster studeras i denna avhandling, men argumentationen i förhandlingsprocessen har inte särskilt studerats.[60] Min uppfattning är att argument av typ norm-, avvägnings- och målrationalitet även präglar detta beslutsfattande.

Lagstiftaren och domaren har, menar Thorstein Eckhoff, olika uppgifter. Frågan är hur mycket rationaliteten kan skilja sig åt mellan lagstiftande och dömande verksamhet? Om lagstiftaren av politiska eller andra skäl i första hand ägnar sig åt "fasadlegitimation" kan diskrepansen mellan lagstiftande och dömande verksamhet bli alltför stor.[61] Lagar som har till syfte att motverka könsdiskriminering innehåller ett stort mått av värderingar och ger uttryck för tydlig målrationalitet. Ett visst ändamål skall främjas och diskriminering skall motverkas – något är värderat som varande positivt något annat är värderat som varande negativt. När förbudet skall tillämpas i ett enskilt mål är det domstolens uppgift att tillämpa lagen. Värdet är då överordnat normen och det optimala torde vara att normen anger medel för värdets uppfyllande.[62] Frågan är hur mycket domstolen kan ge uttryck för detta värde när 'fakta i målet' skall prövas?

[58] Aubert, 1976 s. 31 f.

[59] Se Weber, Max, Ekonomi och samhälle. Förståendesociologins grunder. Del 1 Sociologiska begrepp och definitioner. 1983.

[60] Se avsnitt V:3.

[61] Eckhoff, 1979 s. 109 f. Se även Bruun, Niklas, Arbetslivets juridifiering – perspektiv på den finska utvecklingen. 1987 s. 147 f. I FJFT 1987. Bruun menar att den arbetsrättsliga regleringen stundtals har en illusorisk karaktär.

[62] Se Aubert, 1976 s. 17. Aubert skiljer mellan värde och norm. Målsättningsformuleringar kräver, enligt Aubert, "bruk av en mål-middel modell, et kausalvetenskapligt resonnement" (s 21).

2.3.1 Den normrationella modellen

Karakteristiskt för normrationell argumentation är att utgångspunkten tas i själva normen eller regeln. På ett logiskt sätt subsumeras fakta som anses vara relevanta under normen. I regeln finns de förutsättningar som måste uppfyllas för att en rättsligt sett korrekt tillämpning av normen skall kunna utföras.[63] Argumentationen ger uttryck för en objektiv rättstillämpning – en tillämpning av normen. Alla regler som är uppbyggda utifrån logiken att rättsfakta leder till en viss rättsföljd är emellertid inte klart och fullständigt normerade. Förbudet mot lönediskriminering innehåller en prövning av rättsfakta där det skall bevisas att två arbeten är lika eller likvärdiga. Hur denna värdering skall ske framgår ej av regeln, vilket lämnar ett utrymme för domstolen att finna stöd i andra rättskällor för sin argumentation.[64]

Normrationell argumentation förknippas med rättstaten och den formella rätten.[65] I rättsstaten är rättssäkerheten en viktig stöttepelare.[66] Rättssäkerheten har en formell och en materiell sida. I rättsstaten betonas den formella sidan.[67] Förutsebarhet och därmed ordning är en del av rättssäkerhetsbegreppets formella sida.[68] En annan är "likformigheten".[69] Rättssäkerheten uppnås genom att lika fall behandlas lika i rättstillämpningen.

Individen är i rättstaten avnämare för rättslig reglering och individen skall skyddas som medborgare. Individbegreppet är över huvud taget inte problematiserat. Genom att betona den formella rättssäkerheten kan den normrationella modellen bli konservativ och systembevarande.[70] Det rättssubjekt som har nått en etablerad position kan på formella grunder behålla sin ställning. Att förändra positionerna kan tänkas leda till kaos.[71]

[63] Jfr Hydén, Håkan, Rättsregler. En introduktion till juridiken. 1996 s. 19. Hydén jämför domstolen med en programmerad dator. Problem som framläggs i domstolen måste vara kodade och advokaten har dataoperatörens roll.

[64] Se Hydén, 1984 s. 25. Hydén anger generalklausuler som exempel på ofullständigt normerade regler.

[65] Se Aubert, 1976 s. 19. Aubert ger här en definition av begreppet rättsstat. Jag finner begreppen rättsstat och välfärdsstat något problematiska. De framstår mer som idealtyper än som deskriptiva begrepp.

[66] I detta arbete används rättssäkerhet som begrepp för att beskriva kravet på förutsebarhet i rättstillämpningen och som uttryck för likabehandlingsprincipen.

[67] Se Gustafsson, Håkan, Rättssäkerhet och "socialsäkerhet". På spaning efter det begrepp som flytt. 1992 s. 55 och s. 61 f. I Retfaerd 1992:56.

[68] Svensson, E-M, 1997 s. 209. "Ordningen kan särskilt ses som ett kännetecken för rättsstaten vilken betonar den formella strukturen."

[69] Strömholm, 1996 s. 443.

[70] Se Aubert, 1976 s. 207 f. Om fördelar och nackdelar vid olika typer av argumentation.

[71] Se Peczenik, Alexander, Rätt och moral. 1982 s. 618. I SvJT 1982. Se även Wilhelmssons och Bruuns replik, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet, i SvJT 1983 s. 701.

2.3.2 Den målrationella modellen

Målrationell argumentation kännetecknas av att grunderna är de konsekvenser som beslutet kan leda till. Prognoser över de olika konsekvenser som olika handlingsalternativ kan leda till måste ställas mot hur väl målen uppnås. För att kunna göra dessa bedömningar krävs kunskap inte bara om normernas innehåll, utan även av hur den verklighet där normerna skall tillämpas ser ut.[72] Andra kunskaper än de som lärs ut på juristutbildningarna kan vara nödvändiga för att kunna fatta beslut med ramlagstiftning som grund. För att avgöra om två arbeten är likvärdiga behövs det kunskap om hur arbeten kan jämföras och värderas enligt olika metoder.

Syftet med domstolens beslut är att uppfylla de av lagstiftaren ställda målen i så hög grad som möjligt och materiellt sett kan därmed rättigheter tryggas. En målrationell argumentationsmodell ger utrymme för att göra värderingar. Olika hänsynstaganden och individbegreppet kan problematiseras – lika fall är inte längre lika. Den formella rättssäkerheten ställs därmed i bakgrunden och en konflikt kan uppstå mellan kravet på att uppfylla lagens syften och den enskilde individens rättssäkerhet.[73] I rättssäkerhetens materiella sida avspeglas "(r)ättens och samhällets materiella värden (rättvisa, billighet, likhet inför lagen osv.)."[74] Konflikten mellan krav på rättssäkerhet och kravet på effektivitet, som en normativ frågeställning, finner jag viktig för min undersökning. När den ena parten gynnas materiellt kan den andra missgynnas formellt och principer som pacta sunt servanda, avtal skall hållas, kan ruckas. Rättstillämpningen kan komma att uppfattas som politisk och värderingsbemängd när argumentationen inte längre byggs upp som en tolkning av regelns rätta innebörd – det handlar inte om sant eller falskt utan om "mer eller mindre lämpligt".[75] Detta kan leda till att en avvägning görs mellan olika intressen, utan att regeln i sig är en avvägningsnorm.

Den typ av lagstiftning som karakteriserar välfärdssamhället är ramlagstiftning.[76] Jämställdhetslagen är i vissa delar av denna karaktär. Lagens inledande delar är relativt allmänna och relaterade till uppfyllandet av målet – jämställdhet i arbetslivet. Lagstiftningen är således i hög grad

[72] Hydén, 1984 s. 22.

[73] Problematiken illustreras av tillsättningen av de så kallade Thamprofessurerna. Se mål C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 20000706.

[74] Gustafsson, 1992 s. 61.

[75] Se Svensson, G, 2000 s. 39 f.

[76] Svensson, G, 2000 s. 48. Svensson har en funktionell syn på definitionen ramlag. Ramlagar är helt enkelt lagar som genom allmänt hållna paragrafer, där en eller flera är målformulerade, anger ramen för en särskild verksamhet. Denna definition stämmer in på jämställdhetslagen.

målrationellt utformad.[77] Reglerna kan vara av intervenerande karaktär med syfte att uppnå de av riksdagen fastställda politiska målen. Förbudet mot lönediskriminering har denna intervenerande karaktär. I rättsvetenskaplig forskning har det framhållits att den subsumtionslogiska tolkningsmodellen inte är adekvat avseende den lagstiftning som vuxit fram inom välfärdsstatens ramar. Andra rättsprinciper och andra rättskällor behövs i rättstillämpningen. Begrepp som "allmänna läror", "forholdets natur", "reelle hänsyn" och "common sense" har använts för att beteckna överväganden som bygger på erhållen erfarenhet och där resultatet blir ändamålsenligt.[78] En hypotes är dock att domstolen för att undvika common sense argumentation klär domskälen i falsk subsumtionslogik.[79]

2.3.3 Intresseavvägningsmodellen

I välfärdssamhället har utvecklingen av rätten lett till att intresseavvägningar och skapande av nya normer allt mer överlåtits åt domstolarna. Genom ofullständigt normerade rättsregler, eller genom avvägningsnormer, överlämnas åt domstolarna att konkretisera innehållet i regeln eller att göra en avvägning mellan olika intressen.[80] Principen om lika lön för lika och likvärdigt arbete uttryckt som ett förbud mot att diskriminera på grund av kön är i sig ingen avvägningsnorm. Förbudet mot direkt diskriminering kan ses som en pliktnorm. Förbudet mot indirekt diskriminering innehåller å andra sidan uttryckliga avvägningsmarkörer.[81] Mats Glavå menar att förekomsten av avvägningsmarkörer inte är det mest avgörande för att bedöma en regels karaktär. Regelns funktion måste ställas i fokus och frågan är: "*(v)arför* man valt att inte konkretisera regelns innebörd"? Om syftet med den vaga formuleringen är att bedömningen skall ske utifrån omständigheterna i det enskilda fallet bör regeln, enligt Glavå, behandlas som en avvägningsnorm i rättstillämpningen.[82] Hur intressena skall viktas anges inte i regeln. Min uppfattning är att denna viktning görs i målformuleringen. Syftet med regeln skall styra avvägningen

[77] Eckhoff, 1979 s. 107.

[78] I svensk rättsvetenskap brukar detta benämnas sakens natur. Se Strömholm, 1996 s. 396 f. Strömholm nämner framförallt Ross och Eckhoff i sammanhanget. Jfr Vigerust, 1998 s. 55. I norsk rätt är reelle hänsyn en rättskälla.

[79] Om subsumtion se Peczenik, Aleksander, Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära. 1990 s. 58 f. och s. 183.

[80] Se Glavå, Mats, Arbetsbrist och kravet på saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie. 1999 s. 630 not 464. Saklig grundregeln är enligt Glavå ett exempel på när det inte råder någon tvekan om "(v)ilka(s) intressen som skall vägas mot varandra".

[81] Jfr Eckhoff, 1979 s 110. Eckhoff anger som exempel på markörer ofullständiga uttryck som "orättvis", "otillbörlig" och "vårdslös".

[82] Glavå, 1999 s. 630 f.

mellan de olika intressena. Min hypotes är att de intressemotsättningar som finns i normen – mellan arbetstagare och arbetsgivare och mellan könen – kan leda till att intresseavvägningar görs i rättstillämpningen. Avvägningar kan göras såväl med som utan stöd i normen. Finns det utrymme i regeln för den juridiska argumentation som förs i domstolarna? Görs dessa avvägningar enbart i fall av indirekt diskriminering?

Vad som bedöms vara "lika" eller "likvärdigt" arbete är i första hand ett normativt problem och i andra hand ett kunskapsproblem. I denna del är regeln om lönediskriminering ofullständigt normerad. Min hypotes är att detta leder till avvägningsrationalitet där grunderna för domstolens beslut blir såväl normbetingade som konsekvensbetingade.[83]

2.4 Metodologiska grunder och material

Jag utgår i avhandlingen från ett fenomen, ett problem som är empiriskt belagt, nämligen att det existerar olika villkor för kvinnors och mäns arbete. Det särskilda villkor som jag undersöker är skillnaden i lön.[84] Utifrån detta problem studerar jag de rättsliga normernas innehåll, tolkning och tillämpning. För att kritiskt kunna analysera rättstillämpningen krävs kunskap om vad som kan betecknas som gällande rätt, men jag ställer också frågan: Hur återspeglas kön i rätten? Detta innebär att nya frågor ställs och att ambitionen är att läsa rättskällorna med utgångspunkt tagen i detta perspektiv. På den konkreta rättsliga nivån är det individer, kvinnor och män, som agerar och utgör rättighets- och pliktsubjekt. Kön kan på denna nivå vara såväl biologiskt som socialt, men i vissa fall är endast biologiskt kön ett rättsfaktum.[85]

Metoden som jag använder är den kritiskt rättsdogmatiska. Thomas Wilhelmsson beskriver metoden utifrån sex gemensamma karakteristika:

- Insikten att läran om en värderingsfri (objektiv) rättsdogmatik är en illusion.
- En relativ stark betoning av den rörelsefrihet rättsordningen ger domare och andra beslutsfattare.
- Uppfattningen att den traditionella rättsdogmatiken (rättsdogmatikens huvudströmning) implicit bygger på konservativa samhälleliga värderingar.
- Önskan att bygga den egna verksamheten på värderingar och ideal som uppfattas som mer emancipatoriska.

[83] Jfr Glavå, 1999 s. 627.

[84] Jfr Sandgren, 1995-96a. Utgångspunkten är inte rättsreglerna i sig utan ett fenomen – lönediskriminering – och därmed de faktiska förhållandena på arbetsmarknaden.

[85] Om socialt kön se Vigerust, 1998 s. 58

- Tron att man genom rättsdogmatisk verksamhet kan åstadkomma förändringar i samhället i riktning mot de ideal man omfattat.
- En större tilltro än inom traditionella former av dogmatik till det fruktbara i det tvärvetenskapliga projektet att infiltrera samhällsvetenskapliga teorier och rön i rättsdogmatiken.[86]

I stort sett överensstämmer denna beskrivning med min syn på rättvetenskapen och på metoden och perspektivet för detta arbete.

Undersökningen omfattar rättskällor som förarbeten, lagstiftning, rättspraxis och även internationella konventioner och kollektivavtal. Materialet är således de inom arbetsrätten traditionella rättskällorna.[87] Det studerade rättsområdet omfattar rättskällor av olika karaktär och med olika former av rättsverkningar. Jag har valt att behandla rättskällornas ställning kontextuellt.[88] Avhandlingens perspektiv och frågeställningar belyses bäst genom detta tillvägagångssätt. Avhandlingen är att beteckna som inomrättslig, då jag kritiserar rätten inifrån.[89] Syftet är således inte att *fastställa* vad som är gällande rätt.[90] En undersökning av rättregler verkar dock normerande och ideologiskapande även om föresatsen är att förhålla sig kritisk till materialet.[91] Svaret på frågeställningarna syftar inte heller till att göra prognoser över hur domstolarna kommer att döma, utan det svar jag söker utgår från frågan: Vilka är grunderna för den juridiska argumentationen?[92] Rättsfallsmaterialet kan därmed ses som ett empiriskt material, men naturligtvis också som rättskällor.[93]

[86] Se Wilhelmsson, Thomas, Om kritisk civilrättsdogmatik. I (red.) Basse, E M, Regulering og styring II-til fornyelse af den juridiske teori og metod. 1990 s. 47 f.

[87] Schmidt, 1994 s. 15. Rättskällor inom arbetsrätten är även tjänstereglementen, personliga avtal och sedvänja. Om rättskällor i allmänhet se Strömholm, 1996 s. 311 ff.

[88] Nielsen, Ruth, Retskilderne. 1992. Bokens innehåll är en systematisering av rättskällorna.

[89] Jfr Schömer, Eva, Konstruktion av genus i rätten och samhället. 1999 s. 19. Där Schömer inledningsvis slår fast att hennes syfte inte är att fastställa gällande rätt. Jag uppfattar det som om författaren menar att hon har ett utomrättsligt perspektiv. Se Göransson, H, 1988 s. 27. Göransson menar i polemik med Anna Christensen att det är möjligt att kritisera inifrån systemet. Se Christensen, Ideologikritik contra dogmatik. 1982 s. 61 f. I (red.) Hydén, Håkan, Rätten som instrument för social förändring. Om legalstrategier. Se även Töllborg, Dennis, Turen favoriserar det öppna sinnet. 1988 s. 89. I Retfaerd 1988:43.

[90] Glavå, 1999 s. 70. "Rätten är inte ett objekt vars innehåll kan frysas till en viss bestämd tidpunkt och under alla förhållanden kan ett sådant konstaterande av antingen föreställningar eller beteenden endast avse förgången tid."

[91] Se Glavå, 1999 s. 46 f.

[92] Jfr Lundström, 1999 s. 15 f. Lundström menar att forskaren måste överskrida det rättspositivistiska paradigmet för att kunna svar på frågor som: "(v)arför är lagen som den är? ... är lagen rättvis?" Jag instämmer.

[93] Se Sandgren, 1995-96b s. 1040. Se även Schömer, 1999 s. 30.

Studien av förbudet mot lönediskriminering genomförs på tre olika nivåer: internationell, regional och nationell nivå. Avsikten med denna uppdelning är inte att upprätta en normhierarki, utan endast att ge läsaren någon form av logisk framställning. Materialet på det internationella planet som studeras består av FN:s och ILO:s konventioner. Det rättsliga materialet på den regionala nivån är Europarådets sociala stadga och EG-rätten, i första hand artikel 141 (f.d. 119) i EG-fördraget samt likalönedirektivet, 75/117. EG-domstolens praxis på området är omfattande och det finns ett stort antal arbeten som behandlar rättspraxis avseende tillämpningen av likalöneregeln. Kvantitativt sett finns här huvuddelen av det rättsliga materialet.[94] Kvalitativt sett ligger tyngdpunkten i materialet på nationell nivå och här undersöks den svenska jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering samt arbetsdomstolens praxis. Sedan 1980 har endast sex fall av lönediskriminering prövats av arbetsdomstolen.[95] Rättspraxis är således mager, men å andra sidan finns det ett stort antal förarbeten till jämställdhetslagen. För närvarande föreligger ett förslag om omfattande ändringar av lagen av såväl materiell som systematisk karaktär.[96]

För att kunna studera och kritiskt analysera förhållandet mellan lönediskrimineringsförbudet och det kollektiva avtals- och förhandlingssystemet kommer jag att använda mig av olika typer av material beroende av syftet med framställningen. Det rättsliga materialet används för att ge kunskap om och beskriva rättsreglerna. Det empiriska rättskällematerialet används för att svara på avhandlingens frågeställningar och annat empiriskt material används för att ge de svar som rättsvetenskapen inte kan svara på, och för att sätta in problemet i en samhällelig kontext.[97] Primärt studerar jag de sedvanliga rättskällorna lagstiftning, kollektivavtal och rättspraxis. I undersökningen av rättsreglerna är den metodologiska utgångspunkten det enskilda anställningsavtalet, vilket innebär att det i första hand är förhållandet arbetsgivare – arbetstagare och inte förhållandet mellan de kollektiva parterna som studeras.[98] I denna regelanalys används

[94] Se exempelvis Lundström, Karin, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. 1999. Nielsen, Ruth, Equality in Law between Men and Women in the European Community Denmark. 1995. Prechal, Sascha och Burrows, Noreen, Gender discrimination law of the European community. 1990. Hervey, Tamara, O'Keefe, David (red.), Sex equality law in the European union. 1996.

[95] Jfr Schömer, 1999 s. 209. Till skillnad från Schömer ser jag inte rättsfallen AD 1985 nr 134 samt 1987 nr 132 som lönediskrimineringsmål.

[96] Prop. 1999/2000:143.

[97] Sandgren, 1995-96a s. 732 f.

[98] I de rättsvetenskapliga arbeten som jag nämner i kapitel 5 finns en väsentlig skillnad. De forskare som har ett kvinnorättsligt eller ett genusperspektiv tar sin utgångspunkt i avtalsrelationen arbetsgivare – arbetstagare, medan de andra forskarna utgår från relationen mellan de kollektiva parterna.

den rättsdogmatiska metoden för att ge en detaljerad och systematisk beskrivning av de rättsliga normer och begrepp som finns på olika nivåer och i olika kontexter. Metoden är dock kritisk, vilket innebär att tolkning och tillämpning ses ur ett könsperspektiv.

I inledningen av kapitlet har jag beskrivit de argumentationsmodeller som utgör en central del av avhandlingens verktygslåda. Jag är medveten om att det material, som jag använder mig av – domskälen – endast ger delar av en helhet som är mycket komplex och att det finns såväl andra metoder som material som ytterligare skulle kunna belysa frågeställningarna.[99] Arbetsdomstolens domskäl är emellertid förhållandevis öppet skrivna och lämpar sig väl för en argumentationsanalys. Att domskälen kan uppfattas som mindre tillrättalagda än exempelvis HD:s, högsta domstolens, kan ha sin grund i att arbetsdomstolen är en partsammansatt domstol. Olle Rimsten finner i sin avhandling att arbetsdomstolens domskäl är ett användbart material för forskare som vill studera de grunder som leder fram till domslut.[100] Till samma slutsats kommer Ola Wiklund i sin avhandling, när det gäller EG-domstolens domar.[101] Min uppfattning är dock att det finns stora skillnader mellan rättsfallsmaterialet från arbetsdomstolen jämfört med EG-domstolen. De båda domstolarna har olika uttalade uppgifter. Förenklat uttryckt: EG-domstolen skall enbart tolka gemenskapsrätten medan arbetsdomstolen skall tolka och tillämpa densamma. Möjligheten för en domare att uttrycka en avvikande mening existerar inte inom EG-rätten, vilket ger domarna en särskild svårtolkad karaktär. Domskälen kan framstå som mycket motsägelsefulla.

2.5 Begränsningar i materialet

Varje forskare tvingas att göra avgränsningar i sitt forskningsmaterial och att motivera varför just dessa delar ej studerats. Den första begränsningen rör arbetsvärdering som ett instrument för att bestämma den individuella lönen. Arbetsvärdering studeras i arbetet i första hand som rättsfaktum och bevismedel i en process om lönediskriminering, och i andra

[99] Se Schömer, 1999. Schömer har lyssnat på bandupptagningar från det s.k barnmorskemålet och gör en språklig analys av argumenten. Avhandlingen omfattar också en enkätstudie angående aktiva jämställdhetsåtgärder. Se även Lundström, 1999. Lundström undersöker i första hand generaladvokatens uttalanden i mål i EG-domstolen utifrån dikotomiska begrepp.

[100] Rimsten, 1998 s. 288.

[101] Wiklund, Ola, EG-domstolens tolkningsutrymme. 1997 s. 460. Se även Svensson, G, 2000 s. 28. Svensson menar att det knappast finns någon annan informationskälla än de skrivna domarna för att besvara frågeställningar av denna typ.

hand som en strategi och ett medel för att uppnå målet – jämställda löner inom förhandlings- och avtalssystemet. I mycket ringa grad redovisar jag därmed de olika arbetsvärderingsmetoder som kan användas vid systematisk arbetsvärdering, vilket är ett område som ligger inom sociologins eller nationalekonomins domäner.[102]

I första hand studeras lönearbetet, men det är oundvikligt att i ett arbete som har genusteori som ram, helt bortse från det reproduktiva arbetet. Med reproduktivt arbete avser jag det arbete som ofta osynliggörs därför att det har betraktats som kvinnoarbete – arbetet som innebär hushålls- och omsorgsarbete och ansvar för att reproducera arbetskraften. Detta arbete har också karakteriserats som oavlönat arbete till skillnad från det produktiva, avlönade arbetet.[103] Skillnaden mellan avlönat och oavlönat arbete hänför sig inte till aktivitetens karaktär, utan till huruvida arbetet avlönas eller inte. Oavlönat arbete kan också ses som ett hinder för avlönat arbete.[104] Det oavlönade arbetet är inte begränsat, i tiden, eller värdesatt, i pengar, genom rättslig reglering – den privata sfären är inte direkt rättsligt reglerad i detta fall.[105] Det oavlönade hemarbetet värdesätts dock dagligen indirekt genom att det är en förutsättning för många mäns heltidsarbete.[106] Min uppfattning är dock att det är viktigt att definiera det oavlönade arbetet som nödvändigt, såväl samhällsekonomiskt som "socialt" och att detta arbete bör synliggöras. Huruvida arbetet bör lönesättas ligger utanför ramen för detta arbetes frågeställningar.[107] Det finns en konflikt mellan samordningen av reproduktion och produktion som ger upphov till såväl köns- som klassmotsättningar.[108] I första hand är det genuskonflikten och inte det reproduktiva arbetet i sig som synliggörs i avhandlingen.

[102] För litteratur se exempelvis Ericsson, Thomas, Arbetsvärdering med poängsystem. En undersökning om systematisk arbetsvärdering inom industrin. 1986. Se även Cedersund, Elisabeth, Kullberg, Christian, (red.), Arbetsvärdering: teori,praktik, kritik. 1996.

[103] Se Nielsen, 1979 s. 25. Nielsen definierar begreppet reproduktivt arbete som funktioner och som "(o)mråder af rets- og samfundslivet".

[104] Vigerust, 1998 s. 25 f. Vigerust nämner exempelvis omsorg om barn som kan vara såväl avlönat som oavlönat arbete.

[105] Därmed inte sagt att det inte finns lagstiftning som försöker förändra fördelningen av kvinnors och mäns arbete med hem och barn. Se Westerhäll, Lotta, Jämställdhetssyftet inom den sociala familjerätten – förr – nu – i framtiden. 1985 s. 53. I SvJT 1985.

[106] Jämför Sverdrup, Tone, Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv. 1997 s. 269.

[107] Se Dahl, Tove Stang, 1985, Braekhus, Hege, 1996 och Sverdrup, Tone, 1997. Det är framförallt i Norge som debatten om husmorslønn har varit som livligast.

[108] Se Nielsen, 1979 s. 21.

3 Teoretiska ansatser och ställningstaganden

3.1 Inledning

Rättsvetenskaplig forskning i Norden utifrån ett kvinnorättsligt perspektiv har i första hand skilt sig från den tidigare forskningen genom att kvinnors rättigheter, eller avsaknad av rättigheter, har studerats.[109] Kvinnor och kvinnors rättsliga ställning har synliggjorts med dessa studier. Utgångspunkten har varit ett personorienterat perspektiv där argumenten är hämtade från en individ med traditionella och typiska "kvinnliga" livsvillkor.[110] Med detta perspektiv har ny systematik av, och kunskap om, rättssystemet skapats. Tove Stang Dahl och andra forskare i Norge har med exempelvis arbeten som "Kvinnoret; pengaret, husmorsret och børneret" skapat en ny systematik och till och med nya tvärjuridiska rättsområden.[111] Samtidigt så har den norska kvinnorättsforskningen varit av traditionell rättsdogmatisk karaktär och, som Hege Brækhus uttrycker det i sin avhandling, varit defensiv i sin tolkningsram.[112] Kvinnorätten av idag är mer mångfacetterad än tidigare. Något syfte att skapa en entydig förståelse av rätten som sådan har aldrig funnits. Inom kvinnorätten har angreppssätten varierat såväl empiristiskt, metodiskt som teoretiskt. Den gemensamma nämnaren har varit att maktförhållandet mellan könen problematiserats och att forskarna förhållit sig kritiska till rättens och i vida-

[109] Se exempelvis: Widerberg, Karin, Kvinnor klasser och lagar 1750–1980. 1980 och Calleman, Catarina, Kvinnors anställningsskydd. 1991. Se även Nielsen, Ruth, Kvindearbejdsret. 1979. Ett senare exempel är Schömer, Eva, Konstruktion av genus i rätten och samhället. 1999 s. 39. Schömers utgångspunkt är uttryckligen kvinnorättslig då "kvinnan/kvinnor" ställs i fokus.

[110] Berglund, 1997 s. 168 f.

[111] Dahl, Tove Stang, Kvinnoret I och II. 1985.

[112] Brækhus, Hege, Mor kan icke bli syk. 1996 s. 21.

re bemärkelse kunskapsproduktionens ensidighet.[113] Tidigare forskning, som i första hand har fyllt funktionen att synliggöra kvinnors villkor, har idag allt mer övergått till forskning som visar på maktrelationen mellan könen.[114] Under 1990-talet har ett flertal nordiska avhandlingar utgivits som jag betecknar som kvinnorättsliga. I viss mån gör forskarna uppror mot mödrarna, men i det stora hela anser jag att traditionerna följs. Ämnet angrips på ett metodologiskt nytt sätt, nya teorier används för att belysa problemet, nya begrepp som genus används, men i mångt och mycket handlar det fortfarande om ett synliggörande av kön och dess betydelse i olika relationer.[115]

3.2 Olika forskningsperspektiv

Idag handlar en del av den mångvetenskapliga arbetsmarknadsforskningen om orsakerna till löneskillnader mellan kvinnor och män, könssegregeringen, kvinnors och mäns olika arbetsvillkor, arbetsdelningen, arbetsvärdering samt om diskriminering.[116] Detta forskningsfält har ömsom kallats för kvinnoforskning, feministisk forskning, genusforskning eller jämställdhetsforskning. I utredningen "Viljan att veta och viljan att förstå" klarläggs skillnaderna mellan dessa forskningsinriktningar.[117] Om vi ser till den teoretiska sidan omfattar alla fyra inriktningarna ett forskningsfält, som om det definieras brett, betonar och lyfter fram kvinnor som analytisk kategori. Kvinnoforskning eller kvinnovetenskap är den vidaste inriktningen och kan därmed ses som en samlingsbeteckning för

[113] Svensson, E-M, 1997 s. 94 f. Se inledningen till: Nordborg, Gudrun, (red.), 13 kvinnoperspektiv på rätten. 1995 s. VII. Nordborg framhåller som gemensamt drag intresset för "samspelet mellan lagen och livet" samt grunderna för olika normer. Se även Dahlberg, Anita, Den kvinnorättsliga mångfalden. 1990 s. 25–40. I Retfaerd 1990:48.

[114] Se Ds 1996:26 s. 10 f. "När verkligheten synliggjorts ligger det nära till hands att söka förklaringsmodeller och då krävs utveckling av teorier kring genussystemens konstitution och uppträdandeformer".

[115] Se exempelvis: Svensson, Eva-Maria, Genus och rätt. En problematisering av föreställningen om rätten. 1997. Lundström, Karin, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. 1999. Schömer, Eva, Konstruktion av genus i rätten och samhället. 1999. Roseberry, Lynn, The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community. 1999.

[116] Stora delar av denna forskning finns representerad i Kvinnomaktutredningens olika betänkanden exempelvis SOU 1997:136 och 1997:137. Se även antologin Den könsuppdelade arbetsmarknaden – ett europeiskt perspektiv. 1999. (red.) Gonäs, Lena, Plantenga, Janneke och Rubery, Jill.

[117] Eduards, Maud, En allvarsam lek med ord. 1995 s. 55 f. I SOU 1995:110.

detta fält – en forskning som utan att utgå från en särskild teori ställer kvinnor i centrum.[118] Kvinnoforskningens mest centrala uppgift har varit att göra kvinnor och kvinnors villkor synliga, samt att 'erövra' det så kallade problemformuleringskriteriet. Idag har forskningen kommit ett steg längre och forskare, från olika vetenskaper, analyserar hur kvinnors villkor skapas, och varför det finns skillnader i kvinnors och mäns villkor på exempelvis arbetsmarknaden. Forskningen behöver i detta skede en teori och den finns idag utvecklad inom det som betecknas som genusforskning. Genus betyder i detta sammanhang att det är förhållandet mellan kvinnor och män som studeras – inte enbart kvinnors villkor isolerat. Kvinnor och män är delaktiga och skapar den rådande genusordningen.[119] Genusteorin är en metateori, "en stor teori", som söker förklara förhållandet mellan kvinnor och män på en absolut grundläggande nivå. Genusteorin blir som metateori också grundläggande för andra teorier som förklarar förhållandet mellan könen.[120]

Min ambition är att förena den rättsvetenskapliga metodiken med ett genusteoretiskt perspektiv, för att kunna beskriva och förklara hur rättsreglerna – lönediskrimineringsförbudet – förhåller sig till de normativa strukturerna. Genom att i analysen utgå från ett genusteoretiskt perspektiv skapas också ny systematik – på gott och på ont. Syftet är emancipatoriskt såsom brukligt är vid forskning, där en särskild målgrupps intressen ses i förhållande till andra parter – målet är med andra ord att förändra maktrelationen.[121] I sådant motto följer detta arbete den traditionella kvinnorätten såsom den utvecklades av Tove Stang Dahl med flera.[122] Det skulle också kunna hävdas att arbetet utgår från ett konfliktperspektiv – i den mening att det råder en konflikt i relationen mellan avtalsparterna och i förhållande till jämförelseobjektet. Konfliktperspektivet får då ses i

[118] I Löneskillnadsutredning, SOU 1993:7, citeras historikern Gunnar Qvist i avsnittet som beskriver genusperspektivet. "Forskaren ställs inte bara inför ett material av formell karaktär, debatter, beslut och regler utan kan också räkna med en "tyst" front mot kvinnorna, dolda men effektiva skyddsmekanismer, kring manssamhället. Inte nödvändigtvis i form av en organiserad sammansvärjning mot kvinnorna. Snarare som tusentals och tusentals och åter tusentals små beslut av beslutsfattare utan inbördes samverkan men styrda av traditionella och "självklara" värderingar, och därför verkande i samma riktning. Ungefär som bäckarna följande tyngdlagen småningom levererar vattenflöden till havet." (Var citatet är hämtat från framgår dock icke.)

[119] Eduards, 1995 s. 55 ff. I SOU 1995:110.

[120] Berggren, Anne Marie, Marknaden i ett historiskt genusperspektiv. 1997 s. 110. FRN rapport Lönepolitik och kvinnors löner. 97:4. "En metateori är allomfattande. Den som inte omfattar den är inte mer eller mindre objektiv än den som omfattar den."

[121] Jfr Wilhelmsson, 1990 s. 47 f.

[122] Dahl, Tove Stang, Innledning till kvinneretten. I Dahl (red.) Kvinnoret I och II. 1985.

ljuset av dikotomin konflikt – konsensus.[123] Konflikten blir antagonistisk först i det skede när krav ställs på reell jämställdhet – lika lön för lika och likvärdigt arbete.[124] Vi hamnar då i skärningspunkten där den "klassiska" konflikten kapital – arbete och genuskonflikten möts.[125]

Vad har då forskning ur ett kvinnoperspektiv, eller ett genusteoretiskt perspektiv, för betydelse inom rättsvetenskapen? Rättsvetenskaplig forskning utgår oftast från problemställningar som är bundna till akademiska traditioner: "Att dessa mestadels är manligt präglade ser man inte".[126] Kunskap är perspektivberoende och det har framhållits att "det objektiva" domarperspektivet är det som bör anläggas på rätten.[127] Forskare i ämnet arbetsrätt bör inte ta ställning vare sig för ett arbetstagar- eller ett arbetsgivarintresse.[128] Det rättsdogmatiska perspektivet är dock inte mer objektivt än något av de andra perspektiv som dominerat den akademiska världen sedan lång tid.[129] Kunskap i sig kan bestämmas av kön och rättsvetenskapsmännen har utvecklat en main-streaming juridik som i mångt och mycket ger en oerhört ensidig bild av rätten.[130]

[123] Inom arbetsrätten används ofta begreppsparet konflikt-samförstånd eller samverkan. Anna Christensen använder sig av paret konflikt-harmoni i uppsatsen: Konflikt eller harmoni. Två normativa strukturer. 1988. Se även Aubert, 1976 s. 171 f. Aubert kopplar konfliktbegreppet till "knappestrid", fördelningsfrågor och ett skaderekvisit.

[124] Jfr Esping-Andersen, 1990 s. 227. Där Esping-Andersen ser på könskonflikten på arbetsmarknaden, offentlig-privat sektor, som ett "ekonomiskt krig".

[125] Se Illich, Ivan, Genus. Bidrag till en historisk kritik av jämlikheten. 1985. Illichs bok är ett exempel på det motsatta – utgångspunkten är ett harmoniperspektiv. Illich ser könen som komplementära såsom vänster och höger hand.

[126] Ds1996:26 Genusperspektiv i forskningen s. 8.

[127] Jfr Sandgren, 1995-96a s. 731. Den dominerande ställning som domarperspektivet har haft anknyter till en "positivistisk rättskultur". Se även Hellner, Jan, Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. 1969 s. 207 f.

[128] Göransson, H, 1988 s. 28. Här menar jag att Göransson ger uttryck för att rättsvetaren som forskare kan uppträda schizofrent genom att i ett kapitel anlägga ett objektivt domarperspektiv och i ett annat ett kritiskt perspektiv. Min uppfattning är att det inom rättsvetenskapen ryms en kritik inifrån, men detta är enbart möjligt om vi accepterar att rätten inte är koherent. Se Svensson, E-M, 1997 s. 270.

[129] Christensen, Anna, Kvinnorätten och lagpositivismen. 1986 s. 96. I Retfaerd 1986:33. Christensen menar att ur vetenskaplig synvinkel är "lagstiftarens vilja" inte bestående av mer objektiva värden än vad andra värderingar är. Att studera verklighet, tillämpning och värderingar ligger inom den juridiska traditionen med rötter i naturrätten. Karin Lundströms avhandling "Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten", 1999, är ett exempel på forskning som visar att det inom rättsvetenskapen finns mer än ett perspektiv på rätten. Se även Malmberg, Jonas, Anställningsavtalet Om anställningsförhållandets individuella reglering. 1997 s. 21. Malmberg har i sin avhandling tre perspektiv det rättsdogmatiska, det teleologiska samt det internt komparativa.

[130] Om koherens – motsägelsefritt system se Nousiainen, Kevät, Rättens system och kvinnans vardag. 1995 s. 305 ff. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Se även Svensson, E-M, 1997 s. 94 och s. 268 ff.

Genom att gå utanför det gällande paradigmets ramar är syftet att öka samhällsrelevansen relaterat till forskningens kunskapsproblem – vi får ytterligare ett ben att stå på.[131] Ett genusteoretiskt perspektiv i forskningen tillför vetenskapen väsentliga och nya kunskaper. Genom ett vidgat perspektiv synliggörs kvinnors verklighet och genom att fokusera på genusrelationen blottläggs könsmässiga makthierarkier. Perspektivet medför också att den vetenskapliga självförståelsen berikas samt till ett skapande av mer allmänmänskliga artefakter.[132] Ett av syftena med detta arbete är att visa på könsmässiga makthierarkier i det arbetsrättsliga systemet.

3.3 Genussystem en teoretisk ram

Teoriram och begreppsapparat, såväl deskriptiv som analytisk, har jag funnit i Yvonne Hirdmans teorier om genussystemet och dess två grundläggande logiker.[133] Begreppet genus används flitigt inom kvinnoforskningen.[134] I första hand används begreppet för att skapa en förståelse för hur kvinnligt och manligt "görs". Hirdman menar att genus är en mer symbiotisk kategori än "roll" och "socialt kön". Genus kan "(f)örstås som föränderliga tankefigurer "män" och "kvinnor" (där den biologiska skillnaden alltid utnyttjas) vilka ger upphov till/skapar föreställningar och sociala praktiker, vilka får till följd att också biologin kan påverkas/ändras"...[135] Fördelen med denna definition av begreppet genus är att den har ett systematiserande drag. Genussystemet är en ordningsstruktur av kön – en ytterligare nivå av systematisering. Mönstereffekter och regelbundheter uppstår. I denna mönsterstruktur ser Hirdman: "(t)vå bärande bjälkar, alternativt "lagar", principer, logiker". Där den ena principen består av dikotomin kvinna–man, ett motsatspar som enligt *isärhållandets princip* inte bör blandas.

Den andra principen är hierarkin – där ordningsstrukturen utgår från att det är *mannen som är normen*.[136] "Det är mannen som är den norm-

[131] Jfr Sandgren, 1995-96a s. 728. I Juridisk tidskrift 95-96 nr 3. Sandgren menar att den juridiska metoden är begränsad och att bruket av empiriskt material kan öka rättsvetenskapens samhälleliga relevans.

[132] Ds 1996:26 s. 7 f.

[133] Hirdman, 1990. I SOU 1990:44.

[134] Begreppet används inte enhetligt. När jag citerar ur andra forskares arbeten är det forskarens egen definition av genus som gäller. Ibland är genus synonymt med socialt kön.

[135] Hirdman, Yvonne, Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning. 1988 s. 51. I Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1988 nr 3.

[136] Hirdman, 1988 s. 51. I ett senare arbete beskriver Hirdman begreppen genus och genussystem som; "(b)egrepp för könens "formering" och denna formeringsordnings system karaktär". Se Genusanalys av välfärdsstaten: en utmaning av dikotomierna. 1994b s. 66. Se även: Nousiainen, 1995 s. 333.

skapande människan."[137] Nagire Naffine menar att det inte är vilken man som helst som är normen, utan hon talar om "the paradigm citizien" som normskapande – en vit medelklassman med medelklassvärderingar.[138] Eller som Simone de Beauvoir uttryckte det: Kvinnor är "de Andra" de som avviker och definieras utifrån normen, det normala och allmängiltiga.[139]

Gro Hageman och Klas Åmark menar att det finns ytterligare en logik i genussystemet. Denna logik kallar de för "(e)n rangeringens logikk". I mötet mellan könen uppkommer en inbördes ordning mellan könen och den existerande genusordningen försvaras i första hand av den som gynnas av den.[140] Till Hirdmans teori lägger jag *rangordningens logik*, vilket ökar teorins användbarhet i förhållande till ämnet för avhandlingen.

En människa, en arbetstagare, en arbetsgivare är som norm av manligt kön. Inom arbetsrätten är denna bild av mannen som arbetstagarnormen en något annan än bilden av "the paradigm citizien". I arbetsrätten har utgångspunkten varit relationen arbetsgivare och arbetstagare. Arbetstagaren var den part som i relationen sågs (och ses) som svagare, oförståndigare och därför skulle bestraffas eller beskyddas. I mångt och mycket har arbetstagaren omyndigförklarats.[141] Hanne Petersen menar att det ligger ett annat mansideal i arbetsrättens uppfattning om människan som ligger bättre i fas med kvinnorättens uppfattning om kvinnors skyddsbehov. Men de skyddsbehov som har kommit till uttryck i rätten har utgått från mäns och inte från kvinnors livsförhållanden.[142]

Hirdman försöker finna grundläggande principer och positioner i mönsterstrukturen för att uppnå systematik och samtidigt problematiseras också förhållandet mellan könen. Denna utgångspunkt är nödvändig för mitt arbete, annars skulle jag inte kunna ställa frågan: Varför finns det löneskillnader som endast kan förklaras med att de beror på kön? Och varför har de varit beständiga? I hela avhandlingen kommer teorin om genussystem och dess två grundläggande principer att vara den övergripan-

[137] Hirdman, 1994b s. 67.

[138] Naffine, Ngaire, Law and sexes: explorations in feminist jurisprudence, 1990.

[139] de Beauvoir, Simone, Det andra könet, 1995 s. 12 f. "Han är Subjektet, det Absoluta – hon är det Andra." I Bra böckers lexikon del 14 1988, är definitionen på manligt kön Y-kromosom samt förekomsten av testiklar. "Saknas denna faktor sker utveckling i kvinnlig riktning."

[140] Hageman, Gro och Åmark, Klas, Fra "husmorkontrakt" til "likestillingskontrakt". 1999 s. 198. I (red.) Engelstad, Fredrik, Om makt. Teori og Kritikk.

[141] Bruun, 1995 s. 87. Arbetsrätten uttrycker en löntagarmentalitet. Lydnad och underkastelse har varit nyckelord och arbetstagaren förväntas inte "tänka själv".

[142] Petersen, Hanne, (red.) Kvindelig arbejdsret. 1995 s. 13.

de teoretiska ramen för analysen. Till Hirdmans två logiker lägger jag rangordningens logik för att öka värdet av modellen.

Hirdmans systemteori har kritiserats av andra forskare för att vara statisk.[143] Denna kritik bygger till viss del på en missuppfattning, eller kanske på en önskan om att teorin är normativ. Min uppfattning är att denna teori i första hand är deskriptiv, det vill säga avsikten är inte att säga något om börat utan något om varat.[144] Men även den mest deskriptiva framställning av ett historiskt skeende kan för läsaren bli normativ och även normerande.[145] Detta behöver inte med nödvändighet föra med sig att teorin som sådan är statisk eller deterministisk. Genus och genussystem skapas och förändras av människor och teorin kan därmed också innehålla motsättningar och förändringar. Den som är skeptisk till teorin om genus och genussystem såsom varande ödesbestämd har att söka falsifiera teorin. En ny vetenskaplig diskussion skulle i så fall kunna påbörjas.

3.4 Normativa grundmönster

Idag är det relativt få rättsvetenskapsmän som sysslar med att bygga egna system. Behovet av systematisk analys har dock inte minskat. Anna Christensen analyserar mycket systematiskt vad hon kallar för normativa grundmönster i rätten – ett försök att bringa ordning i "mängden av juridiska normer".[146] Hon vänder sig emellertid mot rättspositivismens och lagstiftarens försök att bygga hierarkiska rättssystem.[147] I teorin om normativa grundmönster skall det inte finnas någon hierarkisk ordning, inga överordnade eller underordnade principer och inte heller några värderingar. Syftet är att genom denna strikt rättsvetenskapliga modell söka efter och åskådliggöra de normativa mönster som har funnits och som finns i rättsreglerna. Modellens begränsning stannar vid att mönstren blir tydliga och troliga (parallellitet, pregnans).

De normativa grundmönstren kan också ses som normativa poler och rörelserna i rätten sker mellan dessa poler. De poler eller grundmönster som är intressanta för mitt arbete är: skydd för etablerad position, det

[143] Se exempelvis: Sommestad, Lena, Från mejerska till mejerist. En studie av mejeriyrkets maskuliniseringsprocess. 1992, och Frangeur, Renée, Yrkeskvinna eller makens tjänarinna? Striden om yrkesrätten för gifta kvinnor i mellankrigstidens Sverige. 1998.

[144] Svensson, E-M, 1997 s. 32.

[145] A.a. s. 32 not 12.

[146] Christensen, 1996 s. 522.

[147] A.a. s. 526.

marknadsfunktionella mönstret, rättvis fördelning och förbudet mot diskriminering.[148]

Utgångspunkten för Christensens studier, enligt modellen, är det enskilda rättssubjektets perspektiv, men individen som begrepp problematiseras inte.[149] Samma grundmönster gäller oavsett om det är en kvinna eller en man som har uppnått en etablerad position, exempelvis ett anställningsskydd. När individbegreppet inte problematiseras blir modellen, enligt min mening, i sig värderande – normen blir den manlige arbetstagaren, arketypen, som rätten utgår från.[150] När anställningsskyddets normativa mönster studeras är det utifrån den manlige arbetstagarens position som lönearbetare, och den utveckling/rörelse som skett i denna position.[151] Avsikten är dock som jag har uppfattat det att enbart beskriva rörelser i rätten. Modellen blir också enbent, i den mening att endast det produktiva arbetet får relevans, medan det reproduktiva arbetet osynliggörs. I modellen om normativa grundmönster i rätten saknas därmed det för mig nödvändiga begreppet kön. I modellen finns inte kön som ett grundmönster eller som analytisk kategori. Modellen utgår därmed från den traditionella juridiska ideologin som bygger på den liberala rättsordningens neutrali-

[148] De begrepp som Christensen använder sig av i sina analyser av rättsreglerna finner jag vara fruktbara särskilt för att undersöka de underliggande informella eller formella strukturer som avspeglas i rättsreglerna om lönediskriminering. I projektet "Normativa mönster och normativ utveckling i Den Sociala Dimensionen", utgår forskarna från tre olika normativa grundmönster: Rättvis fördelning, Skydd för etablerad position och Det marknadsfunktionella grundmönstret. Projektet tar även upp två nya drag i rättsutvecklingen: flexibilisering och förbud mot diskriminering. Christensen menar att diskrimineringsförbudet kan ses som en ny form av grundmönster, som ett generellt diskrimineringsförbud där kön är en kategori.

[149] En annan studie av rätten som har normativ karaktär är Thomas Wilhelmssons, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. 1987. Wilhelmssons arbete har kritiserat från ett könsperspektiv se exempelvis Pohjonen, Soile, Kontraktsrätten och samboförhållande. 1995 s. 74. I Retfaerd 1995:70. Se även Fransson, Susanne, Lönediskriminering – fenomen och strategi. 1995 s. 69 f. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten.

[150] Jfr Sandgren, 1995:96a s. 731. Sandgren anmärker på att man inom juridiken "(l)aborerar med genomsnittliga, abstrakta aktörer i den rättsliga analysen". Se även Svensson, E-M, 1997 s. 300 f.

[151] Jämför med de resultat som forskaren uppnår med ett kvinnorättsligt perspektiv i fråga om anställningsskyddet! Se Calleman, Catarina, Kvinnors anställningsskydd, 1991, samt En har fått nytt jobb, en blir kanske återanställd och en blev lyckligtvis med barn. 1995. I (red.) Nordborg, 13 kvinnoperspektiv på rätten. I sin forskning om kvinnors anställningsskydd visar Calleman att den könsneutrala turordningsregeln får en könsspecifik tillämpning – kvinnors etablerade position är svagare. Arbetsgivarens argument för att säga upp dem är ofta relaterat till den privata sfären – till det reproduktiva arbetet.

serade och individfokuserade rättssubjektivitet.[152] Kön, ras och klass är inte kategorier som särskilt studeras.[153]

Jag vill redan inledningsvis ge ett exempel där kön som analyskategori skulle ha gett en mer fullständig bild av normsystemets komplexitet. Rätten att lönearbeta kan ses som en rättighetsnorm och som en pliktnorm. I grundlagen är målsättningsparagrafen allas rätt till arbete – medan det enligt socialförsäkringssystemet finns en plikt att arbeta, söka arbete, för att få ersättning. Tydligast är detta mönster i reglerna för ersättning från arbetslöshetskassorna. Christensen ser denna regel som en pliktnorm.[154] Den officiella politiken har varit, i vart fall historiskt sett, att kvinnor har haft rätt att istället för lönearbete välja att ingå äktenskapskontrakt, att välja vad som brukar kallas för hemarbete. Den pliktnorm som Christensen funnit vid sin analys har gällt/gäller för män, medan det normativa mönstret för kvinnor är och har varit annorlunda och mer sammansatt.[155] Dessa mönster är föränderliga, såväl för kvinnor som för män, och skillnaden är nog så intressant i sammanhanget.

Trots denna kritik kommer jag att använda mig av modellen om normativa grundmönster i min undersökning av de konkreta rättsreglerna för att beskriva rätten, men jag avser att visa att det finns olika normativa grundmönster beroende på arbetstagarens kön. Grundmönstren etablerad position, rättvis fördelning och marknadsfunktion används som deskriptiva begrepp för att visa på "rörelserna i rätten". Förbudet mot könsdiskriminering är i detta sammanhang ett särskilt urskiljbart grundmönster. Till modellen lägger jag kön som självständig analyskategori och grundmönstren blir således inte längre färglösa. Modellen får därmed, enligt min mening, ett ökat förklaringsvärde samtidigt som den blir mindre enhetlig. Jag använder således begreppet etablerad position i en vidare bemärkelse än vad Christensen avser, för att också kunna beskriva förändringar i genusrelationen och aktörernas, rättssubjektens, positioner och rörelser. Min uppfattning är att beskrivningen av rörelsen i rätten inte påverkas av att individbegreppet problematiseras.

[152] Se Wilhelmsson, Thomas, Avtal och jämlikhet. 1997 s. 508. SvJT 7/97.

[153] Jfr Gustafsson, 1998 s. 63. Gustafsson menar att när utgångspunkten är könsneutralitet så faller hela könsproblematiken in i den juridiska ideologin.

[154] Christensen, 1996 s. 555.

[155] Jfr Abukhanfusa, Kerstin, Kvinnor i välfärdssamhället. 1987 s. 147. I Kyle, Gunhild, Handbok i svensk kvinnohistoria. Där författaren hävdar att det enligt sociallagstiftningen finns skillnader i plikten till självförsörjning. Självförsörjningsplikten är inte lika oeftergivlig för kvinnor som för män.

3.5 Angränsande forskningsteorier

Juridiken har som vetenskap inga förklaringar till varför diskriminering uppkommer i samhället.[156] Uppkomsten till behovet av lagstiftning med förbud mot lönediskriminering får sökas utanför rättens kärna. Vi vet att det existerar löneskillnader som har sin grund i kön – frågan är hur detta fenomen har uppstått och om det kan eller har legitimerats genom några ideologier och teorier?

Min ambition är inte att slå fast orsakerna till löneskillnaderna mellan könen. Jag har snarare valt att studera och presentera de olika teorierna eftersom de används i strategin för att förklara och även för att legitimera skillnaderna mellan kvinnors och mäns värde på arbetsmarknaden.[157] I denna mening används de olika teorierna komplementärt. Dessa teorier är även ideologier vars syfte är att tolka verkligheten. Argument med stöd i dessa teorier används vid förhandlingar mellan parterna på arbetsmarknaden och i samband med rättstillämpning, exempelvis som processuella argument i tvister om lönediskriminering. I Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, hördes två ekonomer som sakkunniga angående marknadens funktion för lönebildningen. Då bevisbördan aldrig kom att övergå till arbetsgivaren fick de ekonomiska teorierna ingen betydelse i målet. I EG-domstolen använde sig generaladvokaten i exempelvis Enderbymålet av ekonomisk teoribildning som argument för att förklara varför särskilda låga löner förekommer i kvinnodominerade yrken.[158]

3.5.1 Humankapitalteorierna

Ekonomer har alltid spelat en stor roll för teoribildningen kring relationerna på arbetsmarknaden. I humankapitalteorierna analyseras könsarbetsdelning och löneskillnader som ett rationellt svar på och som en konsekvens av biologiska och sociala skillnader mellan kvinnlig och manlig arbetskraft. Mest konventionell är den gren som försöker förklara löneskillnaderna med differenser i anställningstid och utbildningslängd. Då kvinnor numera har en genomsnittligt längre utbildning än män faller denna förklaringsfaktor.[159]

En av humankapitalteorierna är baserad på ett könsrollstänkande där organiserandet av det privata antas påverka förhållandet i det offentliga. Detta medför att såväl neoklassicistiska ekonomer som Gary Becker som

[156] Se Hydén, 1996 s. 12.

[157] Walby, Sylvia, Gender segregation at work. 1986 s. 71 f.

[158] Mål C-127/92 Dr Pamela M. Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1999) ECR I-5535 Se generaladvokatens yttrande p.32–34.

[159] Wadensjö, Eskil, Arbetsinkomster för kvinnor med högre utbildning. 1997 s. 256. I SOU 1997:136.

sociologer med kvinnoperspektiv exempelvis Joan Acker använder sig av teorin.[160] Grundsynen skiljer sig emellertid i antagandet om uppkomsten till skillnaderna – som medfödda eller som socialt konstruerade.[161]

Den andra grenen av humankapitalteorin utgår från att aktörerna på arbetsmarknaden agerar ekonomiskt rationellt. Såväl kvinnor som män har en valfrihet när det gäller lönearbetets omfattning, yrkesval och karriär. Valet styrs endast av den rådande konkurrensen. Dessa klassiskt liberala tankar framfördes redan av J.S. Mill under 1800-talet.[162] Frågan är bara varför konkurrensen inte har lett till en högre grad av rationalitet? Arbetsgivare väljer inte alltid den billiga kvinnoarbetskraften, och kvinnor väljer i låg grad att arbeta inom mansdominerade branscher, vilket leder till att löneskillnaderna fortfarande existerar. Följaktligen försöker forskarna att finna lösningar för att förklara det irrationella beteendet. En hypotes som framförts är att män kompenseras ekonomiskt för sin sämre arbetsmiljö – kompenserande löneskillnader uppstår. En annan tes är att de informella strukturerna gör att kvinnor söker sig till arbeten där konflikten mellan hemarbete och lönearbete är som minst. De arbetar inte skift, inte övertid och de arbetar i första hand för offentliga arbetsgivare.[163]

En tredje humankapitalteori är teorin om nyttomaximering utifrån antagandet att människan strävar efter att "maximera sin livstidsinkomst". Mot bakgrund av detta antagande har två hypoteser utvecklats: värdeminskningshypotesen och värdeökningshypotesen. Dessa teoriers förklaringsvärde har minskat i takt med att kvinnors utbildningsnivå har höjts och även som ett resultat av den tekniska utvecklingen. Fysisk styrka har inte samma betydelse i arbetslivet idag, framförallt inte inom industrin, som den hade under den första hälften av 1900-talet.[164]

I humankapitalteorierna finns inslag som ideologiskt sett är i paritet med socialbiologin, och/eller socialbiologin är en spegelbild av de ideologier som menar att ojämlikheten mellan människor har en av naturen given förklaring. Humankapitalteorierna är liksom andra vetenskapliga teorier värdeladdade och ideologiskt färgade. Vetenskap och politik är inte åtskilda sfärer utan avspeglar varandra och samtiden. I dagens sam-

[160] Se Acker, Joan, Doing Comparable Worth. Gender, Class, and Pay Equity. 1989. Becker, Gary, The Essence of Becker. 1995.

[161] Le Grand, Carl, Kön, lön och yrke – yrkessegregering och lönediskriminering mot kvinnor i Sverige. 1997 s. 49. I SOU 1997:136.

[162] Mill, J. S., 1995.

[163] Le Grand, 1997 s. 51. I SOU 1997:136. Jfr Aubert, 1976 s. 27. Aubert skriver om kompensation som en styrande princip för att legitimera olikhet vid resursfördelning i samhället. Jfr Petersen, 1991.

[164] Le Grand, 1997 s. 51 f. I SOU 1997:136. Se även Tomaskovic-Devey, Donald, Gender&Racial Inequality at Work. 1993 s. 39.

hällsdebatt tas allt för ofta genetiska grunder som intäkt för skillnader i livsvillkor. "Naturens ordning" får därmed legitimera exempelvis ras och könsförtryck.[165]

3.5.2 Diskrimineringsteorier

Det finns ett stort antal diskrimineringsteorier och hypoteser som försöker förklara varför kvinnor diskrimineras på arbetsmarknaden. De flesta av teorierna och teserna utgår från att det i efterfrågan av arbetskraft finns olika faktorer som leder till diskriminering. En skiljelinje går mellan om forskaren kommer fram till, eller utgår från, att det är diskriminering inom arbetsmarknaden eller diskriminering utanför arbetsmarknaden som är den mest väsentliga.

Monopsom-modellen[166] bygger på att konkurrenssituationen inverkar på kvinnors respektive mäns löner. I den offentliga sektorn finns det ett fåtal arbetsgivare som anställer och avlönar arbetskraft vilket leder till monopsom. Utbildning, barnomsorg och sjukvård dominerar denna del av arbetsmarknaden i storlek och som prissättare.[167] Priset kan sättas lågt då denna del av den offentliga sektorn är starkt könssegregerad. Utbudet av kvinnlig arbetskraft är stort i den offentliga sektorn och en monopsonistisk arbetsgivare kan betala män mer än kvinnor om konkurrensen om kvinnlig arbetskraft är lägre än om manlig arbetskraft.[168] Modellen utgår trots detta från efterfrågesidan, då det är efterfrågan, bristen på konkurrens, som gör att arbetsgivaren genom att hålla lönerna nere kan öka sina vinster och minska sina kostnader.[169]

Den svenska arbetsmarknaden är könssegregerad, som en effekt av att kvinnor utestängts från männens arbetsmarknad, och andelen manliga arbetstagare är mycket större i den privata sektorn än i den offentliga. Kvin-

[165] Det rasbiologiska perspektivet har "återuppstått" med boken, The bell curve: intelligence and classtructure in American life, Herrnstein och Murray, 1994. Författarna förklarar skillnaden mellan vita och svartas livsvillkor i USA utifrån genetiska betingelser. Kopplingen mellan socialbiologi och andra vetenskaper leder enligt min mening till ett förstärkande av de ideologier som kan betecknas som reaktionära. Om allt är av naturen, (och Gud givet), finns det ingen möjlighet till förändring utan relationen mellan människor, som individer och som grupper, blir statisk. Jämställdhet som politiskt mål har ingen plats i ett socialbiologiskt perspektiv.

[166] Ordet monopsom härstammar från monopol.

[167] Andersson, Dan, Vad säger marknaden om solidarisk lönepolitik? 1987 s. 39. LO, Lönepolitisk debatt.

[168] Hultin, Mia och Szulkin, Ryszard, Chefernas kön och de anställdas lön. 1997 s. 158 not 5. I SOU 1997:136. Författarna hänvisar till källorna Burstein 1994 och England 1984.

[169] SOU 1993:7 s. 162.

nor arbetar idag i nästan i lika hög grad i offentlig som i privat verksamhet. I den offentliga sektorn arbetar dock betydligt fler kvinnor än män.[170] Hypotesen är här att denna anhopning av arbetskraft av det ena könet leder till låga löner överlag och därmed också till låga kvinnolöner.[171] Det omvända förhållandet gäller därmed för den privata sektorn där trängseln av män skulle ge högre löner. Utgående från ett utbudsöverskott skulle könet ge olika effekter på lönesättningen. Kvinnligt överskott ger lägre löner – manligt överskott ger högre löner.[172] *Anhopningsteorin* är i detta en diskrimineringsteori.[173] Denna hypotes har testats empiriskt av Åsa Löfström och ansamlingen av kvinnor i ett yrke har befunnits kunna förklara en del av de osakliga löneskillnaderna. "Könsavdraget" för enskild kvinna var cirka sex procent, medan en tioprocentig ökning av andelen kvinnor skulle minska lönen med cirka 1,3 procent. Undersökningen visar också att överutbudet av kvinnliga arbetstagare ger "klart större" negativa effekter för mäns löner än för kvinnors löner. Om andelen kvinnor ökade med tio procent i en mansdominerad bransch blir minskningen av lönen dubbelt så stor det vill säga drygt tre procent.[174]

Anhopningsteorin verifieras även av en annan typ av undersökningar. En empirisk undersökning av sambandet mellan kvinnors löner och deras chefers kön visar att anhopningen av manliga chefer leder till att kvinnor får lägre löner.[175]

Det finns ett stort antal undersökningar som visar att humankapitalteorierna endast kan förklara en liten del av de löneskillnader som finns. Genom att kombinera humankapitalteorierna med diskrimineringsteorierna kan dock den komplexa frågan om orsakerna till löneskillnaderna belysas såväl från utbuds- som från efterfrågesidan.[176]

[170] Se SCB, 2000.

[171] Granqvist, Lena, Sidoförmåner – skillnader mellan kvinnor och män. 1997 s. 180. I SOU 1997:136. Se även SOU 1993:7 s. 163. Denna teori eller modell benämns som anhopningsteorin eller crowdingmodellen.

[172] Detta tycks vara en generell slutsats inom forskningen om kvinnors löner. Se exempelvis Hultin, Mia och Szulkin, Ryszard, Wages an Unequal Acess to Organizational Power: An Empirical Test of Gender Discrimination. 199 s. 454.

[173] Löfström, Åsa, Arbetsvärdering i teori och praktik. 1997 s. 208 not 9. I SOU 1997:136. Enligt Löfström framlades anhopningstesen redan 1922 av Edgeworth, men den rönte ingen större erkännelse.

[174] A.a. s. 208 f. Undersökningar gjorda på 80-talet visar på samma tendenser.

[175] Hultin/Szulkin, 1999 s. 469.

[176] Le Grand, 1997 s. 57 I SOU 1997:136.

4 Om begreppen

4.1 Inledning

Jag kommer i arbetet att använda mig av termer och begrepp som för läsaren kan tyckas självklara. Trots detta vill jag inledningsvis ge en kort begreppsbeskrivning av orden jämställdhet/jämlikhet, kön/genus samt diskriminering/rättighet, såsom de kommer att användas i detta arbete.[177] Dessa begrepp kan inte bestämmas då de är kontextuella och beroende av värderingar.[178] Lotta Westerhäll beskriver begreppet jämställdhet som ett "tomt begrepp i sig". "För att det skall få en mening måste det preciseras, i vilken relation man talar om jämställdhet."[179]

4.2 Jämlikhet och jämställdhet

Jämlikhet är det vidare begreppet av de båda, jämlikhet omfattar därmed jämställdhet.[180] Enligt Kevät Nousiainen ryms i begreppet jämlikhet språkligt sett enbart likhet, medan det inom jämställdhetsbegreppet också ryms olikheter.[181] Språkligt sett skulle därmed jämlikhet vara ett snävare begrepp än jämställdhet. Jämlikhet i lönesättningen utgår från det verti-

[177] Ett begrepp som jag avstår från att definiera är rättvisebegreppet. Rättvisa är ett begrepp som har sysselsatt mången filosof och doktorand. Kravet på att kön inte skall ha någon relevans vid lönesättning är ytterst ett rättvisekrav, men jag har av ren självbevarelsedrift avstått från att redovisa olika rättviseteorier i detta arbete. Teorier om rättvisa kan dock användas såväl för att legitimera likalöneprincipen som för att legitimera skillnader som varande rättvisa. Frågor som jag kunde ställt är: Vilka rättvisenormer dominerar på mitt undersökningsområde? Vad är rättvisenormen när det gäller lönen? Elisabeth Vigerust har till viss del tagit upp dessa frågor i sin avhandling: Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarkedet. 1998 s. 39 f.

[178] Juridiska begrepp kan annars ha en sorterande verkan.

[179] Westerhäll, 1985 s. 59. Se även Vigerust, 1998 s. 42. Vigerust menar att begreppet jämställdhet är både oklart och omdiskuterat.

[180] Schömer, 1999 s. 24.

[181] Nousiainen, 1995 s. 309 f. "Den *rättsliga jämställdheten* har införts oberoende av kön."

kala planet exempelvis att löneskillnaderna mellan tjänstemän och arbetare skall minska. Det viktigaste argumentet för mer jämlika löner är rättviseskäl och demokratiaspekter. Rättvisa löner är också jämlika löner.[182] Kravet på jämlika löner är i första hand en intressefråga. Ojämlik lönesättning är inte i sig förbjuden i lag såvida inte området för jämställdhet tangeras – området där kön har relevans som rättsfaktum.

Jämlikhetsprincipen kan uttryckas i tre olika grader av krav eller mål: lika möjligheter (equal oppurtunities), lika behandling (equal treatment) och lika utfall (equal result). Enligt *equityteorin* (rättviseteorin) skall investering och utfall stå i proportion till varandra. Teorin koncentrerar sig i huvudsak på jämförelsen mellan två individer.[183] Karin Lundström använder sig i sin avhandling konsekvent av termen könsjämlikhet istället för jämställdhet. Detta förklarar hon med det faktum att ordet jämställdhet inte existerar inom gemenskapen som helhet och att EG-rätten i detta avseende är mycket påverkad av liberalismens idéer.[184] Jag följer Lundströms exempel och i den EG-rättsliga delen av avhandlingen använder jag begreppet jämlikhet i första hand. Begreppet jämlikhet förefaller här stämma bäst överens med den i EG-rätten så grundläggande likhetsprincipen.[185]

Jämställdhet är ett ord (term) som har blivit ett politiskt begrepp framförallt genom den liberala språkskapande verksamheten – politiken ger nya begrepp.[186] Folkpartiet var den politiska kraft som i första hand drev frågan om jämställdhet i arbetslivet i riksdagen under 70-talet. Frågan om diskriminering kom därmed att hamna i bakgrunden. Begreppet jämställdhet är inte nytt, det användes redan år 1938 av Alva Myrdal i betänkandet "Gift kvinnas förvärvsarbete".[187] Allmänt används begreppet numera för att uttrycka målet för att uppnå jämlikhet mellan könen.[188] I jämställdhetskommitténs betänkande konstaterades att det får anses råda konsensus om att jämställdhet mellan kvinnor och män är ett legitimt mål, men samtidigt menade kommittén att detta faktum kan bero på att

[182] Jfr Fredholm, Eva, Sin lön värd. 1989 s. 81. Historiskt sett har dylik tolkning inte alltid dominerat.

[183] A.a. s. 85 ff. Fredholm menar att ett problem med equityteorin är att människors känsla av orättvisa mer beror på jämförelse med "en "generaliserande andre" än med en särskild individ.

[184] Lundström, 1999 s. 17 not 4.

[185] Se Christensen, 1999 s. 13 ff.

[186] I DN fördes 1998 en het debatt om vilket parti som egentligen hade skapat begreppet jämställdhet. Var det ett borgerligt projekt, ett S-projekt eller uppfann Stödstrumporna jämställdhetspolitiken? Se DN 3/4 98 samt 4/4 98.

[187] SOU 1938:47 Gift kvinnas förvärvsarbete M.M se exempelvis s. 64. "... (v)arigenom kvinnor nu tillerkännas en större rätt till ömsesidighet och jämställdhet, ...".

[188] SOU 1995:110 s. 57.

begreppet jämställdhet definieras olika av olika människor.[189] En skiljelinje går mellan formell och reell jämställdhet som mål.

Idag kan vi konstatera att kvinnor i Sverige har uppnått formell jämställdhet, medan vi har en lång väg att vandra för att nå reell jämställdhet.[190] Formell jämställdhet innebär att kvinnor och män är lika inför lagen när det gäller exempelvis arvsrätt, myndighet, rösträtt och valbarhet. Formell jämställdhet har uppnåtts successivt. Reell jämställdhet är emancipationen fullt ut – likhet i resultat. Det räcker då inte med att kvinnor rent teoretiskt är valbara till riksdagen. För att den reella jämställdheten skulle uppnås i riksdagen genomfördes en inkvotering av det underrepresenterade könet.[191] Reell jämställdhet existerar först då kvinnor och män på ett likvärdigt sätt delar den makt, ekonomisk och politisk, som kan uppnås med den formella jämställdheten.[192] Vi kan också konstatera att det har skett en förändring av betydelsen av begreppet jämställdhet och dess politiska framtoning från 70-talets krav på att kvinnor skall kunna få samma möjligheter, samma livsmönster som män, till 90-talets krav på delad makt och delat ansvar.[193]

Jämställdhet handlar om en jämförelse mellan två eller flera individer av motsatt kön på det horisontella planet – individer vars meriter, avtal och prestationer kan jämföras. I denna mening är begreppet jämställdhet relationellt.[194] Jämställdhet är definitionsmässigt ett könsneutralt begrepp, som i sin tillämpning kan användas såväl för att förbättra som för att försämra både kvinnors och mäns ställning och villkor på arbetsmarknaden. En extrem tillämpning av könsneutraliteten användes i prostitutionsutredningen, där utredaren f.d. Jämo Inga-Britt Törnell jämställde köpare och säljare. Effekten blev i detta förhållande som präglas av hög grad av ojämlikhet, att båda parter befanns ha samma skuldvärde. För att kunna

[189] SOU 1978:38 s. 66–69. Se även prop.1978/79:175 s. 11. "Jämställdhet innebär enligt min uppfattning inte ett tvång eller en strävan mot ett uniformt, likformigt levnadssätt för alla individer. Tvärtom bygger begreppet jämställdhet på grundsynen att varje människa är unik och har sina personliga egenskaper och önskningar."

[190] SOU 1990:41 s. 203. "Jämställdhet innebär således inte bara att kvinnor och män har lika rättigheter i en mera formell mening. Båda könen måste ha lika faktiska möjligheter att påverka utbildning och arbetsliv, liksom samhället i stort. Samhället har under årens lopp i mycket stor utsträckning styrts och utformats av män, och kvinnor har måst anpassa sig till den manliga normen."

[191] SOU 1987:19.

[192] SOU 1993:7 s. 28 f. SOU 1998:6 s. 2 ff.

[193] Prop. 1993/94:147. Jag vill dock påpeka att det inte rått en omedvetenhet om otillräckligheten av formell jämställdhet innan 90-talet. Se exempelvis SOU 1978:38 s. 28 och SOU 1990:41 s. 203, men skillnaden är att kraven har blivit tydligare och att de framförts på ett mer 'militant' sätt.

[194] Se Svensson, E-M, 1997 s. 17 f. Jämställdhetsbegreppet kan jämföras med begreppet genus.

kriminalisera köparen ansåg utredaren att också den prostituerade måste kriminaliseras.[195]

Det ontologiska[196] problemet har sedan lång tid tillbaka varit om kvinnors och mäns förhållande till varandra är baserat på likhet eller särart. Likhets- och särartsdiskussionen har varit ett återkommande tema för diskussioner inom kvinnorörelsen och kvinnoforskningen.[197] Kravet på jämställdhet utgår ursprungligen från tanken att kvinnor och män är lika som individer och slutsatsen blir därmed att vi förtjänar lika rättigheter. Med denna utgångspunkt är vi tvungna att relatera till en norm – förhålla oss till något som likheten utgår ifrån. Likhetsprincipen gör mannen till norm.

Väljer vi särartslösningen, det vill säga framhåller att kvinnor och män är olika, men trots detta lika mycket värda, uppstår problem att verifiera påståendet empiriskt. Kvinnor och män har inte samma reella rättigheter, de har inte lika mycket makt och inte ens lika lön för lika arbete. För att komma ifrån motsättningen mellan likhet och särart, som endast bekräftar det hierarkiska och kanske också antagonistiska förhållandet mellan kvinnor och män och mannen som normen för alltings ordning, får vi försöka acceptera att det inte handlar om antingen eller, om likhet eller särart, utan om både och.[198] Anna Wahl skriver: "(d)et är inte *varför* som är centralt utan *hur*. Hur görs kön olika respektive lika under olika omständigheter, hur förändras konstruktionerna (oavsett vad som eventuellt finns i botten)? Skillnader mellan könen relateras till kvinnors och mäns olika villkor, inte väsen".[199]

Enligt jämställdhetslagen innebär jämställdhet i arbetslivet att kvinnor och män skall ha samma rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor, samt utvecklingsmöjligheter i arbetet.[200] Grundläggande är att individen har rätt att bli bedömd utifrån sina personliga egenskaper och meriter och inte efter sitt kön.[201] Kravet på jämställdhet är enligt min

[195] SOU 1995:15.

[196] Ontologi är en vetenskapsteoretisk term för läran om varandets väsen. Vilka grunder finns det för tillvaron?

[197] Se exempelvis Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1 1980, nr 3 1983, nr 2 1992, nr 1 1994, nr 4 1994 och nr 1 1995. Se även Bang nr 1 1994.

[198] Petersen, Hanne, Kvindelig arbejdsret. 1995 s. 11. "Det er ikke tale om interesse for eller ønsker og krav om *enten* lighed *eller* forskellighed, men netop om af forholde sig til den svære balance mellem disse værdier." Eller som det uttrycks i SOU 1990:41 s. 203 "Detta blir en naturlig uppgift om man utgår från den alldeles självklara principen om kvinnors och mäns lika värde".

[199] Se Wahl, Anna, Molnet – att föreläsa om feministisk forskning. 1996 s. 36. I Kvinnovetenskaplig tidskrift 96 nr 3–4.

[200] Prop. 1990/91:113 s. 6.

[201] Se exempelvis SOU 1978:38 s. 59.

mening utilitaristiskt: Största möjliga lycka till största möjliga antal.[202] För att jämställdhet skall kunna uppnås krävs en samhällsförändring och en förändring i relationen mellan kvinnor och män.[203] I senare förarbeten konkretiseras förändringen till att maktbalansen mellan könen måste förskjutas till kvinnors fördel.[204]

Begreppet jämställdhet och jämställdhetslagens könsneutrala utformning har kritiserats av flera forskare.[205] Anita Dahlberg hävdar att den svenska metoden med könsneutral lagstiftning är en paradox. Syftet med könsneutraliteten är att inga hänsyn skall tas till rättssubjektens kön – utgångspunkten är det "tänkta" jämställda samhället. Men trots allt är samhället, verkligheten, inte könsneutral och därför införs jämställdhetslagstiftning där hänsyn tas till kön. "Kön som outtalat rättsfaktum blir till öppet rättsfaktum." Syftet är att göra samhället mera jämställt – fritt från könsdiskriminering. Paradoxen består i att, för att kunna följa och tillämpa de könsneutrala lagarna måste först könsojämlikheten komma upp i ljuset och det måste lagstiftas om jämställdhet.[206] Håkan Gustafsson anvisar en lösning, eller kompromiss, på problematiken könsneutralitet eller könsspecificering i rätten. Utgångspunkten bör vara att "(v)erkligen erkänna att rätten är paradoxal – och glömma all romantisk nostalgi om rättens enhet, neutralitet, motsägelsefrihet och koherens". Koherens kan inte uppstå i ett system som är en återspegling av reella problem och paradoxer.[207]

Argumenten för ökad jämställdhet, när det gäller löner, är rättviseskäl, men också en fråga om ekonomisk makt, arbetsdelning och rätten till

[202] Grunden för utilitarismen finns hos filosofer som Jeremy Bentham och J. S. Mill. Att försöka uppnå största möjliga lycka åt största möjliga antal överensstämmer väl med strävan efter jämställdhet.

[203] Prop.1978/79:175 s. 11. "I ett samhälle, där diskriminering och fördomar har ersatts av jämställdhet, har inget kön förlorat. Både kvinnor och män har frigjorts från trycket av gamla roller och kan mötas i gemensamt ansvar som självständiga individer."

[204] Prop. 1990/91:113 s. 7.

[205] Se exempelvis: Liljeström, Rita, Går det att förena likhet och särart? 1983 s. 133. I (red.) Aniansson, Eva, Rapport från kvinnouniversitet Vetenskap, Patriarkat och Makt. Liljeström skriver: "Om alla de värderingar som ges prioritet vilar på ett kollektivt manligt medvetande, vad är då jämställdhet annat än assimilering i den dominerande kulturen?"

[206] Dahlberg, Anita, Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion. I Nordborg, Gudrun, (red.), 13 kvinnoperspektiv på rätten. 1995 s. 25 f. Dahlberg menar att jämställdhetslagen trots sin allmänna könsblindhet kan fungera som en dekonstruktion av stereotypa könskategorier – om lagen tillämpas. Den könsneutrala lagstiftningen och jämställdhet som begrepp har också kritiserats av exempelvis Karin Widerberg i Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980. 1980. Grundbulten i Eva Schömers avhandling Konstruktion av genus i rätten och samhället, 1999 se s. 356, är denna paradox.

[207] Gustafsson, 1998 s. 63. Se även Dahlberg-Larsen, J, Rettens enhed – en illusion? Om retlig pluralisme i teorien og i praksis. 1994. Se även Svensson, E-M, 1997 s. 270 f.

ekonomiskt oberoende. Kravet på jämställda löner har blivit en rättsfråga mellan avtalsparterna arbetstagare och arbetsgivare. Denna rättstvist kan föras till domstol då diskriminering på grund av kön – rätten till ekonomisk jämställdhet – är rättsligt reglerad och sanktionerad.[208] Jag kommer att använda mig av begreppet jämställdhet eftersom den svenska lagstiftningen – Jämställdhetslagen – är uppbyggd kring detta begrepp. Jämställdhet eller jämlikhet när det gäller kvinnor och mäns villkor på arbetsmarknaden skulle när det handlar om könsskillnader i och för sig kunna användas som synonymer.

4.3 Kön och genus

I mitt arbete intar kön en ställning som självständig förklaringskategori. Könsarbetsdelning och löneskillnader mellan könen ser jag inte som resultat av socialt och biologiskt givna olikheter mellan könen, utan som en effekt av det rådande genussystemet skapat av såväl politiska som ekonomiska och kulturella processer. Ideologiska föreställningar har historiskt sett underbyggt och legitimerat systemet.

Vilka begrepp kommer jag då att använda mig av? Begreppet kön är i många sammanhang ett värdeladdat och hotfullt begrepp. Föreställningen om vad kvinna och man är och bör vara i förhållande till varandra är föränderligt och kontextuellt, och någon bestämning av begreppen kommer inte att göras i detta arbete. Jag vill som flera andra forskare se människan som en relationell varelse och utgå från ett relationellt perspektiv.[209] Då den rättsliga regleringen och tillämpningen studeras gestaltar sig kön socialt och biologiskt i den rättsliga kontexten. Kön har använts och används som grund för kategorisering när beslut om löner fattas på arbetsmarknaden, vilket är ett faktum som inte går att förneka. Frågan är hur domstolarna tolkar detta begrepp i mål gällande könsdiskriminering: Är domstolarnas tolkning av begreppet kön entydigt med biologiskt kön som Eva Schömer hävdar i sin avhandling?[210]

Jag kommer att använda mig av begreppet kön när jag avser kvinnor och män i fysisk bemärkelse. När jag avser förhållandet mellan kvinnor och män, och föreställningen därom, använder jag begreppen *genusrelation* och *genuskontrakt*.[211] Relationen mellan kvinna och man i sig, har

[208] Se Edström, 1994 s. 35 f. Om rättstvister och intressetvister.

[209] Se Svensson, E-M, 1997 s. 108. Se även Göransson, Anita, Mening, makt och materialitet. 1998 s. 9.

[210] Schömer, 1999 s. 44.

[211] Om begreppen kön och genus se Svensson, E-M, 1997 s. 12. "(g)enus avser både den biologiska och den sociala aspekten av könet samt något mer".

varken rättigheter eller skyldigheter – rättsligt sett. Relationen kan dock beskrivas i kontraktuella termer som genusförhandlingar och genuskontrakt. Äktenskapet kan exempelvis ses som en form av genuskontrakt.[212] Begreppet genuskontrakt, ett nog så tilltalande begrepp för en jurist, kommer från Hirdmans begreppsapparat och används för att konkretisera de normativa praxisskapande relationer och beroenden som implicit och explicit finns mellan könen i olika skeenden och på olika nivåer.[213] Kontraktsbegreppet användes också tidigt inom kvinnorätten av bland annat Tove Stang Dahl på en *institutionell nivå* för att beskriva normerna kring äktenskap och lönearbete i välfärdssamhället.[214]

Eva-Maria Svensson förhåller sig kritisk till begreppet genuskontrakt och väljer i sin avhandling att genomgående använda begreppet genusrelation då hon anser att kontraktsbegreppet inom rättsvetenskapen är "(i)mpregnerat av ömsesidig medvetenhet och uttryck för vilja och överenskommelse".[215] Över huvud taget har kontraktsbegreppet kritiserats i feministisk teoribildning för att det kan uppfattas som att kvinnor frivilligt avnämer sig makt.[216] Hageman och Åström påpekar att en kontraktsteori på intet sätt behöver vara synonymt med att parterna är jämställda.[217] I mitt arbete som har lönediskriminering som tema är kontexten i första hand arbetsmarknaden. Fiktionen om jämbördiga avtalsparter på det individuella planet är här inte särskilt stark och begreppet genuskontrakt finner jag vara ett bättre analytiskt verktyg än begreppet genusrelation för detta arbete. Begreppet genuskontrakt används i första hand för att uttrycka relationen mellan kvinnor och män på en empirisk nivå i tid och rum. Begreppet genusrelation använder jag i en mer allmän bemärkelse som uttryck för föreställningen om kvinnors och mäns relationer.

I den historiska forskningen har genuskontraktet använts för att beskriva och analysera föreställningar om förhållandet mellan kvinnor och

[212] Nordborg, Gudrun, Äktenskapet som könskontrakt. 1993 s. 19 f. I (red.) Sandgren, Claes, Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Jfr Christensen, 1996 s. 570. Christensen ser äktenskapets utveckling från status till kontrakt. Se även Matovic, Margareta R., Stockholmsäktenskap Familjebildning och partnerval i Stockholm 1850–1890. 1984 s. 17 f. och 260 f. Matovic utgår från synen på äktenskapet som en utbytesrelation. Se även Pylkkänen, Anu, Könssystemet inom familjen. 1995 s. 113 f. I (red.) Nordborg, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Pylkkänen ser äktenskapet som ett könskontrakt där även staten ingår som en tredje part.

[213] Hirdman, 1990 s. 76 f. I SOU 1990:41.

[214] Dahl, Tove Stang, Kvinners ret til pengar – et husmorretlig perspektiv. 1982. I (red.) Haukaa, Runa m.fl., Kvinneforskning: bidrag til samfunnsteori. Festskrift til Harriet Holter.

[215] Jfr Svensson, E-M, 1997 s. 113.

[216] Se exempelvis Frangeur, René, Yrkeskvinna eller makens tjänarinna? Striden om yrkesrätten för gifta kvinnor i mellankrigstidens Sverige. 1998 s. 14.

[217] Hageman/Åmark, 1999 s. 176.

män på en *ideologisk nivå*. Hur bör genuskontraktet se ut? Vilket genuskontrakt har i olika historiska skeenden dominerat på denna nivå?[218] Hanne Haavind använder i sin forskning ett annat begrepp – *standardkontrakt* – för att uttrycka de internaliserade normerna som finns i ett parförhållande mellan kvinna och man.[219] Begreppet standardkontrakt skulle, enligt min mening, kunna användas för att beskriva det dominerande genuskontraktet på olika nivåer.

Begreppet genuskontrakt används för att beteckna att det är frågan om ett förhandlingsspel, där parterna, kvinna och man eller stat och kvinnor, i mer eller mindre uttryckliga former upprättar en relation, en överenskommelse, om hur de skall förhålla sig till varandra och till samhället i övrigt. Genom förhandling förhåller kvinnor och män sig till varandra och genuskontrakten uppstår på den *individuella nivån*. Kontraktet kan bygga på en form av arbetsdelning. Mannen lönearbetar heltid, kvinnan lönearbetar deltid och förväntas därmed ansvara för merparten av hemarbetet. Denna typ av kontrakt ger upphov till inkomstskillnader mellan kvinnor och män. Genuskontrakten, och resultaten av dem, kan på denna nivå studeras empiriskt.

Begreppet genuskontrakt kan användas för analyser på olika nivåer. Samtidigt är detta ett problem. Hur förhåller sig – överensstämmer – genuskontrakten på de olika nivåerna i tid och rum till varandra? Begreppet genuskontrakt innehåller också en potential för förändring. Genuskontrakten kan omförhandlas eller sägas upp. Kvinnor och män kan göra uppror mot kontrakten på olika nivåer och krav kan ställas på nya former av genuskontrakt.[220] Begreppet genusrelation framstår, språkligt sett, som mer av antingen eller, för visso föränderligt, men mer som ett begrepp som betonar samförstånd än konflikt.

4.4 Rättighet och diskriminering

I avhandlingens inledning har jag avgett en slags programförklaring: att erhålla ett arbete och en rimlig och rättvis lön är en mänsklig rättighet för såväl kvinnor som män. Stöd för detta ställningstagande finns i de tidigare angivna rättskällorna. *Rättighet* är ett såväl etiskt som juridiskt begrepp

[218] Se Hirdman, Yvonne, Women – from possibility to problem? Gender conflict in the welfare state-the swedish model. 1994a.

[219] Haavind, Hanne, Makt og kjærlighet i ekteskapet. 1982. I (red.) Haukaa, Runa m.fl., Kvinneforskning: bidrag til samfunnsteori. Festskrift til Harriet Holter.

[220] Hageman/Åmark, 1999 s. 181 f. och 177. Författarna tar upp ytterligare ett problem: Hur förhåller sig de specifika kontrakten till genussystemets två logiker?

och min avsikt är att kort beskriva det utifrån olika synvinklar.[221] Utifrån denna rättighet har en norm – ett förbud – utvecklats och idag strider könsdiskriminerande lönesättning mot olika former av lagstiftning. *Diskriminering* är ett begrepp som används och definieras olika beroende av sammanhanget. Syftet är här att beskriva hur jag fortsättningsvis kommer att använda begreppet diskriminering.

Rättigheter kan vara universella eller fragmentariska.[222] De kan klassificeras som konventionella eller naturliga. Rättigheterna kan även grupperas som positiva, negativa eller som aktiva.[223] Positiva rättigheter brukar betecknas som sociala, som ett skydd för de svagaste grupperna i samhället och de innebär förpliktelser för staten att upprätthålla vissa miniminivåer i förhållande till medborgarna. Rätten till arbete och rätten till en skälig och rättvis lön är exempel på *positiva rättigheter*. De *negativa rättigheterna* är de klassiskt liberala och innebär frihet från statens intrång i den personliga sfären.[224] De *aktiva rättigheterna* är av politisk karaktär såsom rätten att delta i allmänna och fria val.[225] I det svenska välfärdssamhället är det i första hand de positiva rättigheterna som har betonats som rätten till arbete eller rätten att tillhöra en facklig organisation. De negativa rättigheterna – frihet från – har kommit i skymundan.[226]

Det finns en tendens till att kvinnors mänskliga rättigheter görs till frågor om diskriminering. Rätten till en skälig och rättvis lön har på olika rättsliga plan transformerats till ett förbud mot könsdiskriminerande lönesättning. Ett förbud mot diskriminering är också en omskrivning av en frihet från diskriminerande behandling. Förbudet mot könsdiskriminerande lönesättning vilar således på de liberalt präglade mänskliga rättigheterna och de sociala rättigheterna. Rätten till arbete är en förutsättning för att kunna ställa krav på en rättvis lön – förbudet mot diskriminering gäller enbart i avtalsrelationen mellan arbetsgivare och arbetstagare.

Den begreppsapparat som sociologer och ekonomer använder vid forskning om lönediskriminering skiljer sig från den rättsliga begrepps-

[221] Lindberg, Bo, Om rättigheterna i historien. I Politisk filosofi, Rättigheter. 1988 s. 36 not 2. Lindberg beskriver begreppet rättighet som kameleontiskt. Ett annat sätt att uttrycka samma sak är att begreppet är kontextuellt.

[222] Svensson, E-M, 1995 s. 231. Svensson anser att det sagda universella människorättsbegreppet är beroende av "den kulturella kontexten". Se Sakslin, 1997 s. 160 f. Sakslin skriver om fragmentariska rättigheter, inkludering och exkludering.

[223] Lindberg, 1988 s. 9 f. Distinktionen har Lindberg hämtat från Svensk uppslagsbok.

[224] Se Mill, J. S., Om friheten. 1984 s. 103 ff. Av intresse att läsa är framförallt Mills tankar om tillämpningen och gränserna för individens frihet.

[225] Lindberg, 1988 s. 10 f.

[226] Gustafsson, 1994 s. 166. Gustafsson talar om ett utvidgat frihetsbegrepp som innehåller såväl frihet från som frihet till. Frihet från något ger en möjlighet till att göra något – till frihet.

bildningen. Begreppen används inte heller enhetligt.[227] Jag avser att ge några exempel på diskrimineringsbegrepp som jag finner intressanta i sammanhanget. Det första begreppet *direkt diskriminering* används som en beskrivning av förhållandet att olika löner betalas för samma arbete. Den andra indelningsgrunden är *fördelningsdiskriminering* som en beskrivning av att kvinnor och män, trots samma möjligheter, arbetar inom olika yrken på grund av att det sker en positiv diskriminering av män vid anställning och befordran. Och för det tredje menar forskarna att det finns en *värdediskriminering* som medför att lönen tenderar att vara lägre i kvinnodominerade branscher och yrken. Arbete som utförs av kvinnor är kulturellt nedvärderat.[228] Carl Le Grand finner i en undersökning att värdediskrimineringen på den svenska arbetsmarknaden är hög, samt att ett yrkes könssammansättning kan förklara kvinnors och mäns löneskillnader. Anhopningstesen beläggs således empiriskt.[229]

Ett begrepp som används av flera forskare är *statistisk diskriminering*. Hanna Westberg ger i sin avhandling ett exempel på statistisk diskriminering. I hennes undersökning av ett så kallat brytarprojekt sade sig arbetsledarna vara negativt inställda till kvinnliga verkstadsarbetare, emedan det fanns risk att de skulle vara föräldralediga.[230] Statistisk diskriminering består definitionsmässigt av induktioner, samtidigt som antagandena kan sägas vara rationella, i de fall där kvinnor som grupp i verkligheten är behäftade med de negativa egenskaper som utgör utgångspunkten för arbetsgivarens beslut.[231] Alla kvinnor förväntas föda barn, vilket leder till att anställandet av kvinnlig arbetskraft ses som mer riskbemängt jämfört med att anställa manlig arbetskraft. Alla kvinnor föder emellertid inte barn, men sannolikheten att män föder barn är i det närmaste obefintlig.[232]

Det finns inte någon allmän rättslig definition av begreppet diskriminering och på nationell lagstiftningsnivå behandlas begreppet olika. Termen diskriminering skulle kunna definieras negativt som en avsaknad av jämlikhet, jämställdhet och rättvisa vid jämförelse med andra individer eller grupper i samhället.[233] I enlighet med ILO:s konvention 111, angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, skall uttrycket diskriminering förstås som åtskillnad, uteslutning eller företräde som har

[227] För en något annan systematisering se Jonung, Christina, Yrkessegregering mellan kvinnor och män. 1997 s. 47 f. I SOU 1997:137.

[228] Le Grand, 1997 s. 54 f. I SOU 1997:136.

[229] A.a. s. 7.

[230] Westberg-Wohlgemuth, 1996 s. 128.

[231] Hultin/Szulkin, 1997 s. 157. I SOU 1997:136. Se även SOU 1993:7 s. 32.

[232] Fransson, 1995 s. 47.

[233] Prop.1997/98:177 s. 12. Lagar som nämns i propositionen är JämL, brottsbalken och lag mot etnisk diskriminering. Ordet diskriminering kommer från latinets discri'mino som betyder att avskilja. Nationalencyklopedin del 5 1991 s. 20.

sin grund i exempelvis kön, religion eller hudfärg, och som leder till brister i likställdhet vid anställning eller yrkesutövning.[234] Definitionen av diskrimineringsbegreppet kan göras snävt eller vidsträckt. Inom folkrätten relateras begreppet till när det är tillåtet att diskriminera. I snäv mening omfattar begreppet det fallet att särbehandling förnuftsmässigt tillgodoser ett syfte som står fritt från invändningar. En mer vidsträckt tolkning är att särbehandling principiellt sett inte är tillåten, förutom i de fall där det finns särskilda skäl för särbehandling.[235]

I Regeringsformen, RF, 2:15 och 16, uttrycks diskriminering som ett förbud mot missgynnande på grund av ras, hudfärg, etnisk tillhörighet eller kön. Grundlagstexten anknyter till FN:s konvention om mänskliga rättigheter där emellertid begreppet diskriminering inte definieras negativt: "Envar är berättigad till alla de fri- och rättigheter ..."[236] I förarbetena till jämställdhetslagen beskrivs könsdiskriminering som en "(o)rättvis eller osaklig särbehandling som beror på kön".[237]

I detta arbete framträder *individuell*, *kollektiv* och *strukturell* diskriminering som de mest relevanta formerna av könsdiskriminering. Individuell diskriminering stöter vi på när vi har ett fall av lönediskriminering, där jämställdhetslagen är tillämplig. Två enskilda arbetstagare av motsatt kön har lika eller likvärdiga arbetsuppgifter, men trots detta finns det löneskillnader som inte är sakligt motiverade, därmed är den missgynnade individuellt diskriminerad. Kollektiv diskriminering förekommer när skillnader i lön och anställningsvillkor mellan gruppen kvinnor och gruppen män kommer till uttryck i statistik som löneskillnader, inkomstskillnader och lönediskriminering. Andra uttryck för denna diskriminering är kvinnors deltidsarbete och kvinnors höga andel av tidsbegränsade anställningar. Kollektiv diskriminering uppstår också när gruppen män får förmåner, exempelvis befordras, trots att de inte har bättre meriter än gruppen kvinnor.[238] Vid förekomst av strukturell diskriminering är det strukturen i arbetslivet som leder till att kvinnor och män som individer och som grupp hindras att utifrån sin egna förutsättningar delta i arbetslivet. Strukturen bestämmer spelreglerna på alla nivåer och de ser olika ut eller får olika funktioner för kvinnor och för män. Spelets regler kan vara såväl formella som informella.[239]

Begreppet diskriminering förhåller sig även till jämställdhetsbegreppet, såväl till det formella som det reella. Ruth Nielsen ser på begreppen

[234] Se prop. 1962 nr 70 s. 25.
[235] SOU 1978:38 s. 91 f. samt s. 119.
[236] FN:s Allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna artikel 2.
[237] SOU 1993:7 s. 30.
[238] SOU 1995:110 del B. Se intervjuerna med professorer emiritaes.
[239] Se Hirdman, 1990. I SOU 1990:44. Om spelregler och juridik se: Hydén, 1985 s. 28 f.

diskriminering och integrering som undernivåer i förhållande till frågan om jämställdhet. Nielsen lägger tonvikten på integrationsproblemet och menar att det finns två huvudsakliga problemområden: kvinnors lägre löner och sämre anställningsvillkor samt den könssegregerade arbetsmarknaden. För att förbättra kvinnors ställning krävs en generalisering av diskrimineringsförbudet. "I stedet for at forbyde at kvinder med mandlig sammenligningsperson behandles dårligt fordi de er gravide, enlige mødre eller noget andet med relation til køn kunne man lægge en mindstestandard der gælde for alle kvinder og beskytter dem på tilsvarende måde som diskriminationsforbuddet beskytter de kvinder der har en mand att sammanligne sig med."[240] Nielsen pekar på svagheten i ett förbud mot diskriminering som alltid kräver någon form av jämförelse – vad är normalt? Vem är inte diskriminerad? Jag instämmer i Nielsens rättspolitiska konklusion: "Det er derfor retspolitiskt afgørende hvis man vil forbedre socialt typiske kvinders forhold at man ikke accepterer en definition av ligestillingsbegrebet som afskaffelse af eller forbud mod diskrimination."[241] Begreppet jämställdhet och begreppet diskriminering har samma liberala grund och är därmed lika begränsande.

I mitt arbete kommer jag att använda mig av begreppet lönediskriminering, det vill säga individuell diskriminering, när jag avser den snävare definitionen som följer av rättskällorna. I andra fall talar jag om löneskillnader mellan kvinnor och män. Dessa löneskillnader[242] kan utgöra lönediskriminering i rättslig mening, men de kan också falla utanför lagstiftningens tillämpningsområde. Ett annat begrepp är inkomstskillnader som beror exempelvis på att kvinnor arbetar deltid, medan män i stor utsträckning arbetar heltid. Medför kvinnors deltidsarbete att de får sämre pensionsförmåner, kan det vara frågan om indirekt lönediskriminering.[243] Begreppen *direkt* och *indirekt diskriminering* definieras i den rättsliga kontexten i avhandlingens avsnitt III och IV. Direkt och indirekt diskriminering som rättsliga begrepp är specifika och kräver sin egen beskrivning, då rätten knyter särskilda rättsverkningar till förekomsten av diskriminering.

[240] Nielsen, 1979 s. 19. Nielsen förespråkar ingen särartslösning utan av praktiska skäl bör denna miniminivå även gälla män.

[241] A.a. s. 19.

[242] Att det finns löneskillnader vet vi idag genom ett stort antal undersökningar och rapporter. Dessa statistiska fakta säger dock inget om omfattningen av individuell lönediskriminering.

[243] Jfr SOU 1993:7 s. 31. Jämställdhetslagens åtskillnad i påbudet om aktiva jämställdhetsåtgärder och förbudet mot könsdiskriminering innebär att det i första hand är de individuella löneskillnaderna som uppfyller presumtionen i 18 § JämL och därmed kan definieras som lönediskriminering. Kollektiv och strukturell diskriminering skall primärt åtgärdas av arbetsgivaren genom aktiva jämställdhetsåtgärder.

5 Den rättsvetenskapliga forskningen

De flesta arbetsrättsliga avhandlingar innehåller avsnitt där forskaren försöker sätta in sitt eget arbete inom det rådande paradigmet. Min avsikt är inte att ge en fullständig förteckning av alla arbetsrättsliga avhandlingar, utan syftet med denna del är att visa hur min forskning förhåller sig till den tidigare. Jag har funnit det vara av intresse och betydelse att sätta in min egen forskningsuppgift i ett större sammanhang i syfte att ge legitimitet åt valet av forskningsuppgift, men framförallt för att visa att ansatsen – det genusteoretiska perspektivet – är en del av paradigmet inom rättsvetenskapen idag. Inom den rättsvetenskapliga forskningen i Norden var tidigare frågan om kön eller genus av marginell betydelse.[244] Den ökade medvetenhet, om dessa brister, som dock finns bland forskare, kan ibland ta sig uttryck genom bruket av en "genusnot".[245] Att behandla maktrelationen mellan könen i rätten kräver dock större ansträngningar än en anteckning i marginalen, för att forskningen skall kunna framstå som tillräckligt allsidig.

Att forska om löner och lönesättningens grunder ur ett könsperspektiv har inte varit något som rättsvetenskapsmännen ägnat särskilt mycket tid åt.[246] När man har forskat om löner har infallsvinkeln varit den kollektiva

[244] Trots detta hävdade kvinnliga forskare att kvinnorätten rymdes inom paradigmet. Se Christensen, Anna, Kvinnorätten och lagpositivismen. 1986 s. 88 f. I Retfaerd 1986:33. Christensen hävdar att forskning om verklighet, tillämpning och värderingar ligger inom den juridiska traditionen och har sina rötter i naturrätten. Ett kvinnorättsligt perspektiv byggt på tvärvetenskap, helhetstänkande, värderingar och studier av verkligheten ryms, och behövs, inom rättsvetenskapen. Se även Dahlberg, Anita, Ett kvinnoperspektiv på juridiken – möjligheter och omöjligheter. 1986 s. 34–56. I Retfaerd 1986:31. Se vidare Westerhäll-Gisselsson, Lotta, Den kvinnorättsliga forskningen. 1983 s. 90 f. I (red.) Åberg, Ingrid m.fl:, Rapport från kvinnouniversitet.

[245] Ordet genusnot myntades under ett uppsatsseminarium då författaren efter kritik för ensidighet medgav att han nog kunde tänka sig att lägga till en fotnot.

[246] Makt och klassperspektivet har också varit av underordnad betydelse i denna forskning. Det är inte bara rättvetenskapen som har varit avhållsam när det gäller detta forskningsområde utan begränsning gäller för hela det samhällsvetenskapliga forskarkollektivet. En av de första studierna om löneskillnader mellan kvinnor och män gjordes av Karin Kock år 1938, se Kvinnoarbete i Sverige i SOU 1938:47.

arbetsrättens. Anders Victorin tar i sin avhandling "Lönenormering genom kollektivavtal" upp rättsfrågor kring den kollektivt avtalade lönen.[247] Parterna på arbetsmarknaden och kollektivavtalen står i fokus och med dem den svenske metallarbetaren, eller arbetsledaren, som allmänna och självklara destinatärer för de kollektivt slutna löneavtalen. Någon lagstiftning om minimilöner har inte funnits i Sverige, i modern tid, och parterna på arbetsmarknaden har slagit vakt om "den fria lönebildningen".[248] Det är därmed naturligt att problematiseringen har koncentrerat sig kring det kollektiva förhandlings- och avtalsslutandet, samtidigt som det är uppenbart att ett genusperspektiv saknas i denna typ av forskning. Victorin uppmärksammar dock de konventioner och avtal som finns angående likalöneprincipen och höjer ett varnande finger för de effekter som Romfördragets artikel 119 (numera 141) kan leda till. Principen lika lön för lika arbete kan leda till att det för arbetsgivaren framstår som: "(m)indre rationellt att ha mindre värdefull arbetskraft på arbeten, där de enligt fördraget måste betalas lika mycket som den värdefullare arbetskraften". Principen kan leda till ökad könssegregering och därmed finns det ingen att jämföra med, vilket kan leda till en nedpressning av kvinnors löner.[249] Som synes utgår Victorins antagande från en låg värdering av kvinnors arbete.

De avhandlingar som har studerat arbetsrättens samhälleliga funktioner har primärt koncentrerat sig på den privata arbetsmarknaden och dess aktörer. Örjan Edströms avhandling "MBL och utvecklingsavtalet", från 1994, är ett senare exempel där utgångspunkten är den kollektiva relationen. Edström undersöker i den empiriska delen av avhandlingen olika privata företag där andelen manliga arbetstagare är 80–90 procent. Frågan är om resultaten hade blivit annorlunda om en annan del av arbetsmarknaden använts i den empiriska undersökningen?[250]

I Danmark har den offentliga sektorn rönt ett större intresse bland forskare. Hanne Petersen har i sin avhandling "Informell ret på kvindearbejdspladser" kommit fram till att den konflikt som finns mellan kvinnors hemarbete och lönearbete får en lösning i det att arbetsgivaren i sina arbetsledningsbeslut tar hänsyn till kvinnors totala arbetsvillkor. I prakti-

[247] Victorin, 1973.

[248] Lönesättningen har inte varit författningsreglerad sedan 1805 på den privata arbetsmarknaden.

[249] A.a. s. 42.

[250] Se Bruun, Niklas, Recension av Örjan Edströms avhandling. 1995 s. 1079. I Juridisk tidskrift 94-95 nr 5 s. 1079.

ken finns det en informell hänsynsnorm.[251] Vilken plats denna norm har i rättskälleläran och om den är gällande rätt har ifrågasatts.[252]

Ett rättsvetenskapligt arbete som har ett utpräglat kvinnorättsligt perspektiv är Catarina Callemans licentiatavhandling "Kvinnors anställningsskydd". Arbetet följer primärt den norska traditionen att fokusera på kvinnors rättsliga ställning. Empiriskt studeras kvinnors rättigheter, enligt turordningsreglerna i lagen om anställningsskydd, vid uppsägningar relaterade till arbetsbrist. Callemans undersökning visar att kvinnor generellt sett har ett sämre anställningsskydd än män.[253]

Ruth Nielsen har skrivit ett stort antal arbeten om rättsliga frågor som ligger inom ramen för den sociala dimensionen.[254] Hon har analyserat dansk lagstiftning, men även den svenska jämställdhetslagen, utifrån ett EG/EU-perspektiv.[255] I boken "Kvindearbejdsret" utgår Ruth Nielsen från ett kvinnorättsligt perspektiv och samtidigt poängterar hon att rättskällorna, och "tolkningen" av dem, inte skiljer sig från den traditionella rättsdogmatikens. Nielsen hävdar också att det är relevant för forskaren att göra rättspolitiska överväganden, i de fall där det är fruktbart att främja målet genom att införa och tillämpa rättsregler. I arbetet skiljer Nielsen mellan problem som har att göra med diskriminering eller integration (könsarbetsdelning). Socialt kön används i Nielsens tidiga arbeten som ett analytiskt begrepp.[256] I senare arbeten analyseras frågan om lönediskriminering utifrån de olika genusperspektiv som den skandinaviska debatten fokuserats kring.[257] I Nielsens avhandling "Arbetsgiverens ledels-

[251] Petersen, Hanne, Informel ret på kvindearbejdspladser. 1991. Se även Ledelse og loyalitet. Kollektiv arbejdsret i den offentlige sektor. 1987.

[252] Se Anmälan av Ole Krarup i UfR 1992 B s. 113, Agnete Weis Bentzon i Juristen 1992 s. 188 samt Anders von Koskull i Retfaerd nr 56 1992 s. 104.

[253] Calleman, Catarina, Kvinnors anställningsskydd. 1991.

[254] Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten. 1999 s. 69. Den sociala dimensionen omfattar som begrepp arbetsmarknadsfrågor d.v.s. arbetsrätt, arbetsmiljö, jämställdhet men även sysselsättningsfrågor samt åtgärder för olika grupper på arbetsmarknaden. Se även Christensen, 1996 s. 525. Christensen har en mer funktionell syn på begreppet "den social dimensionen". Som uttryck för reglering av sociala relationer omfattar begreppet därmed även familjerätt och socialrätt.

[255] Nielsen, Ruth, Den svenska jämställdhetslagstiftningen i ett europeiskt perspektiv. Rapport utarbetad för JämO 1990.

[256] Nielsen, 1979.

[257] Nielsen, Rut, Equality in Law between Men and Women in the European Community. 1995 s. 19.

ret i EF-retlig belysning" har det kvinnorättsliga perspektivet inte längre något större utrymme.[258]

Den rättsvetare som har utrett och forskat mest kring frågor om jämställdhetslagstiftningen i Sverige är Anita Dahlberg. Dahlbergs senaste arbete är en rapport om jämställdhet och kollektivavtal i Sverige. Dahlberg har ett uttalat genusteoretiskt perspektiv och hon har i ett flertal arbeten kritiserat den svenska jämställdhetslagens könsneutrala utformning.[259]

Till sist vill jag nämna två avhandlingar: Karin Lundströms avhandling "Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten" och Eva Schömers avhandling "Konstruktion av genus i rätten och samhället" som exempel på studier som visar att rättsvetenskapen rymmer många angreppssätt. Genom språkliga analyser uppbyggda kring dikotoma begrepp kritiserar Lundström EG-domstolen som en rättsskapande och systembevarande institution.[260] I Schömers rättssociologiska avhandling ställs frågan om det finns sociala normer som konstruerar genus på den svenska arbetsmarknaden. Dessa båda avhandlingar, som i det första fallet tar upp jämlikhet i EG-rätten och i det andra fallet jämställdhet i svensk rätt, kan klassificeras som arbetsrättsliga studier. Något har sålunda hänt inom den arbetsrättsliga forskningen under de senaste åren. I denna nya fåra av rättsvetenskapliga arbeten vill jag placera denna avhandling.

[258] Se anmälan av Nielsens avhandling från 1992 av Hanne Petersen i Juristen nr 5 1994. Petersen menar att bortvalet av ett könsperspektiv naturligtvis är legitimt och att indirekt kan arbetet läsas som juridisk argumentation till stöd för svaga grupper på arbetsmarknaden.

[259] Dahlberg, Anita. Rapporten Jämställdhet och kollektivavtal i EU. Studie av förhållandena i Sverige. 1996.

[260] Lundström, 1999.

6 Avhandlingens disposition

Avhandlingen består av sex delar där varje avdelning är uppdelad i ett varierande antal kapitel. Den första delen, *Ramarna för arbetet*, utgör den teoretiska och metodologiska ramen för undersökningen.

Avhandlingen är i övrigt disponerad på ett traditionellt sätt och inledningsvis i del två, *Kvinnors och mäns arbetsvillkor i historiskt könsperspektiv*, behandlas undersökningsområdet utifrån ett historiskt perspektiv.[261] Avsnittet är en historisk översikt från medeltiden till nuvarande århundrade och jag har använt mig av sekundära källor, när primärmaterialet har varit svårtillgängligt. Det finns idag ett stort antal avhandlingar och andra arbeten av historiker som analyserar kvinnors arbetsliv ur ett kvinnoperspektiv – någon brist på material finns därmed inte längre.[262] Nackdelen, men samtidigt också fördelen, med det historiska källmaterialet är att forskaren ofta har inriktat sig på en grupp kvinnor exempelvis sömmerskor, mejerskor eller porslinarbeterskor.[263] Problemet är att det kan vara svårt att se helheten i alla detaljerna och utifrån dessa skapa en historisk översikt. De historiska källorna är samtidigt mycket levande då enskilda personers livsöden återges. När det gäller rättskällematerialet har jag kontrollerat att uppgifterna stämmer så långt som möjligt genom studier av primärkällan.

För att förstå de informella normer och strukturer som existerar idag måste vi veta något om de formella normer och strukturer som har funnits på arbetsmarknaden i tidigare skeenden.[264] Vilka strategier och argument har använts för att legitimera eller förändra genusrelationen? Hur har genussystemet, isärhållningen och normeringen sett ut? Dessa frågor

[261] Se Aubert, 1976 s. 8. Aubert betonar vikten av ett historiskt perspektiv.

[262] Jfr Widerberg, 1980. När Widerberg skrev sin avhandling var förhållandena annorlunda.

[263] Som exempel Hageman, Gro, Kjønn og industrialisering. 1994. Sommestad, Lena, Från mejerska till mejerist. 1992. och Wikander, Ulla, Kvinnor och mäns arbeten. 1988.

[264] Se Hanne Petersens avhandling Informel ret på kvinnoarbejdspladser, 1991. Jag använder begreppet informella normer och inte informell rätt se Anders von Koskulls anmälan i Retfaerd nr 56 1992. Informella normer är exempelvis de normer som lever kvar idag och som innebär att män men inte kvinnor kan få mer i lön p.g.a. av föräldraskap – familjeförsörjarnormen är inte längre formell, men väl informell.

är de som det rättshistoriska avsnittet avser att besvara. Syftet med detta avsnitt är att skapa en förståelse av och en möjlighet till förändring av gällande normsystem. Det historiska perspektivet är således mer än en bakgrund till och en beskrivning av rättskällorna.[265]

I den tredje och fjärde delen, *Likalöneprincipen på internationell och regional nivå* och *Jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering*, studeras rättens normativa dimension på tre nivåer nämligen internationell, regional och nationell nivå, ur ett i första hand rättsdogmatiskt perspektiv. Integrerat med detta perspektiv analyseras hur genussystemets grundläggande principer kommer till uttryck i rätten. Det kan tyckas onödigt att idag behandla EG-rätten separat i förhållande till nationell rätt. Nationell rätt skall omfatta EG-rätten – men EG-rätt är inte samma sak som nationell rättstillämpning. Av flera skäl har jag valt att separera rättsordningarna, den gemensamma och den nationella, och ett skäl är det framställningstekniska. Huruvida detta ger fler pedagogiska nackdelar än fördelar överlämnar jag åt läsaren att bedöma. Upprepningar av genomgång av begrepp kan måhända uppfattas som störande, men förhoppningsvis kan dessa upprepningar även vara klargörande. Normerna om lika lön oavsett kön har funnits sedan 1957 i EG-rätten och sedan 1980 i svensk lag. Sedan 1991 års jämställdhetslag har de nationella normerna direkt påverkats av EG-rätten, vilket framgår av förarbetena. I och med slutandet av EES-avtalet och det därpå följande medlemskapet i EU är Sverige som stat bunden av EG-rätten.[266] När jag påbörjade detta avhandlingsarbete 1996 var således EG-domstolens tillämpning av likalöneprincipen mycket ny som rättskälla och det är först i avhandlingsarbetets slutskede som den svenska lagstiftningen anpassas till EG-rätten 'fullt ut'.[267] Att behandla EG-rätten och nationell rätt som en rättsordning skulle ha varit ideologiskapande. Detta har jag önskat undvika och jag är övertygad om att diskrepansen mellan EG-rätt och nationell rätt blir tydlig med den valda dispositionen.

I avhandlingens femte del *Förhandlings- och avtalssystem på en könssegregerad arbetsmarknad* undersöks normen om lika lön i förhållande till det svenska förhandlings- och avtalssystemet. Hur förhåller sig förbudet mot lönediskriminering som individuell norm till det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet? Finns det förutsättningar inom systemet att förändra löneskillnaderna mellan kvinnor och män? Ambitionen är att sätta in frågan om lönediskriminering i ett vidare sammanhang bestående av lönepolitik, lönestruktur och lönesystem. Decentralisering och individuell lönesättning samt arbetsvärdering behandlas även. Kollektivavtalet

[265] Modéer, Kjell Å, Historiska rättskällor. En introduktion i rättshistoria. 1993 s. 22.
[266] Se prop.1990/91:113. 1992 års lag är uttryckligen ändrad med hänvisning till EG-rätten.
[267] Prop. 1999/2000:143. Se även SOU 1999:91.

och dess rättsverkningar studeras ur ett könsperspektiv. Varför påstås kollektivavtalet vara en "manligt dominerad" rättskälla?[268]

Slutligen kommer vi fram till det avslutande avsnittet av avhandlingen del sex, *Lönediskriminering – en sammanfattande analys*, som består av en sammanfattande och systematisk analys av ämnet för avhandlingen. Utgångspunkten för analysen är de tre argumentationsmodellerna: normrationalitet, målrationalitet och avvägningsrationalitet. I denna del besvarar jag avhandlingens övergripande och specifika frågeställningar. Kön används som analyskategori och den teoretiska ramen består av genussystemet och de normativa grundmönstren. Avhandlingen avslutas med en framåtsyftande rättspolitisk argumentation: Vad bör göras? I denna del behandlas lagförslaget om ändringar av jämställdhetslagen, proposition 1999/2000:143.

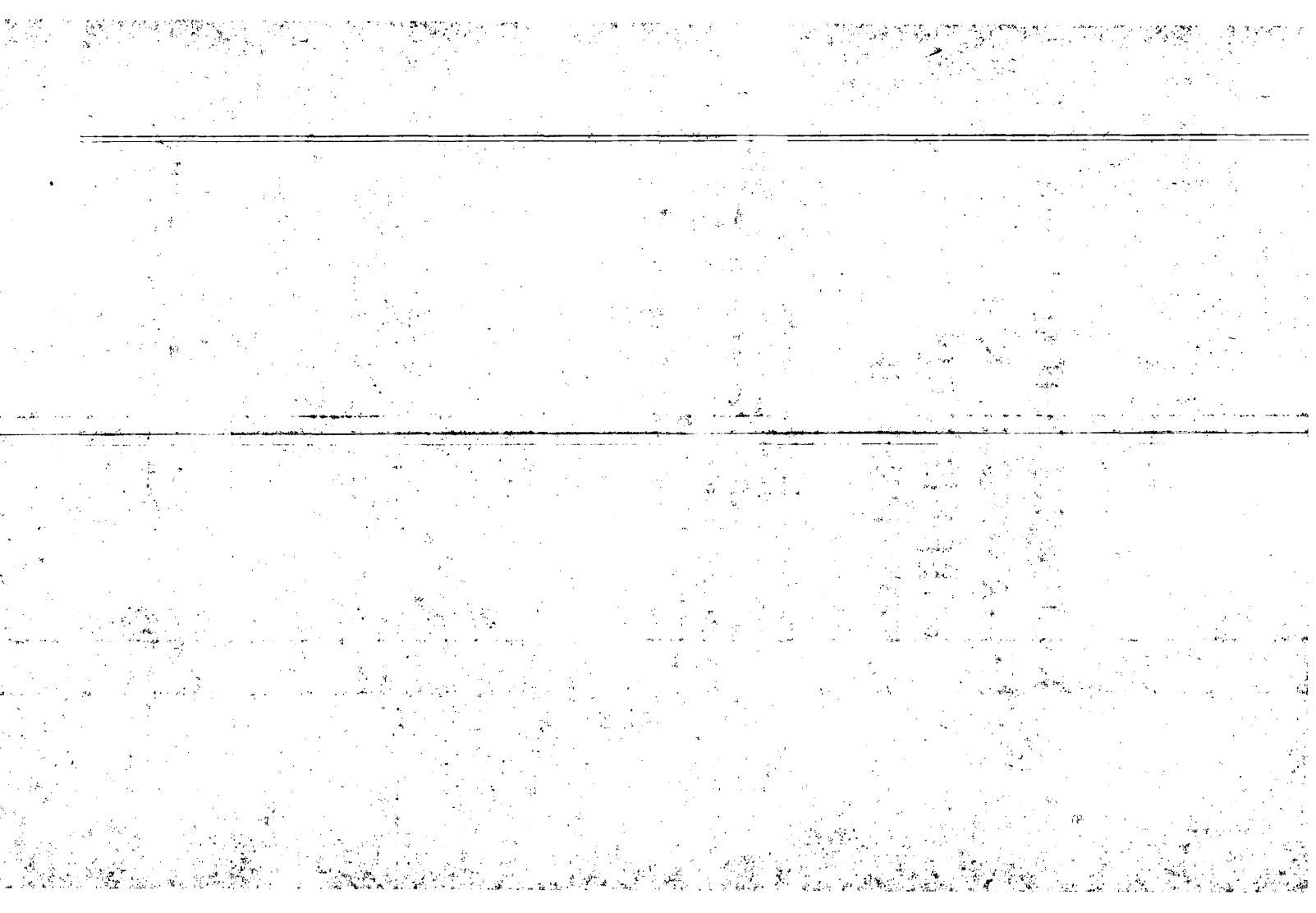
[268] Nielsen, Ruth, Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective. 1996 s. 19.

II

KVINNORS OCH MÄNS ARBETSVILLKOR I ETT HISTORISKT KÖNSPERSPEKTIV

Om värdet skall bestämmas för en man
som är mellan tjugo och sextio år gammal
så skall du bestämma detta till femtio siklar silver,
efter helgedomssikelns vikt.
Om frågan gäller en kvinna,
så skall du bestämma värdet till trettio siklar.[269]

[269] 3:e Mosebok 27:3-4. Modéer, 1993 s. 33. Den kanoniska rätten gällde som primär rättskälla, såväl materiellt som processuellt, fram till tillkomsten av MEL, Magnus Erikssons landslag, år 1350.



1 Inledning

Historien är den nödvändiga och enda ingången till dagens skilda arbetsvillkor för kvinnor och män och frågan om lönediskriminering.[270] Vi kan inte med exakthet ange när föreställningarna om kvinnors och mäns olika värde i arbetslivet uppstod. Vi vet att det var för länge sedan och att dessa värderingar existerat längre tillbaks i tiden än från det att vi kan tala om en arbetsmarknad. Ursprungligen satte någon priset på den mänskliga arbetskraften – kvinnan fick ett lägre genusvärde och ett lågt marknadsvärde.[271]

Föreställningarna och värderingarna av kvinnor och män som kategorier finner vi redan i skrift hos Platon, Aristoteles och de äldre kyrkofäderna och skolastikerna.[272] Thomas av Aquinos, död 1274, människosyn har under lång tid präglat bilden av kvinnan. Mannen var som människa fullvärdig, medan kvinnan var inte enbart en gång utan trefaldigt mindervärdig.[273] Då kvinnan skapades för att hjälpa mannen var hon också, logiskt nog, i en underordnad position i relation till mannen. Denna underord-

[270] Därmed menar jag inte att historien kan användas som förklaring till de löneskillnader och den lönediskriminering som existerar idag. Någon diskriminering av historiska skäl existerar inte och dagens situation är en produkt av nutidens normer och värderingar, i annat fall skulle existerande orättvisor kunna legitimeras av "historiska skäl".

[271] Hirdman, 1988 s. 57. "Kvinnors lägre genusvärde har varit och är det kollektivt förträngda." Se även Svensson, Lars, En historia om löneutjämning – kvinnors och mäns löner i ett långsiktigt perspektiv. 1997 s. 14. I SOU 1997:136. Någon historisk undersökning av kvinnors och mäns löneförhållanden på hela arbetsmarknaden i ett längre tidsperspektiv existerar inte, troligtvis beroende på brister i det empiriska underlaget. Först under 1910-talet började Socialstyrelsen att redovisa löneuppgifter avseende hela arbetsmarknaden.

[272] I sin avhandling ger Asta Ekenvall ett stort antal exempel på att motsatstänkandet, som en föreställning om kvinnligt och manligt och könens värde, existerat inom alla former av samhällen och kulturer. Ett exempel är det kinesiska, komplementära Yang det positiva och maskulina och Ying det negativa och feminina. Se Ekenvall, Asta, Manligt och kvinnligt: idéhistoriska studier. 1966 s. 23 ff.

[273] A.a. s. 168 f. Hon är biogenetiskt, kvalitativt och funktionellt mindervärdig d.v.s. en misslyckad man, ej livgivande, andligen och svagare.

nade ställning var naturlig och av Gud given. En primär uppgift hade hon nämligen att reproducera släktet.[274]

"Kvinnan är som en steril man; honan är i själva verket hona på grund av en slags oförmåga ..." – Aristoteles idéer om könens olikhet intar en särställning då hans skrifter användes som rättesnöre vid universiteten ända in på 1600-talet. Asta Ekenvall menar att Aristoteles påverkan på den västerländska uppfattningen om kvinnan inte kan överskattas. Av allmänna folkliga föreställningar skapade Aristoteles, under 300-talet, vad som har betecknats som vetenskap.[275] Aristoteles teorier om kvinnans samhälleliga ställning härstammar dessutom från empiriska studier. Genom studierna av kvinnors och slavars ställning, kan Aristoteles skrifter säga oss något om dessa gruppers ställning under antiken, men när Aristoteles utifrån dessa studier bygger en teori om hur det ideala samhället skall vara blir denna teori, enligt min mening, konserverande och värderande. Såväl Platons som Aristoteles tankar om livets ordning har som återkommande tema den pytagoreiska filosofins motsatstänkande: begränsad och obegränsad, udda och jämn, en och flera, höger och vänster, man och kvinna, vila och rörelse, rät och krokig, ljus och mörk, god och dålig, fyrkantig och rektangulär.[276] Dessa motsatspar återkommer i olika kulturer genom historien, i ett ständigt försök att genom metaforer skapa ordning i tänkandet. Som konstruktion blir motsatstänkandet hierarkiskt och starkt värderande – mannen är det goda och kvinnan det onda. Mannen blir subjektet i den från det antika Grekland övertagna embryologin – den alstrande, formen, medan kvinnan blir objektet – den födande, materien.[277]

Under upplysningstiden uppkommer en motpol genom naturrättsliga idéer från filosofer som Lockes och Hobbes. Teorin om kvinnans och mannens givna relation som underordnad respektive överordnad ersattes av en teori om samhällskontraktet. Kvinnan och mannen var födda jämlika, men frivilligt avstod kvinnan sina av naturen givna rättigheter genom ett kontrakt med samhället och mannen. Mannen representerade hushållet och kvinnan var en del av denna enhet. John Lockes teorier är den

[274] Se Karlsson, Lynn, The beginning of a "Masculine Renaissance". The Debate on the 1909 Prohibition against women's Night Work in Sweden. 1995 s. 242 f. I (red.) Wikander, Kessler-Harris, Lewis, Protecting women. Labor Legislation in Europe, the United States and Australia, 1880–1920. 1995 Se även inledningen till antologin (s 13): "A dominate line of thinking denied women's citizienship in terms of a primary duty to bear children and to serve families."

[275] Ekenvall, 1966 s. 187. Aristoteles idéer fick framförallt en renässans under 1100-talet då de sammanflätades med medeltida biologi och teologi.

[276] Se Ekenvall, 1966. Ekenvall studerar i sin avhandling i första hand enskilda motsatspar med, som hon uttrycker det, sexuell anknytning såsom: Stark–svag, himmel–jord, ren–oren, aktiv–passiv, varm–kall samt alstringsbidragen som motsatspar.

[277] Ekenvall, 1966 s. 134. Aristoteles alstringsteorier beskrivs i avhandlingen.

ideologiska grunden för distinktionen privat och offentlig sfär. Underordningen blev med juridisk terminologi kontraktuell. Som en fri avtalspart uppgav kvinnan sin medfödda jämlikhet för sitt eget och samhällets bästa.[278]

Det framstår som uppenbart att en människa som ansågs vara underordnad och defekt, eller som avtalat bort sina rättigheter, inte kunde ha samma värde på arbetsmarknaden som 'en fullgod arbetare' – en man. På detta sätt skapade människan, mannen, bilden av kvinnan och mannens relation – genusrelationen. Dessa föreställningar och värderingar byggdes in i lagstiftning och senare i kollektivavtalen – resultatet blev olika löneklasser, skilda arbetsvillkor och separerade arbetsmarknader för kvinnor respektive män.

Upplysningstidens demokratiska idéer och synen på människan som fri och jämlik får anses ha gett en del kvinnor ett ökat handlingsutrymme – utifrån uppfattningen att kvinnan var en människa och således kunde vara jämlik. John Stuart Mill såg betydelsen av att kvinnan kunde försörja sig genom lönearbete: "The power of earning is essential to the dignity of a woman if she has no independent property".[279] Om kvinnan förvärvade egna pengar skulle hennes relation till mannen förändras från en "tjänares" till en "partners".[280] Mill hade för övrigt en pragmatisk syn på uppnåendet av jämlikhet mellan kvinnor och män. Det som kvinnor av naturen inte kan göra behöver man ej förbjuda dem och när det gäller de uppgifter som kvinnor inte kan utföra tillfredsställande, kommer männen att konkurrera ut dem. Men kvinnorna skall frivilligt kunna välja att syssla med det som de är bäst på.[281]

Idéen om kvinnor och mäns lika värde lade grunden för kvinnors ändrade rättsliga ställning under 1800 och 1900-talet. Tanken om jämlikhet gav möjlighet till formella rättigheter. Särartsprincipen, isärhållningen och mannens etablerad position som norm förhindrade emellertid framgångar på det reella planet. Dikotomin man-kvinna framställdes under 1800 och början av 1900-talet som antagonistisk av filosofer, forskare och författare som exempelvis Nietzsche, Weininger[282] och Comte. Lik-

[278] Locke, John, Andra avhandlingen om styrelseskicket. En essä angående den civila styrelsens sanna ursprung, räckvidd och mål. 1998. Se även antologin Kön, makt och medborgarskap. Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels, (red.) Eduards, Maud. 1983.

[279] Mill, J. S., The subjection of woman. 1869. Boken är översatt till svenska med titeln Förtrycket av kvinnorna. 1995. Citatet finns på s. 52. Men "power" har där översatts till "möjlighet".

[280] Mill, 1995 s. 124.

[281] A.a. s. 28. Se även Mary Wollstonecrafts kritik av Rosseau i Till försvar för kvinnans rättigheter, 1997.

[282] Otto Weiningers tes var att den lägst stående mannen i karaktären stod över den mest högstående kvinnan. Se Ekenvall, 1966 s. 190.

som Aristoteles byggde social-darwinister sina teorier om kvinnan och mannens relation, och inbördes värde, på studier av det samtida samhället – kvinnor och män hade naturliga komplementära funktioner. Detta gällde även deras positioner på arbetsmarknaden. 1800-talets social-darwinister återskapade kvinnan som svag och bräcklig – ett borgerligt kvinnoideal.[283]

1.1 Framställningens ramar

En periodisk indelning är nödvändig då denna historiska översikt sträcker sig över en längre tidsrymd. Översikten har en kronologisk struktur samtidigt som kapitlen inom de olika avsnitten är tematiskt hållna. En viss anakronism har därmed inte gått att undvika. Det första avsnittet, perioden 1350–1846, inleds med ett kapitel som behandlar den patriarkaliska regleringen i medeltidens landskapslagar och avslutas med 1734 års lag och kvinnors legala ställning i samhället. Den andra delen behandlar tiden från näringsfrihetslagstiftningens införande 1846 fram till att kvinnor fick rösträtt år 1921 och behörighet till vissa statliga tjänster 1928. Nästa del, 1930–1970, kännetecknas av samhällets intresse för reproduktionens betydelse i den framväxande välfärdsstaten.[284] I början av perioden ifrågasätts kvinnors lönearbete, medan det i slutet av perioden är kvinnornas lönearbete som är grunden för välfärdssamhället. Brytpunkten 1970 är betingad av att jämställdhet som politiskt mål får sin förankring under dessa sista decennier av 1900-talet, vilket leder till nya former av genuskontrakt samtidigt som äldre former består. Vad som är diskurs och motdiskurs kan idag vara svårt att urskilja emedan komplexiteten i systemet ökat. Framställningen sträcker sig en bit in på nittiotalet. Det synes mig märkligt att inte nämna de krisbetonade förändringar som skett och hur de påverkat kvinnors och män arbetsliv. Den politiska bakgrunden till antagandet av 1979 års jämställdhetslag behandlas i avhandlingens del IV.

I första hand är periodiseringen gjord av praktiska och pedagogiska skäl, men samtidigt har jag funnit att denna grova indelning stämmer bäst med avhandlingens problemställningar. Framställningen är till övervägande del deskriptiv med korta teoretiska resonemang inflikade i tex-

[283] Se inledningen till antologin (red.) Wikander, Kessler-Harris, Lewis, Protecting women. Labor Legislation in Europe, the United States and Australia, 1880–1920. 1995 s. 15 f.

[284] Det finns, enligt min mening, olika typer av reproduktiv lagstiftning – direkt reproduktion och indirekt reproduktion av arbetskraft. Exempel på lagstiftning avseende direkt reproduktion är arbetstids-, arbetsmiljö- och semesterlagstiftning, exempel på lagstiftning avseende indirekt reproduktion är moderskaps- eller föräldraledighetslagstiftning.

ten.[285] Den har en övergripande strukturell karaktär och i första hand bygger avsnittet på andra forskares material. Samtidigt vill jag betona att de rättsliga källorna till övervägande del är primärkällor. I möjligaste mån har även grundtexterna studerats. Varje kapitel avslutas med en delsammanfattning. Syftet är att sammanfatta, men också att kommentera utvecklingen av kvinnors och mäns arbetsvillkor under perioden.

Det huvudsakliga målet med detta avsnitt är att beskriva och analysera hur genussystemen har sett ut och förändrats, vilka argument eller ideologier som legitimerat integrering eller segregering mellan könen i arbetslivet. Begreppet genuskontrakt används för att karakterisera betingelser eller processer i en bestämd tid. Kontraktsbegreppet används även för att uttrycka relationen mellan kvinnor och män på en empirisk nivå. Genuskontraktens innehåll har växlat på individuell nivå samtidigt som det står klart att det på en normativ nivå finns 'standardkontrakt'.[286] Det finns idag ett rikt material i form av avhandlingar och antologier där dessa frågor har behandlats. Min ambition är att visa på ett mönster – brokigt men repetitivt – och inte att syna alla de olika stygnen i detalj.[287] Av särskild betydelse är de legala grunderna för kvinnors rätt till avlönat arbete och till löneskillnader mellan könen. En annan föresats är att belysa avtalsrelationerna på arbetsmarknaden. Hur har kvinnan som avtalspart konstituerats? Har hon innefattats i de begrepp som uttrycker arbetsgivarens motpart på det individuella och det kollektiva planet? Hypotesen är att avtalskrav – exempelvis lönekrav – endast kan ställas av den som har en faktisk och legitim ställning som avtalspart.

Min avsikt är inte att osynliggöra det arbete som utförts oavlönat – i ämnet lönediskriminering ligger också en fråga om vilket arbete som skall avlönas. Helt klart är att begreppet arbete allt mer har klassificerats som just lönearbete. Kvinnors arbete i den egna familjens hushåll har aldrig räknats som förvärvsarbete. I statistiken har kvinnors arbete endast räknats om det haft en anknytning till marknaden. Har kvinnors arbete varit relaterat till fadern eller maken har det inte setts som förvärvsarbete. Den manlige jordbrukaren har däremot alltid setts som förvärvsarbetande.[288]

Av det historiska och rättsliga källmaterialet har jag också sökt följa utvecklingen av 'likalöneprincipen', där kravet på lika lön för samma arbete utsträckts till ett legalt krav på lika lön för likvärdigt arbete i och med antagandet av 1979 års jämställdhetslag.

[285] Se om europeisk framställningsteknik i inledningen till antologin Protecting women. Labor Legislation in Europe, the United States and Australia, 1880–1920. 1995 s. 21. (red.) Wikander, Kessler-Harris, Lewis.

[286] Jämför med Hageman/Åmark, 1999 s. 182.

[287] Jfr Widerberg, 1980 s. 185.

[288] Nyberg, Anita, Vad är förvärvsarbete? 1987 s. 54 och 61. I Kvinnovetenskaplig tidskrift 1987:1.

2 Från landskapslagar till legostadga 1350–1846

2.1 Inledning

Vägen mot formell jämlikhet har varit lång och en blick tillbaka in i medeltiden visar att kvinnors rättsliga ställning i vissa fall var mycket svag och att kvinnor saknade full rättshandlingsförmåga. Kvinnor var omyndiga genom den patriarkalt präglade lagstiftningen.[289] Det är naturligtvis befogat att ifrågasätta värdet av medeltida lagstiftning som en värdemätare på kvinnors rättsliga ställning, men det får antas att den rättsliga regleringen som normativ källa, avspeglar de normsystem som gällde.[290] Det finns dock forskare som menar att under medeltiden gav tolkningar av den skrivna rätten ett ökat handlingsutrymme för i vart fall "starka och initiativrika" kvinnor, i högre grad än under senare århundraden.[291] För forskaren finns det i det här fallet inget större val då antalet urkunder är fåtaliga, framförallt under tidig medeltid. De kan endast ge "en glimt av verkligheten".[292] Rättskällorna blir därmed de enda primära källor som finns att tillgå.[293]

[289] Ordet patriarkal används i bemärkelsen att mannen är generellt sett överordnad kvinnan. I detta arbete definieras begreppet myndig rättsligt, det vill säga en myndig person är den som formellt sett har full rättshandlingsförmåga.

[290] Strahl, 1994 s. 15. Rättsreglerna anger inte vad som sker utan vad som bör ske – rätten är normativ, enligt Strahl. Se även historikern Clara Nivéus som noterar att mot bakgrund av hur medeltidens rättskällor är utformade är det "ett vanskligt företag" att urskilja den verkligt gällande rätten. Se Nivéus, Clara, Trälarna i landsskapslagarnas samhälle. Danmark och Sverige. 1974 s. 22.

[291] Rajamaa, Rut, Något om kvinnors liv och verksamhet på medeltiden. 1993 s. 34. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Se även Nordberg, Mikael, Den dynamiska medeltiden. 1996 s. 79.

[292] Rajamaa, 1996 s. 25. Se även Matovic, 1984 s. 29. Matovic menar att lagstiftningen visar de ramar inom vilka det kan tänkas att individer handlar. Lagarna avspeglar också samhällets normer och de är därför "värdefulla informationskällor" när individers beteenden studeras.

[293] Modéer, 1993 s. 37. Med hänvisning till andra författare konstaterar Modéer att: "Gällande rätt inte enbart var den kodifierade rätten". På medeltiden ansågs uppteckнandet av sedvanerätt i privata rättsböcker vara auktorativa rättskällor.

Regleringen av tillgången och priset på arbetskraften var statisk under denna tid, såväl när det gällde löner som anställningsförhållanden. I praktiken kan det ifrågasättas om legohjonets ställning skilde sig i någon större bemärkelse från den ställning som trälarna hade haft fram till avskaffandet av träldomen, enligt Skarastadgan, år 1335.[294]

> Det rättsliga materialet, de regionala landsskapslagarna, visar att det normala trälvärdet var satt till tre marker silver – den kvinnliga trälens normala trälvärde var enligt Clara Nivéus hälften så mycket. Vid brott mot träl var det ägaren som ersattes för trälens minskade värde efter misshandel eller dråp, eller för den förlust av ägarens heder som exempelvis våldtäkt av kvinnlig träl kunde ha åsamkat honom. Brott av träl ersattes av ägaren genom böter eller utlämnande av trälen.[295] Trälen betraktades som annan lösegendom och var därmed fullständigt rättslös. Enligt Gutalagen förelåg det 'öppet köp', sex dagars prövotid, vid köp av träl – liksom vid köp av andra kreatur. Enligt Östgötalagen kunde trälen säljas och köpas som vilket annat djur. Kvinna och barn kunde liksom kalvar ingå i köpet. En manlig fullvuxen träls värde uppskattades i lagen till fyra fullvuxna oxar eller kor. Trälskapet ärvdes på mödernet och de äldre landskapslagarna tyder på att trälkvinnans barn dessutom alltid var oäkta, då trälar troligtvis ej kunde ingå äktenskap.[296] Civilrättsligt saknade trälen, i likhet med kvinnor och fredslösa, rättshandlingsförmåga. Trälen saknade arvsrätt, rätt att sluta avtal samt kunde inte stå ed eller vittna inför tinget.[297] Enligt såväl landskapslagarna som landslagarna var även bondens hustrus rättshandlingsförmåga begränsad, liksom trälens och hjonets, och hon fick endast göra inköp upp till ett öres värde. Hafström påpekar dock att i nödsituationer – när mannen var frånvarande – ökade hustruns befogenheter.[298]

[294] Nivéus, 1974 s. 158 ff. Det som avskaffades var att ingen mer kunde födas som träl. I landskapslagarna kan vi finna de normer som gällde för trälar men även för de som kom från andra landskap. Enligt Västgötalagen Ä/Y var smålänningar exempelvis rättslösa.

[295] A.a. s. 91 f, s. 40, s. 58, och s. 124 (tre marker silver motsvarade 4 1/2 – 6 marker penningar). Tre mark räckte under 1300-talet för en persons överlevnad under ett år. 1 mark= 8 öre, 1 öre=3 örtugar, 1 örtug=8 penningar vilket innebar att 1 mark=192 penningar (s. 13). En fri man var enligt Östgötalagen värd 40 marker. I enlighet med östgötalagen skulle ägaren ersätta den som bestals av hans trälkvinna med tre marker penningar. Vid upprepad tjyvnad fick den bestulne välja mellan att överta ägandeskapet eller stena trälkvinnan. I Svealagarna förekom det att ersättningsvärdet för manlig och kvinnlig träl var detsamma, se s. 124 särskilt.

[296] A.a. s. 57 f. Enligt exempelvis Östgötalagen fanns det också en annan form av trälskap *fostre*. Fostren hade, utan äganderätt, fått en bit jord att bruka av sin ägare. Någon större skillnad mellan trälen och fostren avseende deras rättskapacitet fanns det inte. Fostren kunde dock endast försäljas tillsammans med marken som han eller hon brukade, vilket innebar att fostren var livegna. Se s. 105–112.

[297] A.a. s. 79.

[298] Hafström, Gerhard, Den svenska familjerättens historia. 1978 s. 55. Denna gräns gällde landslagarna.

Trälarnas faktiska ställning förändrades inte i någon högre grad, när träldomsinstitutet successivt upphörde genom frigivning och stadfästandet av rättsprincipen att alla föds fria. Träldomen förbyttes i ett legalt tjänstetvång. Detta legala arbetstvång tog sitt rättsliga uttryck i att alla arbetsföra såväl i staden som på landet som "(ä)gde mindre än tre mark i lös egendom var skyldiga att ta lega."[299] Det strukturella tvånget ledde till livslånga bindningar av patriarkal karaktär. Teoretiskt sett hade legohjonen en rätt att byta arbetsgivare, men hur stor rörligheten var saknar vi uppgifter om. Legokontraktet slöts för bestämd tid, sex månader, och kunde inte sägas upp i förtid. Enligt 1350 års landslag skulle kontraktet ingås i bestämd form med vittnen närvarande.

Under kontraktets tid ansågs legohjonet inte som bofast, vilket minskade hjonets redan svaga rättsliga ställning i samhället. Rymde legohjonet började klappjakten och rymlingen – den fredslöse – kunde gripas för att återföras till sin husbonde för bestraffning och fullgörande av kontraktet. Relationen mellan husbonde och legohjon var att beteckna som ett statusförhållande och kostnaden för arbetskraften på denna tid får betecknas som en relativt fast kostnad. Detta statusförhållande hade mer karaktär av köpekontrakt än av hyreskontrakt.[300]

2.2 Medeltidens landsskapslagar

Kännedom saknas om i hur stor utsträckning det existerade en arbetsmarknad under dessa århundraden präglade av agrar produktion, men det är sannolikt att det hos de välbärgade bönderna och stormännen fanns pigor och drängar anställda.[301] I vart fall fanns det detaljerad rättslig reglering avseende anställningsförhållanden.

I ett tillägg (nr 7) till Södermannalagen har lönen för legomän och legokvinnor reglerats rättsligt: "Mannen skall hava 1 mark penningar, två par skor, ett par handskar, från pingst till Mårtensmässan; kvinnan skall hava 3 öre penningar och ett par skor. Och tillbaka till Mårtensmässan till pingst skall mannen hava en halv mark penningar, två par skor, ett par handskar; kvinnan skall hava 5 örtugar penningar och ett par skor." Som

[299] Nivéus, 1974 s. 179. Denna reglering fanns bl.a. i MEL, den allmänna landslagen, från ca 1350 och i MESt, Stadslagen från ca 1355. Den rättsliga regleringen skiljde sig åt beroende på om människorna var bosatta på landet eller i staden. Under medeltiden levde mer än 90 % av Sveriges befolkning på landsbygden.

[300] Montgomery, Arthur, Tjänstehjonsstadgan och äldre svensk arbetarpolitik. 1933 s. 245 ff. Historisk tidskrift 1933. Se även Eklund, Per, Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner. 1974 s. 203 f.

[301] Nivéus, 1974. Nivéus är av den uppfattningen att en bonde under 1200-talet hade ett par trälar medan stormännen bör ha haft ett tiotal.

synes var ersättningen för sommarhalvåret högre än den för vinterhalvåret.[302] Till denna lön tillkom naturaförmåner som kost och logi. De stora skillnaderna i ersättningen för arbete får ses mot bakgrund av att kvinnan även sågs som 'en mans egendom'. Hushållet betraktades som en produktionsenhet och vid städslande av en man kunde det följa med en kvinna samt barn på köpet. Studier av gårdsböcker visar att normen upprätthölls in på 1500-talet. Legokvinnans lön var hälften så stor som legomannens.[303]

För att upprätthålla denna lönereglering stadgades i landskapslagen att: "Om någon giver dem mera i lega, böte han tre mark. Om de taga mera i lön, böte de och likaså." Huruvida förbudet mot att ta emot eller ge för mycket i lön upprätthölls i tider med brist på arbetskraft är en fråga som i viss mån har intresserat historikerna. Michael Nordberg finner i sina studier av medeltiden att ett liknande förbud i England "Ordinance and Statute of Labourers" 1349 respektive 1351 var, trots de hårda sanktionerna gentemot arbetarna, i stort sett verkningslöst. Tillgång och efterfrågan på arbetskraft drev upp lönerna över den lagstadgade nivån.[304] Huruvida detsamma gällde för priset på kvinnors arbetskraft vet vi ej. Folke Lindberg visar att stadsdomstolen, under senare medeltid, i vart fall försökte upprätthålla skråordningarnas bestämmelser för hantverket. I första hand tycks det ha varit angeläget att övervaka kvalitet och priset på hantverkets produkter. 1498 bötfälldes samtliga bagare i Stockholm för att ha överträtt pristaxan på bröd.[305]

I det agrara samhället behövdes både kvinnors och mäns arbetskraft och därmed gjordes ingen åtskillnad i plikten att "ta lega".[306] Kvinnans ekonomiska ställning relaterades dock till mannen – faderns eller makens ekonomiska förhållanden var avgörande för om pliktnormen behövde uppfyllas. Skillnaden bestod framförallt i att kvinnan behövde sin förmyndares/målsmans samtycke för att sluta arbetsavtal och att hon generellt sett erhöll en lägre ersättning för sitt arbete. Den ogifta egendomslösa kvinnan förfogade emellertid själv över sin inkomst.[307] Från den senare

[302] Nordberg, Michael, I kung Magnus tid. 1995 s. 179 SmL, Södermannalagen stadfästes år 1327, men Södermanland hade skriven lag före 1200-talets slut. Se Nivéus, 1974 s. 19 samt s. 171.

[303] Munktell, Ing-Marie, Gods, godsägare och landbor 1450–1520. 1982 s. 137.

[304] Nordberg, 1996 s. 49 f.

[305] Lindberg, Folke, Hantverk och skråväsen under medeltid och äldre vasatid. 1989 s. 96 f, s. 76 f. samt s. 123. I slutet på 1400-talet bestämdes lönerna inom skråyrkena till fasta belopp d.v.s. maximilöner. Periodvis synes daglönerna för timmermän, snickare, ha varit av minimikaraktär. Lindberg konstaterar dock att det i skråordningen inte fanns någon maximering av gesällönerna.

[306] Att leghia betyder att låna ut, ställa till förfogande. Munktell, 1982 s. 134.

[307] Losman, Beata, Kvinnoliv på landet. 1987 s. 62. I (red.) Kyle, Handbok i svensk kvinnohistoria.

delen av medeltiden finns källor som visar att könsarbetsdelningen redan var väl utvecklad. Könskodningen började tidigt, men det finns också indikationer på att kvinnor och män utförde samma arbetsuppgifter och att de till och med fick lika lön för lika arbete.[308] Detta förhållande får dock ha ansetts utgöra mer undantag än regel.

Endast några få procent av Sveriges kvinnor beräknas ha levt i staden under medeltiden, och önskade de bo i staden gällde det att kunna försörja sig.[309] I första hand bestod kvinnors arbetsmarknad av att ta lega som tjänstehjon, men livet i staden erbjöd även andra utkomstmöjligheter. Att idka näring var förbjudet, med undantag för änkor. Trots detta har forskarna funnit uppgifter om att kvinnor ägnade sig åt allehanda olagligheter som försäljning, brännvinsbränning, sömnad och brödbak för avsalu. Straffet för detta var böter. Något rättsligt hinder mot försäljning av ägg, smör, fisk, sylt och höns fanns det dock inte. De vanligaste arbetsuppgifterna för stadens kvinnor var annars sjukvård, tvättning, ölbrygd, städning, vävning, sömnad, bak och matlagning.[310]

Under dessa århundraden producerades och konsumerades det mesta inom hushållet, men Sverige exporterade även järn, pälsverk och smör. Smörhanteringen var ett arbete som var "förbjudet" för män. Denna produkt, skapad av kvinnor, utgjorde en icke oansenlig del av den svenska exporten under medeltiden.[311]

2.3 Formell rätt och informella normer

Perioden från 1500-talet och ända fram till 1800-talet kännetecknades av att många mäns huvudsakliga arbetsuppgift blev att utvidga och försvara det svenska riket. Som Eva Österberg korthugget uttrycker det: "(d)et var män som gjorde karriär – eller dog – i krigen". Den patriarkala ideologin kom att förstärkas under 1600-talets stormaktstid, och en tydlig uppdelning av offentlig och privat sfär begränsade kvinnors livsutrymme ytterli-

[308] Munktell, 1982 s. 138 f. Munktell menar att någon striktare arbetsdelning knappast kan ha upprätthållits inom de mindre bruksenheterna.

[309] Modéer, 1993 s. 42. Modéer menar att de rättsregler som gällde i staden var av mer funktionell natur "knutna till handelsmännens och köpmännens behov".

[310] A.a. s. 33. Jämför med Rajamaa, 1993 s. 35 f. De vanligaste yrkena var bryggerska, bagare, sömmerska och vävare. Frälse- och borgarkvinnornas huvuduppgift var att uppfostra barnen, förestå hushållet, ansvara för tjänstehjonen och att vara föreståndare för godset när mannen var frånvarande.

[311] Lindegren, Jan, Utskrivning och utsugning. produktion och reproduktion i Bygdeå 1620–1640. 1980. Studien rör Bygdeå socken i Norrland under trettioåriga kriget.

gare.[312] I den privata sfären kunde dock kvinnor få ökat handlingsutrymme i männens faktiska fysiska frånvaro.[313] Särskilt under 1600-talet styrdes produktionen och arbetslivet av knektänkor och godsägarinnor med hjälp av barn och drängar. Kvinnorna övertog även männens arbetsuppgifter, medan inga källor pekar på det motsatta förhållandet. Förvånansvärt nog har forskning visat att kvinnor, barn och åldringar upprätthöll produktionen på samma nivå som tidigare.[314] Kvinnors produktiva ansvar ökade i männens frånvaro och mitt antagande är att med detta ansvar inträdde även i praktiken en acceptans av kvinnans rättshandlingsförmåga – de normativa rättsreglerna kunde inte upprätthållas i männens frånvaro. Här menar jag att en form av sedvanerätt uppstod, som en rättslig nödvändighet och följande ett likartat mönster.[315] Den formella rättens bild av kvinnan som svag, underlägsen och i behov av mannens skydd stämde därmed inte överens med de informella normerna. Formellt sett saknade dock kvinnor rättshandlingsförmåga.[316]

2.4 1734 års lag och kvinnans legala ställning

Det svenska rättssystemet har sedan medeltiden varit relativt enhetligt, men först 1608 när Kristoffers landslag trycktes uppstod en gemensam och auktoriserad upplaga av landslagen. Ett decennium senare trycktes även stadslagen. Under samma århundrade trycktes också de från tidig medeltid härstammande landskapslagarna. Enligt ett Kungligt stadsfästelsebrev skulle landskapslagarna tillämpas subsidiärt av domstolarna. Kommentarer till lands- och stadslagen utgavs dessutom under 1700-talets inledande decennier.[317] Rättstillämpningen torde därmed ha blivit mer enhetlig.

Den rättspraxis som vuxit fram i det agrara samhället samlades och kodifierades i en särskild lag år 1734. Någon påverkan från upplysnings-

[312] Österberg, Eva, Knektänkor och jordbrukare-stormaktstidens kvinnor i verkligheten. 1993 s. 43 f. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Österberg beskriver 1600-talet som en kontrasternas period. I samma antologi, s. 39 f, beskriver Kekke Stadin, i uppsatsen Kvinnoideal under stormaktstiden, 1600-talets kvinnobild som en "statsangelägenhet". Genom lagar, förordningar och den protestantiska kyrkan fördes denna norm ut – normen om kvinnan som moder.

[313] Österberg, 1993 s. 44. Var fjärde vuxen man dog i samband med krigen. Magsjukdomar var den vanligaste dödsorsaken.

[314] Lindegren, 1980.

[315] Modéer, 1993 s. 156 f. Se särskilt citaten av Puchta och Schrevelius.

[316] Göransson, Anita, Mening, makt och materialitet. Ett försök att förena realistiska och poststrukturalistsiska positioner. 1998 s. 11. I Häfte för kritiska studier nr 4. Göransson kallar detta för temporära förändringar.

[317] Modéer, 1993 s. 79 f.

tidens idéer kan inte spåras utan lagen var en produkt av det svenska ståndS- och bondesamhället och dess syn på hushållet som produktionsenhet.[318] Kvinnor ansågs omyndiga stående under en husbondes målsmannaskap och med få rättigheter att genom eget arbete försörja sig och sin familj.

Enligt 1734 års balk om familjerätten var ogift kvinna omyndig och gift kvinna stod under sin makes målsmannaskap. Båda kategorierna saknade full rättshandlingsförmåga. Gift kvinnas främsta uppgift var att sörja för det reproduktiva arbetet och det var mannen som bestämde om hon skulle tillåtas att lönearbeta. Legalt sett stod den gifta kvinnan under sin makes "husbondevälde, förvaltningsrätt och målsäganderätt". Ägde kvinnan fast egendom fick maken dock inte försälja denna utan kvinnans och hennes arvingars samtycke. Den mycket begränsade rättshandlingsförmåga som återstod bestod i att den gifta kvinnan hade befogenhet att ingå avtal rörande egendom av mindre värde.[319] Rätten att testamentera hade även den gifta kvinnan.[320] Genom en ansökan till Kungl. Maj:t kunde undantagsvis ogifta kvinnor förklaras myndiga. Enligt 1734 års lag kunde dock den gifta kvinnan inträda som förvaltare under mannens frånvaro. Detta lagrum skulle kunna ses som en pragmatisk kodifiering av sedvanerätten.[321]

Anu Pylkkänen menar att 1734 års giftermålsbalk var radikal på flera sätt, samtidigt som den fastställde att kvinnan hade en annan rättslig ställning än mannen. Det familjerättsligt radikala var att den tog sin utgångspunkt i äktenskapet och därmed familjen. Dessa blev "sekulära rättsliga institutioner" som skildes ut från det offentliga. Istället för de på släkten tidigare byggda kollektiva reglerna ställdes nu individen – mannen – i centrum. Äktenskapet blev mer abstrakt och det handlade inte längre om formella avtal mellan släkter utan om ett "parförhållande". Mannens rättigheter definierades genom hans hustrus brist på rättigheter. I 1734 års lag stadgades för första gången den allmänna principen om gifta kvinnors brist på formella rättigheter.[322]

[318] Se Om 1734 års lag i SvJT 1984, särtryck. Jag använder begreppet hushåll när jag avser den ekonomiska enheten och familj när det mer glider över åt kärnfamiljen. Se den distinktion som görs i, Göranson, Anita, Från familj till fabrik. Teknik, arbetsdelning och skiktning i svenska fabriker 1830–1877. 1988 s. 13.

[319] Widerberg, 1980 s. 30 f.

[320] Pylkkänen, Anu, Giftermålsbalken i 1734 års lag. 1996 s. 21. I Statens beroende av familjen.

[321] Se Hafström, 1978 s. 53 f. Hafström konstaterar att 1734 års lag endast kodifierar gällande rätt angående mannen målsmannaskap. Av texten är det dock något oklart om det i landskapslagarna (svealagarna) fanns lagrum som uttryckligen gav gift kvinna rättigheter eller om det var en sedvanerätt att kvinna kunde sälja egendom när mannen satt i fångenskap eller farit på pilgrimsfärd.

[322] Pylkkänen, 1996 s. 11.

I 1734 års lag upprätthölls åtskillnaden mellan land och stad framförallt för att skydda bevarandet av den fasta egendomen som enhet på landsbygden. Vid giftorättsfördelning ägde mannen 2/3 andel medan kvinnan ägde 1/3 andel – till skillnad från de i staden gällande reglerna där kvinna och man hade samma giftorättsandel. Arvsreglerna var konstruerade på samma sätt, vilket innebar att döttrar på landsbygden fick en mindre andel än söner.

Änkan har däremot alltid intagit en särställning och var i stort sett likställd med mannen ifråga om rättshandlingsförmåga.[323] Gifte hon om sig hamnade hon på nytt under målsmannaskap och därtill kunde hon bli skyldig att återbetala morgongåvan till den avlidne makens släkt.[324] Änkans särställning kan förklaras av att hon inte längre kunde ses som en del i en ekonomisk enhet där fadern eller mannen var överhuvud. Av praktiska skäl fick hon en rättslig ställning, delvis i paritet med mannens, då hon hade en plikt att själv försörja sin familj – "Enka råde sig och gods sitt sielf".[325] Änkan får därmed betraktas som i rättslig mening myndig, dock fanns det i skråens ordningar bestämmelser som begränsade hennes ställning och möjligheter i arbetslivet.[326]

2.5 Legohjonets ställning enligt stadgor och ordningar

1734 års lag innehöll enbart kortfattade bestämmelser som rörde de vanligaste anställningsförhållandena. Mer detaljerad reglering fanns i de olika stadgorna och ordningarna. I legostadgorna 1736, 1739 och 1833, uttrycktes den patriarkala ordningen genom detaljerade föreskrifter för legohjonets egenskaper och arbetsskyldighet. Uppfylldes inte dessa hade

[323] Sjöberg, Maria, Kvinnans underordning – en undantagshistoria? 1997 s. 461. I Historisk tidskrift 1997 nr 3. Sjöberg uttrycker det som att änkan nästan blev en man – "(e)tt genusbyte ägde alltså rum".

[324] Matovic, Margareta, Utförsåkning, bergsbestigning eller berg- och dalbana? Kvinnans ställning i äldre tid. 1993 s. 13. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Någon valfrihet hade knappast den egendomslösa änkan.

[325] Sweriges Rikes lag 1734 ÄB, XIX Cap. § 3.

[326] Erickson, Amy Louise, Property and widowhood in England 1660–1840. 1999 s. 145. I (red.) Cavallo, Sandra och Warner, Lyndan, Widowhood in Medieval and Early Modern Europe. Erickson citerar Tiggaroperan (1728): "The comfortable estate of widow-hood, is the only hope that keeps upp a wife's spirits. Where is the woman who would scruple to be a wife, if she had it in her power to be a widow whenever she pleas'd?" I Margareta Matovics avhandling, Stockholmsäktenskap Familjebildning och partnerval i Stockholm 1850–1890, från 1984, framförs liknande tankegångar (s 43): "Giftermål innebar alltså för en kvinna ett framtidsperspektiv att genom änkestånd erhålla ekonomisk och juridisk myndighet."

arbetsgivaren rätt att aga hjonet eller ensidigt bryta avtalet. Hjonet kunde även bestraffas av polisiär myndighet. Legohjonet skulle vara dygdigt, gudfruktigt och icke undandraga sig arbete.[327] Enligt stadgan var legoavtalet ett formalavtal och om denna form inte följdes gällde inte stadgan. Avtalet ingicks, för bestämd tid, vanligtvis ett år, och om ingen av parterna sagt upp avtalet, senast två månader innan fardagen i oktober, förlängdes avtalet automatiskt. Förhållandet mellan principal och underlydande, husbonde och hjon, har betecknats som ett statusförhållande med starka patriarkala förtecken. Legohjonet var som ett barn i husbondens familj, men med legala plikter och i stort sett utan rättigheter. Å andra sidan hade husbonden skyldighet att förse hjonet med kost och logi samt vårda tjänstehjonet vid sjukdom eller ålderssvaghet.[328]

Vad skilde egentligen tjänstehjoneförhållandet från livegenskapen? Axel Adlercreutz menar att det i princip rådde avtalsfrihet – anställningen ingicks genom avtal. I princip kunde den arbetsskyldige därmed välja husbonde.[329] Adlercreutz ser då inte till relationen som därefter uppstod och till innehållet i den reglering som gällde för förhållandet husbonde – hjon. Legohjonet var bunden till den husbonde som han eller hon en gång hade börjat tjäna. Lagstiftningen innehöll inte på något sätt incitament för byte av avtalspart – tvärtom. Håkan Göransson påpekar här att "(f)riheten att byta husbonde blev därför i många fall illusorisk". Även om gäldträldomen var avskaffad kunde livegenskapsliknande förhållanden uppstå, genom att hjonet satte sig i livslång skuld hos sin husbonde.[330]

Legostadgan tillämpades i första hand inom jordbruket för att garantera tillgången på arbetskraft under skördesäsongen, men även för stadens pigor (tjänarinnor).[331] Under 1700-talet ökade kravet på rörlighet och för tjänstehjon infördes fri flyttningsrätt år 1766 – en rätt som sedermera återigen inskränktes i 1805 års legostadga. Denna legostadga är mycket detaljerad och tjänstehjonen delades in i godkända och underkända. De godkända hade rätt att söka ny tjänst utanför länsgränsen, medan de mindre dugliga saknade fri flytträtt. Ertappades ett underkänt hjon utanför länsgränsen kunde han eller hon med stöd av reglerna om laga för-

[327] Se exempelvis 1833 års stadga SFS 1833:43.

[328] Sigeman, Tore, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling. 1984 s. 875 ff. I SvJT 1984 Om 1734 års lag, särtryck.

[329] Adlercreutz, Axel, Kollektivavtalet. 1954 s. 104 f.

[330] Göranson, H, 1988 s. 36.

[331] Moberg, Kerstin, Från tjänstehjon till hembiträde. En kvinnlig låglönegrupp i den fackliga kampen 1903–1946. 1978 s. 11 ff. Moberg skriver om de olika yrkesbenämningarna: tjänarinna, legio, piga, jungfru, hembiträde, hushållerska etc. Under ståndssamhället var piga den gängse benämningen för allmogens döttrar. Ordet kom allt mer att få en negativ klang och fr.o.m. 1920-talet blev ordet hembiträde en allt vanligare yrkesbenämning för de som var anställda i stadshushåll.

svar sättas i statligt tvångsarbete eller skickas ut i krigstjänst.[332] 1739 års legostadga reglerade också lönerna och liksom på medeltiden var det förbjudet att ta emot eller att betala mer i lön än vad som stadgades. [333]

> Dristar sig Husbonde, under hwad sken det wara må, mera i städsel och lön att låfva och gifwa, eller Legio-hion att fordra och taga, böte 20. daler S:mt, angifwarens en-sak, antingen sierlfwa Husbonden, Tiänste-hjonet, eller någon annan sådant angifwer, och ware där til städslandet ogilt.[334]

Denna del av 1739 års stadga upphörde att gälla från och med år 1805 och därefter har avtalsfriheten gällt som normativt mönster för lönesättningen. Skälet för att upphöra med bestämda taxor avseende tjänstehjonens löner synes i första hand ha varit rent pragmatiska – i en tid med valutaoro fungerade det dåligt med fasta priser avseende varan arbetskraft.[335] Någon större förändring av lönenivåerna synes inte heller ha förespeglat lagstiftaren och i de fall att husbonde och hjon inte kom överens om lönen vid städslandet, var det allmän domstol som hade att bestämma lönen med utgångspunkt i sedvanan på orten.[336] Den sista legostadgan från 1833 tillämpades dock ända fram till 1926 på legohjon, framförallt statare, i jordbruket och tjänstehjon, framförallt pigor, i städerna. Denna stadga innehöll inga maximigränser angående lönerna.[337] Håkan Göransson menar att avtalsfriheten till en början endast innebar att lönen bestämdes av arbetsgivaren ensidigt: "Likväl var detta genombrott en av förutsättningarna för att lönerna senare skulle kunna komma att regleras genom kollektiva förhandlingar med frihet att strejka om man inte kom överens."[338] Fortfarande förhindrade dock den rättsliga regleringen kollektivt agerande för att höja lönerna.

Legostadgan kan sägas ha utgjort allmän lag för regleringen av förhållandet principal och underlydande. I övrigt fanns speciallagstiftning såsom bergsordning, skråordning, boktryckereireglementen och hallordning. Arbetet i manufakturerna reglerades i hallordningar av år 1739 och 1770. Av de speciallagar som fanns var det främst hallordningen som

[332] Legostadga 15.5 1805 artikel III §§ 1 samt 2.

[333] Montgomery, Arthur, Industrialismens genombrott i Sverige. 1947 s. 65. I stort sett alla legostadgor mellan 1686–1805 fastställde att lönen för tjänstehjonet skulle fastställas genom av myndigheter fastställda taxor. Dessa taxor hade lokala variationer. Se även Montgomery 1933 s. 258 f.

[334] Legostadga 15.5 1805 Lönen skulle enligt stadgan bestämmas genom enskilt avtal efter tjänstehjonets förmåga och skicklighet. Hänsyn skulle även tas till "Orternes skiljaktiga beskaffenhet, plägseder och rörelse".

[335] Göransson, H, 1988 s. 84.

[336] A.a. s. 85.

[337] Se SFS 1833:43 samt prop. 1926:183.

[338] Göransson, H, 1988 s. 85.

gällde för kvinnor, då de i praktiken var utestängda från flera av de andra yrkesgrupperna. Visserligen föreskrevs i 1770 års hallordning att arbetsfriheten gällde alla "af hwad stånd och willkor han wara må" men detta "han" tolkades könsblint.[339] Krav på manligt kön, myndighet och utbildning ställdes inte för att få arbeta i manufakturerna. Denna reglering utgjorde därmed inte som exempelvis skråordningen någon hämsko för framväxten av en protoindustri.[340] Lagstiftningen på 1700-talet innehöll över huvud taget ingen reglering av arbetstider, arbetsmiljö och uppsägningsrätt. Inget hindrade ett ohämmat utnyttjande av den billigaste arbetskraften – kvinnor och barn. Inom protoindustrin anställdes liksom på medeltiden familjen som en arbetsenhet. Kvinnor och barn sågs som hjälparbetare till mannen.[341]

Antalet tjänstehjon steg under 1700-talet och i städerna arbetade de flesta yrkesarbetande kvinnorna som pigor, fabriksarbeterskor, hushållerskor och som biträden inom handel och hantverk.[342] Andra former av arbete var kvinnor i stort sett utestängda från på grund av de gällande skråordningarna. Den som utan medlemskap ägnade sig åt skråhantverket gjorde sig skyldig till bönhaseri.[343] För detta brott stadgades under 1600-talet fängelse tills dess saken prövats samt dryga böter. Även beställaren kunde straffas.[344]

Enligt 1720 års hantverksordning var det endast lärpojkar som kunde anställas och som sedermera kunde bli gesäller hos en mästare. Detta kodifierades i handelsbalken i 1734 års lag, där det fastslogs att det endast var män som kunde idka hantverk och erhålla burskap.[345] Även här intog dock änka efter en mästare en särställning och hon kunde efter makens död fortsätta att bedriva hantverksyrket, men någon ställning i skråt liknande en manlig mästares fick hon aldrig. Anledningen till denna relativa frihet att fortsätta att bedriva mannens verksamhet kan ha varit att skydda arbetstillfällen och änkans och barnens försörjning. Änkan hade dock inte rätt att befatta sig med själva hantverket som sådant utan var tvungen att ha en gesäll vid sin sida. Under 1700-talet upprättades också särlag-

[339] A.a. not 145 artikel 2 § 14 1770 års hallordning.

[340] Ordet protoindustri används av historiker för att beskriva den tidiga industriutvecklingen i anknytning till jordbrukssektorn.

[341] Göransson, A, 1988 s. 273.

[342] Stadin, Kekke, Den gömda och glömda arbetskraften. Stadskvinnor i produktionen under 1600- och 1700-talen. 1980 s. 315. I Historisk tidsskrift 1980:3.

[343] Bönhas var öknamnet på den som utan legal rätt utövade hantverk. Fram till 1820 kunde skråämbetena begära handräckning av myndigheterna för husrannsakan hos misstänkta bönhasare. NE tredje bandet 1990 s. 513.

[344] Lindberg, 1989 s. 212 samt s. 75. Lindberg uppger att en gift kvinna redan år 1483 dömdes till 3 marks böter för att hon olovligen ägnat sig åt skrädderiämbetet.

[345] Sweriges Rikes Lag 1734, HB III Cap.

stiftning, som en form av fattigvård, för att göra det möjligt för änkor och 'värnlösa' kvinnor att försörja sig och därmed överleva. Tobakshandel och rätten att utöva traktörsnäring skulle i första hand förbehållas dessa grupper.[346]

Även för handeln gällde i huvudsak enligt 1734 års allmänna handelsreglemente att denna näring var förbehållen den manliga delen av befolkningen. Änkor kunde dock överta sin mans rörelse och driva den vidare. Änkan sågs som en "interimistisk hushållsföreståndare" till dess att sönerna vuxit upp eller ny äktenskapspartner hittats.[347] 1749 tillkom ett kramhandlarreglemente som tillät kvinnor att i bodar försälja inrikes manufakturvaror av exempelvis ylle, siden, linne och bomull. Ytterligare kungliga resolutioner gav kvinnor tillgång till marginella delar av stadens arbetsmarknad, såsom försäljning av hemtillverkade talgljus, försäljning av vissa kortvaror, hängslen, snörliv, mössor och dylikt.[348] Skråordningen begränsade i stor utsträckning kvinnors möjligheter att förvärvsarbeta och att bedriva näring eller handel. Det fanns dock enligt praxis en möjlighet för gifta kvinnor att få burskap av stadens magistrat. Dessa tillstånd utfärdades vid behov det vill säga när mannen var oförmögen att försörja familjen.[349] Genom 1789 års lag ökade den gifta kvinnans rättskapacitet. Genom lagen ansågs gift kvinnlig egenföretagare som ekonomiskt ansvarig och hon fick därmed även rätt att själv sluta avtal för rörelsens räkning. Lagen gällde till och med 1846 då den gifta kvinnan åter ställdes under mannens totala målsmannaskap – genusordningen återställdes.[350] Vad vi ser är ett exempel på en normkonflikt som uppstod inom det rättsliga systemet mellan civilrätt och familjerätt. Något märkligt synes denna tillbakagång vara, då den första näringsfrihetsförordningen infördes samma år.

Enligt de olika reglementen och ordningar som gällde var det förbjudet för de arbetande att sammansluta sig i organiserad form och kräva högre löner. Stor vikt lades också vid arbetsdisciplinen. Någon fri lönesättning existerade inte heller på denna del av arbetsmarknaden, utan lönerna och anställningsvillkor bestämdes genom myndighetsbeslut, exempelvis av

[346] Qvist, Gunnar, Kvinnofrågan i Sverige 1809–1846. Studier rörande kvinnans näringsfrihet inom de borgerliga yrkena. 1960 s. 87 f.

[347] Göransson, A, 1998 s. 15.

[348] Widerberg, 1980 s. 44.

[349] Lansvik, Anita, Kvinnoliv i staden. 1988 s. 90. I (red.) Kyle, Gunhild, Handbok i svensk kvinnohistoria.

[350] Bladh, Christine, Att överleva i en stad i kris – den gifta stockholmskan och försörjningen. 1993 s. 47 f. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Bladh visar att 1789 års lag ledde till förvirring och maktkamp mellan enskilda kvinnor och män inom äktenskapet. Mannen var ju fortfarande kvinnans husbonde i den privata sfären.

stadens magistrat eller direkt av arbetsgivaren. Genom 1621 års hantverksreform fastställdes direkt i skråförfattningarna den maximilön som skulle gälla för gesällerna. Detta innebar inte att alla gesäller hade samma lön utan lönen bestämdes av yrkeserfarenhet och mästarens ekonomiska ställning.[351] I 1720 års skråordning frångicks en fast reglering av lönen, vilket ledde till en begynnande organisering av hantverksmästarna för att hålla lönerna nere. Hantverkets organisationer hade sedan medeltiden en offentligrättslig karaktär och en nära relation till makten. Maximilönens legala avskaffande för dessa yrkesgrupper ledde inte till någon avtalsfrihet, utan lönen kom att regleras ensidigt av hantverksmästarna, i en ordning som kan karakteriseras som delvis offentligrättslig.[352] Avtalsfriheten blev en schimär, men som vi kan se ledde det successiva upplösandet av statusförhållandet till organisering på båda sidor och till kollektivt agerande vid fastställande av löner.[353] I 1770 års hallordning stipulerades en "skälig lön" som inte översteg den gängse på marknaden. Fabriksägarna förbjöds att betala överpriser, samtidigt som arbetarna var förbjudna att "sammansätta sig" i syfte att pressa upp lönerna.[354]

2.6 Legalt tjänstetvång – krigstjänst eller spinnhus

Liksom under medeltiden rådde det under 1600 och 1700-talen ett legalt tjänstetvång för de egendomslösas skara. Denna tvångslagstiftning, i form av legostadgor, försvarslöshetsförordning och lösdriverilagstiftning, förändrades under perioden och det är uppenbart att statsmakten på detta sätt reglerade tillgången till extremt billig arbetskraft. Den protektionistiska statsmakten var landets störste arbetsgivare och dåtidens offentliga sektor bestod exempelvis av hären, sidenindustri och bergsbruk. Den som var arbetslös och egendomslös kunde tas ut till krigstjänst eller sättas i tvångsarbete i gruvor och spinnhus. Den som hade angett en försvarslös hade till och med rätt att utnyttja dennes arbetskraft till lägre pris än det stipulerade.[355] Alla legostadgor mellan 1686 och 1805, förutom 1664 års stadga, förbjöd fri lönesättning. Tjänstehjonens löner skulle

[351] Lindberg, 1989 s. 220 f.

[352] A.a. s. 95. Jfr Adlercreutz, 1954 s. 99.

[353] Adlercreutz, 1954 s. 28 och 123 ff. Se även Göransson, H, 1988 s. 40.

[354] Göransson, A, 1988 s. 155. Göransson, H, 1988 s. 42 f. Göransson (Håkan) visar att det första direkta förbudet mot gemensamma aktioner för högre lön fanns i 1770 års hallordning. Bötesbeloppen var mycket höga. Denna ordning var den enda som direkt berörde kvinnliga arbetare i manufakturerna.

[355] Se exempelvis 1739 års stadga artikel 5 §1 punkt 3.

fastställas i taxor genom myndighetsbeslut. Dessa taxor kunde skilja sig åt i olika landsdelar.[356]

Denna tids ekonomiska politik har beskrivits som en form av planhushållning och det legala tjänstetvånget som ett uttryck för en extrem politik för full sysselsättning.[357] Genom införandet av merkantilismens idéer skulle Sveriges befolkning bli en viktig del av den stora helheten.[358] Arbetsskyldigheten kunde förklaras utifrån samhällets, statens, behov av att växa materiellt. Genom att tvinga alla egendomslösa att arbeta för låga löner skulle Sverige bli rikare. På dessa ekonomiska grundvalar kunde försvarslöshetslagstiftningen och dess tillämpning i form av statligt tvångsarbete motiveras ur ekonomisk synvinkel.[359] Denna arbetsplikt gav kvinnor och män olika valmöjligheter. Vid brist på arbeten kunde kvinnor gifta sig, från 15 års ålder, eller stanna kvar i hushållet med fadern som överhuvud. Män kunde välja att ta värvning. Legalt sett hade kvinnor dock inte rätt att själv välja sin make, utan fadern eller annan förmyndare måste som giftoman lämna sitt medgivande.[360] Ytterligare en utväg för de egendomslösa kvinnorna var att prostituera sig.[361] De genuskontrakt som kvinnor och män slöt såg således olika ut. För såväl den egendomslösa kvinnan som mannen styrdes valet av kontrakt och kontraktspartners i första hand av en överlevnadsstrategi.

Av skildringar och historiska källor från denna tid tycks arbetslöshetsproblemen varit störst i staden där utbudet av kvinnlig arbetskraft var större än på landet. Sedan lång tid tillbaka var kvinnor en majoritet av befolkningen. En stor andel av dessa gifte sig över huvud taget inte och genom den demografiska utvecklingen under 1800-talet ökade antalet ogifta kvinnor, över 15 år, kraftigt från att ha varit drygt 300 000 vid 1800-talets början till en halv miljon år 1850.[362] Som en följd av detta ökade också andelen barn som föddes av ogift kvinna. År 1845 uppgick dessa barn till 25 procent av antalet födda barn i städerna.[363] Den rigida

[356] Adlercreutz, 1954 s. 109 f. Montgomery, 1933 s. 258 f.

[357] Montgomery, 1947 s. 29. Per Eklund menar att det primära syftet med arbetstvånget var att tillgodose de härskande klassernas behov av tjänstefolk. Se Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner. 1974 s. 201 ff.

[358] Merkantilismens epok är sen medeltid till slutet av 1700.

[359] Heckscher, Eli, Merkantilismen II. 1953 s. 286.

[360] Se Andersson, Gudrun, Myndig eller omyndig? Kvinnans rättsliga och samhälleliga ställning under stormaktstiden. 1996 s. 19. I Granström, Görel m.fl., Kvinnorna och rätten Från stormaktstid till rösträttsstrid. Begreppen husbonde, förmyndare, målsman och giftoman förklaras. Oftast var husbonden såväl förmyndare, målsman som giftoman.

[361] Därmed inte sagt att prostitution betraktades som ett arbete under denna tid.

[362] Arteus, Irene, Kvinnans rätta bestämmelse. Ideal och verklighet i 1800-talets svenska småstäder. 1993 s. 51 f. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien.

[363] Qvist, Gunnar, 1960 s. 117. I Stockholm var andelen s.k utomäktenskapliga barn 45 procent.

näringslagstiftningen utgjorde ett hinder för dessa kvinnors försörjningsmöjligheter, framförallt i städerna. Några alternativ som gav samma ekonomiska och sociala ställning som arbetet i ett äktenskap kunde arbetsmarknaden inte erbjuda kvinnorna vid denna tid. Som en följd av denna 'arbetslöshet' uppstod det kvinnokollektiv – hushåll där kvinnor i olika åldrar genom samboende lyckades överleva trots rådande förhållanden. En annan form av kvinnokollektiv var spinn- och fattighusen, som fylldes med egendomslösa kvinnor.[364]

2.7 Manufakturer och förlagssystem

I slutet av perioden startades de första mekaniserade fabrikerna. Karakteristiskt var att dessa fabriker fanns i anslutning till jordbruket och då som en binäring. Småskaligheten kännetecknade denna protoindustri som till stor del utgjordes av textiltillverkning.[365] I spinnerierna anställdes i första hand lantarbetarnas barn och i väverierna arbetade till övervägande del kvinnor. De män som anställdes arbetade ofta i en överordnad tillsynsfunktion.[366] Tillgången på billig arbetskraft, kvinnor och barn, var god och det fanns ingen skyddslagstiftning som kunde begränsa utnyttjandet.[367] Hantverkare och fabriksägare kunde till och med rekvirera barnarbetare från fattighus och anstalter under 1700-talet. Den enda kostnaden var att förse dem med mat.[368] I detta tidiga uppbyggnadsskede var kapitalet till viss del könsblint, och det avgörande var att få tillgång

[364] Arteus, 1993 s. 51 f.

[365] Larsson, Mats, En svensk ekonomisk historia 1850–1985. 1991 s. 31. Se även Ahlberger, Christer, Vävarfolket Hemindustrin i Mark 1790–1850. 1987 s. 5.

[366] Schön, Lennart, Från hantverk till fabriksindustri: svensk textiltillverkning 1820–1870. 1979 s. 102. "I de första "moderna" fabrikerna i Sverige användes således en relativt arbetsintensiv teknologi med billig arbetskraft – mestadels barn – för att framställa grovt garn, vilket hade ett betydande tullskydd." Se även Wahlström, Lydia, Den svenska kvinnorörelsen: historisk översikt. 1933 s. 20. Av de som kring 1750-talet arbetade med textiltillverkning i fabriker eller i hemmen var 70–80 procent kvinnor. Se även Fritz, Martin, Från handelsstad till industristad 1820–1920. 1996 s. 89 och 146.I Andersson m.fl. Göteborgs historia: Näringsliv och samhällsutveckling. Andelen barn som arbetade inom den nya storskaliga textilindustrin var hög. Vid bomullsspinnerierna i Mölndal var år 1830 3/4 av de anställda under 15 år. Någon uppgift om andelen kvinnor finns ej.

[367] Qvist, 1960 s. 117 f. Widerberg, 1980 s. 23. Widerbergs sammanställning visar att kvinnors andel av arbetskraften vida översteg männens under 1700-talet. Det fanns därmed ett stort utbud av kvinnlig arbetskraft. Qvist och Widerberg använder sig av terminologin kvinnoöverskott och övertalighet. Varför inte istället tala om ett mansunderskott? Det var ju männen som dog i krigen och paradoxalt nog ökade detta värdet på deras arbetskraft. Det stora utbudet av kvinnlig arbetskraft förbättrade inte kvinnors marknadsvärde.

[368] Bjurman, Eva Lis, Olsson, Lars, Barnarbete och arbetarbarn. 1979 s. 26.

till den billigaste arbetskraften.[369] I detta ligger att det begynnande nya produktionssystemet kan sägas ha haft integrerande tendenser, men samtidigt fanns det också starka segregerande krafter – den hierarkiska ordningen upprätthölls på de nya arbetsplatserna.[370]

Missväxt och arbetslöshet på landsbygden skapade också en marknad för förlagssystemet, en rättslig konstruktion som de nutida historikerna menar har haft en större betydelse för arbetsmarknaden än vad som tidigare forskning visat. Förlagssystemet var den primära rättsliga grundkonstruktionen för näringslivet under 1800-talet.[371] Förlagssystemet är den rättsliga konstruktionen ur vilken det fria anställningsavtalet senare kom att utvecklas – ersättning betalades för utfört arbete. Framförallt har utvecklingen av ackordslönesystemet sin grund i förlagssystemet.[372] När det gällde priset för det utförda arbetet saknades reglering. Vi kan anta att det var en köparnas marknad, vilket innebar att priset till övervägande del bestämdes av förläggaren och att detta pris var lågt i förhållande till det arbete som nedlagts i varan. Arbetet utfördes i första hand av kvinnor ur de lägre samhällsskikten, vilka var tvungna att ta arbete för att bidraga till familjens försörjning. Inkomsten var ett komplement till småbondens eller torparens familjeekonomi. Lönerna inom hemindustrin sjönk mycket kraftigt under 1800-talet och minskade från 1820 till 1860 med mer än 50 procent.[373]

Vävpigor anställdes i familjer som delvis försörjde sig på att väva åt förläggare. Vävpigornas anställningsskydd och anställningsvillkor följde inte legostadgans regler, vilket gav dem ett sämre anställningsskydd, men också en större frihet. Lönen kunde i praktiken såväl understiga som överstiga den lagstadgade. Christer Ahlberger finner detta olagliga förhållande så vanligt att han menar att sedvana uppstod. Samtidigt visar hans rättsliga källmaterial att om vävpigorna under 1700-talet åberopade legostadgan vid tvist med husbonden, vann de bifall i rätten.[374] Stadgan hade således en formell betydelse och det som Ahlberger ser som sedvana skulle jag vilja kalla för informella normer. Att den rättsliga regleringen i

[369] Fritz, 1996 s. 146. Fritz ser priset på arbetskraften som den främsta orsaken till att kvinnor och barn anställdes i textilindustrin. 1870 var 2/3 av de anställdas vid Gamlestadens fabriker kvinnor.

[370] Större delen av arbetet inom detta system utfördes med hemmet som arbetsplats. Dessa arbetsplatser var inte nya. Se Göransson, A, 1988 s. 27 f.

[371] Schön, 1979 s. 19. Förlagssystemet innebar att förläggaren höll med råvaror och att producenterna, till största delen kvinnor och barn, höll med lokal – hemmet – och arbetsredskap.

[372] Victorin, 1973 s. 16 f.

[373] Ahlberger, 1988 s. 39. Detta skedde i hela Europa och förklaras av att lönen var förläggarens enda konkurrensmedel.

[374] A.a. s. 51 f.

praktiken undveks genom att rättsligt gällande avtal slöts inom förlagsverksamheten, visar på att legostadgan var föråldrad redan innan industrialiseringens genombrott. Det faktum att processerna i stort sett upphörde mellan vävpigor och husbönder efter 1820 kan ha andra förklaringar än att åsidosättandet hade blivit "sedvanemässigt legitimerat".[375] Samtidigt som förlagsindustrin ökade på 1820-talet sjönk också lönerna och vävpigornas ställning kan därmed ha förändrats. En minskad efterfrågan på vävpigor kan vara en förklaring till att antalet mål också minskade i domstolarna.

2.8 Delsammanfattning

Såväl de medeltida landsskapslagarna som 1734 års lag uttrycker en patriarkal syn såväl på kvinnans och mannens relation, som på förhållandet arbetsgivare och arbetstagare. Lagarna skrevs, tolkades och tillämpades av män. Denna lagstiftning bygger på den i inledningen beskrivna synen på relationen man–kvinna, som överordnad respektive underordnad. Den svenska lagstiftningen har även influerats av den romerska rättens uppfattning om genusrelationen.[376] Kvinnan saknade, enligt de medeltida lagarna, liksom barnet och trälen, i stort sett rättshandlingsförmåga, om det fanns en man att relatera till. Kvinnan, såväl ogift som gift, var omyndig, enligt 1734 års lag, och behövde en mans tillstånd för att förvärvsarbeta eller gifta sig.

Men det är nödvändigt att skilja mellan formella och informella normer. Av pragmatiska skäl accepterades kvinnors rättshandlingar i de fall där mannen saknades – änkan intog här en särställning. När mannen försvann sågs kvinnan som människa. Den temporära sedvanerätten gav kvinnan en viss möjlighet att agera i den offentliga sfären. Det angivna genuskontraktet kunde också ändras i tider av knappa resurser – i samband med krig, kriser och hungersnöd var överlevnaden viktigare än att följa lag och andra normer som omyndigförklarade kvinnor. Historien visar att kvinnor när det behövdes kunde överskrida gränserna medan männen var mer låsta i sina positioner.[377]

Under denna period var hushållet den minsta produktionsenheten. Över 90 procent av befolkningen levde på landet och hushållet var den

[375] A.a. s. 52.

[376] Widerberg, 1980 s. 33 f. Om romersk rätt se Thomas, Yan, The Division of the Sexes in Roman Law. 1992 s. 85 f. I (red.) Scmitt Pantel, Pauline, A History of Women in the West. I. From Ancient Goddesses to Christian Saints.

[377] Se Göransson, A, 1998 s. 10. Göransson berskiver kvinnlighet som mer flexibel och manligheten som mer konstant p.g.a. sitt förhållande till makten i samhället.

plats där det allra nödvändigaste producerades, konsumerades och reproducerades.[378] Alla krafter behövdes för att klara överlevnaden. I denna produktionsenhet var mannen, maken och fadern, enhetens legala överhuvud. Anita Göransson uttrycker genusrelationen som "latent hierarkisk" i den privata sfären. I den offentliga sfären var mannen enhetens enda legala företrädare.[379] I det agrara samhället åtskiljdes kvinnoarbete och mansarbete – kvinnor ansvarade för det inre hushållet männen för det yttre. Dessa arbetsuppgifter värderades olika och av landskapslagarna kan vi se att mannens arbete var högre värderat än kvinnans. Den kvinnliga trälen såldes till halva priset jämfört med priset på en manlig träl. I jordbrukssamhället var det fysisk kraft som premierades och de normer som den statiska löneregleringen ger uttryck för innebar att män generellt sett ansågs fysiskt starkare än kvinnor. Gemensamt för egendomslösa kvinnor och män var det legala tjänstetvånget – att arbeta var en plikt. Kvinnor och män utförde i hög grad olika slags arbetsuppgifter och dessa arbetsuppgifter värderades olika. Kvinnors löner var under denna period mellan 30 och 50 procent lägre än männens.

För de kvinnor som inte tjänade någon annan husbonde än sin far eller make gällde samma könsmässiga arbetsfördelning, men här fanns också en könsbestämd fördelning av auktoritet.[380]

[378] Se Ahlberger, 1988 s. 37. Ahlberger tar upp familjen som produktionsenhet utifrån hemvävarfamiljen. Teorin kommer från den ryske agrarhistorikern Chayanov som skilde bondeekonomins ekonomi från den kapitalistiska.

[379] Göransson, Anita, Från Sara Videbeck till Sophia Gummelius – männen, makten och marknaden. 1993 s. 57. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien.

[380] Widerberg, 1980 s. 27. Widerberg pekar på det faktum att kvinnans ställning i bondesamhället skiljer sig från den norm som kyrka och lagstiftning ger uttryck för. Kvinnan hade i bondesamhället en långt mer självständig ställning än 1800-talets kvinnor av borgarklass.

3 Formella rättigheter och näringsfrihet 1846–1930

3.1 Inledning

Denna period präglas av stora samhällsomvälvningar: ny produktionsordning, nya ideologier, befolkningsökning, men det är samtidigt viktigt att komma ihåg att Sverige under hela denna period var ett utpräglat agrart samhälle. Först 1926 var industriproduktionen en större andel av BNP än jordbruksproduktionen och samma år upphörde signifikant nog den sista legostadgan att gälla.[381] Olika former av patriarkalisk reglering levde dock kvar under lång tid i kollektivavtalen, inom exempelvis jordbruket och bruksindustrin.[382]

Det moderna klassamhället växer fram och vi kan se att avskaffandet av skråordningens och ståndssamhällets privilegier inte får någon större betydelse för kvinnorna i de lägre samhällsskikten. Under 1800-talet ökade folkmängden snabbt samtidigt som det periodvis rådde missväxt. Dessa demografiska förhållanden och rationaliseringar inom jordbruket gav upphovet till framväxten av en agrar reservarmé och en utveckling av statarsystemet. Proletariseringen på landsbygden ledde dels till utslagning, dels till att lönearbetet ökade inom jordbruket. Befolkningsökningen ledde till att kvinnors reproduktiva roll minskade kvantitativt sett, vilket ytterligare friställde kvinnan som arbetskraft.[383] Samhället övergick från ett hushållssystem till ett marknadssystem. Nya produktions- och konsumtionsmönster uppstod, vilket fick till följd att hushållets roll som

[381] Sigeman, 1984 s. 875 f.

[382] Thörnquist, Annette, Silikosproblemet vid Österbybruk 1920–1980: skyddsarbetet,–facklig kamp eller partsamarbete. 1993. Med patriarkalisk reglering menar jag avtalsbestämmelser som knöt de arbetande hårdare till arbetsgivaren exempelvis förmåner som bostad, familjetillägg, fri kost, gratial men också skuldsättning i olika former. Se även Ericsson, Christer, "Vi är alla delar av samma familj". patronen, makten och folket vid Nyby bruk 1880–1940. 1997. Förhållandet mellan chefen och kontoristen präglades under lång tid av samma asymmetriska förhållande. Se Greiff, Mats, Kontoristen Från chefens högra hand till proletär. 1992 s. 320.

[383] Montgomery, 1947 s. 9 ff.

producerande och ekonomisk enhet försvagades. Rättigheter knöts inte längre till hushållets överhuvud utan till mannen som individ.[384]

På olika sätt begränsade lagstiftningen i början av perioden kvinnors formella tillträde till den nya arbetsmarknaden. Tillgången på arbetskraft översteg emellertid efterfrågan och säkerhetsventilen som mildrade försörjningsproblemen blev fartygen till Amerika. Mellan åren 1851–1908 utvandrade cirka en miljon svenskar och de flesta av dessa var män som ursprungligen kom från landsbygden. Kvinnor har alltid varit mindre rörliga än män i samband med omfattande arbetskraftsvandringar. Av de som reste till Amerika var det också i högre grad kvinnorna som stannade kvar, medan männen i större utsträckning återvände till Sverige.[385]

3.2 Kvinnors formella rättigheter en makt- och klassfråga

Det fanns egentligen inga ideologiska motiv bakom den avreglering som gjordes under 1800-talet av mannens makt över kvinnan och hennes tillgångar. Att ge kvinnan formella rättigheter var ursprungligen inte ens en kvinnofråga utan en makt och klassfråga mellan adel och borgare. Adel och borgarståndet hade tvingats att avsäga sig en del av sina privilegier. Rätten att förvärva fast egendom, samt bedriva näringsverksamhet, tillkom efter 1810 – i princip – varje svensk man oberoende av klasstillhörighet.[386] Det var den manliga nya medelklassens revolution mot adelns privilegier som möjliggjorde införandet av näringsfrihet och lika arvsrätt för kvinnor och män.[387] Bakom avregleringarna fanns också pragmatiska skäl – medelklassens kvinnor saknade möjligheter att försörja sig. Det rådde brist på lediga platser på äktenskapsmarknaden på grund av mansunderskottet.

3.2.1 Rättshandlingsförmåga

Frågan om kvinnors rättshandlingsförmåga har sysselsatt framförallt (kvinno-)historiker. Beata Losman hävdar att det är en seg myt att kvinnan har varit omyndig genom historien. Genom sin forskning finner hon att kvinnor såväl ogifta som gifta arbetat, sparat pengar, processat om fast egendom, ärvt fast egendom före sina bröder, samt fått stå till svars

[384] Göransson, A, 1998 s. 15.
[385] Se Larsson, 1991 s. 12.
[386] Göransson, H, 1988 s. 79 se not 126.
[387] Widerberg, 1980 s. 17 och s. 47 f.

för sina handlingar inför rätten. Losman menar också att kvinnor disponerade sina egna arbetsinkomster. Enligt min uppfattning ändrar inte källmaterialet det faktum att kvinnor saknade full rättshandlingsförmåga – de var följaktligen att definiera som rättsligt sett omyndiga.[388] Just på det ekonomiska området var det mannen som kunde sluta rättsligt bindande avtal – det är således inte enbart en fråga om *får* och *kan* – vid rättslig prövning kunde av kvinnor slutna avtal ogiltigförklaras.[389] Maken eller fadern kunde ge den omyndiga kvinnan fullmakt att rättshandla och ett rättshandlande kunde även i efterhand godkännas, men mannen var då den egentliga avtalsparten. Denna möjlighet försvann dock genom 1734 års lag och: "Kvinnan förklarades att vara alldeles osjälvständig, såsom minderårig, och hennes rättsliga akter var ogiltiga om mannen inte godkänt och auktoriserat dem på förhand."[390]

Det är av betydelse att skilja mellan vad kvinnor gjorde och vad som var rättsligt bindande, när frågan om kvinnans och mannens relation utforskas. Rättsligt sett var kvinnorna underordnade männen.[391] Jag kan inte finna att det finns någon rättslig grund för påstående om mytologiserande – snarare handlar det om en sammanblandning av formella och informella normer.[392] Som det också kan uttryckas, forskaren skiljer inte mellan strukturen och det handlingsutrymme som finns inom strukturen. Paradoxalt nog framställs samtidigt aktörerna som autonoma i förhållande till de "strukturella maktförhållandena".[393] De informella normerna var pragmatiska och gav i vissa skeenden ett ökat handlingsutrymme för kvinnor som aktörer. Mindre summor av pengar, vilket det oftast handlade om, kunde gifta kvinnor rättshandla för, men legalt sett fanns det stöd för att mannen förvaltade även dessa kvinnans egna inkomster.

[388] Se Hageman/Åmark, 1999 s. 183 f. Författarna är av uppfattningen att på det normativa planet fanns det skillnader i kvinnors och mäns rättshandlingsförmåga även i det förindustriella samhället. En åtskillnad måste göras mellan "norm og sosial praksis".

[389] Andersson, 1996 s. 20. Jag sympatiserar med historikernas strävan efter att inte ägna sig åt eländesforskning, men att konstatera att kvinnan var omyndig fråntar ju inte möjligheten att lyfta fram de strategier som kvinnor använt sig av för att kringgå detta förhållande.

[390] Pylkkänen, 1996 s. 22.

[391] Se debatten i Historisk tidskrift, 1997 nr 3, mellan Gudrun Andersson, Kvinnans underordning: axiom eller öppen fråga? och Maria Sjöberg, Kvinnans underordning – en undantagshistoria?

[392] Losman, Beata, Landsbygdens kvinnor. 1993 s. 79 ff. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Jfr Widerberg, 1980 s. 18. Widerberg skiljer mellan kvinnors rättsliga och sociala ställning.

[393] Se Sjöberg, 1997 s. 459. Om den generaliserande strukturalismen inom historieforskningen se: Frangeur, 1998 s. 13.

Den ogifta kvinnan var omyndig och saknade rättshandlingsförmåga, på det sättet att hon inte utan förmyndarens tillstånd kunde förfoga över ärvt kapital i form av fast eller lös egendom.[394] I första hand var denna regel avsedd att skydda männens kontroll över jordegendomar. Karin Widerberg påpekar att förmyndarinstitutionen förhindrade kapitalets fria rörlighet och att ett avskaffande av denna hämmande reglering var en angelägenhet för borgarklassen.[395] När 1858 års lag antogs, om ogift kvinnas möjlighet att genom anmälan till domstol bli förklarad myndig vid 25 års ålder, skedde detta i en brytningstid när ståndssamhällets privilegier var på väg att upplösas. Anmälningsplikten upphävdes 1863, men ogifta kvinnor likställdes med männen i myndighetsålder, 21 år, först år 1884. Den stora andelen ogifta kvinnor inom samhällets medelskikt kan säkert också ha bidragit till att förmyndarskapet upplevdes som en hämsko, utan praktiska funktioner. Först 1880 avskaffades giftomannarätten och myndiga kvinnor kunde därmed gifta sig utan faderns samtycke.

När det gäller den gifta kvinnan var hon fortfarande omyndig, mannen var hennes målsman och förvaltade de gemensamma tillgångarna.[396] Hon kunde inte själv ingå rättsligt bindande arbetsavtal eller andra avtal rörande mer än mindre värden. 1846 års näringsfrihetsförordning förutsatte att ogifta kvinnor var ekonomiskt myndiga – att de kunde sluta giltiga avtal – vilket var en förutsättning för en fri marknad. Genom 1846 års näringsfrihetsförordning fick den gifta kvinnan rätt att idka näring, men samtidigt var det enligt dåtidens familjerätt maken som bestämde om hon kunde utnyttja denna rättighet. Familjerätten kolliderade med civilrätten.

Gift kvinnas rättshandlingsförmåga ökade 1874, genom den så kallade förvaltningsrätten, då hon enligt lag fick rätt att fritt förfoga över de inkomster hon förvärvat genom eget arbete. Widerberg menar emellertid att lagen sågs som en undantagslag och genom de begränsningar som stipulerades hade den gifta kvinnan endast rätt att för sin egen arbetsinkomst inhandla matvaror åt familjen.[397]

I förslaget till revision av giftermålsbalken framhölls det att mannens målsmannaskap härstammade från en tid när släktintresset var det avgörande för synen på hushållet som en enhet. Kvinnan ansågs också vara i behov av särskilt skydd. Då kvinnans ställning förändrats ansåg bered-

[394] 1734 års lag Ärvdabalken 19:2. Se Hafström, 1978 s. 104. Enligt ÄB 16:2 kunde ogift kvinna i undantagsfall genom begäran hos konungen bli förklarad myndig. Hon skulle då vara vid gott och moget förstånd samt stå under en samvetslös, försumlig eller snål förmyndare.

[395] Widerberg, 1980 s. 46.

[396] Göransson, A, 1998 s. 15. Göransson hävdar att målsmannaskapet under 1800-talet allt mer kom att tolkas som att mannen var kvinnans förmyndare.

[397] A.a. s. 70. Se även Matovic, 1984 s. 33 f.

ningen att makarna så långt som möjligt skulle vara likställda utan att det i lag angavs vem som hade överhet över den andra. Genom ändringar i familjerätten, Giftermålsbalken, likställdes år 1921 parterna i äktenskapet avseende deras inbördes relation. Mannen fortsatte dock att vara de gemensamma barnens legala förmyndare.[398]

3.2.2 Lika arvsrätt

Frågan om kvinnor någonsin har haft lika arvsrätt är omdiskuterad bland historiker. Vi vet att kvinnorna i Värend enligt sedvana hade samma arvsrätt som sina bröder. I samband med tillkomsten av 1734 års lag inkom skrivelser, där kvinnorna begärde att få behålla denna sedvana. Trots att ingen hänsyn togs till detta vid instiftandet av lagen, fortsatte tillämpningen av sedvanerätten, vilket slutligen ledde till att Gustaf III i en förordning fastställde den särskilda sedvanan till att omfatta Värends häradsrätt i Småland.[399]

I övriga Sverige gällde fram till 1845 olika arvsrätt för döttrar och söner på landsbygden. När frågan om lika arvsrätt togs upp i riksdagen 1844–45 hade de manliga riksdagsledamöterna ändrat inställning och en majoritet förespråkade en ny jämlikare lagstiftning. I första hand hade detta inte med kvinnans rättsliga ställning att göra, utan frågan om lika arvsrätt var en "borgerlig revolution". Arvsfrågan var en maktfråga mellan den jordägande adeln å ena sidan och de ofrälse stånden å andra sidan.[400] Av dessa skäl fick kvinnor och män formellt lika arvsrätt såväl i stad som på land.

3.2.3 Rätt till arbete och näringsfrihet

De statiska särbestämmelserna som reglerade arbetsmarknaden – framförallt i städerna – upphävdes successivt under 1800-talet. Näringsfrihetslagstiftningen från 1846 och 1864 upphävde slutligen skråordningen och dess uttalat manliga privilegier.[401] Det svenska ståndssamhället var därmed inte längre skyddat av rättslig reglering. Näringsfriheten innebar att myndig kvinna eller man hade legal rätt att bedriva handel eller näring

[398] Förmyndarskapet gällde ej vårdnaden. Se Widerberg, 1980 s. 71. Jfr Losman, 1993 s. 79 f.

[399] Matovic, 1993 s. 12. Bakgrunden till denna sedvana är enligt mytologin stordåden av en kvinna vid namn Blända. Belöningen för hennes insatser i fält var lika arvsrätt och giftorätt.

[400] Qvist, 1960 s. 147.

[401] SFS 1846:39 och 40 samt 1864:41. Se Montgomery, 1947 s. 147.

på landet och i staden. Någon laissez-faire politik var det dock inte frågan om utan rätten att fritt driva fabriks- hantverks- eller handelsrörelse kontrollerades av myndigheterna, som ställde krav på kapital och yrkeskunskaper såväl praktiska som teoretiska. Dessutom krävdes att kvinnan eller mannen var myndig.[402] 1864 års näringsfrihetslagstiftning avskaffade slutligen skråväsendets tvångsordningar. Formellt sett ökade därmed myndiga kvinnors rätt att idka näring och den privata delen av arbetsmarknaden stod i princip öppen. Arbetsgivaren hade dock en fri anställningsrätt.

För kvinnors del innebar näringsfriheten i första hand nya möjligheter för kvinnor inom den framväxande medelklassen, då en av förutsättningarna för att starta en egen verksamhet var tillgång till kapital. Kvinnors nyförvärvade rätt att bedriva näringsverksamhet ledde till att kvinnor startade småföretag inom handelsnäringen, men även finbrödsbagerier och konfektionsföretag.[403] Anita Göransson pekar på att samtidigt som de formella hindren undanröjdes för medelklassens kvinnor hårdnade ideologin och näringsverksamhet ansågs inte förenligt med borgerskapets syn på kvinnlighet. Kvinnans roll var att göra hemmet till en arena där männen kunde mötas och knyta nya lönsamma band.[404] Denna syn på den borgerliga familjen ställde också krav på tillgång till arbetskraft för hemarbetet. År 1870 arbetade 65.000 kvinnor i husligt arbete utanför jordbruket som pigor, jungfrur, kokerskor m.m.[405] Dessa kvinnor upprätthöll den nya "renhetens disciplin" genom att städa, tvätta och stryka.[406]

Formellt sett hade hindren för isärhållning mellan könen upphört på den privata delen av arbetsmarknaden, men det fanns fortfarande många hinder innan kvinnor och mäns arbetsvillkor ens kom i närheten av varandra. Kvinnor och män konkurrerade inte på samma arbetsmarknad då kvinnor ansågs ha 'naturliga' funktioner. Att vårda och passa upp var

[402] Qvist, 1960.

[403] Sommestad, Lena, Från mejerska till mejerist. En studie av mejeristyrkets maskuliniseringsprocess. 1992 s. 42 f. Vid företagsräkningen 1931 låg andelen kvinnliga företagare inom dessa branscher på över 50 %. Se SOU 1938:47 s. 361 f. Wikander, Ulla, Kvinnoarbete i manssamhälle; historiskt perspektiv på arbetsdelning och underordning av kvinnor. 1985 s. 17 not 9. I Karlsson/Wikander, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: Tre uppsatser. Wikander finner att statistiken tyder på att antalet kvinnor som ägde sömmerskefabriker minskade under slutet av 1800-talet och sätter detta i samband med den nya könsrelaterade underordningen. Min uppfattning är att sambandet snarare är kopplat till industrikapitalismen som sådan där kapitalkravet skapade en "ny" underordning under kapitalet.

[404] Göransson, A, 1998 s. 16.

[405] Moberg, 1978 s. 23.

[406] Se Liljeström, Rita och Dahlström, Edmund, Arbetarkvinnor i hem- arbets- och samhällsliv. 1981 s. 18.

kvinnor lämpade för. Yrken som lärarinna och sjuksköterska skulle mot denna bakgrund komma att bli typiska kvinnoyrken, men mönstret fortplantade sig också till den privata delen av arbetsmarknaden. Inom den framväxande industrin kom kvinnor, och barn, att dominera som arbetskraft i industrigrenar som hade anknytning till arbetet i hemmen – kvinnans genom tiderna 'naturliga' uppgifter att sy, väva och laga mat. Kapitalismens nya produktionsformer ledde dock till en viss integrering, i vart fall fanns det integrerande incitament i de nya produktionsformerna, men samtidigt till ny åtskillnad mellan könen i form av en striktare könsarbetsdelning än den som rått i bondesamhället. Arbetsdelning, enligt marxistisk terminologi, innebär att arbetet som sådant delades upp i ett flertal moment 'att huvud och hand skiljdes åt'. Denna typ av arbetsdelning, som uppstod i och med att produktionen förändrades, industrialiserades, ledde också till en ny åtskillnad av han och hon. När arbetet delades upp i mindre moment uppstod en tydlig vertikal könsarbetsdelning.[407] Kvinnor och män fick olika arbetsuppgifter, männen intog de arbetsledande positionerna, kvinnorna blev biträden och hjälparbetare. Särskilda kvinno- och mansyrken uppstod och inom vissa branscher trängdes kvinnorna ut helt.[408]

> I möbelfabrikerna arbeta kvinnorna som polererskor och bonerskor. Kvinnor och män ha samma utbildningstid; arbetet uppdelas så, att kvinnorna utföra poleringen och boningen av mindre ytor såsom stolar, bordsben m.m., medan männen få ta hand om de större ytorna. Med de moderna arbetsmetoder som numera tillämpas kan det manliga arbetet icke betraktas som tungt, men man anser att det är mer "krävande" och att man därför ej kan begära att kvinnor skola göra det. I det arbete som kvinnorna utföra anses de vara lika yrkesskickliga som männen; deras förmåga att utföra det svårare arbetet torde aldrig ha prövats. Det framhålles också att de moderna maskinerna äro så otrevliga, "att man ej vill sätta kvinnor att sköta dem". Kvinnornas timlöner utgöra enligt avtalet ungefär 2/3 av männens. Avtalslönerna äro emellertid minimilöner, och de individuella lönerna fastställas efter "skicklighet och flit". Jämförelser mellan löner äro därför ytterst svåra att göra.[409]

Arbetsdelningens konsekvenser för genusordningen var samtidigt också den motsatta – integrationen ökade. Särskilt i inledningsskedet av industrialiseringsprocessen förekom det att kvinnor och män utförde samma arbetsuppgifter. Den ökade mekaniseringen ledde senare till en ännu

[407] Se Fritz, 1996 s. 200 och 146. På den kvinnliga delen, broderiavdelningen, av Wettergrens konfektionsfabrik, 1901, arbetade endast en man – avdelningschefen. I verkstaden för tillskärning arbetade endast män.

[408] Wikander, 1985 s. 8 f.

[409] SOU 1938:47, Kock, Karin, Kvinnoarbetet i Sverige, s. 271 f.

striktare könsarbetsdelning.[410] Inom exempelvis chockladindustrin var gränsen mellan kvinnors och mäns arbetsuppgifter "knivskarp" på 1920-talet. Kvinnorna plockade och packade chokladen, männen skötte maskinerna. Kvinnorna blev utbytbara 'tempoarbeterskor'.[411] Mekaniseringen i industrin fick ett enhetligt resultat och det var att barnarbetet minskade i omfattning. När det gäller kvinnors och mäns arbete är mönstret inte entydigt. Inom vissa industrigrenar, exempelvis bagerinäringen, innebar den nya tekniken att arbetet ändrade "könskaraktär" – det blev manligt. I andra branscher, exempelvis sömnadsarbete, ledde införandet av ny teknik – symaskinen – till att rena kvinnoproletariat uppstod.[412]

Från att ha sett hushållet som en produktionsenhet blev nu successivt individen, enligt den klassiska liberala ideologin, den primära produktionsenheten – homo oeconomicus. Föreställningen om mannen som familjeförsörjare och därmed också som avtalspart stärktes.[413] Ur hushållets ekonomiska gemenskap bröt sig denna fria individ ut för att fritt sälja sin arbetskraft på arbetsmarknaden. Kvinnan hänvisades i första hand till arbetet inom den enhet som inte längre tillhörde det produktiva systemet – hennes främsta uppgift blev att reproducera. I andra hand kunde hon på särskilda villkor ikläda sig rollen som avtalspart på arbetsmarknaden. Konstruktionen arbetstagare – arbetsgivare som likvärdiga rättssubjekt fick därmed tydliga manliga förtecken.[414]

3.2.4 Rätt till utbildning

Kvinnors första väg till utbildning startade i de medeltida klostren.[415] Bildning, att lära sig läsa och skriva, var vid denna tid endast förbehållet kvinnor som kom ur de högsta samhällsskikten. Den kunskap som klosterskolorna förmedlade hade sin grund i skolastikernas syn på förhållandet mellan kvinna och man – som underordnad respektive överordnad.

[410] Wikander, Ulla, Kvinnornas arbeten vid Gustavsbergs porslinsfabrik 1880–1990. 1986. Se Sommestad, 1992. Se även Hageman, Gro, Lavtlønnsyrker blir til: kvinnearbeid og kjønnsskiller i søm og telekommunikasjon 1870–1940. 1988. Om yrkesgrupperna sömmerskor och telefonister.

[411] Sund, Bill. Chokladarbetare på tjugotalet: Kamp mot arbetsgivare och förbundsledning. 1986 s. 15 och 20. I Folkets Historia 1986:1 årg. 14.

[412] Wikander, 1985 14 f.

[413] Se Göransson, Anita, Arbete och makt. 1983 s. 223. I (red.) Aniansson, Eva, Rapport från kvinnouniversitet Vetenskap, Patriarkat och makt. Se även Strömholm, Gunilla, Elsa Eschelsson Sveriges första kvinnliga jurist. 1997 s. 90. I de lege 7 1997 till Elsa Eschelson.

[414] Begreppsparet arbetstagare-arbetsgivare användes inte språkligt förrän långt senare.

[415] Rajamaa, 1993 s. 36. När föräldrar i de högre samhällsskikten ansåg att barnen behövde bildas anställdes en informator för pojkarnas räkning medan flickorna sändes till klosterskola.

Syftet med utbildningen var att göra flickorna till duktiga husmödrar. Utbildningen upphörde i samband med reformationen på 1500-talet. Även den protestantiska kyrkan hade sin bestämda uppfattning av relationen kvinna–man. För hushållståndet angavs i Luthers hustavla förhållandet mellan föräldrar och barn, husbonde och tjänare och gifta män och kvinnor som ett subordinationsförhållande. "Hustrun skulle vara sin man underdånig och mannen är hustruns huvud."[416]

Först i och med 1800-talets folkskolereform blev rätten till utbildning på denna lägsta nivå öppen för de lägre samhällsskikten. Den allmänna och obligatoriska folkskolan, 1842, var öppen för både flickor och pojkar.[417] Mellan 1786 och 1836 hade det bildats fem privata, högre flickskolor i landet som utbildade lärarinnor – dessa lärarinnor kom nu väl till pass. För att genomföra folkskolereformen krävdes det ett stort antal lärare. Problemet var att reformen inte fick kosta statskassan för mycket – en ny arbetsmarknad öppnade sig därmed för medelklassens kvinnor. Kvinnor sågs som 'en annan sorts arbetskraft' och de förväntades ta lönearbete till ett lägre pris än männen. Utbudet av denna nya tjänsteklass var stor av demografiska skäl och tjänstesektorn feminiserades som helhet kraftigt. Av ekonomiska, sociala och moraliska skäl anställdes kvinnor i statlig tjänst.[418] De strukturella förändringarna i samhället ledde fram till en kraftig expansion av tjänstesektorn. 1920 var andelen kvinnor i den privata tjänstesektorn 35 procent och i den offentliga sektorn 53 procent.[419]

Beslutet om en folkskola, en skola för alla, var ett principbeslut. Att få fram utbildade lärare och lokaler blev en senare fråga. Christina Florin har i sin avhandling "Kampen om katedern" hävdat att när beslutet togs att utbilda både kvinnor och män till yrket som folkskollärare rekryterades dessa från olika samhällsklasser: medelklass respektive arbetarklass.[420] Fram till 1907 hade kvinnliga och manliga folkskollärare som

[416] Widerberg, 1980 s. 29.

[417] Obligatoriet bestod i en skyldighet att erbjuda alla barn sex års utbildning. Sedan slutet av 1700-talet hade det funnits privata flickskolor av olika karaktär i Sverige. Dessa skolor var i slutet av 1800-talet enda möjligheten för flickor att få mer än sex års skolgång. Först 1927 öppnades det statliga skolväsendet helt för flickor. Se inledningen till: Dahr, Elisabeth, Flickskolor i Jönköping. 1975 s. 10 ff.

[418] Se Nilsson, Bengt, Kvinnor i statens tjänst – från biträde till tjänstemän. 1996 s. 16 f. Tre problem fanns att lösa och staten påtog sig även rollen som arbetsgivare. Problemen var: behovet av billig och bra arbetskraft, att medelklassens kvinnor behövde försörjning och fruktan för ökad prostitution.

[419] Florin, Christina, Hit men inte längre! De kvinnliga tjänstemännens bakläxa vid sekelskiftet. 1993 s. 66. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Florin understryker att könskodningen inte var slumpartad: "Yrken **gjordes** alltså till kvinnoyrken av politiska krafter".

[420] Jämför med Karlsson, Lynn, Historiska perspektiv på arbetsdelning och underordning av kvinnor: kvinnors arbete i Sverige kring sekelskiftet. 1985 s. 23. I Karlsson/Wikander,

princip lika lön för lika arbete, men det skulle bli en ändring. Ett av motiven för förslaget om differentiering – lön efter kön – var att feminiseringen inom lärarkåren måste stoppas.[421] I feminiseringen av lärarkåren kan två mönster skönjas. För det första var priset på den kvinnliga arbetskraften lågt, vilket ledde till hög efterfrågan i framförallt småskollärayrket. För det andra fanns det ett stort utbud av ogifta medelklasskvinnor i de större städerna. Dessa kvinnor blev folkskollärare.[422]

Under 1870-talet fick kvinnor möjlighet att studera vid landets universitet samt rätt att avlägga examen. Motståndet mot kvinnor i maktposition inom akademins domäner var emellertid mycket starkt. Kvinnor som uppnått docentkompetens bedömdes stå i vägen för yngre manliga begåvningar. Kvalitén hotades även då kvinnor ansågs vara underlägsna i sin förmåga till "självständig vetenskaplig verksamhet".[423]

Kvinnor saknade också i många avseenden rätt till högre yrkesutbildning. Ett exempel på detta förhållande finner vi i Lena Sommestads avhandling om mejerinäringen. Inom mejeribranschen motiverades männens privilegium till den mer teoretiska utbildningen med att de på grund av sitt kön oftast uppnådde högre positioner. Effekten blev att det inte ansågs meningsfullt att ge de kvinnliga mejerskorna en mer teoretiskt inriktad utbildning, emedan de troligtvis inte skulle komma att förestå ett mejeri.[424]

3.2.5 Ett gevär – en röst

En mindre andel av Sveriges kvinnor fick politiska rättigheter redan år 1862. De nya kommunallagarna medförde att de kvinnor som uppfyllde rösträttsvillkoren kunde utöva denna rätt i val till kommunal- och stadsfullmäktige. Någon möjlighet att välja kvinnor till dessa uppdrag fanns däremot inte.[425]

Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: Tre uppsatser. Telegrafisterna blev högre tjänstemän, medan det medvetet rekryterades personer från lägre samhällsklasser till det då fysiskt tunga arbetet som telefonister.

[421] Florin, Christina, Kampen om katedern. Feminiserings- och professionaliseringsprocessen inom den svenska folkskolans lärarkår 1860–1906. 1987 s. 162.

[422] A.a. s. 70 f.

[423] Berggren, Ann Marie, Motstånd inom universitetsvärlden. 1993 s. 92 f. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Se även Wieselgren, Greta, Den höga tröskeln. Kampen för kvinnans rätt till ämbete. 1969 s. 32 ff.

[424] Sommestad, 1992 s. 172.

[425] Granström, Görel, Kampen för kvinnlig rösträtt. 1996 s. 100. I Granström, Görel m.fl., Från stormaktstid till rösträttsstrid. Kvinnan skulle vara myndig, vilket i princip innebar ogift eller änka samt ha en viss förmögenhet eller inkomst.

1902 lade riksdagsledamoten Carl Lindhagen fram en motion och krävde en utredning som tog ställning till kvinnors demokratiska rättigheter. Bakgrunden var ett förslag om att gift man skulle tillerkännas två röster. Argumentet för kvinnors rösträtt var tanken om rättvisa – kvinnor som utgjorde halva mänskligheten skulle inte företrädas av sina makar och fäder i riksdagsvalen.[426] Argumenten emot varierade – från att tiden inte var mogen – till att endast den som gjorde värnplikt skulle ha den medborgerliga rätten att rösta – ett gevär en röst.

Rörelsen för kvinnlig rösträtt hotades av inre splittring: de borgerliga kvinnorna krävde att kvinnor skulle få rösträtt enligt samma villkor som män. Radikala liberaler och socialdemokrater ville gå två steg framåt och krävde rösträtt för kvinnor som en del i allmän och lika rösträtt. I kvinnorösträttsrörelsen användes såväl likarts- som särartsargument. Av rättviseskäl skulle kvinnor ha rösträtt och även på grund av sin egenart – hon var olik mannen – borde hon tillerkännas rösträtt.[427] Andra argument som användes var av mer samhällsideologisk natur. Kvinnorna fanns nu i allt högre grad på arbetsmarknaden och borde därmed också ges rätten till politisk myndighet.[428] För att ses som en fullvärdig arbetstagare krävdes såväl ekonomisk som politisk myndighet.

Först 1919 antogs ett lagförslag om kvinnlig rösträtt och 1921 fick svenska kvinnor allmän rösträtt samt tillträde till riksdagen.[429] Tiden kunde nu sägas ha varit övermogen, Sverige var bland de sista nordiska länderna som upphävde männens demokratiska monopolställning, och någon debatt föregick över huvud taget inte det sista avgörande riksdagsbeslutet.[430]

3.3 Förhållandet arbetsgivare och arbetstagare

Nya produktionsformer och idéer om människan ställde också nya krav på den rättsliga regleringen under den senare delen av 1800-talet. Arbetskraften skulle vara rörlig, anpassningsbar och billig för att motsvara industriidkarens krav. När det gällde rörligheten var det män, såväl gifta som ogifta, som i första hand lämnade landsbygden.[431] Den klart billi-

[426] Se Röst och rätt. 1969 s. 10. (red.) Hamrin-Thorell, Lindström och Stenberg.
[427] Granström, 1996 s. 103 ff.
[428] A.a. s. 110.
[429] Kyle, Gunhild, Rätt till röst. 1993 s. 62 f. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien.
[430] Se Granström, 1996 s. 110. Kvinnor fick rösträtt i: Finland 1906, Norge 1913 och Danmark 1915.
[431] Losman, 1993, s. 84. Losman antar att jordbruket periodvis sköttes av de kvarvarande, kvinnor, barn och gamlingar.

gaste arbetskraften var enligt 1800-talets lönestruktur barn och kvinnor. I städerna utgjorde dessutom kvinnor en omfattande arbetskraftsreserv. År 1870 utgjorde kvinnor en tredjedel av alla industriarbetare. 40 år senare hade andelen kvinnliga industriarbetare minskat till 19 procent.[432]

Varför betedde sig inte arbetsgivarna och marknaden mer rationellt och anställde enbart kvinnor och barn i industrin? Kvinnors låga genusvärde borde ha medfört att ett rent kvinnoproletariat uppstod i samband med industrialiseringen. En förklaring är den utveckling som industrialiseringen tog i och med expansionen av den tunga industrin, en annan förklaring är att arbetsgivarna och samhället placerade kostnaderna för reproduktionen hos kvinnorna. Kvinnor förväntades bli havande, sjuka och om de gifte sig förväntades de ägna sig åt hemarbete – en negativ kostnad. Att avskeda kvinnor som gifte sig eller blev gravida var fullt legalt. Normen var att gifta kvinnor inte skulle lönearbeta. Denna norm hade "profitmässiga" grunder och arbetskraften kunde bytas ut, utan att det uppstod kostnader för stigande löner, pension och ökat antal sjukdagar.[433] Å andra sidan började familjeförsörjarlönen allt mer att accepteras – utgångspunkten var att mannens lön skulle räcka för att försörja en familj – en 'naturlig kostnad'. Inom arbetararistokratin övertogs det borgerliga idealet: Barn och gifta kvinnor skulle inte lönearbeta.[434] Gunnar Myrdal beskriver i sina memoarer hur en hemmavarande hustru gav status åt "kroppsarbetare". Från denna krets av privilegierade arbetare rekryterades socialdemokratins kader. De socialdemokratiska riksdagsmännens konservativa ställningstaganden i 'kvinnofrågor' kan förklaras med deras egen bakgrund. Kvinnans plats var i hemmet.[435]

När det gäller organiseringen av industriarbetet framträder gamla organisationsmönster och fortfarande var disciplin och lojalitet viktiga komponenter i förhållandet mellan överordnad och underordnad. I arbetsgivarföreningens tidning Industria beskrevs arbetarna som ett kollektiv som tillhörde arbetsgivarens styrkor.[436] Över huvud taget organiserades arbetet efter ett militärt system med ett hierarkiskt befattningssystem (eller en nomenklatur) där förmågan till anpassning och underordning blev avgörande för systemets effektivitet. Organiseringen av industriarbetet gjordes av män och organisationsteorierna hämtades från en känd struktur – armén – där kvinnor endast befunnit sig perifert.[437] Hur såg då

[432] Karlsson, 1985 s. 24.
[433] Greiff, 1992 s. 266.
[434] Göransson, A, 1998 s. 20.
[435] Myrdal, Gunnar, Hur styrs landet? 1982 s. 195 f.
[436] Se Industria 1908 s. 58.
[437] Kvinnor kan dock knappast anses sakna kunskap om anpassning och underordning i ett hierarkiskt system.

samtidens organisationsteoretiker på den kvinnliga arbetskraften? Taylor använde vid beskrivning av sina rationaliseringsprojekt exempel från en avdelning där kvinnor arbetade. Förhållandet mellan överordnad och underordnad, man – kvinna, och Taylors patriarkaliska syn på den kvinnliga arbetskraften illustreras av följande citat:

> Om genomsnittsarbetaren skall sporras att göra sitt bästa, måste han kunna mäta vad han utfört och ha klart för sig vilken premie, som väntar honom i slutet av varje dag. Och ännu mindre sammansatta karaktärer, såsom t.ex flickor, som kontrollera velocipedkulor, eller i ännu högre grad *barn*, böra uppmuntras, antingen därigenom att deras överordnade personligen visar sitt intresse för dem, eller att med egna ögon få se en belöning i konkret form för varje timme.[438]

Taylors idéer om arbetets rationalisering fick stor spridning i Sverige. Skiljandet av kvalificerat och okvalificerat arbete och en arbetsdelning i detalj ledde till att könsarbetsdelningen ökade. Det ansvarsfulla tänkande arbetet fick en manlig könskod medan handens arbete – de rutinbetonade arbetsuppgifterna – fick en kvinnlig könskod.[439]

3.3.1 Det fria tjänsteavtalet

Skråväsendets rättsliga reglering passade dåligt ställt i relation till de nya krav som uppkom i utvecklingen av industrisamhället. 1833 års legostadga med sin detaljerade reglering av en tänkt livslång relation mellan arbetsgivare och arbetstagare medgav ingen större flexibilitet. Tjänstehjonets rättsliga ställning präglades av det förhållandet att legoavtalet hade karaktären av köpeavtal. Tjänstehjonet (och hans familj) 'ägdes' av husbonden och var därmed tvungen att följa med husbonden om denne flyttade under avtalsperioden. Denna del av 1833 års stadga upphävdes 1920. Rätt att bryta avtalet under året hade endast husbonden, och det tjänstehjon som lämnade sin husbonde kunde hämtas tillbaka av länsman för att fullgöra sin tjänst. År 1919 upphävdes dessa bestämmelser om fredslöshet, samt även tjänstehjonestadgans regler om bötesstraff vid överträdelser av avtal. Husbondens legala rätt att aga sina hjon hade begränsats i sin omfattning år 1858 till att gälla pojkar under 18 år, samt flickor under 16 år. Successivt upphävdes alla de legala resterna från det medeltida samhället och till slut kvarstod endast av 1833 års tjänstehons-

[438] Taylor F W, Rationell arbetsledning. 1920 s. 56.

[439] Om effekterna av Taylorismen se, Braverman, Harry, Arbete och monopolkapital. Arbetets degradering i det tjugonde århundradet. 1974 s. 112 ff. Se Greiff, 1992 s. 160 f. Greiff redogör för hur Taylorimens idéer utvecklades inom kontorsarbetet i Sverige. Se även Nilsson, 1996 s. 201 f.

stadga reglerna om avtals ingående samt några få regler om rättsförhållandet arbetsgivare-arbetstagare.[440] Fram tills dess att skråväsendet avskaffades var legostadgan allmän arbetsrättslig lag i förhållande till de olika speciallagarna. Alla, såväl kvinnor som män, som inte uppbar laga försvar[441] var skyldiga att ingå ett tidsbestämt arbetsavtal, oftast på ett år, i enlighet med 1833 års tjänstehjonestadga. Genom den lösdriverilagstiftning som infördes 1885 upphävdes i praktiken detta tjänstetvång.

Det fanns de som menade att tjänstehjonestadgan var en form av klasslagstiftning, men i brytningen mellan det gamla och det nya fanns det också arbetare som tog strid för att bevara den gamla regleringen. Ingicks avtalen enligt tjänstehjonestadgan erhöll arbetarna ett anställningsskydd då avtalet normalt sett ingicks för ett år i taget. Det nya fria anställningsavtalet ingicks för obestämd tid och avtalet kunde när som helst brytas från arbetsgivarens sida. Vid Persbergs gruva lade 400 arbetare ned arbetet i nio dagar år 1869 i protest mot det nya fria anställningsavtalet. Årstjänst ansågs av arbetarna vara en trygg anställningsform och de motsatte sig de förändringar som gruvledningen ville göra.[442]

När speciallagarna försvann kom förhållandet mellan arbetsgivare och arbetare inom manufaktur, hantverk och handel att bli mindre reglerat. Näringsfrihetslagstiftningen, av år 1846 och 1864, innehöll ett fåtal bestämmelser angående detta förhållande. 1846 års fabriks- och hantverksordning var dock forfarande mycket patriarkalt präglad och arbetsgivaren intog legalt sett positionen som fader ansvarig för såväl arbete som fostran. Lydnadsplikt och arbetsplikt stipulerades och någon legal rätt att bryta avtalet fanns inte för arbetaren eller arbeterskan. Arbetsavtalet var fortfarande ett formalavtal och den okvalificerade arbetskraften, till vilken kvinnor hörde, skulle anställas för bestämd tid om minst sex månader.[443] Genom 1864 års näringsfrihetsförordning togs ytterligare ett steg mot ett helt avtalsbaserat anställningsavtal. Delar av formkravet – kravet på skriftlighet – slopades medan kravet på vittnen återstod. Avtalstiden och övriga villkor skulle bestämmas av parterna med begränsningen att de endast fick binda sig i tre år. Det lagliga husbondeväldet fanns kvar men det var nu uttryckligen dispositivt. Den arbetare som bröt mot lydnadsplikten kunde dömas till böter och näringsidkaren hade fortfarande ett patriarkalt ansvar för sina underlydande. Till skillnad från 1846 års lag stadgades inget särskilt straff för arbetsvägran. Inte heller förbjöds

[440] Moberg, 1978 s. 14 f.

[441] Gifta kvinnor på landsbygden ansågs äga laga försvar. Se Göransson, A, 1988 s. 67. Laga försvar innebar enligt legostadgorna; en fast anställning, inkomst som näringsidkare eller andra medel till försörjning.

[442] Adlercreutz, 1954 s. 172 f.

[443] §§ 32-41.

längre explicit sammankomster i strafflagen och detta sammantaget innebar att 1864 års näringsfrihetslagstiftning kan ses som startpunkten för strejkfrihetens genombrott.[444]

Näringsfrihetslagstiftningen öppnade, trots de kvarvarande patriarkala inslagen, vägen för avtalsfriheten och den sista tjänstehjonestadgan kunde utan svårigheter undvikas genom att parterna inte uppfyllde formkraven vid ingående av anställningsavtal. Tjänstehjonestadgan kom därmed inte heller att ha någon betydelse för att stävja kontraktsbrott i form av arbetares deltagande i strejker.[445]

Den relativt statiska och konservativa näringsfrihetslagstiftningen stämde dåligt överens med de krav som ställdes i den nya produktionsordningen. Principen arbetets frihet utgick från arbetsgivare och arbetare som fria individer – som köpare och säljare av arbetskraft. Istället för ett klart uttalat subordinationsförhållande redan vid avtals ingående byggde det fria anställningsavtalet på formell likställdhet mellan avtalsparterna. Föreställningen var att såsom fria individer skulle arbetsgivaren och arbetstagaren sluta ett kontrakt där kontraktsbestämmelserna inte borde vara legalt givna. Frågor om lön, arbetstider och uppsägning blev en avtalsfråga. Arbetskraften förvandlades till en vara som såldes timme för timme, enligt ett kontrakt som mest kan liknas vid hyra. Arbetsgivarens primära prestation bestod i att betala för utnyttjandet av denna vara – arbetarens prestation bestod i att utföra avtalat arbete. Det formbundna avtalet frångicks därför oftast, vilket ledde till att näringsfrihetslagstiftningen inte var tillämplig inom industrin såsom avsetts.[446]

I samma skede kan vi se att själva arbetet avindividualiserades – det blev egalt vem som utförde arbetet. Arbetarna blev utbytbara och som ett resultat av den nya produktionsordningen uppstod den "kollektive arbetaren":

> Fabriken är en institution för produktionen som frigjort sig från jordbruket. Den skapar sina egna tekniska, organisatoriska och sociala förhållanden för produktionen. I arbetsprocessen är enheten arbetsmedel–objekt den centrala enheten. Arbetaren är underställd arbetsmedlens, maskinernas funktioner. Maskinerna är tekniskt integrerade med en gemensam kraftkälla, varför det krävs den "kollektive arbetaren" för att sätta dem i rörelse. Den individuelle arbetaren kan således inte själv bestämma maskinens takt. Maskinernas dominans i arbetsprocessen har sin motsvarighet i den centraliserade kon-

[444] Göransson, H, 1988 s. 87. Göransson betonar, i polemik med Karlbom, att 1864 års lag om näringsfrihet hade betydelse för den legala strejkrätten.

[445] A.a. s. 88 f. 1864 års lag innehöll en hänvisning till allmän lag och legostadga för att beivra kontraktsbrott.

[446] Adlercreutz, 1954 s. 149.

trollen över produktionens organisation och produkternas avsättning. Den tekniska integrationen ger därtill upphov till betydande odelbarheter och stordriftsfördelar jämfört med övriga produktionstyper.[447]

Vem är det då som är utbytbar? Lennart Schöns "kollektive arbetare" är på det normativa planet en manlig arbetare. Kvinnor och män utförde som regler inte samma typ av arbetsuppgifter och de var därmed inte heller substituerbara. Kvinnliga industriarbetare var inte enbart underställda maskinernas funktion utan de var även underordnade som ett uttryck för den rådande genusordningen.[448] Anita Göransson menar i sin avhandling att "Den förste kollektive arbetaren bör ha varit textilarbetare".[449] Eftersom andelen kvinnor inom textilindustrin var hög på 1800-talet skulle den förste kollektive arbetaren varit en arbeterska![450]

De sista legala resterna av ett system som byggde på principen att arbetaren tillhörde sin husbonde försvann då 1833 års tjänstehjonestadga upphävdes 1926. Stadgan hade i detta läge spelat ut sin roll och den tillämpades endast inom jordbruket samt för kvinnor som hade utearbete. När det gällde den stora gruppen kvinnor som arbetade i hushåll hade även här den fria avtalsprincipen fått sitt rotfäste.[451]

3.3.2 Det fria löneavtalet – en konkurrens- och maktfråga

Vad hände efter 1803 när det inte längre fanns en direkt statlig styrning av lönestrukturen och då lönen påstås ha blivit en ren avtalsfråga? För det första blev priset för arbetskraften en rörlig kostnad.[452] Lön betalades för det arbete som utfördes – utfördes inget arbete erhölls ingen lön. Familjens inkomster blev därmed osäkrare och att vara beroende av en försörjare medförde en ökad sårbarhet. Inom exempelvis jordbruket och bland stadens pigor gällde dock ända fram till 1926 tjänstehjonestadgan som stipulerade en fast lön, städjepenning, kost och logi och vid årets slut den överenskomna kontantlönen.

För det andra ledde avtalsfriheten till att lönen blev en tydligare konkurrens- och maktfråga. Arbetsgivarna organiserade sig för att motverka att lönekonkurrens inte uppstod, eftersom det var av största vikt att priset på arbetskraften inte drevs upp. Som en motreaktion organiserade sig

[447] Schön, 1979 s. 9.
[448] Karlsson, 1985 s. 28.
[459] Göransson, A, 1988 s. 55.
[450] Detta är min slutsats.
[451] Prop.1926:183 s. 39.
[452] Ur företagsekonomisk synvinkel är hållandet av slavar som arbetskraft ett exempel på en fast kostnad.

även arbetarna för att motverka lönesänkningar och försämrad arbetsmiljö. Bildandet av organisationer började på båda sidor bland de grupper som redan hade organisationsvana, nämligen inom hantverksnäringen.[453]

Hur påverkade den fria lönesättningen löneskillnaden mellan kvinnors och mäns löner? Jag har inte kunnat finna något direkt källmaterial avseende perioden i fråga. Den forskning som finns tar sin startpunkt en bit in på 1900-talet.[454] Inget tyder dock på att löneskillnaderna mellan kvinnor och män förändrades i någon högre grad när det formella systemet minskade i betydelse. Inom såväl jordbruk som fabriksarbete var det legio att betala lön efter kön oavsett likhet i arbetsuppgifter.[455]

Den fackliga organiseringen startade inom branscher där kvinnor tidigare inte hade ägt tillträde på grund av exempelvis skråordningen. De första kollektiva avtalen berörde således inte alls kvinnors löner. När kollektivavtal började slutas inom branscher där kvinnor arbetade upprätthölls differensen genom särskilt angivna kvinnolöner. Staten blev under perioden kvinnors nya arbetsgivare, som ensidigt bestämde att den statliga kvinnolönen skulle vara lägre än den lön som kvinnor erhöll i industrin. Nya låglöneyrken uppstod, vilket torde ha inneburit att såväl löneskillnaderna mellan kvinnor och män som könskodningen snarare ökade än minskade.[456] Den statliga lönepolitiken höll nere kvinnornas löner generellt sett.[457]

Kvinnors löner var under denna period mycket låga och räckte i många fall inte till för att överleva. Det förekom även att lönerna i manufakturerna betalades till "familjelaget". Hantverkaren/mannen var den som mottog ersättningen och som fördelade den mellan medlemmarna i laget.[458] Över huvud taget premierades de som redan hade de högsta lönerna. Det var i första hand manliga arbetare som fick olika individuella tillägg till grundlönen, som exempelvis hyrestillägg. "Väntepenning" betalades bara ut till män.[459] Inom branscher såsom glasbruksindustrin förekom kollektivavtal under 1900-talets första decennium där anställningsförmånerna var direkt kopplade till förekomsten av familj. Familjeförsörjare, män, fick dubbelt så mycket bränsle som de män som inte hade familj. Arbetstagaren och hans familj hade rätt till fri läkarvård på

[453] Se Adlercreutz, 1954.

[454] Se exempelvis Svensson, Lars, Closing the gender gap. Determinants of Change in the Female-to-Male Blue Collar Wage Ratio in Swedish Manufacturing 1913–1990. 1995.

[455] Göransson, A, 1988 s. 202.

[456] Se Karlsson/Wikander, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: Tre uppsatser. 1985 s. 10, 24 och 30.

[457] SOU 1938:47 s. 119.

[458] Göransson, A, 1979 s. 172.

[459] A.a. 168 f.

arbetsgivarens bekostnad. I bruksmiljön levde synen på familjen som en ekonomisk enhet med ett överhuvud kvar länge.[460]

I andra delar av Europa lagstiftades det under samma period om minimilöner i branscher där arbetsgivaren betalade svältlöner.[461] Så var icke fallet i Sverige. Lönen blev en ren avtalsfråga – först en individuell och senare en kollektiv. Istället för lagstiftning uppstod en utomrättslig reglering av minimilönen genom de kollektiva avtalen.[462] De första kollektivavtalen som slöts i slutet av 1800-talet innehöll inga särskilda kvinnolönetariffer. Detta behövdes inte då det i stort sett inte arbetade några kvinnor inom dessa avtalsområden. I de fall där kvinnor och män undantagsvis hade lika lön för samma arbete enligt kollektivavtalet, exempelvis inom typografyrket, var kvinnornas löner trots allt lägre.[463]

Över hälften av de kvinnor som arbetade i industrin fanns i början av 1900-talet inom textilindustrin. Vid Gamlestadens spinneri i Göteborg var år 1874 veckolönen för män över 18 år 13.50 kr, för kvinnor över 18 år 4.80 kr, för män 15–18 år 5.10 kr, för kvinnor 15–18 år 4.50 kr och för barn under 15 år 3.10 kr. Enligt kommittén som undersökte förhållandena vid fabriken var betingslönen för vuxen kvinna 7.50 per vecka. Arbetsveckan var 76,5 timmar inklusive raster.[464]

Av kollektivavtalen som gällde i början på 1900-talet kan vi se att kvinnors och mäns arbete värderades olika och att det fanns särskilda arbetsuppgifter som förbehölls män och särskilda arbetsuppgifter som utfördes av kvinnor. Industrialiseringen ledde såväl till integration som till segregering under nya och gamla former. Kvinnorna integrerades i arbetslivet, men på särskilda villkor. Inom textilindustrin erhöll män högsta lönesatsen vid 21 års ålder och två års yrkesvana, medan kvinnor nådde denna nivå vid 18 år och ett års yrkesvana. Nivån var dock inte densamma. I Norrköping, den stora textilindustristaden, tjänade de manliga arbetarna som högst 32 öre/timme, medan kvinnorna tjänade som högst 18 öre/ timme, enligt kollektivavtalet.[465] Inom livsmedelsindustrin var ackordsarbete i första hand ett kvinnligt fenomen. För kvinnorna i chockladindustrin som

[460] Se Thörnquist, 1993. Se även Kollektivavtal i Sverige 1909 s. 139.

[461] Se inledningen till antologin av Wikander, Kessler-Harris, Lewis, Protecting women. Labor Legislation in Europe, the United States and Australia, 1880–1920. 1995 s. 6.

[462] Om kollektivavtalets framväxt se Adlercreutz, 1954.

[463] Se Karlsson, 1985 s. 31. Se även Ohlsson, Ingvar, Lönepolitik och Solidaritet, del 2. 1993 s. 70. 1892 ingick Stockholms typografförening ett avtal om lika lön för samma arbete. Detta kom senare att gälla för typografbranschen i sin helhet.

[464] Fritz, 1996 s. 199 och 148. Uppgifterna har tagits från 1875 års kommitté angående minderårigas användande i fabrik eller hantverk.

[465] Arbetsstatistik F:2. Kollektivavtal i Sverige 1909. 1912. Det fanns särskilda arbetsuppgifter för kvinnor såsom karderiet och ruggningen som betalades lägre. Stora delar av arbetet såsom spinning och vävning utfördes på ackord.

tjänade drygt 50 procent av männens löner, var ackordsarbete ett sätt att få upp den låga lönen.[466]

Att kvinnors arbete värderades lägre än mäns genomsyrade alla delar av arbetsmarknaden. När 1911 års löneregleringskommitté lade fram ett lagförslag om att kvinnor, ogifta eller änkor, skulle kunna utnämnas och befordras till bland annat professor i vissa ämnen, angavs att begynnelselönen för kvinnor skulle vara fyra femtedelar av en mans. Om kvinnlig befattningsinnehavare gifte sig skulle "(h)on anses därmed hava frånträtt befattningen".[467]

Av lönestatistik som upprättades av Göteborgs kontoristförening år 1907 framgår att trots att kvinnorna var äldre och hade längre yrkeserfarenhet än männen var kvinnornas löner betydligt lägre. Mer än 70 procent av kvinnorna hade en årsinkomst som låg under 1 500 kronor. 1919 var genomsnittslönen för kvalificerad manlig kontorsanställda i industrin 8.974 kronor per år, medan kvalificerade kvinnor hade en genomsnittlig årsinkomst på 5.888 kronor per år.[468]

3.3.3 Facklig organisering

De första kollektiva löneavtalen som slöts gällde inom branscher som dominerades av manliga arbetare. Den fackliga organiseringen inleddes bland hantverksarbetarna vars kollektiva traditioner var utvecklade redan under skråtiden. Det var grupper som hantverkare, boktryckeriarbetare och grovarbetare inom byggnads- och transportnäringen som startade de första fackföreningarna.[469] Kvinnor hade, på grund av särregleringen som endast gav pojkar och män tillträde till dessa yrkesgrupper, ingenting direkt med de tidiga organisationsförsöken att göra. Historien om uppbyggandet av den svenska fackföreningsrörelsen är som den framställts en historia om mäns organisering. Konsekvenserna av de fackliga striderna fick kvinnorna dock ta även om de ej var organiserade. Efter det att Sundsvallsstrejken 1879 upplöstes med militär hjälp vräktes de fast anställda sågverksarbetarna och deras familjer från bolagets bostäder. Vräkningarna kunde ske med stöd av försvarslöshetsstadgan.

[466] Sund, 1986 s. 15.

[467] 1902 års löneregleringskommittés betänkande, Stockholm 1911.

[468] Greiff, 1992 s. 225 ff. Löneskillnaden mellan den okvalificerade personalen var något mindre. Män hade i genomsnitt 3.713 kr/år och kvinnor 2.719 kr/år (s. 228). Lönesättningen för kvinnliga kontorister understeg därmed den genomsnittliga industriarbetarlönen som var 3.197 kr/år.

[469] Lindbom, Tage, Den svenska fackföreningsrörelsens uppkomst och tidigare historia 1872–1900. 1938 s. 48 ff.

Den första fackföreningen för kvinnor bildades i Lund år 1886 av handsksömmerskor.[470] Fackliga aktiviteter förekom under denna tid i första hand inom textilindustrin. Vid denna tid var andelen kvinnor fortfarande hög bland de anställda. 1920 uppgick andelen kvinnor i sömnadsbranschen till 85 procent och inom textilindustrin till 82 procent.[471] 1902 sammanslöt sig de olika föreningarna till ett Kvinnornas fackförbund som organiserade kvinnlig arbetskraft inom industrin.[472] Detta förbund initierades av män och avsikten var att kvinnors organisering skulle motverka konkurrensen mellan kvinnor och män, där kvinnorna ansågs ha fördelen av att kunna erbjuda sin arbetskraft till ett lägre pris. Landsorganisationen, LO, upptog förbundet bland sina medlemmar år 1904. Redan 1910 upplöstes Kvinnornas fackförbund och därefter har likhetsprincipen gällt för LO:s avtalsområde – kvinnorna organiserades i första hand i de befintliga manligt dominerade fackförbunden på den privata delen av arbetsmarknaden.[473] Likhetsprincipen innebar att kvinnor blev medlemmar i minoritet och underordnade de styrande männen.

Inom den offentliga sektorn valde kvinnorna i högre grad särartslösningar – kvinnor organiserade sig i särskilda fackföreningar, inte i första hand på grund av att de ansåg sig vara säregna utan på grund av det motstånd de mötte i de etablerade fackliga organisationerna. Ibland framgick det av organisationens stadgar att medlemskap var förbehållet män. Definitionsmässigt var dessa organisationer särorganisationer.[474] I övrigt gällde att om kvinnor skulle delta var det på de manliga medlemmarnas villkor. Där kvinnor och män var organiserade i samma fackförening, var det männen som tog ledningen och makten. Inom den statliga sektorn ledde könssegregeringen till bildandet av Föreningen kvinnor i statens tjänst, KST. De manliga akademiskt utbildade statstjänstemännen hade redan en facklig organisation och när allt fler kvinnor började anställas som biträden var enda möjligheten till kollektivt handlande att bilda egna organisationer.[475] De kvinnliga fackföreningarnas medlemmar i den offentliga sektorn kom i första hand från medelklassen, vilket ledde till en mer traditionell form av verksamhet och facklig strategi gentemot arbetsgivaren.

[470] Se Moberg, 1978. Det var män som tog initiativet till bildandet.

[471] Fritz, 1996 199 f.

[472] Moberg, 1978 s. 148. Förbundet hade år 1902 totalt 275 medlemmar.

[473] Carlsson, Christina, Kvinnosyn och kvinnopolitik. En studie i svensk socialdemokrati 1880–1910. 1986 s. 189 f. Förbundet upphörde strax efter storstrejken på grund av ekonomiska skäl. Se även Qvist, Gunnar, Konsten att blifva en god flicka. Kvinnohistoriska uppsatser. 1978 s. 205. Efter 1909 års storstrejk lämnade 55 procent av de manliga medlemmarna och 74 procent av de kvinnliga LO.

[474] Nilsson, 1996 s. 152 och s. 182. I STF, Svenska tullmannaförbundet, kunde kvinnor bli medlemmar först 1945.

[475] A.a. s. 62.

Löner och anställningsvillkor var de första punkterna på dagordningen och här handlade det om en "bildad kvinnas levnadsbehov". Kvinnor med utbildning kunde begära att få konkurrera med männen på samma vilkor – samtidigt utmanade de uppfattningarna om mannen som familjeförsörjaren. Utgångspunkten för argumentationen var en form av likhetsideologi. För dessa kvinnor var lönearbetet inte enbart en parantes i livet – lösningen blev att anställa andra kvinnor för att utföra hemarbetet.[476]

Varför organiserade sig inte kvinnor på den privata arbetsmarknaden i större utsträckning? Av LO:s medlemmar var år 1901 endast 2,4 procent kvinnor. Det finns ett klart samband mellan kvinnors ställning i samhället och deras möjlighet att organisera sig. Arbetet som kvinnor utförde när de för andras räkning städade, passade barn och mjölkade kor var mycket lågt värderat och det räknades inte ens alltid som lönearbete. Av 1910 års folkräkning framgår att endast 13 procent av kvinnorna räknades som yrkesutövare utanför jordbruket. Denna siffra antas vara för låg, då många kvinnor definierades som "hustru utan yrke" samt som "hemmavarande döttrar". Nästan hälften av alla yrkesarbetande kvinnor kategoriserades som tjänarinnor (hembiträden).[477] Även tjänstesektorn var starkt könssegregerad redan från starten och kvinnor dominerade yrken som sjuksköterska, lärare och telefonister.[478] Inom industrin arbetade kvinnor i slutet av 1800-talet i första hand med textiltillverkning och med tillverkning av konsumtionsvaror av typen tändstickor, pappersvaror och tobak.[479]

En hypotes är att en mindre segregerad arbetsmarknad skulle ha medfört en ökad facklig organisationsgrad bland kvinnor vid denna tid. En annan hypotes är att kvinnors fackliga organisering osynliggjorts i tecknandet av fackföreningsrörelsens historia. Särorganiseringen – bildandet av egna kvinnliga intresseorganisationer – verkar ha varit mer omfattande än vad vi hitintills känt till. Kjell Östberg fann vid närmare efterforskning ett "myller" av kvinnoorganisationer, varav 67 fackliga organisationer.[480] Dock kvarstår det förhållandet att kvinnors organisationsgrad under lång tid var betydligt lägre än männens och, för att ställa en retorisk fråga: Varför organisera sig om huvuduppgiften var att ägna sig åt reproduk-

[476] A.a. s. 66 f. och 79. I Nilssons avhandling beskrivs även kvinnors fackliga organisering på tullverket, Riksbanken och Riksförsäkringsanstalten.

[477] Karlsson, 1985 s. 20 f.

[478] A.a. s. 22 f. Karlsson påtalar här det faktum att klass snarare än kön var bestämmande för rekrytering och efterfrågan av kvinnlig arbetskraft till Telegrafverket.

[479] A.a. s. 24 f. Karlsson fastslår att kvinnors industriarbete inte enbart karakteriserades av könssegregering utan även av orörlighet och stagnation. Från år 1870 till år 1910 minskade också andelen kvinnor från 36,3 % till mindre än 20 % år 1910.

[480] Östberg, Kjell, Efter rösträtten Kvinnornas utrymme efter det demokratiska genombrottet. 1997 s. 200.

tion? För att identifiera sig med fackföreningsrörelsens mål och metoder krävdes en identitet som arbetstagare.

Bland de sista grupperna att organisera sig var hembiträden, städerskor och statarhustrur. Dessa kvinnor arbetade under patriarkatets hårda lagar utan något rättsskydd. Först när alla kvinnor fick rösträtt väcktes intresset för denna stora massa av oorganiserade kvinnor. Tanken om att en organiserad kvinna var en röst, gav kvinnor en kollektiv betydelse inom den socialistiska fackföreningsrörelsen. Det första städerskefacket organiserades år 1919 av vänstersocialister. Tjänarinneföreningarnas utveckling till en fackförening skedde med stöd från såväl LO som ungsocialister.[481] I slutet av år 1919 fanns det ett tiotal hembiträdesfackföreningar i landet samt 120.000 kvinnor anställda i hushåll. LO började detta år att bidraga till Stockholms hembiträdesförening med avsikten att göra kvinnorna fackligt och politiskt medvetna.[482]

Det fanns tydliga skillnader i kvinnors och mäns organisationsmönster. De kvinnliga fackföreningarna bildades i branscher där det fanns en klart avgränsad yrkesgrupp som var kvinnodominerad. Yrkesorganisationsprincipen blev därmed den förhärskande från start till slut. Utvecklingen av industriförbundsprincipen inom LO, och sedermera även inom TCO, blev dödsstöten för kvinnors särorganisering. Principen innebar att alla arbetstagare på en arbetsplats skulle tillhöra samma fackförbund. När särorganiseringen upphörde försvann också kvinnorna från toppositionerna i fackföreningsrörelsen.[483]

De kvinnliga fackföreningarna var också mindre centralistiska än de manliga och de saknade en kollektiv avtalspart. En av orsakerna var att föreningarna inte antogs som medlemmar i LO-förbunden. De fackliga kraven liknade inte de som ställdes i de manligt dominerade fackföreningarna och verksamheten skilde sig också åt. Den kvinnliga kontoristföreningen, KKF, vilken som mest organiserade 3 000 kontorister i Stockholm, satsade mycket av sin kraft på social verksamhet: bibliotek, semesterhem, matservering och bridge- och diskussionsklubbar.[484] Ett annat exem-

[481] Moberg, 1978 s. 78, 83, 88 samt s. 104. Den första tjänarinneföreningen bildades enligt Moberg i Karlstad år 1903. Fram till 1912 kunde husmödrar, d.v.s. arbetsgivarparten, vara passiva medlemmar i Stockholms Tjänarinneförening.

[482] A.a. s. 104 och s. 132. År 1941 började LO att dra in de ekonomiska anslagen, vilket var en bidragande orsak till att hembiträdenas fackliga organisation successivt förlorade sin karaktär, dog ut och upphörde 1970 som en kamratförening.

[483] Se Nilsson, 1996 s. 226 f. KST beslutade som organisation att gå med i TCO. Samorganisering gentemot arbetsgivaren ansågs ge större styrka. Särorganisationer började också anses som suspekta i ett samhället som allt mer kom att präglas av likhetsprincipen. Nilsson hävdar också att TCO var mindre tolerant mot kvinnors särorganisering än vad LO var. Se även Östberg, 1997 s. 128 f.

[484] Östberg, 1997 s. 136 f.

pel var hembiträdenas organisation som i första hand krävde ökad fritid och inte i första hand löneavtal. Förklaringar till skillnader i kvinnors och mäns organisationsmönster är att kvinnor förhöll sig i en mer underordnad position i förhållande till arbetsgivaren än manliga arbetare och att kvinnorna uppfattade sig själva som "socialt mindervärdiga". Ett yrke som hembiträdets var ett genomgångsyrke, några arbetskamrater fanns oftast inte, arbetsdagarna var långa och hembiträdena unga och outbildade.[485] Manliga fackliga krav kunde därmed inte ställas. Huruvida dessa av kvinnor bildade organisationer kan betecknas som fackföreningar eller inte är omtvistat. Att fastställa detta är inte av betydelse för föreliggande arbete, utan jag konstaterar att det bland historikerna finns en klar tendens att lägga vikt vid denna bestämning. Utgångspunkten tycks vara en jämförelse med dåtidens etablerade manliga fackföreningar och även med dagens syn på vad en fackföreningen är per definition.[486]

3.4 Skyddslagstiftning och yrkesförbud

I ett samhälle under tillväxt och förändring är lagstiftningens roll att skapa ramar och förutsättningar för det nya produktionssättets utveckling. Viktigast för industrisamhällets uppbyggnad var tillgången till fri, billig och frisk arbetskraft. En förutsättning för detta var att hämmande lagstiftning avskaffades, men också att social skyddslagstiftning infördes.

(Miss)Bruket av barn och kvinnor som arbetskraft ansågs leda till att reproduktionen hotades och 1881 infördes en lag som begränsade barnarbete. 12 år blev åldersgränsen för lönearbete, en gräns som fanns redan i 1846 års hantverks- och fabriksordning, men som hade respekterats dåligt. Gruvdrift, bruksindustri (järn, trä och glas) och sågverksindustri undantogs dock från begränsningen. Dessa verksamheter var de som i första hand nyttjade barnarbetare.[487] 1889 antogs en lag om allmänt skydd mot yrkesfara inom industrin och en statlig yrkesinspektion inrättades. Genom en lag år 1900 förbjöds kvinnor att arbeta i gruvor under

[485] Se Moberg, 1978.

[486] Se Greiff, 1992 s. 31 f. samt s. 325 f.

[487] Bjurman/Olsson, 1979 s. 17, 20 och 27 f. Genom 1881 års förordning om barnarbete i fabrik begränsades arbetstiden för 12–14-åringar till 6 timmar och för 14–18-åringar till 10 timmar. Genom en ny lag som antogs år 1900 förlängdes barnens arbetsdagar med 4 timmar för 13-åringar och 1 timme för 14-åringar. Jfr Fritz, 146 f. Trots att lagstiftningen inskränkte barnarbete utnyttjades barn under 12 år inom textilindustrin i Göteborg i hög grad på 1840-talet. Detta motiverades av arbetsgivarna utifrån 'barnens bästa'. "Barnen blir demoraliserade genom brist på sysselsättning och uppsikt". Barnarbetet var också nödvändigt därför att äldre på grund av sin ovighet inte kunde utföra barnens arbetsuppgifter. Även arbetarföreningar kunde ha samma uppfattning, se Olsson s. 16.

jord. Samtidigt förbjöds nyförlösta kvinnor att arbeta i industrin. Karenstiden var fyra veckor och ingen ersättning gavs för förlorad arbetsinkomst.[488] Dessa och andra lagar hade som förebild de av Bismarck i Preussen genomförda socialpolitiska reformerna på 1870-talet.[489] Skyddslagstiftning uppkommer ungefär samtidigt i de Västeuropeiska staterna som ett svar på industrikapitalismens biverkningar.[490] Avsikten med den generella skyddslagstiftningen var dessutom, även i Sverige, att genom socialt reformarbete minska spänningarna och missförhållandena i framförallt städerna så att den socialistiska rörelsens framväxt kunde stoppas i tid.[491]

Skyddslagstiftning, i form av särlagstiftning för kvinnor, hade något mer komplexa motiv. Varför skulle just kvinnor skyddas från nattarbete och långa arbetsdagar? Lynn Karlssons undersökning av den debatt som fördes, visar att det var antaganden om kvinnors bristande förmågor, psykiska och fysiska, samt deras uppgift som mödrar och fruar som gjorde att kvinnor kom att anses behöva samma skydd som barn.[492] Staten tog därmed på sig ett patriarkalt ansvar. Detta kan ses som en outvecklad grodd i välfärdsstatens kommande tillväxt.[493]

Detta var dock bara inledningen till vad som kan betecknas som skyddsslagstiftning av reproduktiv karaktär. 1909 års nattarbetsförbud kom att utformas som en ren särlagstiftning för kvinnor och den fick följaktligen också en konkurrensbegränsande effekt.[494] Nattarbetsförbudet innebar att männen återtog en del av skråtidens privilegier, vilket var ett bakslag för de som arbetade för kvinnors rätt till arbete. Kvinnans roll som barnaföderska och uppfostrare var det främsta explicita motivet för att Sverige skulle anta Bernkonventionen om "(f)örbud för kvinnor att nattetid deltaga i industriellt arbete."[495] Enligt den lag som antogs 1909,

[488] Lag angående minderårigas och kvinnors användande till arbete i industriellt yrke, 17 oktober 1900. Se lagens 7 §. Se Karlsson, 1995 s. 238. En undersökning visade att det vid denna tid inte fanns en enda kvinna anställd i gruvorna.

[489] Fler exempel på denna typ av statlig reglering är 1912 års arbetsskyddslagstiftning och 1919 års arbetstidslagstiftning. Åtta timmars arbete – åtta timmars vila var ett manligt koncept. Lagstiftningen gällde ej pigor och hembiträden eller lantarbetare.

[490] Se inledningen till: Wikander, Kessler-Harris, Lewis, i Protecting women. Labor Legislation in Europe, the United States and Australia, 1880–1920. 1995 s. 17. Sveriges antagande av Bernkonventionen gav goodwill. Något reellt behov fanns inte av denna typ av lagstiftning. Se även Karlsson, 1995 s. 239.

[491] Eklund, Per, Rätten i klasskampen. En studie i rättens funtioner. 1974.

[492] Karlsson, 1995 s. 238.

[493] Välfärdsstatens början brukar annars dateras till den (folkhems)politik som fördes på 30–40-talen.

[494] 1909 års lag ang. förbud mot kvinnans användande till arbete nattetid i vissa industriella företag.

[495] Industria 1907 s. 351.

med knapp majoritet i första kammaren men med stor majoritet i andra kammaren, gällde förbudet för kvinnors nattarbete endast inom industri eller företag med mer än tio anställda kvinnor.[496] Begreppet industriarbete definierades till att omfatta endast arbete i direkt produktion – att städa fabriken nattetid förblev tillåtet för kvinnor.[497] Yrkesgrupper som sjuksköterskor, sömmerskor och pigor/hembiträden omfattades över huvud taget inte av lagen.[498]

Män över alla partigränser stödde förslaget om lagstiftning, medan såväl de borgerliga som de socialistiska kvinnoorganisationerna bekämpade förslaget. Motiven för kvinnoorganisationernas yrkande på avslag var många och såväl av ideologisk som av praktisk natur. Det framhölls att nattarbete var lika skadligt för båda könen och sålunda borde det inskränkas för både kvinnor och män. Studier av kvinnoförbundens tidskrifter visar att de socialdemokratiska kvinnorna såg på nattarbetsförbudsfrågan ur ett humanistiskt perspektiv. Kvinnor var då som nu inte någon homogen grupp. För änkor och ogifta kvinnor var rätten till arbete för att överleva det mest elementära. Samtidigt ställdes krav på moderskapspenning, reglering av förhållandena i låglöneindustrin och tillsättandet av en kvinnlig yrkesinspektör.[499]

Det socialdemokratiska partiets riksdagsmän motiverade sitt stöd för förbudet med att detta var ett steg på vägen till ett totalt nattarbetsförbud.[500] Bland de fackligt organiserade var det framförallt de kvinnliga typograferna som protesterade. De kvinnliga typograferna var den grupp som skulle komma att drabbas hårdast av införandet av nattarbetsförbud. Då de i hög grad var fackligt organiserade, samt enligt kollektivavtal hade lika lön för lika arbete, ansåg de sig inte vara i behov av någon särskild skyddslagstiftning.[501]

[496] Karlsson,Lynn, The Beginning of a "Masculin Renaissance" The Debate on the 1909 Prohibition against women's Night Work in Sweden. 1995 s. 255. I (red.) Wikander, Kessler-Harris, Lewis, Protecting Women, Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920. En undersökning visade att lagen skulle komma att beröra ca tretusen kvinnor d.v.s. 5 % av de kvinnor som arbetade i industrin se a.a. not 50 s. 264.

[497] A.a. s. 251.

[498] Widerberg, 1980 s. 68.

[499] Karlsson, 1995 s. 257.

[500] A.a. s. 237–241 samt s. 256. Se särskilt s. 237 där författaren betecknar alliansen mellan kvinnoorganisationerna som ovanlig i sammanhanget. Se även Carlsson, 1986 s. 172 ff. Carlsson behandlar den socialdemokratiska taktiken.

[501] Karlsson, 1995 s. 248. Se även Karlsson, 1985 s. 31 och särskilt not 27. Lönestatistiken visar att kvinnliga och manliga typografer i början på 1900-talet trots den kollektiva regleringen inte hade samma inkomster. Varför framgår ej. En teori kan vara att avtalet var av minimikaraktär och att manliga typografer fick s.k könstillägg.

Trots att nattarbetsförbudet fick negativa effekter för kvinnliga typografer och för kvinnor inom industrin överfördes det till 1931 års arbetsskyddslag i oförändrat skick.[502] Lagen kom att gälla fram till 1967 då Sveriges riksdag beslutade att denna särreglering skulle upphävas. ILO-konventionen nr 4 (1919) och 89 (1948) om kvinnors nattarbete i industrin hade aldrig ratificerats av Sverige på grund av bristande överensstämmelse med svensk rätt.[503]

Att i lag förbjuda kvinnors lönsamma nattarbete är ett uttryck för den rådande genusordningen. Kvinnors lönearbete hotade de rådande genuskontrakten och som en tredje part intervenerade staten genom lagstiftning i förhållandet.[504] Inom den manligt dominerade fackföreningsrörelsen rådde en kluven inställning till den kvinnliga delen av arbetskraften. Vi kan se två strategier eller principer som utvecklar sig: likhetsprincipen och särartsprincipen. Genom att hävda att likhetsprincipen skulle gälla blev fackföreningens uppgift att integrera kvinnorna i det manliga kollektivet. Kravet blev lika lön för lika arbete och kvinnors konkurrensfördel i form av låga löner kunde därmed bemötas. Den så kallade "smutskonkurrensen" kunde kontrolleras av fackföreningen.[505] År 1913 uppgick en kvinnlig industriarbeterskas genomsnittslön till 58 procent av hennes manliga arbetskamraters.[506]

Det existerade också en ideologisk motdiskurs – skulle kvinnan över huvud taget lönearbeta? Enligt förespråkare för särartslösningen var kvinnans huvudsakliga uppgift reproduktiv och hon hade ingen uppgift att fylla på arbetsmarknaden – tvärtom borde hon avhållas från att konkurrera

[502] Widerberg, 1980 s. 68 f. Widerberg hänvisar till en utredning av Socialstyrelsen 1926 som säger i klartext att männen fått konkurrensfördelar.

[503] Nordisk utredningsserie 1976:6, ILO og kvinner i arbeidslivet. s. 18 f. och s. 32. 1967 sades konvention nr 45 (1935) om kvinnors arbete i gruvor under jorden upp efter en ändring av den svenska lagen.

[504] Se inledningen till: Wikander, Kessler-Harris, Lewis, Protecting Women, Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920. 1995 s. 23. Författarna av denna antologi kommer fram till att särlagstiftning för kvinnor:"... shackled women to a male standard that substituted sameness for equality and turned difference into subordination". Se även Karlsson, 1995 s. 258, som avslutar sin uppsats om nattarbetsförbudet i Sverige med konstaterandet att:"The legislation helped to "reinstate" a gender balance. As one speaker in the Riksdag put it, the passing of the night work prohibition wouls signal the beginning of a "masculine renaissance". But more than that it, was a way of (re)structering reality to fit concepts of gender-woman as mother, woman as weaker – by in fact making woman weaker through legal means."

[505] Smutskonkurrens motsvaras idag av uttrycket social dumping.

[506] SOU 1997:136 s. 15 f. Se Wikander, 1985 s. 11 not . Wikander menar att det fanns en intresseallians mellan manliga arbetare och arbetsgivare om att hålla kvinnors löner nere (genom segregering).

med männen som hade familjer att försörja.[507] Ellen Keys lösning blev ett genuskontrakt där lönen utgick från mannen som familjeförsörjare och där staten ansvarade för att kvinnor skyddades *från* arbetsmarknaden.[508] Reproduktion säkrades således.[509] Parterna på arbetsmarknaden utgick från samma synsätt när de slöt kollektivavtal om turordningsregler vid uppsägning relaterad till brist på arbete. Den som ansågs vara familjeförsörjare kunde undantas från turordningen.[510] Detta måste i praktiken ha medfört att män var mer skyddade än kvinnor av kollektivavtalens turordningsregler.

3.5 Lika lön som politisk fråga

I vilken utsträckning har kravet på lika lön varit en politisk fråga? I riksdagsdebatten syns frågan i samband med motioner, utredningar och propositioner som behandlar kommunalt och statligt anställda kvinnors och mäns löner.[511] Utgångspunkten för kraven på lika lön var att när kvinnan formellt sett hade rätt att inneha samma tjänst som en man, skulle hon också konkurrera på lika villkor och ha samma anställningsvillkor. De privatanställdas löner var över huvud taget inte en politisk fråga vid denna tid. Debatten om likalöneprincipen startade i och med den förändring som skedde då riksdagen 1906 beslutade att ge manliga folkskollärare ett extra ålderstillägg. Ett av motiven var att männen var familjeförsörjare.[512]

Män föder inte barn och därför är priset på den manliga arbetskraften högre. Män är dock familjeförsörjare, vilket kvinnor inte är, och därför behöver alla män högre löner än kvinnor – behovsprincipen uppstod utifrån dessa induktioner.[513] En manlig folkskollärare behövde således ha

[507] Gonäs, Lena, Kvinnors arbetsmarknad i ett europeiskt perspektiv. 1993 s. 29. I Dahlberg, Anita, (red.), Kvinnoforskare om kvinnorna och Europa. "... mannen var normen på arbetsmarknaden, fastställd i den klassvisa kompromissens patriarkala form. Män som arbetsgivare och män som fackliga företrädare enades i ett gemensamt beslut att förbjuda vissa slags nattarbete för kvinnor."

[508] Karlsson, 1995 s. 244.

[509] Se Greiff, 1992 s. 267 not 52. Detta var även arbetarrörelsens strategi.

[510] Glavå, 1999 s. 148 ff. Glavås undersökning omfattar turordningsregler i de kollektivavtal som lett till tvister i arbetsdomstolen under 30-talet. I AD 1936:28 rörde tvisten ett kollektivavtal inom slakteribranschen där hänsyn skulle tagas till "på platsen boende gifta, manliga arbetare".

[511] Wieselgren, 1969 s. 204 ff. Se exempelvis diskussionen kring behörighetslagen. Lagen antogs 1923 men trädde i kraft först 1925.

[512] Florin, 1987 s. 157.

[513] Se exempelvis SOU 1923:62 där lönesystemet grundades på familjeförsörjarprincipen. I SOU 1953:18 s. 60 uttrycks detta förhållande som "(e)n schematisk tillämpning

högre lön än en kvinnlig folkskollärare.[514] Dessa argument användes under en tid då bort emot 30 procent av kvinnorna över huvud taget inte gifte sig och i många fall försörjde de såväl yngre syskon som föräldrar.[515] En genomgång av de utredningar som gjorts under 1900-talet, där kvinnors och mäns löner jämförs, visar att kvinnans förväntade reproduktiva roll uttryckligen eller underförstått hade en avgörande betydelse för synen på värdet av arbetskraften.[516] Denna reproduktiva roll diskvalificerade kvinnor för vissa yrken och kvinnor som kollektiv pålades också kostnaderna för reproduktionen.[517]

Kvinnliga folkskollärare, som haft rätt till samma minimilön som de manliga lärarna sedan 1862, fick genom 1906 års riksdagsbeslut vidkännas en ren lönereduktion.[518] Elsa Eschelsson, då juris docent vid Uppsala universitet, argumenterade rättsligt i frågan. I en broschyr argumenterade hon emot regeringens förslag som skulle innebära att en rättsprincip – lika lön för samma arbete – som gällt i femtio år skulle avskaffas.[519]

---

av behovslöneprincipen". Behovsprincipen avvisades senare som grund för lönesättning i det statliga lönesystemet, se exempelvis SOU 1930:17, men fortsatte att leva kvar som ett argument för att i löneförhandlingar ge män högre löner.

[514] Florin, 1987 s. 157. Även män utan familj hade andra behov än kvinnor. Kvinnor kunde laga mat, sy kläder och "i väsentlig mån vara sin egen uppasserska". Så kom behovsprincipen till uttryck vid 1833 års riksdag.

[515] Carlsson, 1986 s. 44 f. Carlsson menar att alla undersökningar visar att det finns anledning att ifrågasätta bilden av fabriksarbeterskan som varande utan försörjningsansvar. Se Florin, 1987 s. 158. I Florins avhandling finns ett inlägg från en folkskollärarinna i debatten om 1907 års lönereduktion för kvinnor. Lärarinnan påpekade att många hade en stor försörjningsbörda. Se även Mellberg, Margareta, Pedagogen och det skrivna ordet. Skrivkonst och folkskollärare i Sverige 1870–1920. 1996 s. 123 f.

[516] Se exempelvis SOU 1930:17, 1938:47, 1953:18. Det fanns även andra principer och argument som angavs för att differentiera kvinnors och mäns löner. Män var mer kompetenta och mer produktiva. Samma normer borde gälla på hela arbetsmarknaden – marknadsprincipen – d.v.s. särskilda kvinnolöner. Om män ej fick högre löner än kvinnor skulle vissa yrken feminiseras.

[517] Se SOU 1953:18. Se även Nilsson, 1996 s. 167. Inom tullverket fördes diskussionen om den tid som kvinnor var havande skulle få räknas som effektiv tjänstgöringstid. SKTF:s styrelse var inte enig i sin syn på denna fråga.

[518] Florin, 1987 s. 152. Genom riksdagsbeslut 1862 stipulerades en norm som kyrkostämman skulle rätta sig efter vid lönesättning. Statens ansvar för lärarlönerna ökade successivt och 1914 bekostade staten 90 % av lärarlönen samt ålderstilläggen. Se även s. 157 där Florin visar på de stora, och ökande, löneskillnader som trots allt rådde mellan lärare av olika kön.

[519] A.a. s. 164. Eschelssons skrift hade titeln "Några ord med anledning av Kungl.Maj:ts proposition till riksdagen angående folkskolelärarnas lönereglering". Se även s. 168 där Florin visar att Eschelsson fick stöd av justitierådet Ernst Trygger som hävdade att det förelåg en rättsprincip. Se även Nilsson,1996 s. 19. Nilsson har i något fall funnit att kvinnor och män, anställda som biträden under slutet av 1800-talet, hade samma lön.

Florin menar att tillkomsten av denna rättsprincip kan ha sin grund i ett "klasslönetänkande". Det var i första hand kvinnor från medelklassen som hade rekryterats till ett manligt låglöneyrke – klasstillhörighet kompenserade således bristen på rätt könstillhörighet. När sedan läraryrket professionaliserades förändrades synen på värdet av den manliga arbetskraften och könsskillnader lades till grund för lönesättningen.[520]

I samband med 1922 års riksdagsdebatt angående frågan om kvinnors behörighet till högre statliga tjänster, togs även likalönefrågan upp.[521] Skulle kvinnor ges rätt att inneha statliga tjänster som tillsattes på grund av förtjänst och skicklighet vore det svårt att upprätthålla löneskillnader med grund i kön, utan särskilt stöd för detta förhållande. Det krävdes tre utredningar innan riksdagen i maj 1923 kunde enas om att kvinnor, med vissa väsentliga undantag, skulle få behörighet till statliga tjänster. Stötestenen var det statliga lönesystemets utformning. 1921 års lönekommitté hade visat stort intresse för kostnaderna för den kvinnliga arbetskraften. En undersökning visade att kvinnliga folkskollärare hade en mycket större andel sjukdagar än sina manliga kollegor.[522] Kvinnlig arbetskraft var således dyrare – kvinnor producerade mindre – ett faktum som var skäl för differentierade löner på grund av kön. Om staten som arbetsgivare verkligen hade råd med likalöneprincipen var en återkommande fråga i riksdagsdebatten.[523]

Behörighetslagen kunde inte träda ikraft förrän löne- och pensionsfrågan lösts för statligt anställda kvinnor.[524] Redan i 1921 års betänkande avvisade de sakkunniga argumenten om behov, prestation och reproduktion som varande irrelevanta – lika lön skulle gälla i samma befattning oavsett kön. Politikerna var dock av en annan uppfattning. Med hänvisning till statsfinanserna stadsfästes familjeförsörjarprincipen i och med

[520] A.a. s. 169 f.

[521] Jag utreder inte frågan om behörighetslagen närmare, men jag instämmer med Gunnar Qvist som menar att att det var en "(f)råga om en könskonflikt inom "borgarklassen". Se Qvist, 1978 s. 195.

[522] SOU 1923:62. Se Kvinnors röst och rätt, 1969 s. 144. Kritik framfördes mot själva undersökningen då spanska sjukan grasserat just under denna period, vilket lett till att kvinnor tvingades att vårda anhöriga. I statistiken räknades även graviditet som sjukdom. Ansvaret för reproduktiva kostnader lades således på den kvinnliga arbetskraften.

[523] Argumenten känns väl igen från dagens diskussion om möjligheterna till att höja kvinnors löner på den offentliga sektorn.

[524] Behörighetslagen gav inte kvinnor rätt till alla statliga tjänster. Undantagna var exempelvis tjänster vid försvarsmakten, poliskåren, domarkåren och prästämbetet. Kvinnor fick inte heller undervisa pojkar i ämnet gymnastik. Se Nilsson, 1996 s. 195. Nilsson beskriver hur man på Riksbanken, under mellankrigstiden, använde sig av lagen för att möjliggöra för kvinnor att befordras, vilket ledde till "könskrig" på arbetsplatserna.

den löneregleringen som kom att gälla från det att behörighetslagen trädde i kraft år 1925.[525] Lönekommitténs förslag innebar att det enbart var för de för kvinnor nya statliga tjänsterna som lika lön för samma arbete skulle gälla. När det gällde övriga tjänster könskodades dessa så att löneskillnaderna upprätthölls. Tjänstebenämningen avgjorde lönen – tillsyningsmannen på hospitalet och översköterskan gjorde samma arbete, men placerades in på olika ställen i löneplanen.[526] Även om det slutliga kompromissförslaget som antogs av riksdagen inte nådde ända fram, kan denna riksdagsbehandling ses som likalöneprincipens första vacklande framsteg i det politiska rummet.[527] När det gällde de statligt anställda som var lägst avlönade, exempelvis statligt anställda telefonister, var lönen aldrig en politisk fråga utan en förhandlingsfråga.[528] Att genom riksdagsbeslut uppvärdera kvinnolöner i allmänhet var aldrig avsikten.[529] Lönesättningen var inte enbart en fråga om kön utan också en klassfråga.

I första hand var det riksdagens kvinnliga ledamöter som motionerade i likalönefrågan. Inför 1927 års riksdag lades sammanlagt fyra motioner fram med anknytning till principen om lika lön. Kerstin Hesselgren motionerade i en mycket konkret fråga. Signe Dahlström hade sedan fem år innehaft en tjänst som översköterska vid Strängnäs hospitals avdelning för manliga patienter, en tjänst som tidigare innehafts av en (uppsynings) man. Motionären menade att det av rättviseskäl var dags att ge Signe lika lön för lika arbete. När Signe tillträdde tjänsten hade hon fått lägre lön än sin föregångare på tjänsten. Intressant att notera är att Hesselgren använder behörighetslagen som huvudargument.[530] Eftersom kvinnor efter ikraftträdandet 1925 hade behörighet att föreståavdelningar med manliga patienter skulle de också ha rätt till lika lön för lika arbete.[531] Motio-

[525] Wieselgren, 1969 s. 241 f. Finansministerns utgick i sin proposition från likalöneprincipen medan riksdagens beslut blev att endast manliga befattningshavare skulle få det sista ålderstillägget.

[526] Se Kvinnors röst och rätt, 1969 s. 145.

[527] Se SOU 1953:18 s. 99. Att likalöneprincipen inte var accepterad av alla ledamöter syns i 1937 års riksdagsdebatt.

[528] 1921 års betänkande del II s. 155.

[529] SOU 1953:18 s. 86.

[530] Samma argument – samma behörighet – samma lön – användes i motion nr 90 1927 AK 2. Motionären, Bertha Wellin, krävde att kvinnliga postexpeditörer skulle likställas i lönehänseende med manlig postassistenter. Kravet kom ursprungligen från Kvinnliga postföreningen. Se även prop.1926 nr 184 s. 40.

[531] Motion nr 82 AK 1, 1927. Löneskillnaden var 882 kr/år bestående av två lönegrader samt sista ålderstillägget.

nen avslogs med motiveringen att en sådan förändring skulle rubba hela lönesystemet på hospitalet.[532]

3.6 Delsammanfattning

Kvinnors legala omyndighet verkade som grus i maskineriet för den framväxande industrikapitalismen. Av ekonomiska skäl gavs i första hand kvinnan 'samma' formella rättigheter som mannen. Ideologiska motiv fanns däremot som en motdiskurs för att begränsa kvinnans rätt att lönearbeta – samhällsmodern var idealet. Särartstanken ledde till särskild skyddslagstiftning för kvinnor. Kvinnor skulle skyddas mot vådan av visst arbete – nattarbete inom industrin och arbete i gruvor, vilket i praktiken ledde till att kvinnor belades med yrkesförbud. De arbeten som kom att förbehållas männen var också relativt välbetalda. Paradoxalt nog var vid denna tid en kvinnas farligaste arbetsuppgift att föda barn.

Genom avreglering av det manliga monopolet på statliga tjänster skapades en ny särskild arbetsmarknad för kvinnor. Könssegregeringen i arbetslivet ökade horisontellt och de särskilda kvinnolönerna befästes. Framförallt var det kvinnor från medelklassen som kom att utgöra den nya lågavlönade tjänsteklassen, och den professionalisering som skedde av modersrollen i yrken som exempelvis lärarinnans och sjuksköterskans lägger grunden för den offentliga sektorns framväxt.[533]

Den nya kapitalistiska produktionsordningen verkade såväl integrerande som segregerande. Principen om avtalsfrihet och fri konkurrens borde ha gynnat kvinnorna under förutsättning att marknaden hade agerat rationellt. Kvinnor kunde ha konkurrerat med sina låga löner, sin vana att underordna sig och det faktum att kvinnor i låg grad var fackligt organiserade. Men kvinnors och mäns position på arbetsmarknaden hade inte bara en utbudssida utan också en efterfrågesida. Föreställningen om mannens värde som arbetskraft och mannens roll som familjeförsörjare påverkade efterfrågan. Föreställningen om kvinnan som arbetskraft var

[532] Se Kvinnors röst och rätt, 1969 s. 147. Se även Bertha Wellins motion, 1927 nr 90, som avslutas med orden: "Slutligen erinras om, att här berörda förhållanden i kompetens och tjänstgöringshänseende äro egenartade för postverket, och sålunda ett bifall till motionen icke kan tänkas komma att medföra konsekvenser beträffande andra grenar än statsförvaltningen." Återkommande i riksdagsbehandlingen av likalöneprincipen är omtanken om statsfinanserna. Principen kan antas men problemet är tillämpningen – den kostar. Se exempelvis finansministern i propositionen till förslaget om Behörighetslag, prop. 1925:2. Se även prop. 1926:184 s. 46 om att undvika "rubbningar" i lönesystemet på postverket.

[533] Se Hatje, Anna-Karin, Moderlighet – emancipation eller kvinnofälla. 1993 s. 109. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien.

präglad av synen på kvinnan som en person som hade en alldeles särskild uppgift – att reproducera arbetskraften. Denna uppgift predestinerade alla kvinnor till huvudrollen som moder och maka.

När kvinnors lönearbete började hota männens domäner utvecklades manliga könsstrategier.[534] Dessa strategier är tydliga i de manliga folkskollärarnas kamp för att behålla sin etablerade position på arbetsmarknaden. Män var helt enkelt mer värda som arbetskraft.[535] Ur denna syn på genusrelationen uppstod och stadfästes principer om könens olika behov, produktivitet och kompetens i offentliga utredningar. Alla kvinnor betraktades i princip som försörjda till skillnad från de manliga arbetstagarna som sågs som familjeförsörjare.

[534] Se Florin, 1993 s. 76.

[535] Östberg, 1997 s. 147 f. Folkskollärarinnornas särorganisering ledde till polarisering och 1920 bildade deras manliga kollegor en egen organisation, Sveriges folkskollärarförbund. Förbundets huvuduppgift blev att befästa myten om den manlige lärarens överlägsenhet. Således borde de könsrelaterade löneskillnaderna öka och de kvinnliga kollegornas krav på lika lön var orsaken till att de manliga folkskollärarnas löner var lägre än andra jämförbara manliga statstjänstemäns.

4 Reproduktion[536] en förutsättning för produktion 1930–1970

4.1 Inledning

Reproduktionslagstiftning lade grunden för den expansiva välfärdsstaten under denna period. 1938 års semesterlag, allmänna barnbidrag 1947 och 1949 års arbetsskyddslag får tjäna som exempel på rättslig karakteristika under perioden.[537] Kvinnor och män blev likställda i fråga om folkpensionering 1935 och genom 1949 års lag likställdes båda föräldrarna som de gemensamma barnens förmyndare.[538] Under denna period utvecklades det sociala trygghetssystemet för kvinnor i egenskap av mödrar. 1931 infördes en moderskapsförsäkring och 1955 fick yrkesarbetande kvinnor rätt till tre månaders betald ledighet i samband med barns födelse.[539] För övrigt kännetecknades normeringen på arbetsmarknaden av Saltsjöbadsandan. Genom att sluta huvudavtal och kollektivavtal på förbundsnivå fastställde arbetsgivarorganisationer och arbetstagarorganisationer, framförallt LO och SAF, vilka regler som skulle gälla. Kollektivavtalet blev därmed det viktigaste regleringsinstrumentet på arbetsmarknaden.[540] 1936

[536] Jfr Liljeström/Dahlström, 1981 s. 32 f. Begreppen produktion och reproduktion bör förklaras. Produktion är i allmänhet beteckningen för framställning av varor och tjänster i utbyte mot ersättning på arbetsmarknaden. Produktionen läggs som grund för att räkna ut BNP. Utanför dessa tal hamnar därmed det oavlönade arbetet. Med reproduktion avses i detta arbete olika former av återskapande av arbetskraften. Mycket av detta arbete har utförts oavlönat av kvinnor. Liljeström/Dahlström menar att ordet reproduktion har en alltför ensidig ekonomisk eller biologisk innebörd" och väljer istället att tala om "social förnyelse".

[537] Lag om semester (1938:287), Lag om allmänna barnbidrag (1947:529), Arbetsskyddslag (1949:1)

[538] Lag om folkpensionering (1935:434), Föräldrabalk (1949:381). Se 11 kap. 1 § FB.

[539] K.F. om moderskapsunderstöd (1931:281).

[540] Fransson, Susanne, Freedom of Contract, Parity and Collective Regulation: Collective Labour Law in Sweden. 2000 s. 237 ff. I (red.) Price, Richard, The Rise and Development of Collective Labour Law.

års lagstiftning om förenings- och förhandlingsrätt ledde till en höjning av de lägsta kvinnolönerna inom den privata tjänstemannasektorn.[541]

Minskad nativitet, så kallad befolkningskris, ledde till att kvinnor allt tydligare gavs den reproduktiva rollen som 'husmoder'.[542] Uppgiften för de kvinnor som inte lönearbetade blev att ekonomisera vardagen – att göra reproduktion, konsumtion och produktion i den privata sfären så billig som möjligt. Polariseringen ökade mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden. I massarbetslöshetens våndor övertogs det borgerliga hemmafruidealet av socialdemokratin. Så sent som på 1940-talet upphörde den agrara delen av arbetsmarknaden att var kvinnors huvudsakliga lönearbetsplats och andelen kvinnor i industri och handel översteg andelen i husligt arbete utom jordbruk.[543]

4.2 Kvinnors arbete i depressionens spår

Den ekonomiska krisen under 30-talet blev början till en permanent och omfattande omstrukturering av det svenska näringslivet och först nu togs steget från bondesamhälle till industrisamhälle fullt ut. Omvälvningen från jordbruksproduktion till industriproduktion ledde i först hand till sociala förändringar. Rationaliseringar inom industri och jordbruk under 30-talet fick till följd att arbetsintensiteten ökade, konflikterna mellan parterna på arbetsmarknaden intensifierades och att arbetsdelningen mellan könen skärptes.[544]

Löneskillnaden mellan jordbruksarbetare och industriarbetare ökade under dessa förhållanden. 1930 tjänade en kvinnlig lantarbetare cirka 50 procent av genomsnittslönen för en industriarbeterska, medan en manlig lantarbetare tjänade ungefär 40 procent av en genomsnittlig industriarbetarlön.[545] Lantarbetarna hade dessutom naturaförmåner såsom fri kost och logi. På 30-talet var den fackliga verksamheten bland lantarbetarna fortfarande i ett uppbyggnadsskede och LO:s sekretariat tillstyrkte år

[541] Lag om förenings- och förhandlingsrätt (1936:506). Se Greiff, 1992 s. 307. Den genomsnittliga löneökningen 1937 var 4 % och kvinnligt lågavlönade fick nästan 8 % höjning av lönen. Om bakggrunden till lagen se: Westerståhl, Jörgen, Svensk fackföreningsrörelse. Organisationsproblem. Verksamhetsformer. Förhållande till Staten. 1945 s. 406 ff.

[542] Se Myrdal, Alva och Myrdal, Gunnar, Kris i befolkningsfrågan. 1997 s. 83. Myrdal beskriver i boken som kom ut 1934 den problematiska nativitetsutvecklingen och vad som bör göras.

[543] Liljeström/Dahlström, 1981 s. 24.

[544] Sommestad, 1992. Se särskilt kapitel 4. Sommestad visar i sin statistiska analys att det finns ett tydligt samband mellan graden av industrialisering och andelen män i yrket. Se s. 93 ff.

[545] SOS, Lönestatistisk årsbok för Sverige 1930, tabell 1 och 6.

1936 ett förslag om lagstiftning om minimilöner för lantarbetare. Denna acceptans av ett förslag om lagstiftning om löner får ses mot bakgrund av att organisationen hade haft svårt att få till stånd kollektivavtal om minimilöner för denna bransch. Frågan utreddes dock inte vidare och kom aldrig upp på den politiska dagordningen.[546]

Hur påverkade den ekonomiska krisen kvinnors arbete och könsarbetsdelningen? Under 1920 och 30-talets perioder av massarbetslöshet klarade sig kvinnorna generellt sett bättre än männen, på grund av att kvinnors del av arbetsmarknaden inte berördes i samma utsträckning som den mansdominerade industri- och byggnadssektorn. Kvinnor var också konkurrenskraftiga med sina lägre löner. Den lönearbetande kvinnan sågs som ett allvarligt hot på männens arbetsmarknad och könspolitiska argument användes för att skydda framförallt de unga männens möjligheter till industriarbete. Kvinnor skulle helst stanna kvar inom jordbruks- och hushållstjänstesektorn.[547]

Den socialdemokratiska riksdagsgruppen lade år 1931 fram en motion om att utreda hembiträdenas arbetsförhållanden. Syftet var uttalat att öka rekryteringen till detta yrke på grund av den "(e)ffekt flickornas tendens att sky hembiträdesyrket kan få för den manliga arbetsmarknaden".[548] Genom att lagstifta om hembiträdenas arbetsförhållanden skulle de unga kvinnorna styras in på den kvinnliga delen av arbetsmarknaden, vilket skulle minska utbudet av konkurrenskraftig kvinnlig arbetskraft på den manliga delen av arbetsmarknaden. Hembiträdeslagstiftningen får med denna bakgrund närmast ses som en skyddslagstiftning – inte i första hand för hembiträdena – utan för de unga männen. Kvinnor hade under lång tid arbetat under fullständigt oreglerade arbetsförhållanden, men det var först när hembiträdenas intressen sammanföll med männens som något skedde.[549] Då var det också för sent – kvinnorna hade funnit andra attraktivare marknader för sin arbetskraft.

[546] Westerståhl, 1945 s. 424. Var förslaget kom ifrån framgår ej. Sekretariatet framhöll samtidigt att detta var ett undantagsfall från principen att lönefrågor var förhandlings- och avtalsfrågor.

[547] Se Frangeur, 1998.

[548] Moberg, 1978 s. 158 f. samt s. 174. Se även SOU 1939:15 s. 48. Moberg, s. 180 f, visar att det även fanns mer klassbundna skäl för att öka utbudet av hembiträden. Den befolkningspolitiska utredningen framhöll särskilt barnfamiljernas stora behov av hembiträden. Mödrarna borde få en rimlig arbetsbelastning och en ledig kväll i veckan.

[549] Moberg, 1978 s. 228.

4.3 Från piga till sekreterare – en dröm

Den sista grupp, förutom de lantarbetare som inte löd under kollektivavtal, som hade sina arbetsvillkor reglerade av legostadgan var tjänstepigorna, hembiträdena. År 1930 arbetade en fjärdedel av alla förvärvsarbetande kvinnor med någon form av hushållsarbete – i jordbruket ofta kombinerat med ladugårdsarbete.[550] Den patriarkala regleringen levde kvar längst bland de grupper som arbetade i nära anknytning till husbonden och dessa grupper undantogs exempelvis från 1919 års arbetstidslag. När legostadgan upphörde 1926 blev förhållandet för tjänstepigorna oreglerat fram till 1944 när hembiträdeslagen trädde i kraft.[551] Yrket som piga hade emellertid vid denna tidpunkt minskat i omfattning och nya arbeten skulle komma att prägla kvinnors liv.

Under 40-talet ökade inflyttningen av kvinnor från landsbygden till städerna i högre grad än för män. Under perioden mellan 1930 och 1950 övergav 300 000 kvinnor jordbruks- och hushållsarbetet.[552] Efterfrågan på kvinnlig arbetskraft hade ändrat karaktär och nu eftersöktes inte i första hand pigor och hembiträden, utan sekreterare och annan servicepersonal till den växande tjänstesektorn. Det tunga och dåligt betalda jordbruksarbetet lockade inte längre kvinnor när det fanns andra alternativ. Effekten blev att efterfrågan på kvinnliga lantarbetare vida översteg tillgången och år 1937 fanns det bara 52 sökande per 100 lediga platser.[553] För kvinnors del börjar intåget i ett tjänstesamhälle redan vid denna tid. Drömmen om att vara något annat än en del av en maskin, eller ett kreatur, hörde också ihop med drömmen om det idylliska borgerliga äktenskapet där medelklassen var förebilden. På de kvinnor som lämnade industri- och lantarbetet ställdes det nya kroppsliga krav. Ett servicearbete har sina egna "påklädningsnormer". Representativitet, utseende och kropp kom att spela en ny roll som passade väl in i synen på den blivande 'perfekta hustrun'. Att byta yrke blev ett led i äktenskapskarriären. Kvinnans särart kom att framhållas och denna kvinnlighet blev det nya påklädningsmönstret – den eftersträvansvärda normaliteten.[554]

I utredningen "Gift kvinnas förvärvsarbete" konstaterades att det var en allmän uppfattning att kvinnor till stor del arbetade som sekreterare under 30-talet. Statistiken visar emellertid att detta var en felaktig bild.

[550] A.a. s. 23.

[551] Hembiträdeslag (1944:461).

[552] Qvist, Gunnar, Statistik och politik – Landsorganisationen och kvinnorna på arbetsmarknaden. 1974 s. 35.

[553] SOU 1938:47 s. 129.

[554] Se Petersen, Hanne, Kvindelige udforingar til arbejdsretten. 1995 s. 151. I (red.) Petersen, Kvindlig arbejdsret. Petersen använder ordet påklädningsnormer. Se även Greiff, 1992 s. 404. I tjänstemannakulturen försökte man likna chefen genom samma klädstil och levnadssätt vilket var en del av föreställningen om de goda karriärmöjligheterna.

De kvinnor som lämnade industrin eller jordbruket anställdes i första hand som restaurangbiträden.[555] Sekreteraryrket blev för de allra flesta kvinnor enbart en dröm. En dröm om ett rent arbete, med bestämda arbetstider, månadslön och en möjlighet till sociala kontakter med det motsatta könet.[556]

4.4 Gifta kvinnors arbete – ideologi och praktik

Trettiotalets höga arbetslöshet ledde till påtryckningar för att förbjuda gifta kvinnors förvärvsarbete såväl från enskilda riksdagsmän som politiska organisationer, exempelvis det socialdemokratiska ungdomsförbundet, SSU. De unga (arbetslösa) männen kände sig särskilt hotade av gifta kvinnors förvärvsarbete.[557] SSU:s kampanjer måste dock också ses mot bakgrund av de minskade möjligheterna för barn och ungdomar att få arbete inom industrin, där den tekniska utvecklingen i första hand hade gjort att behovet av barnarbetare hade minskat.[558]

Motståndet mot gifta kvinnors förvärvsarbete byggdes också upp med klassargument. I första hand var tanken att förbudet skulle gälla statliga tjänster. Att ett hushåll skulle ha "dubbelanställningar" var ett uttryck för orättvis lyx i ett samhälle där arbetslöshet rådde. René Frangeur ser i sin avhandling prov på olika "manlighetsstrategier" i trettiotalets riksdagsdebatter i frågan. Försörjarmanligheten var den som segrade.[559]

Den kommitté, kvinnoarbetskommittén, som tillsattes för att utreda frågan bestod av riksdagens samtliga sex kvinnliga ledamöter samt av två manliga riksdagsledamöter. Alva Myrdal var kommitténs sekreterare. Vid möten anordnade med arbetsgivarföreträdare, framkom det att arbetsgivarna inte hade något eget intresse av att inskränka gifta kvinnors förvärvsarbete. Gifta kvinnor var stabila, billiga och flexibla, det vill säga god arbetskraft jämfört med unga män och ogifta kvinnor. De möten som hölls med representanter för de fackliga organisationerna visade en något

[555] SOU 1938:47.

[556] Greiff, 1992 s. 137 f.

[557] Se Moberg, 1978. Unga män ansåg sig även ha svårt att konkurrera med unga kvinnor därav införandet av en särskild hembiträdeslag. Se även Nilsson, 1996 s. 73. Nilssons forskning visar att uppfattningen om gift kvinnas förvärvsarbete på den statliga sektorn var splittrad och beroende av om de uppfattades som konkurrenter eller inte. Kvinnor och män tävlade inte i samma viktklass. Se även Frangeur, 1998.

[558] Se Bjurman/Olsson, 1979 s. 24. Olsson skriver att det sociala problemet – utslagna barnarbetare – blev definierat som problemet ungdomsarbetslöshet.

[559] Se Frangeur, 1998 s. 166 f. Liksom i Nazi-Tyskland talades det om dubbeltjänstesystem. Gemensamt för länderna var en mycket hög arbetslöshet och i Tyskland, och ett stort antal andra europeiska länder, hade kvinnors rätt att arbeta begränsats lagstiftningsvägen. De andra strategierna var medelvägsmanlighet och likställighetslinjen.

mer negativ inställning till gifta kvinnors förvärvsarbete.[560] Det betänkande som avgavs avvisade alla propåer om inskränkningar i gifta kvinnors rätt att arbeta.[561]

Under samma period arbetade en annan kommitté – under befolkningskommissionen – och det blev denna kommitté som lade fram ett lagförslag om förbud mot att avskeda kvinnor på grund av trolovning, giftermål eller graviditet. Syftet med lagen var att kvinnor skulle kunna "förena äktenskap och moderskap med förvärvsarbete". Lagen antogs 1939 utan närmare diskussion i riksdagen.[562] Ett förbud att avskeda män som gjorde värnplikt hade funnits sedan 1914.

Äktenskapet som karriär var framförallt ett rationellt val, förutsatt att mannens inkomst var av den storleken att den räckte som den enda direkta inkomstkällan.[563] Kvinnor som 'valde' att bli hemarbetande arbetade endast under en husbonde, maken. Att söka arbete på en marknad, där dessa kvinnor visserligen efterfrågades trots den ideologiska diskussionen, men lönades sämre än männen för sin arbetsinsats, lockade inte alla. Yrkesarbete på heltid blev för många kvinnor en parantes och livsuppgiften var att vårda hem, make och barn – det ekonomiska bidraget till familjens försörjning. Yvonne Hirdman anser att husmoderskontrakten kom att dominera under mellankrigstiden, men att denna ideologi också ledde till motsättningar mellan kvinnor.[564]

Hur många kvinnor som lönearbetade på heltid är något oklart på grund av att kvinnors arbete inte alltid lät sig mätas statistiskt. Kvinnor hade i många fall en lösare anknytning till arbetsmarknaden och majoriteten av kvinnorna lönearbetade på deltid.[565] Det största statistiska problemet var dock att deltidsarbetande gifta kvinnors förvärvsarbete över huvud taget inte medräknades, vilket också gällde för gifta småbrukarfruar.[566] Hemarbetet sågs som ett yrkesarbete och för att utföra detta på bästa sätt krävdes utbildning, en utbildning som fanns att få i så kallade

[560] A.a. s. 277 f.

[561] SOU 1938:47.

[562] Lag (1939:171) om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av trolovning eller äktenskap m.m. SOU 1938:13 och prop. 1939 nr 114 s. 6 f. Skyddet uppkom efter två års anställning. Se även Gunnar Myrdals memoarer, Hur styrs landet? 1982. Myrdal beskriver motviljan mot förslaget som var starkast från fackföreningsfunktionärer.

[563] Se Frangeur, 1998 s. 40. Frangeur påtalar att äktenskapet inte var något ekonomiskt livsalternativ för underklassens kvinnor under mellankrigstiden. Männen dog, emigrerade blev arbetslösa etcetera.

[564] Hirdman, 1990 s. 85. I SOU 1990:44. Då reproduktionen måste öka blev hemmafruidealet och enförsörjarnormen inte längre enbart en medelklassfråga. Jämför med Frangeur, 1998 s. 66 f. Frangeur menar att i praktiken var det lönearbete som gällde för de flesta kvinnor under denna tid.

[565] Liljeström/Dahlström, 1981 s. 27 f.

[566] Frangeur, 1998 s. 65.

hushållsskolor. Ända in på trettiotalet förekom diskussioner i de politiska kvinnoförbunden om en obligatorisk husmodersutbildning – en slags kvinnlig värnplikt. Alva Myrdal var en av de kvinnor som försökte föra in mannen i den privata sfären och hon förde också upp frågan om jämställdhet på dagordningen.[567]

De kvinnor som dominerade diskussionerna inom socialdemokratin var inte själva förvärvsarbetande, vilket avspeglades i debatten. Enligt Alva Myrdal var det emellertid viktigt att hemarbetet skulle underordnas samhället. Problemet var hur kvinnor, barn och män skulle kunna 'få ihop' sina liv och samtidigt göra ett samhällsnyttigt arbete och förverkliga sig själva. Myrdal tycks dock inte ha hyst några större förhoppningar gällande samtidens män, utan lösningen blev att kräva statliga reformer för kvinnors och barns bästa. Ett "bättre människomaterial" skulle kunna erhållas genom radikala reformer såsom exempelvis fri barnbespisning och barnhälsovård, ekonomiskt stöd till barnfamiljer samt statligt subventionerade bostäder.[568] En annan lösning var att underklassen arbetade som hembiträden och lappade ihop gliporna i folkhemmet.[569] Skattemässigt gjordes detta möjligt genom ett schabloniserat förvärvsavdrag för gifta kvinnor.[570]

4.5 Kvinnor som reservarbetskraft under mobiliseringen?

I hur stor utsträckning kan svenska kvinnor karakteriseras som reservarbetskraft under andra världskriget? Frågan är om inte kvinnors betydelse som arbetsmarknadens reservarmé har förstorats. Det är till och med möjligt att kvinnor och mäns industriarbete i Sverige ökade i samma grad under och efter krigsslutet.[571] Bland industritjänstemännen ökade männen i absoluta tal mer än kvinnorna under de båda krigsperioderna.[572] Enligt Bengt Nilsson påverkade inte de båda världskrigen feminiseringsprocessen inom den statliga sektorn varken kvantitativt eller kvalitativt.[573]

[567] Hirdman, Yvonne, Den socialistiska hemmafrun och andra kvinnohistorier. 1992 s. 50, 65 och 104 f.

[568] Myrdal/Myrdal, (1934) 1997 s. 226 ff. Makarna Myrdal var exempelvis förespråkare av sterilisering av "sinnesslöa".

[569] Se Moberg, 1978.

[570] Gunnarsson, Åsa, Skatterättvisa. 1995 s. 185.

[571] Se Nilsson, 1996 s. 290.

[572] Se Greiff, 1992 s. 91. Greiff skriver: "Men man kan knappast säga att krigsåren medförde att kvinnorna ersatte männen. Inom den samlade industritjänstemannakåren ökade nämligen männen i absoluta tal betydligt mer än kvinnorna såväl under första som andra världskriget".

[573] Nilsson, 1996 s. 290.

Motivet för att kvinnor anställdes i nya branscher och yrken under tiden som världskrigen varade var priset – kvinnor var billig arbetskraft.[574] Ulla Wikander menar att metallindustrin blev en viktig arbetsplats för kvinnor under krigsåren. Men i hur hög grad kvinnor övertog mer kvalificerade arbetsuppgifter är oklart.[575] Kvinnors villkor på arbetsmarknaden under och alldeles efter andra världskriget är fortfarande relativt outforskat.

Av lokala undersökningar framgår att kvinnor vikarierade för männen i olika branscher och att de i stor utsträckning fick lämna arbetet eller gå tillbaka till sina gamla arbetsuppgifter när männen kom tillbaka. I viss utsträckning fick kvinnorna därmed erfarenheter och meriter som var nya.[576] Huruvida dessa nya kvalifikationer senare tillvaratogs och premierades framgår inte. I en studie av Göteborgs Spårvägar visar Linda Lane på de särskilda villkor som mötte de kvinnor som övertog männens arbete som spårvagnsförare. De fick lägre löner än sina manliga arbetskamrater och de fick inte bli medlemmar i fackföreningen, SKAF, på grund av att de klassificerades som tillfälligt anställda. När krigsslutet närmade sig minskade arbetsgivarens behov och kvinnorna sades upp. Deras uniformer skickades därefter som en gåva till det finska folket. Lane menar att det i första hand var av solidaritet med männen som kvinnorna utan att göra väsen av sig lämnade sina arbeten på Spårvägen.[577]

Efter andra världskriget ökade efterfrågan på flexibel arbetskraft i samband med rationaliseringar inom industrin. Det ökade behovet av arbetskraft gjorde att kvinnor sågs som en arbetskraftsresurs, men som en särskild typ av arbetstagare, mer flexibel och framförallt en avtalskontrahent som gick att kontraktera vid behov till ett lågt pris. I valet mellan att importera arbetskraft eller att göra kvinnor till arbetstagare var den fackliga strategin den senare.[578] 1950 förvärvsarbetade 65 procent av männen och 23 procent av kvinnorna räknades som förvärvsarbetande.[579] Andelen kvinnligt anställda på tjänstemannasidan var vid samma årtal drygt 45 procent.[580] Efterfrågeökningen ledde till att kvinnor sågs som en arbetskraftsresurs och hemmafruidealet måste successivt överges under perioden. Den outbildade hemmafrun ansågs särskilt lämpad att ägna sig åt monotomt tempoarbete på deltid. Deltidsanställningar av 'irrationell ar-

[574] Greiff, 1992 s. 401.

[575] Wikander, Ulla, En skiss av kvinnoarbetet och dess villkor i Sverige 1915–1950, med fokus på arbetsdelningen mellan könen. 1985 s. 41 f. I Wikander/Karlsson, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: tre uppsatser.

[576] Nilsson, 1996 s. 185.

[577] Lane, Linda, Unsuitable work for women? Women employed as trolley conductors in Gothenburg, Sweden during World War II. 1995.

[578] Hirdman, Yvonne, Med kluven tunga. LO och genusordningen. 1998 s. 195.

[579] SOU 1978:38 s. 39.

[580] Greiff, 1992 s. 89.

betskraft' medförde dock ökade kostnader, enligt arbetsgivarna. Det enklaste sättet att uppnå likhet i kostnader för arbetskraften var att betala särskilda kvinnolöner.[581] Med dessa skenargument kunde arbetsgivarna betala ett lågt pris vid köp av arbetskraft. Under 60-talet benämndes de hemmafruar som arbetade kort deltid som hemsamariter som "pälsjägarna". Den enda anledningen till att de lönearbetade var att de skulle kunna köpa en lyxvara för egna hoptjänade pengar.[582] Sådan var synen på den gifta kvinnan som även lönearbetade – hon var redan försörjd.

4.6 En solidarisk lönepolitik

Vid LO:s kongress 1951 lades en rapport om en ny solidarisk lönepolitik fram.[583] Den samordnade lönerörelsen 1955–56 omfattade en mycket stor del av arbetsmarknaden och det första centrala löneavtalet slöts mellan LO och SAF. Från och med 1983 upphörde den solidariska lönepolitiken successivt att tillämpas, främst genom att den ena avtalsparten, SAF, hade ändrat sin lönestrategi. Löneförhandlingarna skulle decentraliseras.[584] Vad var målet för den solidariska lönepolitiken och vilka medel var det som skulle användas? Vilken effekt fick denna lönepolitik för kvinnors och mäns löner?

Syftet med den solidariska lönepolitiken var i första hand att intensifiera rationaliseringen av industrin och att öka jämlikheten mellan regioner, branscher och mellan arbetare och tjänstemän. Lönespridningen skulle minska och lika arbete skulle betalas lika.[585] Arbetskraften kostade lika mycket för alla arbetsgivare och om de skulle konkurrera skulle de göra det utanför lönesystemet. Samtidigt skulle full sysselsättning, eller senare "arbete åt alla", skapas. Målet full sysselsättning gällde i första hand den manliga arbetskraften.[586]

Medel för den solidariska lönepolitiken var de samordnade centrala löneförhandlingarna, där löneskillnaderna kunde utjämnas genom låglönesatsningar och lönepotter. Hög organisationsgrad hos såväl arbetsgivar- som arbetstagarparten får anses ha varit en grundläggande förut-

[581] Kyle, Gunhild, Gästarbeterska i manssamhället. 1979 s. 47 f. I en artikel i Arbetsgivaren 1954:17 finner Kyle motivet till varför just hemmafruar passar bäst till denna typ av arbete. Arbetet ger dem möjlighet till småprat och "konstruktiva tankar kring hemmet".

[582] Hirdman, 1998 s. 318.

[583] LO, 1951.

[584] Löfström, Åsa, Lönepolitikens betydelse för kvinnorna. 1997 s. 19. I Lönepolitik och kvinnors löner. Rapport 97:4 FRN. Se vidare om decentralisering i avhandlingens del V: 3.4.

[585] LO, 1951 s. 153.

[586] Sainsbury, Diane och Nordgren, Magreth, I nedskärningarnas tecken. Välfärdsstaten och jämställdheten. 1997 s. 7 not 1. I SOU 1997:115. På 60-talet var endast 15 procent av de som deltog i arbetsmarknadsutbildning kvinnor.

sättning för förhandlingssystemets centralisering.[587] I första hand gällde den solidariska lönepolitiken förhandlingar och avtal mellan parterna LO och SAF. Att TCO skulle delta i samordnade förhandlingar var dock av särskild vikt för LO, då en större jämlikhet mellan arbetare och tjänstemän eftersträvades.[588] 1973 slöt TCO det första centrala avtalet som premierade de lågavlönade tjänstemännen, det vill säga kvinnorna.[589] Ett annat medel för löneutjämning var arbetsvärdering. Genom systematisk arbetsvärdering skulle lönerna också bli rättvisa.

Meidner och Rhen var de LO-ekonomer som formulerade utgångspunkterna för den solidariska lönepolitiken i 1951 års kongressrapport.[590] Utåt sett har det framstått som det inom LO rått enighet om grunderna för politiken, men inom organisationen har debatten stundtals varit het. Alla förtroendevalda höll inte med ekonomerna. Mycket tydlig var ett ombud på Byggnadsarbetarförbundets kongress 1965. Att arbetsgivarna skulle höja de lågavlönades löner på grund av att de högavlönade höll igen på sina krav i avtalsförhandlingarna, var som ombudet uttryckte det en "falsk utgångspunkt".[591]

Länge tycks konsensus ha rått om att den solidariska lönepolitiken minskade löneskillnaderna mellan kvinnor och män i Sverige.[592] Åsa Löfström ser fyra institutionella faktorer till att kvinnors relativlöner förbättrades i industrin. Genom en lagstiftningsåtgärd 1962 avskaffades nattarbetsförbudet för kvinnor – kvinnor tilläts återigen att konkurrera om de bäst betalda jobben. De andra faktorerna härstammar från förhandlings- och avtalssystemet, såsom låglönesatsningar på 60-talet, borttagande av särskilda kvinnolönetariffer och avtal om jämställdhet på 70-talet. Störst effekt hade de faktorer som kan hänföras till den solidariska lönepolitiken.[593] Eftersom kvinnor tillhörde låglönekollektivet var det de som tjänade på den förda politiken.[594]

[587] Se dock LO, Fackföreningsrörelsen och den fulla sysselsättningen 1951 s 28. "Det är emellertid felaktigt att enbart mäta den fackliga organisationens styrka genom medlemsantalet. Sitt reella inflytande synes fackföreningsrörelsen bäst ådalägga genom att direkt och indirekt normera villkoren på arbetsmarknaden för såväl organiserade som oorganiserade löntagare."

[588] Ohlsson, 1993 s. 109 och s. 224. Detta uttalades exempelvis på Metallarbetarförbundets kongress 1965.

[589] Svensson, L, 1995 s. 137. Se även Irlinger, Irma, TCO och kvinnorna. Tidsperioden 1944–1974. Studie av TCOs och SIFs arbetsmarknadspolitik och behandling av principen lika lön för lika arbete. 1990.

[590] Se Westerståhl, 1945 s. 77. Redan till 1936 års LO-kongress motionerade Metall om stadgeändringar för att få till stånd centraliserad lönebildning.

[591] Ohlsson, 1993 s. 48.

[592] Kyle, 1979 s. 205 samt 249. Se även löneskillnadsutredningen SOU 1993:7 s. 178.

[593] Löfström, Åsa, Diskriminering på svensk arbetsmarknad – en analys av löneskillnader mellan kvinnor och män. 1989.

[594] Löfström, 1997b s. 20.

Lars Svensson menar i sin avhandling att den solidariska lönepolitiken inte hade någon avgörande betydelse för minskningen av löneskillnaderna, utan att detta får tillskrivas verkningarna av teorin om utbud och efterfrågan. Utbudet av kvinnors arbetskraft ökade efter andra världskriget samtidigt som efterfrågan på arbetskraft ökade.[595] Esping-Andersen ser ett samband mellan den solidariska lönepolitiken som spärr för uppkomsten av "junk-jobs" på den 'vita' arbetsmarknaden.[596]

När improduktiva företag rationaliserades bort, och med dem låglönegrupper, blev effekten att kvinnor blev arbetslösa. Meidner såg också konsekvenserna av sin skapelse: "Vägen till den av fackföreningsrörelsen eftersträvade lönestrukturen är kantad av nedlagda företag och utslagen arbetskraft".[597] Det tydligaste exemplet på konsekvenserna av den förda politiken är alla de arbeten som försvann inom textilindustrin.[598] Strukturomvandlingen på arbetsmarknaden drabbade kvinnor och män olika och studier visar att kvinnorna var förlorarna. De mer 'kvalificerade' männen fick nya jobb i större utsträckning än kvinnorna.[599] 70-talets strukturomvandling inom verkstads- och varvsindustri påverkade i första hand manliga arbetare. Det finns ett direkt samband med dessa strukturella förändringar av en manligt dominerad sektor och lagstiftningen på 70-talet. Främjandelagen, FML, och anställningsskyddslagen, LAS, skapades i dessa spår.[600] Arbetsgivarens fria uppsägningsrätt var fram till antagandet av anställningsskyddslagen 1974 begränsad genom huvudavtal och kollektivavtal.[601] Begränsningar i den fria uppsägningsrätten innehåller också en könsdimension. Så länge uppsägningsrätten var fri kunde arbetsgivaren byta ut den manliga arbetskraften mot billigare kvinnlig arbetskraft.[602]

[595] Svensson, L, 1995 s. 127 ff.

[596] Esping-Andersen, 1990 s. 223.

[597] Meidner, Rudolf och Öhman, Berndt, Solidarisk lönepolitik. Erfarenheter, problem, framtidsutsikter. 1972 s. 14.

[598] Se Andersson, Sten, Textilen som försvann. En studie av strukturomvandlingen, arbetarrörelsen och det nya Norrköpings framväxt. 1986 s. 77 ff.

[599] Se Gonäs, Lena, En fråga om kön. Kvinnor och män i strukturomvandlingens spår. 1989 s. 184. Gonäs visar att kön var viktigare än klass när det gällde möjligheten att åter få arbete. Studien avser Ericsson och Oskarhamnsvarvet.

[600] Lag (1982:80) om anställningsskydd och lag (1974:13) om vissa anställningsfrämjande åtgärder.

[601] Se Glavå, 1999 avsnitt 2. 1938 års Saltsjöbadsavtal inskränkte exempelvis den fria uppsägningsrätten.

[602] A.a. s. 200 och 243. Glavå har i sin avhandling exempel från två AD-domar, AD 1932 nr 56 och 1933 nr 78. Även om det fanns turordningsklausuler kunde arbetsgivaren byta ut manlig arbetskraft mot lågavlönad kvinnlig eller manlig arbetskraft.

4.7 Lika lön för samma arbete

Likalönsprincipen, "lika lön för samma arbetsprestation", ingick redan 1919 som en del av Internationella Arbetsorganisationens, ILO:s, program. 1951 antog ILO likalönekonventionen nr 100.[603] Sverige anslöt sig redan från början till detta organ, men först 1944 kan spår ses av likalönsprincipen i SAP:s eget program.[604] Till 1951 års LO-kongress förelades 8 motioner angående likalönefrågan och i några krävdes lagstiftning på området.[605] På 1956 års LO-kongress uttalades att kvinnolöneproblemet var "ett renodlat solidaritetsproblem" som skulle lösas gemensamt.[606] Inom LO var det de förbund som hade låg andel kvinnliga medlemmar, exempelvis Metall, som hade minst problem med solidariteten.[607]

Något större intresse för att ta upp frågan om de låga kvinnolönerna fanns inte vid denna tid hos SIF, industritjänstemännens förbund. Det var positivt med kvinnliga medlemmar, men några särartsfrågor ville man inte driva. Man förnekade till med det faktum att löneskillnaderna existerade.[608]

Kvinnorna lämnade LO i mycket stor utsträckning efter storstrejken 1909, vilket ledde till en mycket låg andel av kvinnliga medlemmar inom LO-förbunden. Gunnar Qvist menar att LO efter denna dränering gav upp de kvinnliga medlemmarnas intressen och satsade på de manliga medlemmarna.[609] Under perioden ökade den fackliga organisationsgraden i allmänhet och kollektivavtal slöts även inom jordbruket och de därtill knutna näringarna.[610] Även kvinnors organisering ökade från att under 30-talet ha legat på 10 procent till att efter andra världskrigets slut omfatta 30 procent.[611]

Lena Sommestad menar att det skedde en nedvärdering av de kvinnliga yrkesutövarna i mejerinäringen under mellankrigstiden. I denna maskuli-

[603] Se avhandlingens del III: 2.3.
[604] Qvist, 1974 s. 108. Samtidigt börjar LO att uppmärksamma kvinnolönefrågan.
[605] Ohlsson, 1993 s. 265.
[606] SOU 1978:38 s. 108.
[607] Ohlsson, 1993.
[608] Se Greiff, 1992 s. 382 f.
[609] Qvist, 1978 s. 205. Se även Westerståhl, 1945 s. 150 ff. 74 procent av de kvinnliga medlemmarna respektive 54 procent av de manliga lämnade organisationen.
[610] Sommestad, 1992 s. 73 f. Inom mejeribranschen stod därmed "två kulturer mot varandra: mejerskor och mejerister levde kvar i en agrar delvis patriarkal tradition, medan arbetarna hade börjat tillägna sig industriarbetarklassens kampmetoder och förhandlingsmässiga attityd till arbetet." Detta ledde till att utbildade mejerskor och mejerister med flera års praktik kunde få lägre lön än organiserade arbetare. Se också SOU 1938:47 s. 383.
[611] Qvist, 1974 s. 52 ff. Om organisering inom TCO se Irma Irlingers avhandling, TCO och kvinnorna. Tidsperioden 1944–1974. Studie av TCOs och SIFs arbetsmarknadspolitik och behandling av principen lika lön för lika arbete. 1990.

niseringsprocess deltog mejeristernas fackförening, där kvinnor var organiserade i mycket liten utsträckning, vilket bidrog till särbehandlingen av kvinnorna. Mejerska och mejerist blev efter kön två olika yrkeskategorier. Från att ha drivit likalöneprincipen för gruppen mejeriföreståndare svängde fackföreningen och slöt år 1936 ett löneavtal, där den kontanta lönen och tantiembeloppet för kvinnliga föreståndare skulle minskas med 20 procent – en tydlig könsdifferentiering. Som skäl angavs kompetensskillnader och föreställningen om mannen som familjeförsörjare.[612]

Vad hände om kvinnor krävde en rättvis lön? En som försökte var mejerskan Soffi Eriksson. När hon år 1937 krävde en lön som stod i överensstämmelse med den av Svenska Mejeristföreningens rekommenderade löneskalan för kvinnliga mejeriföreståndare, hotades hon med avsked. Svenska mejeristföreningen förhandlade med Öslövs mejeri, men föreningen lyckades inte nå någon lösning utan mejerskan sades upp. Mejeriet anställde därefter en manlig mejeriföreståndare som omedelbart avlönades enligt den rekommenderade löneskalan, trots att denna lön var högre än den Soffi Eriksson hade begärt.[613] Svenska mejeristföreningen ansåg således att konflikten hade lösts på ett lyckosamt sätt![614] Avgörande för lönesättningen och fackföreningens engagemang var inte den individuella kompetensen utan könet och att säga upp en kvinna som krävde kollektivavtalsenlig lön stred uppenbarligen inte mot praxis.[615]

Det framgår också av arbetsdomstolens domar att könskonflikter förekom i mejeribranschen. Handelsarbetarförbundet stämde 1933 Tidsanortens mejeriförening för att föreningen brutit mot kollektivavtalet när den sagt upp två manliga arbetstagare på grund av "inskränkning i driften". Föreningen hade därefter anställt två kvinnliga oorganiserade arbetstagare med motiveringen att dessa var utbildade mejerister och att de som kvinnor kunde avlönas lägre än de uppsagda männen. Arbetsdomstolen fann att detta förfarande inte stred mot kollektivavtalet. "Anledningen till avskedandet torde nämligen först och främst vara, att föreningen velat i sin rörelse anställa för mejerirörelse skolad arbetskraft och samtidigt

[612] Sommestad, 1992 s. 198 f. Mot denna hierarkiska ordning protesterade kvinnorna och de krävde att medlemsavgiften till fackföreningen skulle stå i proportion till lönen. Mejerskekåren var enligt Sommestad allt för svag, splittrad och underordnad för att de fackliga företrädarna skulle bry sig.

[613] Se SOU 1938:47 s. 114. "Att lönesättningen emellertid icke direkt sker i anslutning till en värdesättning av prestationen visas därav, att, även de kvinnliga kassörer som efterträder manliga, lönen vanligen sänkes."

[614] Sommestad, 1992 s. 176 f.

[615] Detta borde ha utgjort ett avtalsbrott. Jämför med AD 1995 nr 152 som gällde en sjuksköterska som sades upp efter att ha vägrat att acceptera en lönesänkning. Enligt AD sades hon upp på grund av arbetsbrist och inte av personliga skäl.

övergå till att använda kvinnor istället för män. Härigenom har föreningen trott sig kunna vinna ett bättre utbyte av sin rörelse."[616]

Det fanns dock LO-förbund som ställde krav på lika lön för samma arbete för enskilda kvinnliga medlemmar, som utförde typiskt manligt arbete, utifrån kollektivavtalens lönetariffer. I AD 1929 nr 48 dömdes Karlskrona Porslinfabrik att betala två kvinnor enligt ackordsprislistan för sliperiet. Arbetsgivaren hade ansett det som en självklarhet att göra ett könsavdrag på 30 procent. I AD 1930 nr 54 och 56 ledde arbetsdomstolens kollektivavtalstolkning till att arbetsgivaren ansågs ha rätt att avtala om särskilda lägre löner med de kvinnliga arbetare vilka utförde arbeten som var klassificerade som manliga. Intressant att notera är att enligt kollektivavtalet för bokbinderier fick män ett könstillägg på 50 procent när de utförde kvinnligt arbete. I AD 1930 nr 60 prövade arbetsdomstolen ett yrkande från Grov- och Fabriksarbetarförbundet rörande glasbruksarbeterskors rätt att få fritt husrum, enligt kollektivavtalet. Genom att tolka ordalydelsen "alla vid bruket anställda arbetare" fastslog arbetsdomstolen att kollektivavtalet även omfattade kvinnor. Ett annat argument var det faktum att det i enstaka fall förekom att glasbruken gav kvinnor fritt husrum. Att det brast i partsviljan avseende denna tolkning bortsåg domstolens majoritet ifrån.

4.7.1 Likalönsprincipen – LO och den tyska lösningen

Lika lön för lika arbete är ett krav som accentuerades allt mer inom LO efter andra världskriget. Det är i första hand kvinnliga fackligt aktiva som väcker frågan om en rättvis lön genom motioner till förbundskongresser. Under perioden 1945 till 1960 läggs åtta motioner om likalönsprincipen fram enbart till Metallarbetarförbundets kongresser. Frågan om kvinnors löner fanns således med på den fackliga dagordningen, men i praktiken skedde intet i frågan förrän på 60-talet när kvinnolönetarifferna togs bort.[617]

Genom en överenskommelse mellan LO och SAF år 1960 började arbetet med att ta bort beteckningarna kvinna och man vid angivande av lönesatser i kollektivavtalen. Att det fanns en risk för att likalönsprincipens införande skulle innebära en försämring av männens löner kom till uttryck i debatten inom LO. För att undgå detta problem valde fackföreningen den "tyska lösningen". Genom att införa ett nytt klassificerings-

[616] AD 1933 nr 78 s. 352.

[617] Se Svensson, L, 1997 s. 39. I SOU 1997:136. Svensson menar att förutsättningarna för att omsätta teori i praktik fanns först vid denna tid d.v.s. när utbud och efterfrågan sammanföll. Inom vissa kvinnointensiva branscher sköts genomförandet upp till 1967.

system hamnade de kvinnligt märkta arbetsuppgifterna i grupp C och därmed bestod de strukturella löneskillnaderna.[618] Kön, som differentieringsgrund, byttes ut mot en könsneutral bokstav. Gunhild Kyle visar genom fallstudier att kvinnors löner verkligen utgick från att deras arbetsuppgifter C-märktes.[619] Ingvar Ohlssons studie av kongressmaterial från Fabriksarbetarförbundet ger samma resultat.[620] Som jag tidigare har beskrivit använde staten samma metod i samband med att kvinnor 1925 fick behörighet till högre statliga tjänster.[621] Det fanns också expanderande branscher där motståndet mot likalöneprincipen inte var lika starkt och till dessa hörde verkstadsindustrin och bilindustrin. Efterfrågan på arbetskraft gjorde att kvinnors relativlöner steg och avskaffandet av kvinnolönetarifferna kan ha tjänat som medel för detta.[622]

När principen om lika lön för lika arbete slagit igenom i kollektivavtalen på LO-området kunde ILO:s likalönekonvention från 1951 ratificeras av den svenska riksdagen.[623] Det nya klassificeringssystemet ansågs ej strida mot konventionen. Ruth Nielsen beskriver den likartade utvecklingen mot lika lön i Danmark som en rättsutveckling som var en rättsavveckling. Det krävdes inga nya regler utan enbart att man slutade att särbehandla kvinnor.[624] För de kvinnor som inte utförde samma arbete som männen fick denna justering av kollektivavtalen ringa betydelse.

Då liksom nu var den svenska arbetsmarknaden könssegregerad och kvinnor och män arbetade med olika arbetsuppgifter med olika givna värden.[625] Gjordes det då inga försök att omvärdera det arbete som ansågs typiskt kvinnligt och det som ansågs vara typiskt manligt? Jag har hos forskarna endast funnit ett refererat fall av försök till en könsneutral

[618] Kyle, 1979 s. 69 ff. Klassificeringssystemet ABC är i stort sett identiskt med det västtyska systemet och Gunhild Kyle visar genom argumentationsanalys att LO:s företrädare medvetet valde den "tyska lösningen". Männens position var annars hotad. I Väst-Tyskland hade klassificeringssystemet ändrats så att att kvinnors arbetsuppgifter hamnade i de lägsta löneklasserna. Detta ansågs inte strida mot Genèvekonventionen. Se även Rubery och Fagan, Wage Determination and Sex Segregation in Employment in the European Community. Network of Experts on the Situation of Women in the Labour Market. 1994 suppl 4. Författarna tar upp den tyska lösningen där begreppen "tunga" och "lätta" arbeten blev synonyma med manliga och kvinnliga arbeten.

[619] A.a. (Kyle) s. 247 f.

[620] Ohlsson, 1993 s. 160. Uppgiften är från 1971. Enligt avtalet var kvinnor inplacerade i lägre lönegrupper.

[621] Se kapitel 3.5.

[622] Svensson, L, 1997 s. 40. I SOU 1997:136.

[623] SOU 1978:38 s. 109.

[624] Nielsen, 1979 s. 212 f.

[625] Graden av könssegregering på en arbetsmarknad kan mätas utifrån en icke-segregerad arbetsmarknad. När kvinnor finns andelsmässigt i ett specifikt yrke eller en sektor i samma tal som de utgör av hela arbetsstyrkan är den ej segregerad. Se Karlsson, 1985 s. 24.

arbetsvärdering. Kyle beskriver ett försök som genomfördes i Uppsala av en kommunal kommitté. Försöket presenterades på en arbetsmarknadskonferens år 1951. Resultatet av värderingen blev att arbeten som var lågavlönade värderades upp i förhållande till arbeten som var högre avlönade. Kvinnors och mäns arbetsuppgifter fick nya värden. Efter en remissomgång där lönenämnden konstaterat att det inte var möjligt att förändra lönestrukturen för närvarande "stoppades förslaget i skrivbordslådan".[626]

4.7.2 Det statliga och kommunala avtalsområdet

Först 1939 blev likalöneprincipen verklig för de statligt anställda. Kvinnorna fick då rätt till det sista ålderstillägget och 1947 infördes denna princip även för lärare inom det statsunderstödda kommunala skolväsendet. I 40 år tillämpades en orättfärdig och öppen behovsprincip för folkskollärare, därefter levde behovsprincipen kvar i en mer dold mening. Den yrkesgrupp inom skolans värld som var mest kvinnodominerad var småskollärayrket – skillnaden mellan de olika lärarkategoriernas löner var avsevärd.[627]

Till 1946 års riksdag motionerade samtliga riksdagens kvinnor gemensamt om att ta bort könskodningen inom det statliga lönesystemet och därmed genomföra likalöneprincipen i praktiken.[628] Motionen avstyrktes av utskottet, men en debatt fördes ändock i riksdagen då reservanterna hade ställt krav på en utredning i frågan. Denna utredning, Lika lön för kvinnor och män i det statliga lönesystemet, kom först år 1953.[629] En av motionärerna försökte dämpa könskonflikten genom att framhålla att införandet av likalöneprincipen i praktiken kunde tänkas ske i etapper. En annan av motionärerna kritiserade utskottets utlåtande och menade att det inte skulle vara "någon större olycka" om staten föregick med gott exempel i denna fråga.[630] Det blev allt tydligare att allt fler riksdags-

[626] Kyle, 1979 s. 72 f. Kyle hämtar sina uppgifter från Hamrin-Thorell, Ruth, Reflektioner kring Uppsala-undersökningen om arbetsvärdering. 1952. Denna primärkälla har jag ej lyckats vaska fram.

[627] Se SOU 1953:18 s. 102. Dessa låg 8 lgr under folkskollärarna.

[628] 1946 års riksdag AKI motion nr 62 samt AKII motion nr 124. Hemställan löd "att riksdagen ville besluta en sådan omarbetning av det statliga avlöningssystemet, att likalönsprincipen kommer till full tillämpning samt att i samband härmed de såsom typiskt kvinnliga ansedda tjänsterna inordnas i tjänsteförteckningar efter en rent kvalitativ uppskattning av arbetets värde med bortseende från befattningshavarens kön".

[629] SOU 1953:18.

[630] Se AKI 1946 protokoll nr 19 s. 69 f. Utskottet uttryckte oro för att staten som arbetsgivare skulle driva upp kvinnolönerna på den privata arbetsmarknaden.

män, från alla partier, insåg att kön inte var en legitim grund för lönesättning. Principen lika lön för lika arbete (samma befattning) kan anses ha uppnått acceptans vid denna tid. Men att acceptera en princip ideologiskt är inte detsamma som att våga fatta politiska beslut. Principen om lika lön omdefinierades till en låglönefråga och som sådan kom den att hamna inom förhandlings- och avtalssystemet.[631] Lönebildningen på det statliga och kommunala området blev från och med 1965 en förhandlings- och avtalsfråga, i och med att organisationerna i den offentliga sektorn fick rätt att vidta stridsåtgärder och att sluta kollektivavtal.[632]

4.8 Delsammanfattning

Det som präglade inledningen av perioden 1930–1970 var kvinnors flykt från jordbruks- och hushållsarbete. Mönstret var att kvinnor i första hand sökte sig till den växande tjänstesektorn, såväl den privata som den offentliga och inte till industrin. Synen på framförallt gifta kvinnors förvärvsarbete var beroende av efterfrågan på deras arbetskraft. På 30-talet fördes en hätsk kampanj där kvinnors rätt att över huvud taget lönearbeta ifrågasattes, samtidigt bedömdes de som 'god' och billig arbetskraft. Under andra världskriget fick kvinnor tillfälligt ersätta män på arbetsuppgifter som var starkt könskodade. När männen kom tillbaka från mobiliseringen återgick förhållandena till det normala och spårvagnen framfördes återigen av en man. Under 60-talet ökade efterfrågan på arbetskraft i industrin och kvinnlig arbetskraft föredrogs framför arbetskraftsinvandring.[633]

Under denna period förändras synen på genusrelationen från en ideologi som bygger på segregering till en ideologi som grundas på integration. Ideologin skiftar från ett kvinnoideal med kvinnan som mor och maka, frivilligt underställd mannen i hans egenskap av familjens överhuvud och försörjare – till ett framväxande ideal om kvinnan och mannen som jämställda som föräldrar, makar och lönearbetare. Enförsörjarnormen och familjeförsörjarlönen får anses ha fått fotfäste som ideologi inom alla samhällsklasser vid sekelskiftet. Under perioden slog tanken om en familjeförsörjarlön rot på det praktiska planet. Den nådde sin kulmen på 50-talet, vilket fick till resultat att relativlönerna steg.[634] Ideologi och empiri är dock inte samma sak och inom den statliga sektorn fanns det

[631] Se riksdagsdebatten exempelvis AKI 1946 protokoll nr 19 s. 76.
[632] Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt. 1997 s. 61.
[633] Kyle, 1979 s. 230 f.
[634] Se Greiff, 1992 s. 140 och 234. Undersökningen av löneavtalen inom kontorsbranschen visar att "Man fick löneförhöjning om man gifte sig".

arbetsplatser, där gifta kvinnor var i majoritet bland de anställda kvinnorna.[635]

De fackliga organisationerna får under perioden en allt mer central roll när det gäller arbetsmarknadsfrågor. De hade sedan efterkrigstiden varit en maktfaktor genom att medverka i den normskapande verksamheten, i första hand avtalsvägen men även lagstiftningsvägen. Samförståndsandan och harmoniseringssträvanden förde fackliga förhandlare och arbetsgivare närmare varandra och tillsammans kunde man enas om att kvinnorna själva skulle bära kostnaden för reproduktionsrollen. Intressealliansen institutionaliserades. Enligt de fackliga företrädarna fick kvinnors krav på jämställdhet och lika lön inte gå ut över männen och arbetarklassen. För de privata arbetsgivarna var förutsättningen för lika lön för lika arbete att arbetstagare av olika kön hade samma kostnadskalkyl.[636]

Det var i första hand på det statliga området som diskussioner om vad som var en rättvis lön fördes under denna tid. Utgångspunkter skulle vara prestation, behov och kompetens. Högre manslöner motiverades ända sedan sekelskiftet med att mannens uppgift var att försörja familjen. Män kunde induktivt få könstillägg och forfarande värderades mäns arbete högre a priori enbart för att det utfördes av män. Principen om lika lön för samma befattning oavsett kön uppnådde acceptans efter andra världskriget. På den privata delen av arbetsmarknaden togs kvinnolönetarifferna bort och den formella könskodningen byttes ut mot en informell kod. Kvinnors och mäns arbetsuppgifter ansågs inte lika.

Gifta kvinnors arbete i det 'egna' jordbruket räknades från och med 60-talet som förvärvsarbete. Fokuseringen på lönearbetet som norm ledde samtidigt till att kvinnors hemarbete allt mer kom att osynliggöras och nedvärderas.[637] Principen om lika lön för lika arbete fanns som en del i den solidariska lönepolitiken. Men det var framförallt den ökade efterfrågan på kvinnors arbetskraft som ledde till relativa löneökningar. Lars Svensson visar att det skedde en "(m)ycket kraftig förändring av kvinnors relativlöner" från år 1961. Denna trend fortsatte och stod sig även under 70-talet, även om relativlöneökningen inte var lika kraftig som under 60-talet.[638] Orsaken till de minskade löneskillnaderna var dels förändringar i lönestrukturen, dels förändringar i sysselsättningsstrukturen.[639]

[635] Se Nilsson, 1996 s. 240. Nilsson kritiserar Hirdmans beskrivning av perioden som präglad av hemmafrukontraktet.
[636] Kyle, 1979 s. 84 och s. 96.
[637] Se Nyberg, Anita, Tekniken – kvinnornas befriare? Hushållsteknik, köpevaror, gifta kvinnors hushållsarbetstid och förvärvsdeltagande 1930-talet–1980-talet. 1989.
[638] Svensson, L, 1997 s. 16 f. I SOU 1997:136.
[639] A.a. s. 20.

5 Jämställdhet som ideologi 1970 och framåt

5.1 Inledning

Välfärdsstatens arbetsmarknadspolitik kan ses ur ett genusperspektiv utifrån föreställningen om kvinnan som den 'svagare' och 'irrationella' parten, och hennes relationer till man, stat och marknad. Blicken kan också riktas mot föreställningen om mannen som den 'starka' och 'rationella' parten. Relationen mellan mannen och staten, eller parterna på arbetsmarknaden kommer då att synliggöras och visa på ett "symbiotiskt och ömsesidigt beroende."[640] Staten har successivt åtagit sig skyldigheten att genom lagstiftning skapa möjligheter för mannen att försörja sin familj. Utan olika former av ekonomiska bidrag från staten såsom barnbidrag, bostadsbidrag och socialbidrag skulle inte reproduktionsbehoven ha kunnat uppfyllas. Den latenta funktionen av detta stöd är att kvinnors särskilda arbetsvillkor och arbetsmarknader består – paradoxalt nog.[641] Dessa bidrag gör det möjligt för mannen att i vart fall på deltid 'hålla sig' med en hemmafru. I praktiken har mannens roll som familjeförsörjare institutionaliserats i kvinnors deltidsarbete.[642] I början av perioden når välfärdssamhället sitt högsta stadium. Den ekonomiska tillväxten avtar dock och grundvalarna för systemet ifrågasätts – välfärdsstaten är i ekonomisk kris.[643] Hur har denna kris påverkat kvinnors arbetsvillkor och möjligheter till ekonomiskt oberoende?[644]

[640] Hirdman, 1994b s. 75.

[641] Jfr Nyberg, 1997 s. 29. I SOU 1997:87.

[642] Hartman, Heidi, Kapitalismen, patriarket och könssegregation i arbetet. 1981. I Kvinnovetenskaplig tidskrift 1981 nr 1-2.

[643] Municio Larsson, Ingegerd, Har det svenska folket råd med alla sina barn? 1997 s. 115. I SOU 1997:115. Municio konstaterar att industrisamhällets kris framställs som välfärdsstatens kris.

[644] I Kvinnovetenskaplig tidskrift, Välfärd och ofärd, 1990 nr 2 granskas välfärdssamhället ur feministisk synvinkel.

5.2 Villkorligt frigiven[645] – från hemmafru till deltid

Hemmafruidealet ersätts under denna period med den deltidsarbetande kvinnan som norm. Under 70-talet ökade kvinnors andel av arbetskraften från 40 till 45 procent, men hela ökningen bestod av deltidsarbete. Av den totala andelen kvinnor som lönearbetade arbetade 46 procent deltid.[646] Kvinnors förvärvsfrekvens ökade successivt och den utgjorde 1995 80 procent av alla kvinnor i så kallad arbetsför ålder. 1999 var det relativa arbetskraftstalet för kvinnor 78 procent. Kvinnor utgör idag också nästan halva arbetskraften på den svenska arbetsmarknaden. 1995 arbetade närmare 40 procent deltid, men minskningen av kort deltidsarbete, mindre än 20 timmar/vecka, var markant.[647]

Fler kvinnor fick dubbla roller som hemarbetande och lönearbetande, medan mannen fortfarande hade kvar sin huvudroll, lönearbetarrollen. Den stora gruppen deltidsarbetande kvinnor, som ökat på 60-talet, blev den nya reservarmé som till ett lågt pris kunde rycka in vid mer eller mindre regelmässigt återkommande arbetstoppar. Under denna period blev kvinnor som arbetskraft en del av lönearbetsideologin – först när kvinnor lönearbetade (deltid) kunde målet full sysselsättning nås.

Andelen heltidsanställda kvinnor ökade under 80-talet och samtidigt ökade andelen tidsbegränsade anställningar och arbetslösheten såväl bland kvinnor som män.[648] Den flexibla arbetsstyrkan tycks alltid vara konstant, men formen för dess organisering varierar. Om vi ser till genusrelationen är kvinnors deltidsarbete ett framförhandlat kontrakt – mer eller mindre frivilligt – där de särskilda avtalsvillkoren är en av förutsättningarna för mäns heltidsarbete.[649] Deltidsarbetet kan också ses som en "könskonstruerande faktor" på arbetsmarknaden. På kvinnors arbetsmarknader är utbudet till stora delar deltidstjänster och tidsbegränsade tjänster till en låg lön.[650] Deltidsarbetet sågs på 70-talet som ett medel för att kvinnors lönearbete skulle öka och för att öka jämställdheten.[651] Hirdman menar att husmoderskontraktet upphörde som norm 1965 och att perioden 1965–1975/80 domineras av jämlikhetskontraktet. Därefter sker

[645] Moberg, Åsa, Kvinnans villkorliga frigivning. 1961. Boken vållade en hätsk debatt i massmedia. Idag har boken fått ökad aktualitet. Har kvinnor som grupp en plats i det framtida arbetslivet, eller är kvinnors deltagande endast en historisk parantes? Är vi fortfarande villkorligt frigivna?

[646] Liljeström/Dahlström, 1981 s. 40.

[647] SCB, 1996 och 2000. Se Sainsbury/Nordgren, 1997 s. 7 och 12. I SOU 1997:115. Cirka 5 procent arbetade kort deltid 1995.

[648] SCB, 2000.

[649] Se SOU 1978:38 s. 36. Se Petersen, 1995 s. 171. Petersen skriver om begreppet livskvalitet. Se även Nyberg, 1997. I SOU 1997:87.

[650] Nyberg, 1997 s. 76. I SOU 1997:87.

[651] SOU 1976:7 s. 210.

ytterligare ett paradigmskifte och jämställdhetskontraktet är det nutida 'standardkontraktet'.[652] Detta kan möjligtvis gälla den normativa nivån, det vill säga det är politiskt korrekt att idag tala om ett genuskontrakt som karakteriseras av jämställdhet. På en empirisk nivå menar jag att det dominerande genuskontraktet är och har varit 'det dubbla kontraktet' bestående av för kvinnors del såväl hemarbete som yrkesarbete i olika proportioner under livscykeln.

Förutsättningarna för kvinnors lönearbete var en ökad offentlig sektor, den offentliga sektorn blev samtidigt många kvinnors arbetsplats – efterfrågan på arbetskraft och statens utbud av service löpte parallellt.[653] En välfärdssamhällelig arbetsdelning uppkom på den redan starkt könssegregerade arbetsmarknaden.[654] Kvinnors ökade lönearbete märks i första hand inom områdena för service och omsorg, exempelvis inom sjukvården, utbildningssystemet och socialvården. Tre fjärdedelar av de kvinnor som började lönearbeta på 60-talet gjorde det på kvinnodominerade arbetsplatser.[655] Någon diskussion om närande och tärande arbeten eller sektorer fördes inte i den expansiva fasen av välfärdssamhällets utveckling. När industrisamhället som produktionsform började fasas ut uppstod spänningar i det ekonomiska systemet och den offentliga sektorn blev en av de stora syndabockarna. En annan utpekad syndabock var den centrala lönebildningens påverkan på inflationen.

En ny norm – tvåförsörjarnormen – började tränga ut normen och myten om mannen som ensam familjeförsörjare. Hemmafrukontraktet förbleknade som normativt grundmönster.[656] Äktenskapet blev en delarbetsmarknad där det inte var, och ej heller ansågs vara, rationellt av kvinnor att välja karriären som hemarbetande på heltid. För att uppnå en hög levnadsstandard krävdes två inkomsttagare i ett hushåll, på grund av de effekter som exempelvis marginalskatterna kunde leda till. Att heltidsarbete är det eftersträvansvärda blir allt mer tydligt, trots att kvinnors

[652] Se Haavind, 1982. Se även Hirdman, 1994b s. 75.

[653] Se Esping-Andersen, Welfare States in Transition. 1996 s. 11. "(I)t was from start clear that suststained full employment, let alone the rise in women's employment would have to rely on public sector service jobs".

[654] Se Esping-Andersen, 1990 s. 223 f. samt s. 227. Författaren ser på välfärdsstaten utifrån utbuds- respektive efterfrågeteorin. Esping-Andersen varnar för för könskonflikten: "(t)he likelihood of a serious gender/sector-based conflict is high". Längre fram skriver Andersen, "(S)wedish social democracy can only hope that the bonds of marriage are strong enough to weather the storm of economic warfare".

[655] Gonäs, Lena och Lehto, Arja, Segregationen på arbetsmarknaden. 1999 s. 71. I (red) Gonäs/Plantenga/Rubery, Den könsuppdelade arbetsmarknaden – ett europeiskt perspektiv.

[656] Hirdman, 1998 s. 198.

deltidsarbete anses vara en förutsättning för mäns arbete.[657] Detta är bakgrunden till kravet på skattesubventionerade hushållstjänster under 90-talet. Genom köp av hushållstjänster skall framförallt de högt utbildade kvinnornas arbetskraft frigöras.

Kvinnor frigjordes också från ofrivillig graviditet. Att kontrollera kvinnors kroppar blev nödvändigt för att kunna förse arbetsmarknaden med ny arbetskraft, i dubbel bemärkelse. Hanne Petersen påpekar i en uppsats att det finns ett samband mellan tillgången på kvinnlig arbetskraft under 60- och 70-talen och möjligheten till att genom p-piller och aborter kontrollera barnafödandet.[658]

5.3 En politik för jämställdhet

Palmes kongresstal 1972 satte begreppet jämställdhet på den politiska kartan. Det socialdemokratiska partiet måste hävda kvinnors rätt till arbete, men detta kunde inte låta sig göras i ett orättfärdigt samhälle som var präglat av klasskillnader, nöd och fattigdom. Ideologiskt sågs målet om jämställdhet också som ett mål om jämlikhet. Kvinnofrågan länkades ihop med jämlikhetsfrågan och syntesen blev jämställdhet. Palme påpekade också i direktiven till jämställdhetsdelegationen att arbetet för jämställdhet mellan kvinnor och män måste förenas med en "(s)trävan till social utjämning i hela samhället".[659] Under perioden byttes också beteckningen ut på de fackliga ombud inom LO som sysslat med 'kvinnofrågor' – från kvinnoombud till jämställdhetsombud. De rättsliga reformer som kom på 70-talet hade som mål att få bort de formella skillnader som gav kvinnor respektive män särskilda rättigheter. Lagstiftningen skulle vara könsneutral och kön skulle inte ha betydelse för rätten till arbete. Könsneutralitet var också utgångspunkten för den jämställdhetslag som antogs 1979 och som skulle ge skydd mot könsdiskriminerande arbetsgivarbeslut.[660] Verkligheten släpade dock efter och först tio år senare, 1989, fick kvinnor genom ett riksdagsbeslut rätt att arbeta på samtliga tjänster i försvaret.

Tidigare hade den lagstiftning som direkt skyddade reproduktionen varit kvinnospecifik, som exempelvis rätten till moderskapsledighet. 1976 gjordes lagstiftningen könsneutral och benämndes föräldraledighet och

[657] Se Nyberg, 1997 s. 4. I SOU 1997:87. Mäns karriärer och övertidsarbete möjliggörs genom kvinnors deltidsarbete.
[658] Petersen, 1995 s. 152.
[659] SOU 1978:38 s. 27 f. Jämställdhetsdelegationen tillsattes 1972.
[660] Prop. 1978/79:175. Se avhandlingens del IV:1.1 där historiken kring jämställdhetslagens tillkomst beskrivs.

föräldraförsäkring.[661] Ersättningsnivåerna höjdes samtidigt. I praktiken är det en liten andel pappor som har utnyttjat denna nya rättighet. Om vi dyker ner under den könsneutrala ytan finner vi att rättigheterna i praktiken är kvinnospecifika.[662] I SAP:s familjepolitiska program framfördes år 1978 krav på en obligatorisk delning av föräldraledigheten i jämställdhetens intresse. Nu blev det istället en borgerlig regering som kom att ta konsekvenserna av att kvinnor och män i praktiken fördelade föräldraledigheten ojämlikt, genom att lägga fram lagförslaget om en pappamånad. Genom kvotering skall papporna uppmuntras att ta ut en liten del av föräldraledigheten.[663]

Jämställdhet som ideologi har också varit ett liberalt projekt.[664] Frågan om rättvisa mellan kvinnor och män blev allt mer en politisk fråga för Folkpartiet under 70-talet – som Hirdman uttrycker det "rättvisa på entreprenad".[665] De klassmässiga aspekterna kom därmed att ställas i bakgrunden. 90-talets jämställdhetspolitik beskrevs i en utvärdering som en form av social ingenjörskonst. Det står helt klart att jämställdhetspolitiken har drag av de politiska idéer som torgfördes av Alva och Gunnar Myrdal. Påbuden kommer uppifrån, av de som är mer upplysta, och jämställdhet – målet – framställs som uppnåbart. Det handlar bara om att öka de goda och rationella arbetsgivarnas och arbetstagarnas medvetenhet.[666]

5.4 Välfärdsstaten och jämställdheten

När begreppet välfärdsstat började användas är omtvistat. Ramarna för den svenska välfärdsstaten lades i det tal till 1928 års riksdag som Per-Albin Hansson höll om "folkhemmet". Välfärdsstaten kan sägas ha byggts med fyra delar: ett socialt försäkringssystem, social service, arbetsrättslig skyddslagstiftning och utbildning och hälso- och sjukvård i offentlig regi.[667] I sin praktiska utformning har välfärdssamhället byggt på kvinnors arbete i den offentliga sektorn. Målet med byggandet av välfärdsstaten var att öka den ekonomiska jämlikheten och sedermera också jäm-

[661] Lag (1976:280) om rätt till föräldraledighet.

[662] Dahlberg, Anita, Jämställdhetslagen som paradox och rekonstruktion. 1995 s. 28. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Dahlberg ser tre olika könsspecifika regler i föräldraförsäkringen; öppet, relationellt och i praktiken könsspecifika.

[663] Lag (1994:605) om ändring i lagen (1962:381) om allmän försäkring 3 §.

[664] Huruvida folkpartiet eller det socialdemokratiska partiet har patent på jämställdhetsideologin debatterades i DN under 1998.

[665] Hirdman, 1998 s. 166.

[666] Hagberg, Nyberg, Sundin, Att göra landet jämställt. 1995 s. 32. Makarna Myrdals tankar finns exempelvis i den 1934 utgivna boken, Kris i befolkningsfrågan.

[667] Se inledningen till Välfärdsstat och lönearbete (red.) Furåker, Bengt, 1989 s. 7.

ställdheten. För att kunna uppnå detta mål måste alla beredas arbete. Medel för att uppnå full sysselsättning blev en aktiv arbetsmarknadspolitik, som efter hand också kom att omfatta kvinnor.[668] Störst betydelse för kvinnors ekonomiska jämställdhet har det egna lönearbetet haft. Inkomst av ett lönearbete har gett kvinnor nya sociala rättigheter, som exempelvis rätten till ersättning från arbetslöshetskassan.[669] Genom förändringar i reglerna för arbetslöshetsersättning försämrades 1995 deltidsarbetandes möjlighet att tilläggsstämpla, vilket ledde till arbetslöshet framförallt bland kvinnor.[670] Att heltidsarbete är den eftersträvansvärda normen framgår också av 1997 års ändringar i lagen om anställningsskydd, LAS. Genom en ny regel, 25 a §, ges deltidsarbetande företräde till mer arbetstid.[671]

Den svenska socialpolitiken som den började utvecklas under 30-talet utgick från universalprincipen. Medborgarskap blev avgörande inte civilstånd. Kvinnor och män ansågs likvärdiga som medborgare och det statliga ekonomiska stödet i samband med barns födelse betalades i olika former ut direkt till kvinnan. I många andra länder betalades denna typ av stöd till familjens överhuvud – mannen. Universalismens införande i socialförsäkringssystemet, ledde inte enbart till jämlikhet utan också till jämställdhet. Kvinnor behandlades som individer och inte som en del av en familj.[672] I grunden gjordes heller ingen skillnad mellan betalt och obetalt arbete, men individen sågs som potentiell lönearbetare och lönearbetsideologin har blivit allt starkare som grund för samhällets ordning.[673]

I ett samhälle som bygger på en tvåförsörjarnorm måste någon annan ta hand om barnen. Lösningen i välfärdssamhället blev kommunal barnomsorg och 1985 fattade riksdagen beslutet, att alla barn över 1 och ett halvt år skulle erbjudas daghemsplats senast år 1991. Detta mål har inte förverkligast av landets kommuner och på nittiotalet är det fortfarande en ojämlik fördelning av barnomsorgsplatserna. 1962 infördes den nioåriga obligatoriska grundskolan. Skolsystemet är avseende högre utbildning, segregerat efter kön, klass och etnicitet. Den våg av friskolor som bildats under 90-talet förstärker framförallt den på klass grundade segregeringen.[674] Idag står all utbildning öppen för båda könen, men valet skiljer sig åt mellan flickor och pojkar. I första hand är det flickor som anses välja

[668] Sainsbury/Nordgren, 1997 s. 7 not 1. I SOU 1997:115. På 70-talet var kvinnors andel i arbetsmarknadsutbildning 50 procent.

[669] A.a. s. 11 och s. 15. 1970 fick ca 20 procent ersättning och 1995 hade 80 procent av kvinnorna rätt till ersättning från A-kassan. Inkomstrelaterade förmåner har blivit allt viktigare i systemet.

[670] Se prop. 1994/95:99.

[671] Prop. 1996/97:16 En arbetsrätt för ökad tillväxt.

[672] Sainsbury/Nordgren, 1997 s. 14. I SOU 1997:115.

[673] Se Christensen, 1986b.

[674] SOU 2000:3 s. 120 och 124.

fel utbildning, vilket leder till att den könsuppdelade arbetsmarknaden består. Kvinnor har idag högre utbildning än män, men de har inte samma utbildning som män.[675] Detta är en anledning till att de inte får vad som anses vara 'riktiga' arbeten i det privata näringslivet.

Den arbetsrättsliga skyddslagstiftning som infördes under 70-talet var i första hand ett resultat av strukturomvandlingens effekter på männens del av arbetsmarknaden. Ändringar i lagstiftningen under 90-talet har totalt sett minskat anställningstryggheten och ytterligare ökat den numerära flexibiliteten. Bruket av otrygga anställningsformer har satts i system framförallt i den offentliga sektorn. På den svenska arbetsmarknaden ökade antalet tidsbegränsade anställningar under åren 1990–98 från 10 till 15 procent av det totala antalet anställningar.[676] Detta betyder också att de tidsbegränsade anställningarna ökade relativt sett, medan tillsvidareanställningarna minskade totalt sett. Av det totala antalet tidsbegränsade anställningar svarar kvinnors andel för över 60 procent. Enligt en undersökning var 50 procent av LO:s kvinnliga medlemmar i åldern 16–24 år tidsbegränsat anställda år 1996. Den vanligaste anställningsförhållandet var ett vikariat inom den offentliga sektorn.[677]

I propositionen, En arbetsrätt för ökad tillväxt, påtalades att det måste bli lättare för framförallt småföretagen att anställa. 1997 års lagändringar innebar att möjligheten till tidsbegränsade anställningsformer utökades, men samtidigt infördes en begränsning i användandet av vikariatsformen.[678] Med andra ord var det på den privata delen av arbetsmarknaden som tillväxten skulle ske och där måste den numerära flexibiliteten öka. Inom den offentliga sektorn rådde motsatt förhållande. Denna sektor hade minskat med 20 procent mellan 1990 och 1995[679] och den nya vikariatsregeln innebär i praktiken att arbetslösheten bland kvinnor kommer att fördelas mer rättvist. Innan kvalifikationstiden uppnåtts för en tillsvidareanställning byts vikarien utan mot en annan vikarie. Det finns två sätt var på antalet offentliga anställningar har minskat: det första är neddragning av verksamheten, genom rationalisering och försämrat utbud – det andra är genom privatisering av offentlig verksamhet. Av betänkandet, Välfärd vid vägskäl, framgår att det är kvinnor i den offentliga sektorn, som har drabbats hårdast av förändringarna på arbetsmarknaden.

[675] SCB, 2000.

[676] SOU 2000:3 s. 199. Överrepresenterade bland de tidsbegränsat anställda är även utrikesfödda.

[677] Se Wikman/Andersson/Bastin, Nya relationer i arbetslivet – en rapport om tendenser mot flexibla marknadsrelationer istället för permanenta anställningsrelationer. 1998. Se även LO, Klass och kön 1995. 1995 s. 25.

[678] Prop. 1996/97:16.

[679] Sainsbury/Nordgren, 1997 s. 14. I SOU 1997:115.

Kvinnor har mer fysiskt ansträngande arbeten än män och deras psykosociala arbetsmiljö har försämrats. Kvinnors arbeten är mer psykiskt ansträngande och det faktum att arbetsintensiteten har ökat, medför att kvinnors arbeten har blivit "jäktiga", något som inte har drabbat männens arbetsmarknad.[680]

5.5 Inkomster och löneskillnader

I Kvinnomaktutredningens (97–98) olika delbetänkanden studerades utifrån olika perspektiv skillnader i kvinnors och män ekonomiska makt. En av frågorna som ställdes var om kvinnor och män i välfärdssamhället är ekonomiskt jämställda. En annan fråga var: Varifrån får de sina inkomster från marknaden eller från välfärdsstaten?[681] Jämfört med 70-talet har den ekonomiska jämställdheten ökat och kvinnor får på 90-talet en större andel av den totala lönesumman. 1975 var andelarna 30 respektive 70 procent och 1994 hade kvinnors andel stigit till 40 procent.[682] Om en jämförelse görs mellan heltidsarbetande kvinnors och mäns arbetsinkomster visar det sig att männens inkomster har ökat mer än kvinnornas från 1975 till 1995, ca 18.000 kr jämfört med ca 16.000 kr. De största löneskillnaderna finns mellan högavlönade kvinnor och män. I denna lönegrupp hade kvinnor en inkomst som var mellan 68 och 73 procent av männens år 1995.[683]

I välfärdsstatsideologin ligger att en utjämning skall ske mellan olika grupper genom olika typer av transfereringar. Dessa kan var lönerelaterade och beskattningsbara eller försörjningsrelaterade och behovsprövade och 'skattefria'. Lönerelaterade bidrag är exempelvis avtalspensioner och sjukpenning, medan exempelvis bostadsbidrag och bidragsförskott är behovs- och försörjningsrelaterade. Eftersom män har högre inkomster får de en större andel av de inkomstrelaterade bidragen, medan kvinnor får en större andel av den andra typen av bidrag. I den analys som Anita Nyberg gjort av välfärdsstatens transfereringar finns en mycket viktig poäng. Kvinnor får en större del av de behovs- och försörjningsrelaterade bidragen, men det är också fler som skall försörjas med dessa bidrag. Om detta förhållande tas med i beräkningarna är skillnaden mellan kvinnor och mäns inkomster från välfärdsstaten i det närmaste obefintlig. Kvin-

[680] SOU 2000:3 s. 184 och 204. Antalet anställda inom sjukvård och äldreomsorg har minskat med 75.000 från 1990 till 1998.
[681] Nyberg, 1997 s. 5. I SOU 1997:87.
[682] A.a. s. 17.
[683] A.a. s. 27.

nor är således inte mer beroende av välfärdsstaten än män, i praktiken, och jämfört med 70-talet är det framförallt männens beroende som har ökat.[684]

Även skattesystemet har förändrats i syfte att dels uppmuntra kvinnors lönearbete, dels utjämna inkomstskillnaderna mellan löntagare. Stora delar av välfärdssystemet har också finansierats genom skattesystemet. 1971 infördes särbeskattning mellan gifta kvinnor och män.[685] Det förvärvsavdrag som gifta kvinnor haft rätt till sedan 1920-talet togs bort. Lars Svensson menar att kontentan av särbeskattningen blev att utbudet av gifta kvinnors arbetskraft ökade. Marginaleffekten av kvinnors arbete minskade i förhållande till motsvarande för män.[686] Skattereformen 1990/91 innebar att de transfereringar som genomförts genom förvärvsavdrag och skattereduktion togs bort ur skattesystemet. Direkta bidrag skulle ersätta avdragsrätten som tidigare baserats på försörjningsbörda.[687] Kvinnors positioner i välfärdssamhället har försämrats genom minskad progressivitet i inkomstbeskattningen och i kombination med de nedskärningar som gjorts i förmånssystemen. Fattigdomen har feminiserats i det svenska välfärdssamhället.[688] Systemskiftet på 90-talet har lett till att bidragsberoende och risken för fattigdomsfällor har ökat.[689]

5.6 Delsammanfattning

Att sammanfatta denna period från 1970 och en obestämd bit in på nittiotalet är inte helt enkelt – väldigt stora förändringar har skett på kort tid. Historien har accelererat och det blir allt svårare att se mönstren, vilket också beror på att detta ännu inte är historia. Några mönster är dock helt klara. För det första är kvinnor idag arbetstagare om än atypiska sådana. De arbetar i stor utsträckning deltid, är tidsbegränsat anställda och de arbetar i hög grad inom service och vårdyrken. Kvinnors arbetsuppgifter är också lägre värderade än männens. Det finns fortfarande löne-

[684] A.a. s. 35 och 37.

[685] Se SOU 1995:104. Se Hirdman, 1998 s. 184 f. Hirdman är kritisk till särbeskattningens effekter för LO:s medlemmar. Materiellt sett var detta en medelklassreform.

[686] Svensson, L, 1995 s. 49.

[687] Gunnarsson, 1995 s. 186. Se även Nyberg, 1997 s. 40. I SOU 1997:87. Nyberg ifrågasätter om skattereformen var könsneutral relaterat till att män har högre inkomster och då utjämningseffekterna har minskat.

[688] Gunnarsson, Åsa och Stattin, Chris, Jämställdhetsnormen i skatte- och socialrätten. 2000 s. 12. Manusversion 07.

[689] Se Gunnarsson, Åsa, The autonomous taxpayer and the dependent caregiver: the effects of the division between tax and social law. 2000. I (red) Nousiainen m.fl., The Responsibles Selves.

skillnader som inte kan förklaras med något annat än könsfaktorn. Men kvinnorna har inte som det befarades lämnat arbetsmarknaden som ett resultat av den permanent höga arbetslösheten. Rationaliseringar och nedskärningar på den offentliga arbetsmarknaden har dock kraftigt försämrat kvinnors arbetsmiljö. Kvinnor lämnar idag arbetsmarknaden tillfälligt eller permanent på grund av sjukdom och arbetsskador. Arbetsmiljömässigt är det rationellt att återigen välja äktenskapskontraktet.

Männens arbetsmarknad har i högre grad drabbats av arbetslöshet och de som har ett arbete förväntas arbeta mer. Kravet på arbete utöver den fastställda arbetstiden har gjort manliga arbetstagare allt mer beroende av kvinnors oavlönade hemarbete.[690] Tvåförsörjarnormen har som grund att den ena parten arbetar deltid, och detta mönster finns kvar med den förändringen att det korta deltidsarbetet har minskat markant. Välfärdssamhällets genuskontrakt är framförhandlade under dessa premisser.[691]

[690] Nyberg, 1997 s. 30. I SOU 1997:87 s. 4.
[691] Jfr Hirdman, 1994b s. 75.

6 Sammanfattande kommentar del II – skilda världar skilda värden

Kvinnors och mäns arbetsvillkor har varierat över tiden och ett stort antal faktorer har påverkat föreställningen om relationen mellan könen och genuskontraktens utformning. Avsaknaden av män under och efter perioder av krig påverkade mycket radikalt kvinnors ställning. Ekonomiska kriser, lågkonjunkturer men också demografiska förändringar har gjort avtryck i kvinnors livsvillkor. Förändrade produktionsförhållanden, strukturrationaliseringar, men också de rådande idésystemen ledde fram till såväl försämringar som förbättringar för kvinnor.[692] Det finns också ett klart samband mellan utbud och efterfrågan på arbetskraft och kvinnors ställning på arbetsmarknaden.[693]

Genomgående i denna historiska översikt framgår ett mönster. Kvinnors deltagande i lönearbete präglas av att de inte är män. Kvinnors arbetsvillkor präglas av att de förutsätts ha en särskild uppgift i att reproducera mänskligheten och därmed arbetskraften. Kvinnor och män har haft olika plikter – männens plikt har varit att enbart lönearbeta, medan kvinnors plikt har varit dels lönearbete, dels reproduktivt arbete. Många kvinnors liv har kännetecknats av detta dubbla kontrakt. Även de kvinnor som liknat männen, de ogifta, de barnlösa, har setts som presumtiva mödrar och har därmed hindrats att delta och konkurrera 'på männens villkor' på arbetsmarknaden. Denna dikotomi att dela upp samhällslivet i produktivt respektive reproduktivt arbete, eller som vi också kan uttrycka det, i sfärer, den offentliga och den privata, är ett genomgående drag i historien. Mannen tillhör en värld och kvinnan en annan – detta är det tydliga segregationsmönstret. Samma mönster återspeglas på arbetsmark-

[692] Se inledningen till Sjöstedt, Lise (red.), Kvinnornas historia: den osynliga historien. I denna sammanställning av FRN-konferensen i april 1993 visar forskarna att kvinnans utvecklingen av kvinnans rättsliga ställning ej kan beskrivas linjärt utan det handlar snarare om en "berg- och dalbane"- utveckling.

[693] Svensson, L, 1997. I SOU 1997:136.

naden från Olaus Magnus beskrivning av arbetsdelningen i 1500-talets bondesamhälle till dagens post-industriella samhälle – kvinnor och män har varit och är fortfarande åtskilda i den offentliga sfären.[694] Könskodningen kom formellt till uttryck i det statliga befattningssystemet, i löne-reglementena och i kollektivavtalets kvinnolönetariffer. Tarifferna ändrades sedermera till bokstavskombinationer och kvinnors arbetsuppgifter hamnade i grupp C. En mer informell könskodning uppstod. Könskodningen kan förändras över tiden: "Människor kodar yrken som manliga eller kvinnliga utifrån sin egen, kulturellt specifika tolkning av genus. När ett yrkes genuskodning förändras kan det vara resultatet av förändringar såväl i arbetets innehåll som i de föreställningar om genus, som bildar den kulturella tolkningsramen."[695]

Utifrån vilka principer har kvinnor och mäns arbete värderats under dessa århundraden? Från medeltiden fram till dess att liberalismen och socialismen fick ett ideologiskt fäste sågs kvinnor som arbetskraft. Reproduktion och produktion var integrerat i bondesamhället, men kvinnan var inte ens den "Andra" – hon var en del av en mans egendom, faderns eller makens. Som träl såldes hon tillsammans med mannen och blev två mäns egendom.[696] Hon tillhörde en integrerad produktionsenhet och var ett nödvändigt kugghjul utan vilket enheten inte kunde drivas. Värderingen av kvinnans arbete blev en värdering av denna enhet.

Fram till 1803 var relationen mellan kvinnors och mäns löner 50–50 eller 30–70. Om könsfaktorn tas bort rörde det sig i första hand om ett prestationslönesystem. Samtidigt fanns det för de så kallade besuttna klasserna ett behovslönesystem.[697] Även förekomsten av naturaförmåner var relaterat till kön och kvinnor och män ansågs ha olika stora behov.[698] Kvinnors behov förutsattes vara lägre, oavsett om de var familjeförsörjare eller inte – de sågs som presumtivt försörjda. Män sågs som presumtiva försörjare, oavsett om de hade någon att försörja eller inte, vilket utgör en form av statistisk diskriminering – byggt på generella antaganden och inte på empiri.

En annan värderingnorm har frågan om kompetens varit. Mäns kompetens har alltid värderats högre än kvinnors och under lång tid var kvinnor också utestängda från att erhålla denna särskilda kompetens, genom exempelvis skråordning och begränsade utbildningsmöjligheter. Lena Sommestads analys av mejeriyrkets förändring visar att det inte går att på ett enkelt sätt förklara männen snabba frammarsch inom ett yrke, som

[694] Vilket också kan vara ett mönster i den privata sfären.
[695] Sommestad, 1992 s. 214
[696] Naturligtvis kunde även rika kvinnor äga trälar.
[697] Kyle, 1979 s. 52 f.
[698] Om familjeförsörjarlönen se SOU 1953:18 s. 140.

genom århundraden utförts av kvinnor. Inte heller kan deras dominerande ställning på överordnade positioner förklaras med att de var bättre utbildade och hade en högre grad av kompetens. Visst spelade kompetens roll "(m)en det var mäns givna företräde till överordnade positioner – i egenskap av män – som utgjorde den grund utifrån vilken kompetensskillnader utvecklades och värderades."[699]

Tvåförsörjarnormen har gradvis återigen[700] tagit över normen om mannen som familjeförsörjare, men samtidigt ses mannens inkomst som huvudinkomsten och män kan fortfarande erhålla högre löner på grund av föreställningen om mannen som familjeförsörjare. I utredningen Roller i omvandling, från 70-talet, finns en redogörelse för olika faser i familjens utveckling. Relaterat till arbetsmarknaden har utvecklingen gått från den mångfunktionella familjen (typisk för industrialiseringsperioden), den asymmetriska familjen (kvinnan är husmor mannen är försörjare), tvåförsörjarfamiljen (där bara kvinnan har dubbelarbete) till tvåförsörjarfamiljen där båda har dubbelarbete – den jämställda familjen.[701] Att tvåförsörjarfamiljen inte är per definition en jämställd familj visar 90-talets kvinnomaktutredning. Empiriskt har normen för många kvinnor under den undersökta perioden präglats av att arbetet i den produktiva sektorn – lönearbetet – har kombinerats med arbete i den reproduktiva sektorn – hemarbetet. Kvinnors arbete har sålunda alltid präglats av en heltidsnorm totalt sett. Fortfarande är det kvinnorna som dubbelarbetar.[702]

Det har setts som en tradition att betala kvinnor låga löner (lättare arbete, lägre behov) och prestigetanken har lönat män (tyngre arbete, större behov). Teorin om genussystemet är i hög grad applicerbar på fenomenet lönediskriminering sett i ett längre historiskt perspektiv. Kvinnors arbetsvillkor har präglats av isärhållningen mellan könen och mannen som norm. Arbetsmarknaden är och har varit könssegregerad, såväl horisontellt som vertikalt, och arbetet värderas utifrån att kvinnor inte är män. I det rättsliga materialet i form av landsskapslagar, legostadgor, förarbeten och kollektivavtal kommer värderingen av kvinnors och mäns löner till uttryck. Mäns arbete värderades högre enbart för att det utfördes av män. De krav som växer fram under 1900-talets sista del, på lika lön för lika och likvärdigt arbete, är inte enbart lönekrav utan även krav på att genuskontrakten måste omförhandlas. I så måtto blir i vidare bemärkelse likalöneprincipen en jämställdhetsfråga, men historiskt sett är det en rättig-

[699] Sommestad, 1992 s. 178.

[700] Enförsörjarnormen kommer först på 30-talet och kommer starkast till uttryck under 50-talet. Tidigare var det inte bara en nödvändighet att arbete för kvinnor utan också en skyldighet.

[701] SOU 1976:71 s. 188 f.

[702] SOU 1998:6.

hets- och rättvisefråga, en fråga om att få betalt för det arbete som utförs oavsett kön – en möjlighet att försörja sig själv. Kravet på lika lön uppkom när kvinnor och män integrerades i industri och tjänsteproduktion. En hypotes är att kravet på lika lön för likvärdigt arbete uppkommer i samband med att kvinnor ser på sig själva i första hand som yrkesarbetande och som en konsekvens av en starkt könssegregerad arbetsmarknad.

Grunden för nya genuskontrakt lades i byggandet av välfärdssamhället under 70-talet, då strukturen anpassades till det förhållandet att enförsörjarnormen övergavs. Alla forskare är överens om att de tjugo åren mellan 1965 till 1985 är en unik period i svenska kvinnors relativa löneutveckling. Löneskillnaderna mellan kvinnor och män minskade med 20–25 procent för att sedan stagnera och under nittiotalet öka igen. Under samma period sker också den kraftiga ökningen, från 50 till 75 procent, av kvinnors förvärvsarbete.[703] Välfärdsstatens bas bestod av skattereformer, föräldraförsäkring, daghemsutbyggnad och transfereringar för övrigt i systemet. Över detta, och som en del av strukturen, växte lönearbetsideologin – med synen på individen, kvinna såväl som man, som i första hand lönearbetande. Samtidigt utvecklades jämställdhetspolitiken med synen på kvinnan och mannen som jämbördiga avtalsparter i förhållande till varandra. Kontrakten som förhandlats fram har dock haft brister och män är idag fortfarande beroende av en hemmafru på deltid för att kunna uppfylla sitt arbetskontrakt. Kvinnor som arbetar på den av nedskärningar och rationaliseringar präglade offentliga arbetsmarknaden är rationella när de väljer bort att lönearbeta på heltid. Välfärd har lett till ovälfärd för välfärdspersonalen – för kvinnorna.[704]

Utvecklingen har som vi kan se gått från formell särbehandling av kvinnor till informell särbehandling. Kvinnor och män är idag formellt sett jämställda, men reellt sett är kvinnors och mäns livsvillkor mycket olika. Trots att det enligt lag är förbjudet att diskriminera kvinnor på arbetsmarknaden är kvinnor och män inte jämställda när det gäller löner och anställningsvillkor. Sett i ett socialt sammanhang värderas kvinnors arbete fortfarande lägre än mäns arbete. Arbetsmarknaden präglas idag av värdediskriminering.

[703] Löfström, 1997b s. 16.
[704] SOU 200:3.

III

LIKALÖNEPRINCIPEN PÅ INTERNATIONELL OCH REGIONAL NIVÅ

1 Inledning

Jag har valt att disponera de följande två avsnitten med utgångspunkt från att den rättsliga regleringen kan beskrivas utifrån tre olika nivåer: internationell, regional och nationell nivå.[705] Med internationell nivå avser jag i första hand de normer som bildas genom internationella konventioner, antagna av FN och dess organ ILO. Denna del skulle också kunna benämnas som den folkrättsliga normeringen. Den regionala nivån består av den Europeiska gemenskapens regelverk – EG-rätten.[706] Även Europakonventionen om mänskliga rättigheter samt den Europeiska sociala stadgan kan ses som regionala rättskällor.[707]

Framställningen inleds med en redogörelse för de ILO-konventioner som legat till grund för likalöneprincipens materiella utveckling, såväl i EG-rätten som i svensk rätt. ILO-konventionerna analyseras i första hand i förhållande till nationell rätt. Hur införlivas konventionerna i svensk rätt? Vilka var skälen för att Sveriges riksdag först 1962 antog 1951 års likalönekonvention nr 100? Därefter följer ett kort kapitel om den Europeiska sociala stadgan. Europakonventionen om mänskliga rättigheter behandlas inte separat utan som en del av EG-rätten och svensk rätt.[708]

Undersökningen av likalöneprincipens utveckling och ställning i EG-rätten dominerar avsnittet. EG-rätten är en självständig rättsordning och samtidigt en del av den nationella rätten i medlemsstaterna. Syftet är att ge en översiktlig bild av EG-rättens rättskällor, deras rättsverkningar och de principer och rättsregler som anknyter till normeringen av likalöneprincipen. EG-domstolens tolkning av artikel 119 (numera 141) och likalönedirektivet, 75/117, står i fokus i framställningen av undersökningen.

[705] Ruth Nielsen använder orden "Internationalisering och regionalisering" av rätten i Västeuropa i boken Retskilderne, 1992 s. 22. Nielsen, H. K./Rehof, L. A. använder terminologin, global och regional, i boken International arbejdsret, 1998 s. 7. Begreppet global har dock en mer vidsträckt betydelse än begreppet internationell.

[706] Det gemensamma regelverket brukar benämnas l'acquis communautaire. Om begreppet se Nielsen, Ruth, EU-ret. 1996 s. 29. Se även Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, Europarättens grunder. 1999 s. 31.

[707] Se Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 1 f. Bernitz hänför dessa till Europarätten.

[708] Mål C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS mot Minister for Transport, Energy and Communications and others (1996) ECR I-3953.

EG-domstolen har i ett stort antal mål besvarat nationella domstolars frågor avseende tolkningen av gemenskapsrätten på detta område. Antalet fördragsbrottsmål med anknytning till likalöneprincipen är å andra sidan ringa.[709] I samband med tolkningen av likalöneprincipen har allmänna rättsprinciper som EG-rättens direkta effekt fått en särskild betydelse för att uppnå effektivitet i rättstillämpningen. Hur begrepp som exempelvis lön, direkt och indirekt diskriminering har tolkats är av central betydelse för undersökningen. Frågor som har anknytning till processen, såsom bevisbördans placering, bevisfrågor och domstolens funktion och befogenheter i förhållande till nationella domstolar, behandlas också. Processrätten är ett rättsområde där harmonisering i allmänhet inte har eftersträvats i någon högre grad, men området för jämlikhet mellan könen är ett undantag. Direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering, 97/80, får anses utgöra ett unikt, och kanske något okänt, avsteg från denna princip.[710] Frågan om vad som skall bevisas hör ihop med definitioner av begrepp som exempelvis indirekt diskriminering. Materiell rätt och bevisregler är i EG-rätten sammanvävda till en helhet, vilket har påverkat dispositionen.

Hypotesen som bildar utgångspunkt för rättsfallsanalysen är att EG-domstolen i sin juridiska argumentation är bunden av rådande könstrukturer. De teoretiska ramarna för analysen är teorierna om genussystem och normativa grundmönster. Den juridiska argumentationen analyseras utifrån de tre modellerna: normrationalitet, målrationalitet och avvägningsrationalitet. Hur argumenterar EG-domstolen när den tolkar principen om lika lön? Är domstolen nyskapande i förhållande till de normer som finns på arbetsmarknaden?

I nästkommande avsnitt IV behandlas nationell rätt i form av jämställdhetslagens regler om aktiva åtgärder och förbudet mot lönediskriminering. Denna uppdelning har gjorts för att på ett åskådligt sätt kunna beskriva det rättsliga materialet – systematiken är i sig inte någon värdering av de olika rättskällorna i förhållande till varandra.[711] Sveriges successiva anslutning till EU har dock inneburit att en ny normhierarki har uppstått.

[709] Förstainstansrätten har marginell betydelse i framställningen på grund av avhandlingens nationella perspektiv. För en allmän framställning av EG-arbetsrätten se Blanpain/Nyström, EG/EU och arbetsrätten, 1994, och Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätt, 1999. En omfattande genomgång av EG-domstolens rättspraxis avseende likalöneprincipen görs i Ds 1993:77 och i SOU 1996:43. Se även (red.)Hervey, Tamara/O'Keeffe, David, Sex equality in the European union, 1997 samt Ellis, Evelyn, EC Sex Equality Law. 1998.

[710] Jfr Andersson, Torbjörn, EG-rätten och den svenska processrätten. 1998 s. 807 f. I Juridisk tidskrift 1998 nr 4. Andersson hävdar att det inte fanns, 1998, någon "(E)G-rättslig lagstiftning avseende nationell processrätt."

[711] Se Nielsen, 1992b s. 25 f. Nielsen pekar på den rättskälleexplosion som EG-rätten lett till. Det har blivit allt mer komplicerat att värdera rättskällorna i förhållande till varandra.

Såväl de internationella konventionerna som EG-rätten[712] är idag en del av svensk rätt och den nationella rätten skall tolkas och tillämpas i denna kontext. Min hypotes är att det finns skillnader mellan EG-domstolens och arbetsdomstolens tolkning av likalöneprincipen. Detta förhållande synliggörs genom den valda systematiken. Redan inledningsvis vill jag poängtera att EG-rätten vid rättskollision har företräde framför nationell rätt eller som det uttrycktes i en debattartikel: "EG-rätten är formell och sträng. Rätten skall vara EG-rätt!"[713]

[712] Särskilt EG-rätten har haft en stark normativ verkan på den svenska lagstiftningen och redan 1991 EG-anpassades den svenska jämställdhetslagen, två år innan EES-avtalet trädde ikraft.

[713] Fahlbeck, Reinhold, Den svenska rätten skall vara EG-rätt. Lag&Avtal 1995 nr 2. Se även Wiklund, 1997 s. 161.

2 Internationella konventioner – ILO

2.1 Inledning

I detta kapitel har jag valt att i första hand koncentrera studien till de för avhandlingsämnet relevanta ILO-konventionerna. ILO:s konventioner har legat till direkt grund för likalöneprincipen, som den har kommit att utformas i EG-rätten. För svensk materiell rättsutveckling har konventionerna haft en mer indirekt betydelse.

Redan då ILO, Internationella arbetsorganisationen, instiftades år 1919 fanns principen om lika lön för samma arbete med i stadgarna. Sverige anslöt sig till organisationen redan år 1920. ILO är sedan 1946 ett av FN:s många fackorgan, och 1992 hade ILO 154 nationalstater som medlemmar.[714] ILO är ett trepartsorgan där regeringar, arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer deltar för att få till stånd bättre villkor i arbetslivet.[715] Syftet med ILO:s verksamhet är att skydda arbetskraften och för detta ändamål sätter organisationen upp relativt låga minimistandarder.[716] Sedan 1962 handhas frågor som rör ILO:s verksamhet av ILO-kommittén, ett trepartsorgan som är knutet till arbetsmarknadsdepartementet.

Att ILO som organisation pläderade för likalöneprincipen medförde inte något direkt krav på medlemsstaterna förrän 1951 då ILO:s generalkonferens antog den första likalönekonventionen, konvention nr 100, som uttryckte att manliga och kvinnliga arbetstagare skulle ha lika lön för arbete av samma värde. Samtidigt antogs rekommendation nr 90 om lika lön. ILO har också antagit rekommendation nr 111 angående diskri-

[714] NE band 9 s. 368. Se Lagergren, Stina, ILO-normer i svensk lagstiftning, 1987, s. 7. ILO fick år 1969 Nobels fredspris.

[715] Nielsen/Rehof, 1998 s. 47. Författarna beskriver ILO som: "(e)n unik mellanfolkelig institution".

[716] Lagergren, 1987 s. 7. Huvudområdena är; förbättring av arbetstagarnas arbets- och levnadsvillkor, tillvaratagande av mänskliga resurser och utveckling av regler och normer på arbetsmarknaden. Sedan 1919 har över hundra konventioner samt ett stort antal rekommendationer antagits.

minering vid anställning och yrkesutövning, 1958, och år 1975 antogs en deklaration och ett handlingsprogram om likabehandling av kvinnliga arbetstagare.[717] De normer som utvecklats av ILO har präglats av såväl ett likhets- som ett särartstänkande: ett exempel på en särartslösning är ILO-konventionen 1948 nr 89, om nattarbetsförbud för kvinnor. Konventionen har aldrig ratificerats av Sverige.[718]

Rätten till lika lön och förbudet mot diskriminering av kvinnor i arbetslivet har också direkt engagerat FN:s generalförsamling. Utgångspunkten har omväxlande varit likhetsprincipen och särartsprincipen.[719] Kvinnor skall ha samma rättigheter som män – positiva rättigheter – eller kvinnor skall skyddas från diskriminerande behandling i arbetslivet. FN:s allmänna förklaring av de mänskliga rättigheterna av år 1948 föreskriver i artikel 23 p. 2 att: "Envar har utan åtskillnad rätt till lika lön för lika arbete." FN:s generalförsamling antog år 1979 en konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, ett exempel på särreglering för kvinnor.[720] Denna konvention uppdrar åt konventionsstaterna att avskaffa all diskriminering av kvinnor, vilket rumsligt sett omfattar diskriminering i arbetslivet. Konventionsstaterna åläggs också att ge kvinnor ett rättsligt skydd. I artikel 11(1) d kommer likalöneprincipen till uttryck. Konventionen ratificerades av Sverige 1979 samma år som den antogs. FN har tillsatt en kommitté som har till uppgift att granska konventionsstaternas tillämpning av konventionen. Vart fjärde år skall staterna rapportera om de framsteg som gjorts till kommittén.

De mänskliga rättigheterna är universella, men det var först vid 1993 års Wienkonferens som det uttryckligen slogs fast att de universella mänskliga rättigheterna också omfattade världens kvinnor. Det traditionella synsättet avseende mänskliga rättigheter är att betrakta dem som ett skydd för individen mot statskränkningar. Våld mot kvinnor har därmed kommit att hamna utanför denna definition. Dokumenten från Wienkonferensen och 1995 års Pekingkonferens tar upp kvinnors mänskliga rättigheter i en vidare bemärkelse.[721] För att synliggöra och för att förändra

[717] 1981 kompletterades 1958 års konvention avseende diskriminering vid anställning och yrkesutövning med konvention nr 156 vars syfte är att motverka diskriminering som har sin grund i familjeansvar.

[718] Se även EG-domstolens uttalande i målet C-207/96 Kommissionen mot Italien 19971204.

[719] Kvinnor är (socialt) lika män eller kvinnor är (biologiskt) olika män.

[720] United Nations Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, 18.12.1979.

[721] Niemi-Kieiläinen, Johanna, Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter. 1999 s. 54. I Retfaerd 1999:84. Se NY serie II:51, Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens Peking den 4–15 september 1995. 1996.

skillnaderna i kvinnors och mäns livsvillkor antas handlingsplaner. På Pekingskonferensen antogs en "Platform for action" som gäller fram till år 2000.[722]

2.2 Ratifikation och införlivande

Som medlem av ILO är Sverige, enligt ILO-stadgan artikel 19, skyldigt att underställa antagna konventioner Sveriges Riksdag för yttrande. Regeringen godkänner därefter överenskommelsen. Om ratifikation av en överenskommelse leder till beslut om lagstiftning, skall riksdagen godkänna överenskommelsen innan avtal ingås, därefter kan ratifikation ske när lagstiftningsprocessen är avslutad.[723]

Rekommendationer är som rättsakter inte av bindande karaktär och något krav på ratifikation finns inte. Kravet på efterlevnad är här mer frivillig – medlemsstaterna uppmanas att vidta eller underlåta att vidta särskilda åtgärder.[724] Rekommendationer som avges av ILO måste dock inom en viss tidsram läggas fram för, i Sveriges fall, riksdagen så att den kan ta ställning till om beslut skall fattas om lagstiftning eller andra åtgärder. Det föreligger även en rapporteringsskyldighet gentemot ILO angående rekommendationers uppfyllande.[725]

När internationella konventioner skall införlivas i nationell rättsordning finns det olika metoder att välja mellan. En av metoderna – monism – innebär att den internationella överenskommelsen efter tillträdande och publicering, direkt blir en del av det nationella rättssystemet. Ratifikation enligt denna metod gör att enskilda medborgare kan stödja sig direkt på konventionstexter i mål vid nationella domstolar.[726] I Sverige, och i övriga Norden, används istället varierande former av den dualistiska metoden.[727] Sverige blir folkrättsligt bundet genom att internationella överenskommelser tillträdes, medan normerna kan tillämpas av medborgarna först efter det att beslut har fattats om någon form av interna föreskrifter,

[722] Andersen, Agnete, Opfølgning av Nairobiplanen – resultater i forhold til det sociale topmøde. 1995 s. 19 ff. I Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv.

[723] RF 10:1-4. Petrén/Ragnemalm, 1980 s. 237 f. Se även SOU 1974:100 s. 41.

[724] Lagergren, 1987, s. 10 f.

[725] SOU 1974:100 s. 36.

[726] A.a. s. 93. Som exempel anges Nederländerna och Frankrike.

[727] Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. 1997 s. 37. Se SOU 1974:100 s. 45 not 1. "I äldre tider torde även i Sverige ha härskat den uppfattningen, att internationella överenskommelser var en del av landets rätt." Se även Sundberg, Jacob, Mänskliga rättigheter. 1985 s. 10. Sundberg anger som exempel att Stockholms rådhusrätt som rättskälla angav 1881 års handelsfördrag med Frankrike.

vilket får till följd att två system existerar bredvid varandra.[728] Om innehållet i överenskommelsen redan överensstämmer med svensk rätt behöver dock inga nya interna rättsakter antas. I svenska förarbeten brukar denna normharmoni komma till uttryck som ett konstaterande av att reglerna i överenskommelsen inte strider mot svensk rätt – en form av presumerad normharmoni. Den dualistiska metoden förankras med normrationell argumentation. När likalönekonventionen, nr 100, antogs 1962 av riksdagen konstaterades det att då parterna på arbetsmarknaden tagit på sig ansvaret för att: "(l)ikalönsprincipen på tämligen kort tid blir genomförd i vårt land.", förelåg de "(f)aktiska förutsättningarna för Sveriges anslutning till konventionen."[729]

Svagheten i den dualistiska metoden kan uppvägas genom att de internationella överenskommelserna får betydelse vid tolkning av nationell rätt. Den tolkningsmetod som används i svenska domstolar innebär att nationella normer tolkas i ljuset av de internationella överenskommelserna, under förutsättning att detta är möjligt.[730] Metoden innebär en öppning mot en mer ändamålsenlig tolkning av de nationella normerna. Denna metod har dock inte tillämpats i någon större utsträckning på arbetsrättens område i Norden.[731]

Införlivandet av internationella överenskommelser kan ske genom inkorporering eller genom transformation.[732] I stor utsträckning används i Sverige metoden transformation.[733] Inkorporering används bara i särskilda fall, som exempel har detta skett i samband med dubbelbeskattningsavtal och internationella överenskommelser om sociala förmåner. Inkorporering innebär att en särskild lag, eller annan författning, antas där det föreskrivs att innehållet i den internationella överenskommelsen är tillämpbar i Sverige. De senaste årens viktigaste inkorporeringar i svensk lag har varit EES-avtalet och Europakonventionen om mänskliga rättigheter.[734] Transformation är som införlivandemetod något mer långtgående då den kräver en översättning och omarbetning av de delar av

[728] Se Nielsen, 1995 s. 10. Nielsen pekar på den diskrepans som dualismen kan leda till särskilt avseende mänskliga rättigheter.

[729] Prop. 1962 nr 70. Se även SOU 1974:100, Internationella överenskommelser och svensk rätt, s. 45.

[730] Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 78.

[731] Se Vigerust, Elisabeth, Likelønn og Norges Internasjonale forpliktelser – en utfordring for arbeidsmarkedets parter. 1999 Kritisk Juss nr 3.

[732] SOU 1974:100 s. 46. I vissa fall finns det inga större skillnader i tillämpningen av de båda metoderna.

[733] Se Sundberg, 1985 s. 10. Sundberg kritiserar i inledningen transformationsteorin. Se SOU 1974:100 s. 95. Utredningen föreslog ingen förändring av praxis.

[734] Danelius, 1997 s. 41 ff. Se Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr. I JT 94-95 nr 2, s. 260 f.

överenskommelsen som skall bli svensk författningstext. Det är därefter den svenska texten och tolkningen som blir gällande svensk rätt. I vissa fall kan det dock räcka med att den lagstiftning som står i strid med överenskommelsen upphävs.[735]

2.3 ILO-konventionerna om diskriminering i arbetslivet[736]

ILO:s konventioner nr 100 och 111 ratificerades av Sveriges riksdag först år 1962 och trots bestående motstånd från arbetsmarknadens parter, framförallt LO och SAF.[737] Tillhörande rekommendationer förelades över huvud taget inte riksdagen.[738] Tidigare riksdagar hade ansett att konventionerna inte skulle tillträdas på grund av den kritik som uttryckts av arbetsmarknadens parter. Om Sverige skulle ratificerat likalönekonventionen skulle detta: "(i)nnebära ett frångående av den dittills allmänt godtagna principen om rätt för arbetsmarknadens parter att utan påverkan från statsmakterna genom fria avtalsförhandlingar träffa överenskommelser om löneförhållanden". Samma skäl angavs angående ratificering av konvention 111 om förbud mot diskriminering vid anställning och yrkesutövning. Om kollektivavtal över huvud taget är lämpliga som rättskälla för uppfyllande av konventioner är omtvistat.[739] Rent allmänt är principen den att om inget annat avtalats, det vill säga om det inte anges vilka rättskällor som kan användas, kan staterna välja medel för att uppfylla en folkrättslig förpliktelse.[740]

[735] SOU 1974:100 s. 46 f.

[736] International Labour Organisation Convention no 100 concerning Equal Remuneration in Employment and Occupation 1951. International Labour Organisation Convention no 111 concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation 1958.

[737] Lagergren, 1987 s. 19. Se prop. 1962 nr 70. Propositioner angående ratificering av konventionerna hade tidigare avslagits av riksdagen. Sverige och Finland var de sista nordiska länder som ratificerade dessa konventioner.

[738] Prop. 1962 nr 70 s. 12. Rekommendationerna är oftast mer långtgående och mer konkreta än konventionerna. Rekommendation nr 90 angående likalönsprincipen ställer krav på åtgärder från regeringarnas sida för att tvinga fram en tillämpning av likalöneprincipen.

[739] Prop. 1962 nr 70 s. 4 f. Likalönekonventionen behandlades även av Nordiska rådet. Den kommitté som avgav ett yttrande inför rådet redovisade två uppfattningar angående möjligheterna till uppfyllande av konventionerna. Å ena sidan att en ratificering inte med nödvändighet måste leda till lagstiftning av likalöneprincipen. Det ansågs fullt möjligt att låta parterna på arbetsmarknaden genomföra principen successivt genom kollektivavtal. Och å andra sidan fanns det de som menade att det var oundvikligt att staten måste ta ansvar för att ratificerade konventioner också blev gällande rätt i ett system som bygger på kollektiva avtal och förhandlingar. Rådet beslöt vid flera tillfällen att uppskjuta sin behandling av ärendet p.g.a. de förhandlingar som fördes mellan parterna på arbetsmarknaden.

[740] Nielsen, 1992b s. 52.

Införlivandet av konventionerna 110 och 111 skedde först sedan SAF och LO slutit en överenskommelse om avskaffande av de särskilda kvinnolönetariffer. Som tidigare beskrivits i avhandlingens historiska del ansågs det tillräckligt med att den direkta diskrimineringen togs bort i avtalen. Att anta en lag med förbud mot diskriminering ansågs inte vara nödvändigt.[741] Principen lika lön för samma arbete ansågs således vara etablerad och förutsättningarna fanns för dess uppfyllande. I propositionen utrycktes detta på följande sätt: "Arbetsmarknadens parter har alltså själva antagit en plan vars fullföljande kommer att leda till att likalönsprincipen på tämligen kort tid blir genomförd i vårt land. Sedan arbetsmarknadsparterna på detta sätt i de för en fri arbetsmarknad övliga formerna utan statlig inblandning ikläda sig garanti för likalönsprincipens genomförande, föreligger det faktiska förutsättningarna för Sveriges anslutning till likalönskonventionen."[742]

Vad är då konventionernas materiella innehåll? Likalönskonventionens artikel 1 innehåller en definition av begreppet lön: Lön är all direkt eller indirekt ersättning för arbete. Som medel för genomförande av konventionen anges i artikel 2 att staterna kan välja mellan lagstiftning eller kollektivavtalsreglering eller administrativa föreskrifter eller en kombination av de olika medlen.[743] I artikel 3 regleras frågan om metoder och arbetsvärdering. När lönerna fastställs i kollektivavtalets form är det parterna som skall utveckla metoder för lönesättning. Om en objektiv värdering gjorts strider den ej mot principen om lika lön för likvärdigt arbete. Konventionen ger med andra ord inte rätt till lika lön, en arbetsgivare kan alltid betala kvinnor och män olika löner om beslutet är sakligt motiverat.[744]

Den till likalönekonventionen hörande rekommendation 90 innehåller ett längre stycke, p 6, som behandlar åtgärder för att höja kvinnors produktivitet. Kvinnor bör få samma möjlighet till yrkesutbildning som män, kvinnor bör uppmuntras att använda sig av yrkesvägledning etcetera, utifrån kvinnors behov bör särskilda välfärds- och socialåtgärder vidtagas och kvinnor bör få samma rätt som män att inneha alla yrken. Dessutom bör utredningar och information om likalöneprincipen initieras.[745]

[741] Se del II:4.7.1.

[742] A.a. s. 11.

[743] Uttrycket administrativa föreskrifter uppfattar jag som exempelvis utsträckning av kollektivavtal genom myndighetsbeslut. Lydelsen är i artikel 2 (b) "Legally established or recognised machinery for wage determination."

[744] SOU 1978:38 s. 108 och SOU 1990:41 s. 98 f. NU 1976:6 ILO og kvinner i arbeidslivet. För analys av konventionen se Anders Victorins avhandling, Lönenormering genom kollektivavtal. 1979 s. 42 f. Se även Hoskyns, Catherine, Integrating gender. Women, Law and Politics in the European Union. 1996 s. 53.

[745] Konvention 100 samt rekommendation nr 90 finns som bilaga i prop. 1962 nr 70. För övrigt finns alla ILO-konventioner i fulltext på organisationens hemsida.

Min läsning av rekommendationstexten leder till slutsatsen att kvinnor skall göras till produktiva manslika arbetstagare – kvinnor bör anpassa sig till de normer som finns på arbetsmarknaden. Produktion sker uppenbarligen enbart i den offentliga sfären det vill säga på arbetsmarknaden.

I konvention nr 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning definieras begreppet diskriminering som: "Varje åtskillnad, uteslutning eller företräde, som har till följd, att likställdhet med avseende å möjligheter eller behandling i fråga om anställning eller yrkesutövning omintetgöres eller beskäres ...".[746] Rätten att inte utsättas för diskriminering avser här grunderna hudfärg, kön, religion, politisk uppfattning, nationell härstamning eller socialt ursprung. I tillhörande rekommendation anges särskilt lön för arbete av lika värde som en åtgärdspunkt.[747]

2.4 Deltidskonventionen nr 175

1994 antog ILO en konvention med syfte att dels uppmuntra deltidsarbete, dels skydda deltidsarbetandes rättigheter.[748] Då deltidsarbete till övervägande del berör kvinnor handlar denna konvention i praktiken om förbud mot könsdiskriminering. I ILO:s deltidskonvention definieras begreppet deltid som arbete som utförs på signifikant kortare arbetstid än den normala för arbetet i fråga.[749] Deltid är således en avvikelse från normen heltid. Jämförelsen mellan deltids- och heltidsanställdas anställningsvillkor kan göras under förutsättning att jämförelsepersonerna har samma typ av anställningsförhållande, utför lika eller likvärdigt arbete och är anställda i samma verksamhet, eller i samma företag, eller inom samma bransch.[750] Uttryckligen omfattar konventionen, enligt artikel 5, lönediskriminering. Konventionsstaterna åläggs att vidta åtgärder för att försäkra att deltidsanställda inte får en lägre minimilön per arbetad timme än heltidsanställda.

Ytterligare ett exempel på att användandet av den dualistiska metoden leder till normrationell argumentation är de ställningstaganden som gjordes vid behandling av denna konvention. Regeringen menade, 1996, att Sverige inte borde tillträda konventionen, som bland annat omfattar del-

[746] Konvention 111 artikel 3 b).

[747] Rekommendation 111 angående diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning p II v).

[748] Part-time Work Convention no 175, 1994. Konventionen trädde i kraft 1998. Redan ILO:s rekommendation nr 165 om jämställdhet mellan manliga och kvinnliga arbetstagare, från 1981, innehöll stadganden om deltidsanställdas rättigheter, se p 21.

[749] Artikel 1 a.

[750] Artikel 1 c- iii.

tidsanställdas rätt till samma timlön som heltidsanställda. Ett antagande av konventionen ansågs olämpligt och problemet med deltidsanställdas rättsliga ställning skulle i första hand lösas i förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. Däremot kunde regeringen tänka sig att skydda deltidsanställdas rätt till utökad arbetstid genom nationell lagstiftning, vilket också gjordes i januari 1997.[751] Även inom EU har de deltidsanställda getts särskilda rättigheter genom direktiv 97/81.[752] Idag är det sannolikt att konventionen skulle kunna ratificeras utifrån att normerna redan existerar och måste implementeras på grund av EG-rätten. Deltidsdirektivet liknar till sin utformning ILO:s deltidskonvention, med en väsentlig olikhet – frågan om lönediskriminering nämns inte uttryckligen i direktivet.[753]

2.5 Sammanfattande kommentar

Traditionen att använda sig av den dualistiska metoden har medfört att Sverige inte har inkorporerat de internationella konventionerna som svensk lag. Ett trendbrott finns dock från senare tid: Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna är från och med den 1 januari 1995 antagen av riksdagen som svensk lag.[754]

Internationella konventioner som uttrycker ett direkt skydd, det vill säga bygger på särartsprincipen, för den kvinnliga arbetskraften har inte ratificerats under senare år av Sverige. Ett exempel är ILO:s deltidskonvention nr 175. Riksdagen har intagit ståndpunkten att kvinnors ställning bäst främjas genom jämställdhetsregler och endast i andra hand kan särlagstiftning accepteras. Likhet eller särart är den avgörande skiljelinjen och vi kan konstatera att inställningen är något ambivalent – ibland kan kvinnor behöva skyddas, men egentligen är det inte kvinnan i sig utan hennes förmåga att ge nytt liv som värnas. Nattarbetsförbudet för kvinnor har denna grund.[755] De ILO-anslutna ländernas inställning till särlagstiftning visar också på olika grader av skyddsbehov beroende på faktiska förhållanden i det egna landet. I länder med svaga fackliga organisationer och ett dåligt grundskydd genom lagstiftning, exempelvis arbetsmiljö- och föräldraledighetsregler, är särlagstiftning ett sätt att förbättra kvinnli-

[751] Se AU 1996/97 snabbprotokoll 24/10 96.

[752] Direktiv 97/81/EG Om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS.

[753] Se vidare om deltidsdirektivet och förhållandet till likalöneprincipen kapitel 4.2 och 4.8.8. Implementeringsfristen sträcker sig till den 20/1 2001.

[754] Bernitz, 1994–95 s. 260 f. Jfr Nielsen/Rehof, 1998 s. 23.

[755] The Night Work (Women) Convention no 89, 1948. För ett historiskt perspektiv på nattarbetsförbudet se avhandlingens avsnitt II:3.6. I Sverige infördes nattarbetsförbudet 1909 och upphävdes 1962.

ga arbetstagares ställning på arbetsmarknaden. Från Sveriges sida har det hävdats att en dålig arbetsmiljö inte heller är bra för de manliga arbetstagarna – ett likhetsargument. Reproduktionsfunktionen har historiskt sett legitimerat förbud mot kvinnligt nattarbete och arbete under jord i svensk lagstiftning. När dessa lagar upphävts har likabehandlings- och jämställdhetsargument använts. Genom en målrationell argumentation har upphävandet av det särskilda skyddet för kvinnor legitimerats.

När de folkrättsliga förpliktelserna tangerat området för den fria förhandlings- och avtalsrätten och exempelvis avsett skydd för arbetstid, övertidsersättning och deltidsanställdas rättigheter har argumentationen mot en ratificering i huvudsak varit normrationell. Den dualistiska metoden ger till skillnad från den monistiska mindre utrymme för förändringar i det nationella rättssystemet och är som metod av systembevarande karaktär.

Det råder delade meningar om huruvida folkrätten har direkta rättsverkningar i nationell rätt när den dualistiska metoden används.[756] Underlåter en medlemsstat att uppfylla sina förpliktelser avseende antagna ILO-konventioner, utgör detta förhållande ett folkrättsbrott. Som huvudregel har inte folkrätten något att säga om hur en stat skall uppfylla sina internationella åtaganden på tillämpningsnivå och individens rättigheter har i första hand setts som en angelägenhet för nationalstaten.[757] ILO:s likalönekonvention nr 100 och deltidskonvention nr 175 har i första hand haft betydelse indirekt som en förebild för normering på andra nivåer.[758] En annan påtaglig svaghet är avsaknaden av kontrollmöjligheter och möjligheten att inom de internationella och regionala organen pröva brott mot kvinnors rättigheter. Inom ILO finns enbart ett kollektivt processuellt system. De nordiska länderna verkar bekymra sig i mycket liten utsträckning över ILO-kommitténs anmärkningar på bristande uppfyllelse av ILO:s normer. Sanktionsmöjligheterna är således svaga. 1998 antog ILO en särskild deklaration där effektiviteten i systemet betonas. Ett principbeslut antogs samtidigt angående ILO:s uppföljning av medlemsstaternas ratificering och efterlevnad av konventioner.[759] Inom FN finns ett fler-

[756] Se Nielsen, Ruth, Retskilderna. 1992 s. 51.

[757] Nielsen/Rehof, 1998 s. 9. Jfr Eek, 1978 s. 265. Se även prop. 1962 nr 70. Se Danelius, 1997 s. 19. Danelius redogör för bakgrunden till Europadomstolens uppkomst och utveckling.

[758] I det andra Defrennemålet, 43/75, hänvisade EG-domstolen direkt till likalönekonventionen nr 100, avseende tolkningen av likalönedirektivet vars lydelse bygger på konventionstexten.

[759] Nielsen/Rehof, 1998 s. 31. Danmark har fått sju reprimander, men enligt författarna har inga åtgärder vidtagits. ILO-Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up.

tal kontrollorgan och en möjlighet för individer att få brott prövade inom det internationella systemet. Detta gäller dock inte vid brott mot 1979 års konvention om kvinnors rättigheter.[760] Möjligheten att använda sig av förbudet mot könsdiskriminering i enlighet med artikel 14 i Europakonventionen om mänskliga rättigheter är också begränsad.[761] Det är mot denna bakgrund som likalöneprincipens utformning, rättsverkan och tolkning inom det EG-rättsliga systemet måste studeras och värderas.

[760] A.a. s. 42.

[761] Danelius, 1997 s. 306. För att förbudet mot diskriminering skall ha rättsverkan krävs att handlingen eller fakta kan hänföras till området för någon annan artikel i konventionen. Artikel 14 är således ett komplement till övriga artiklar.

3 Europarådets sociala stadga

Frågan om lika lön kommer även till uttryck i den av Europarådet antagna social stadgan. Den första stadgan antogs 1961 och ratificerades av Sverige året därpå.[762] EU har inte anslutit sig till stadgan men samtliga 15 medlemsstater har ratificerat den.[763] Syftet med stadgan är att sociala rättigheter såsom exempelvis: jämställdhet, goda arbetsförhållanden, förenings- och förhandlingsrätt och rätt till socialförsäkring, skall garanteras av staten och att detta skall leda till höjd levnadsstandard och en ökad social välfärd.[764]

Stadgans innehåll och verkan har förändrats dels genom 1988 års tilläggsprotokoll, dels genom 1995 års tilläggsprotokoll om kollektivt klagomålsförfarande. Ett ändringsprotokoll från 1991 angående förfaranderegler och ett beslut om ett nytt rapporteringssystem har också förändrat den ursprungliga stadgan. Ett av syftena har varit att förbättra tillämpningen av de sociala, ekonomiska och kulturella rättigheterna.[765] 1996 beslutade ministerkommittén att revidera stadgan. För att den nya reviderade stadgan skall träda i kraft krävs att minst tre medlemsstater ratificerar den. Den gamla och den nya stadgan kommer att tillämpas parallellt under en icke överskådlig framtid. Sverige har redan ratificerat 1995 års tilläggsprotokoll samt den nya reviderade sociala stadgan.

De delar som inte ratificerats är i första hand normer som anses inkräkta på förhandlings- och avtalsfriheten samt normer som innebär särartslösningar för kvinnor. Argumentationen är normrationell och normerna kan endast accepteras om de står i överensstämmelse med gällande

[762] Prop. 1962:175. Mer korrekt uttryckt har delar av stadgan ratificerats. Sverige har också fått kritik av ministerkommittén i Strasbourg, för att bryta mot stadgan på flera punkter. Kritiken gäller bl.a. den negativa föreningsrätten.

[763] Harris, David, The European social charter and social rights in the European union. I (red.) Betten, Lammy/MacDevitt Delma, The protection of fundemental social rights in the European union. 1996 s. 107 f. Harris menar att EU skulle kunna ansluta sig till stadgan eller som alternativ lägga den till grund för en rättighetskatalog som inkluderar sociala rättigheter.

[764] Ds 1997:65 s. 6.

[765] A.a. s. 7.

svensk rätt och inte inkräktar på parternas normeringsrätt. Den nya artikeln om "rätten till skydd i fall av uppsägning", artikel 24, har därmed inte ratificerats och inte heller det långtgående uppsägningsskyddet för gravida och ammande kvinnor, artikel 8:2. Den ändrade artikel 8:4, som innebär att medlemsstaterna åtar sig att utfärda bestämmelser angående nattarbete för gravida, nyligen förlösta eller ammande kvinnor har inte ratificerats. Den svenska utgångspunkten är att särbestämmelser för kvinnor i arbetslivet bör undvikas.[766]

I inledningen till stadgans artikel 4 förpliktigas de fördragsslutande parterna att tillse att alla arbetstagare kan erhålla en skälig lön. Denna del av stadgan är inte ändrad. Arbetstagarens lön skall möjliggöra en rimlig levnadsstandard, artikel 4:1. I enlighet med artikel 4:3 skall manliga och kvinnliga arbetstagares rätt till lika lön för likvärdigt arbete erkännas. Artikel 4:2 samt 4:5 har inte ratificerats av Sverige eftersom detta skulle innebära en inskränkning av parternas rätt att i fria förhandlingar avtala i dessa frågor.[767] I stadgans artikel 20 uppställs en rätt till lika möjligheter och behandling i fråga om anställning och yrkesutövning, utan diskriminering på grund av kön. Denna rätt skall gälla: "(a)nställningsvillkor och arbetsförhållanden, inbegripet lön". Enligt artikel 27 åligger det staterna att vidta åtgärder så att kvinnor och män kan förena familjelivet med förvärvsarbete.[768]

[766] A.a. s. 23. Problematiken blir tydlig när Sverige som stat är i det läget att valfrihet inte längre finns. Den svenska regeringen har kapitulerat inför EG-kommissionens krav på att kvinnor inte bara skall ha en laglig rätt till ledighet, utan genom obligatorium skall skyddas från arbete under två veckor i samband med graviditet och förlossning. Grund till den svenska lagändringen SFS 2000:580, är direktiv 92/85.

[767] Artikel 4:2 handlar om övertidsarbete, artikel 4:5 gäller löneavdrag och artikel 4:4 avser skälig uppsägningstid.

[768] Se den nya stadgan i Ds 1997:65. Prop. 1990/92:113 s. 67 samt Prop. 1988/89:106.

4 EG-rätten och likalöneprincipen

4.1 Inledning

Den viktigaste anledningen till att en norm om lika lön oavsett kön fastslogs i Romfördragets artikel 119 redan år 1957 var värnandet om den fria konkurrensen. Initiativet till regleringen på Europanivå kom från Frankrikes regering.[769] I Frankrike fanns redan lagstiftning om lika lön för lika arbete, och franska arbetsgivare befarade att integrationen av den europeiska arbetsmarknaden kunde leda till en ojämlik konkurrenssituation – fri konkurrens kräver konvergens i produktionskostnader. Företag i de andra medlemsstaterna kunde tänkas få konkurrensfördelar genom lägre kvinnolöner, vilket kunde ge upphov till så kallad social dumping.[770] Catherine Hoskyns undersökning av bakgrunden till att artikel 119 antogs, visar en något mer mångfacetterad bild än den gängse. Frågan hade redan legitimitet bland de män som förhandlade om Romfördragets utformning, dels på grund av den rörelse som fanns i Europa för lika lön som princip, dels på grund av ILO:s likalönekonvention nr 100. Normen skulle aldrig ha accepterats enbart av de skäl som Frankrikes förhandlare angav.[771]

Det fanns även andra grunder till att denna grundläggande norm stadfästes i Europa redan på 50-talet. Det är ett känt faktum att stora delar av produktionen av varor och tjänster under andra världskriget upprätthölls, genom att kvinnlig arbetskraft togs i bruk i högre grad än någonsin. Kvinnor fick i männens frånvaro visa att de var 'fullgoda arbetare'. Argumenten för skilda löner var därmed svåra att fortsättningsvis leda i bevisning. Frågan om förhållandet mellan kvinnors och mäns löner fick ökad aktualitet, och i exempelvis Storbritannien tillsattes år 1944 en kommission som hade till uppgift att undersöka förhållandet mellan kvinno- och

[769] Hoskyns, 1996 s. 45. Hoskyns beskriver den politiska kontext i vilken likalöneprincipen blev en del av Rom-fördraget; "(a)lbeit in a half-hearted and ill-considered way".

[770] Blanpain/Nyström, 1994. I not 391 karakteriseras social dumping som att det; "(u)ppkommer när företagen investerar där löner och arbetsvillkor är som billigast och därigenom tvingar arbetstagare i länder med hög standard att genom konkurrensen acceptera en lägre standard och sänkta arbetsvillkor."

[771] Hoskyns, 1996 s. 54.

manslönerna inom statsförvaltning och industri. Under 50-talet ökade också efterfrågan på arbetskraft, vilket gav kvinnor en möjlighet att också ställa krav på bättre löner.[772] I Sverige ledde de kvinnliga riksdagsledamöternas gemensamma motion 1946 till att en kommission tillsattes med uppgift att undersöka förhållandet mellan kvinnors och mäns löner på den statliga delen av arbetsmarknaden.[773]

Idag är likalönekravet mer socialt präglat. Den bakomliggande ideologin är den liberala rättvisetanken – lika fall skall behandlas lika – som nu utsträckts till att också omfatta arbete av lika värde. Ekonomisk argumentation förekommer också från EU:s institutioner. Kvinnor ses som presumtiv arbetskraft – att inte ge denna arbetskraftsresurs sitt rätta värde är i detta perspektiv att missbruka resurserna. Genom ökad jämlikhet kan marknaden bli mer effektiv och i principen om lika lön för lika och likvärdigt arbete möts den Sociala och den Ekonomiska dimensionen. I det andra Defrenne-målet påtalade EG-domstolen att det finns ett dubbelt syfte med likalöneprincipen i artikel 119 – ett ekonomiskt och ett socialt.[774] Artikel 119 bedömdes vara en klar och otvetydig norm och därmed menade EG-domstolen att den hade direkt effekt.[775] Trots att det i Belgien saknades lagstiftning som förbjöd lönediskriminering kunde flygvärdinnan Gabrielle Defrenne väcka talan mot den privata arbetsgivaren flygbolaget Sabena. Normen om lika lön blev i och med detta avgörande en rättsprincip av konstitutionell karaktär. EG-domstolen har därefter ytterligare utökat området för likalöneprincipens tillämpning och den är i dag "(e)n mer generell princip om jämställdhet mellan könen".[776]

1997 reviderades EG-fördraget genom överenskommelsen i Amsterdam och numera framgår explicit att gemenskapen har som uppgift att främja jämlikheten mellan kvinnor och män.[777] Materiella ändringar och tillägg gjordes i EG-fördragets artikel 119. Artikel 119 har efter fördragets ikraftträdande den nya numreringen artikel 141. I texten kommer i första hand artikel 119 (141) respektive mycket sparsamt 141(119) att användas. Ibland används dock enbart den äldre beteckningen artikel 119

[772] Due, Cecilia, EF og likestillingsretten – med spesiell vekt på likalønnsprinsippet, s. 43. I Dahlberg, Anita, Kvinnoforskare om kvinnorna och Europa rapport från ett Nordiskt forskningssymposium 1992. Centrum för kvinnoforskning 1993.

[773] Se avhandlingens del II:4.7.2.

[774] Mål 43/75 Gabriel Defrenne mot Societé anonyme belge de navigation aérienne Sabena (1976) ECR 455.

[775] Om direkt effekt se vidare kapitel 4.7.3.3.

[776] Christensen, 1999 s. 15.

[777] EG-fördraget artikel 2 och 3. Jämställdhet skall genomsyra – "mainstreaming" – alla unionens aktiviteter. För en allmän redogörelse av Amsterdamfördragets betydelse se Chalmers, Damian, European Union Law Volume 1 Law and EU Government. 1998 s. 65 ff. Se även Nyström, 1999 s. 53 ff.

såsom i citat av domskäl och i tillbakablickande avseende. Min undersökning av rättspraxis avser materiellt tillämpningen av artikel 119. Förhoppningsvis uppstår det för läsaren inte alltför stora problem att följa med i texten, viktigast är dock de materiella ändringarna och inte den nya kombinationen av siffror.[778]

Frågan om en jämställd arbetsmarknad har haft en framträdande plats i det europeiska integrationsarbetet. Definitionen av begreppet kvinna inom EU:s jämställdhetspolitik har konstruerats: "(a)s a unified and homogeneous category". Kvinnor som inte passande in i mönstret: arbetslösa, svarta och invandrade, hemarbetande och andra marginaliserade kvinnor exkluderades.[779] EG-fördragets artikel 119 (141) om lika lön för lika arbete bygger ideologiskt på en liberal syn på arbetstagaren och arbetets värde – principen om likabehandling. De som utför samma arbete skall också ersättas lika. Själva begreppet jämställdhet används dock inte formellt, utan EG-normerna gäller likabehandling och likalön det vill säga jämlikhet mellan könen.[780] Jämställdhet får här som begrepp ses i ett mer övergripande perspektiv. Under 70- och 80-talet antog rådet flera direktiv som rörde likabehandling av kvinnor och män på den europeiska arbetsmarknaden. Först antogs likalönedirektivet, det direktiv som tillsammans med artikel 119 (141) i EG-fördraget är de viktigaste rättskällorna på regional nivå i denna studie om lönediskriminering. Ytterligare direktiv har antagits, vars syfte är att ge kvinnor och män lika möjligheter och rätt till lika behandling, på arbetsmarknaden.[781]

[778] Normering är viktigare än programmering!

[779] Hoskyns, 1996 s. 9. Vad Hoskyns inte tar upp är att motsvarande gäller för kategorin män.

[780] Se Lundström, 1999 s. 17 se särskilt not 4.

[781] Direktiv 75/117/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män.
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.
Direktiv 79/7/EEG om successivt genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om social trygghet.
Direktiv 86/378/EEG om genomförande av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om företags- eller yrkesbaserade system för social trygghet.
Direktiv 86/613/EEG om tillämpning av principen om likabehandling av kvinnor och män med egen rörelse, bl.a. jordbruk, samt om skydd för kvinnor med egen rörelse under havandeskap och moderskap.
Direktiv 92/85/EEG om för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen fött barn eller ammar.
Direktiv 96/34/EG om ramavtalet om föräldraledighet och ledighet på grund av trängande familjeskäl. Slutet av UNICE, CEEP och EFS.
Direktiv 97/80/EG om bevisbörda i mål om könsdiskriminering.
Direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS.

Kvinnors lönearbete har ökat under de senaste decennierna och 1991 var kvinnors andel av arbetskraften inom EU 40 procent.[782] Segregation, såväl vertikal som horisontell, är ett genomgående och dominerande mönster på denna arbetsmarknad. Kvinnor och män har olika arbeten, arbetsvillkor och löner. Kvinnors anställningsförhållanden präglas ofta av så kallade atypiska anställningsvillkor. Någon gemensam arbetsmarknad för kvinnor och män existerar ännu inte inom EU. Löneskillnaderna varierar, beroende på vilket land vi studerar, från att kvinnor tjänar ca 70 procent av männens löner upp till nästan 90 procent och medeltalet för unionen är 76,3 procent.[783] Jill Rubery menar att det är vanskligt att dra slutsatser av den officiella statistik som produceras inom EU av löneskillnaderna mellan kvinnor och män.[784] På nationell nivå kan statistiken utesluta grupper som deltidsarbetande (Storbritannien) eller offentliganställda (Tyskland) vilket innebär att underlaget för den gemensamma statistiken ger en felaktig bild av verkligheten. Faktum kvarstår dock – löneskillnaderna mellan kvinnor och män har inte minskat trots att kvinnors utbildningsnivå har ökat under de senaste åren. Det är med andra ord långt kvar till den målsättning som antogs av ministerrådet i form av 1960 års rekommendation – senast vid utgången av år 1964 skulle all diskriminering i lönesättning på grund av kön ha upphört på den gemensamma arbetsmarknaden.[785]

[782] COM (94) 6 s. 5. Observera att därefter har nya medlemsstater tillkommit vilket borde ha ökat siffran. Se Rubery, Jill, Women's employment in Europe. Trends and Prospects. 1999 s. 287. Rubery antar att år 2005 är siffran 42 procent med förutsättningen att de tre nya medlemsstaterna inte medräknas.

[783] Eurostat, statistisk från EU:s officiella hemsida 990709. Undersökning avser heltidsanställda och sektorerna; jordbruk, utbildning, sjukvård, service och administration ingick ej vilket innebär att skillnaderna med all sannolikhet är större.

[784] Rubery, 1999 s. 229. Se även s. 224 där Rubery i en ruta pekar på problemen med EUROSTAT:s tillförlitlighet ur ett könsperspektiv.

[785] Prop.1962 nr 70 s. 9. Se även decemberuppgörelsen 1961 som antogs i form av en resolution av medlemsstaterna. Likalöneprincipen skulle införas successivt. Bulletin of the EC 1962 No 1 s. 7 f.

4.2 Utvecklingen av den sociala dialogen

Utvecklingen av den sociala dimensionen inom EU har beskrivits av flera forskare.[786] I slutet av 70-talet inträdde ett skede där utvecklingen gick i stå.[787] Det fanns två vägar att gå: antingen efter principen att lämna detta område åt medlemsstaterna och låta marknaden prägla normeringen, eller efter principen att upprättandet av en gemensam arbetsmarknad även krävde gemensamma skyddsnivåer för arbetskraften. Storbritannien stod relativt isolerat som företrädare för en laissez-faire-politik.[788] De andra medlemsstaterna var överens om att försöka finna en väg där den sociala och ekonomiska dimensionen kunde samordnas och utvecklas parallellt. Det fanns i uppbyggnaden av gemenskapen spärrar som hindrade utvecklandet av det socialpolitiska området. Antagandet av lagstiftning på detta område krävde i vissa fall enhälliga beslut i rådet, vilket innebar att en medlemsstat kunde bromsa utvecklingen av rättsakter på dessa områden.[789]

Grunden för den sociala dimensionens utveckling fastlades 1989 när elva av medlemsstaterna antog den Sociala stadgan som en deklaration och ett aktionsprogram rörande genomförandet av de sociala rättigheterna.[790] Prioritet gavs åt områden som atypiska anställningsvillkor, arbetsmiljö och arbetstid, och till skillnad från många andra antagna handlingsprogram har detta till stor del resulterat i att nya normer fastslagits. I samband med förhandlingarna om Maastrichtfördraget antog alla medlemsstater, förutom Storbritannien, ett bindande (mellanstatligt) avtal om socialpolitiken. I detta uttrycktes en viljeförklaring till att gå ännu ett steg framåt på den tidigare utstakade vägen, för att genomföra de politiska intentioner som grundlades i den sociala stadgan. Framförallt var avtalet om socialpolitiken en nyskapelse i det att parterna på arbetsmarknaden fick en ställning i lagstiftningsprocessen, genom skapandet av grunderna för den sociala dialogen. En ny juridisk konstruktion skapades. Parterna på den gemensamma arbetsmarknaden fick rätt att ta initiativ till lagstiftning och att genom förhandlingar – dialog med varandra – komma över-

[786] Se Nielsen/Szyszczak, The Social Dimension of European Union. 1997. Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten. 1999. Hervey, Tamara, European Social Law and Policy. 1998.

[787] Jacobs, Antoine, Social Dialouge and Other Means of Social Regulation Through the Social Partners. 1999 s. 172. I (red.) Källström/Malmberg, Arbetsrätt 1999 Anförande vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt.

[788] Se Russel, Bertrand, Freedom versus organization 1814–1914. 1934 s. 146. Statens funktion är repressiv. Istället skall varje människa tillåtas att sjunka eller simma efter egen förmåga.

[789] Om en rättsakt kan hänföras till arbetsmiljöområdet räcker det med kvalificerad majoritet. Se Nyström, 1999 s. 236.

[790] Gemenskapens stadga om arbetstagarnas grundläggande sociala rättigheter.

ens om avtal på Europanivå, som antingen kan implementeras direkt i de nationella kollektivavtalssystemen eller indirekt genom att avtalen antas av rådet och utfärdas som lagstiftning.[791] Den mest "originella" delen av konstruktionen är att parterna getts en rätt att dra kommissionens egna lagförslag i långbänk.[792] Informerar parterna om att de önskar öppna den sociala dialogen i ett lagstiftningsärende, måste kommissionen avbryta sitt förfarande under minst nio månader. Under denna tid kan parterna förhandla och sluta avtal som de sedan kan förelägga rådet för beslut. Lagstiftningsprocessen kan helt övertagas av parterna, vilket innebär att de har erhållit en unik maktställning som normskapare inom unionen.

Den institution som helt lämnats utanför den sociala dialogen är Europaparlamentet. Antoine Jacobs konstaterar att parlamentet uppenbarligen inte är roat av sina minskade befogenheter jämfört med när det fick vara "med i leken med rådet".[793] Genom 1997 års Amsterdamfördrag omfattas även Storbritannien av avtalet om socialpolitiken, då avtalet numera utgör en del av EG-fördraget.[794]

Förslaget till ett direktiv om arbetstagares rätt till föräldraledighet blockerades under flera år i rådet av Storbritannien. För att rådet skulle kunna fatta beslut i frågan krävdes enhällighet. Lösningen blev att med stöd av Maastrichtfördragets sociala protokoll låta arbetsmarknadens parter på Europanivå delta i lagstiftningsprocessen. Tre av de direktiv som antagits under 90-talet har kommissionen lotsat genom proceduren med kollektivavtal på Europanivå, med stöd av artikel 3 och 4 i det sociala protokollet som föreskriver ett samrådsförfarande mellan arbetsmarknadens parter. Det första handlade om föräldraledighet. Parterna, ETUC, UNICE och CEEP, slöt 1995 ett ramavtal om föräldraledighet som senare i sin helhet antogs av rådet.[795] Ramavtalet består av regler av minimikaraktär som syftar till att göra det möjligt att förena förvärvsarbete med föräldraskap. Avtalet fick genom detta förfarande rättsverkan som direktiv. Senare har ett tilläggsdirektiv antagits, vilket innebär att normerna kommit att omfatta hela den europeiska gemenskapen.[796]

Ytterligare en dimension har tillkommit vid tolkning av direktiv – kommissionen ombedes att, enligt avtalets 4 §, höra parterna vid tvister om tolkningen av normerna om föräldraledighet. Den nordiska modellen har

[791] Nyström, 1999 s. 78. För en redogörelse för den sociala dimensionens utveckling se Nyström kapitel 6.
[792] Jacobs, 1999 s. 176 f.
[793] A.a. s. 180.
[794] Amsterdamfördraget trädde ikraft 990501.
[795] Direktiv 96/34/EG om ramavtalet om föräldraledighet. ETUC, the European Trade union Confederation, UNICE, the European Employers Association, CEEP, the European Federation of Public Enterprises. Organisationerna finns beskrivna i Nyström, 1999 s. 70.
[796] Direktiv 97/75.

genom denna konstruktion fått en viss genomslagskraft inom EG-arbetsrätten. Det finns emellertid en väsentlig skillnad i det att de europeiska avtalen genom rådsförfarandet får en annan rättslig status än själva avtalets. Tolkningen i EG-domstolen är primärt en tolkning av rättskällan direktiv, med andra ord lagtolkning, och inte en fråga om avtalstolkning. I praktiken har denna nya sociala tolkningsdialog inte fått någon märkbar genomslagskraft ännu i EG-domstolen. I Lewen-målet, som innehöll tolkningsfrågor om föräldraledighetsdirektivet, glömde kommissionen helt sonika bort sin nya 'skyldighet' och yttrade sig i målet helt av egen auktoritet.[797] Konstruktionen har beskrivits som en social dialog, men parterna som utformat avtalen har ingen yttranderätt i EG-domstolen och dialogen blir beroende av kommissionens vilja att utnyttja avtalsparterna vid avgörandet av tolkningsfrågor.

Det andra ramavtalet som antogs av parterna på Europanivå har två syften, dels att öka sysselsättningen på den gemensamma arbetsmarknaden, dels att ange minimivillkor för deltidsanställdas arbetsvillkor. Syftet är således att uppmuntra bruket av deltidsanställningar och samtidigt att stävja missbruket av detsamma.[798] Detta överensstämmer med intentionerna i artikel 2 i EG-fördraget: såväl sysselsättningen som det sociala skyddet skall främjas. Rådet antog ramavtalet 1997 och utfärdade ett direktiv angående deltidsarbete.[799] Av särskilt intresse för detta arbete är ramavtalets klausul 4 som anger att det inte är tillåtet att diskriminera deltidsanställda jämfört med heltidsanställda. Deltidsanställda är emellertid inte diskriminerade om gynnandet av de heltidsanställda har objektiva grunder. Hur detta skall tolkas är oklart, men då formuleringen anknyter till argumentationen i Bilka-målet är det, enligt min mening, troligt att domstolen kommer att använda sig av liknande principer.[800] Klausulens formulering antyder att diskrimineringen kan rättfärdigas och risken är att diskriminering av deltidsanställda regelmässigt omformuleras till mål om indirekt diskriminering. En avvägning kommer då att göras mellan den deltidsanställdes och arbetsgivarens intresse. Klausulen befäster också EG-domstolens rättspraxis rörande synen på heltidsarbetet som norm. Huvudregeln är att deltidsarbete skall avlönas i proportion till den arbetade tiden.[801]

[797] Mål C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda 1999-10-21.

[798] Se SOU 1996:43 s. 40. Synen på deltidsarbetet som både av ondo och av godo existerar sida vid sida. Kommissionens uppfattning är att deltidsarbete kan vara en "guldgruva" för nya arbetstillfällen.

[799] Direktiv 97/81.

[800] Mål C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607. Om Bilkatestet se kap. 4.10.

[801] Se mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727. En jämförelse kan också göras med ILO:s deltidskonvention.

Direktivförslaget om bevisbördan i olika typer av mål angående könsdiskriminering fastnade även det i rådets hantering, trots att innehållet enbart kodifierade den rättspraxis om bevisbördans placering som EG-domstolen utvecklat under de senaste åren i exempelvis Bilka-målet.[802] Försöket att få till stånd ett avtal på Europanivå misslyckades då de sociala parterna inte kunde komma överens och för övrigt ansåg de att processuella frågor var av lagstiftningskaraktär. Direktivet antogs till slut av rådet år 1997. Bevisbördedirektivets, 97/80, materiella innehåll behandlas vidare i kapitel 4 samt löpande i texten.

Det senaste ramavtalet som antagits av de sociala parterna behandlar villkoren för tidsbegränsat anställda. Ramavtalet antogs av rådet den 28 juni 1999 som direktiv 1999/70 och med stöd av Amsterdamfördraget. Därmed gäller direktivet i alla medlemsstaterna. I detta tredje försök till samverkan med parterna på arbetsmarknaden är dialogen inte helt problemfri. Den text som slutligen antogs av rådets medlemmar var inte identisk med den ursprungliga avtalstexten och ändringarna verkar inte vara helt oväsentliga. Uppenbarligen anser sig gemenskapens institutioner ha behörighet att ändra innehållet i ramavtalen, vilka konsekvenser detta kan få för utvecklingen av den sociala dialogen får framtiden utvisa.[803] Storbritannien hade sin egen uppfattning om direktivets omfattning och utformade en deklaration som protokollfördes vid rådsmötet. Enligt deklarationen skall direktivet inte anses omfatta löneförhållanden och det rättsliga stödet för detta ställningstagande fann Storbritannien i att beslutskompetens saknades enligt artikel 137.6 (f.d.118.6) i EG-fördraget.[804]

[802] Direktivet, 97/80, gäller i mål angående; artikel 119 (141), likalönedirektivet, likabehandlingsdirektivet, mödraskyddsdirektivet, föräldraledighetsdirektivet och direktivet om tidsbegränsat anställda. Det gäller numera även medlemsstaten Storbritannien genom direktiv 98/52/EG.

[803] Jfr Nyström, 1999 s. 79. Den nya upplagan av boken skrevs innan kommissionen och rådet började visa sina muskler, och jag citerar Nyström: "Rådet har använt sig av rättsakten direktiv, några ändringar i parternas avtal har givetvis inte kunnat göras, men EU:s institutioner har ändå uttalat sig om innehållet och det har också gjorts en kontroll av att det finns en rättslig grund för att utfärda direktiv."

[804] Se artiklar av Ahlberg, Kerstin, i EU&arbetsrätt nr 2 99 och nr 3 99. Ahlberg ser deklarationen som ett svar på de brittiska arbetsgivarnas önskemål om att hålla tilläggspensioner utanför gemenskapsrätten.

4.3 Rättsprinciper i EG-rätten[805]

EG-rätten omfattar olika typer av rättskällor. De rättsregler som finns i EG-fördragets artikel 119 (141), i likalönedirektivet, 75/117, samt EG-domstolens rättspraxis, är i första hand av betydelse för en studie om likalöneprincipen. Allmänna rättsprinciper har betydelse vid tolkning och tillämpning av olika typer av rättsakter.[806] De allmänna rättsprinciperna kan härledas direkt ur fördragens bestämmelser och dessutom har de sin grund i de rättstraditioner/kulturer som finns i de olika medlemsstaterna.

De grundläggande fördragen, EKSG, EG, EU och Euratom, innefattar folkrättsliga principer som reciprocitet – ömsesidighet – i förhållandet mellan medlemsstaterna.[807] På det allmänna ekonomiska området är syftet att uppnå en balans mellan medlemsstaterna, vilket sker genom politisk samordning. Fördragen och tolkningen av dem går dock längre än så och för att skapa en gemensam marknad krävs att den fria rörligheten skyddas och respekteras av de nationella rättsordningarna. Medlemsstaterna har överfört/tillfört kompetens till förmån för EU:s institutioner och dessa har behörighet att fatta beslut som ger medborgarna i unionen såväl rättigheter som skyldigheter. Kompetensfördelningen har således skett utifrån federalistiska principer. EG-domstolen spelar en central roll inom gemenskapen som uttolkare av den gemensamma rätten och som en länk till de nationella domstolarna.[808]

Ruth Nielsen menar att det i EG-rätten finns följande rättsprinciper: likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, effektivitetsprincipen, rättssäkerhetsprincipen och rätten till domstolsprövning.[809] Ulf Bernitz genomgång av EG-rättens grundläggande rättsprinciper är något mer omfattande och omfattar exempelvis även subsidiaritetsprincipen och skyddet för de mänskliga rättigheterna.[810] Per Hallström anser att solidaritets- eller lojalitetsprincipen är en i EG-rätten uttalad rättsprincip. Bakgrunden till denna princip är det förhållandet att EG:s rättsordning inte enbart handlar om mellanstatliga förpliktelser, utan i hög grad innebär

[805] Se Nielsen, 1992b s. 183 ff. Nielsen försöker fånga karaktären hos de allmänna rättsprinciperna. Se även Wiklund, 1997 s. 104, 107 och 112. Wiklund problematiserar och definierar begreppet rättsprinciper. I Prechal/Burrows bok Gender discrimination law of the European Community, 1990 s. 11, definieras allmänna rättsprinciper som principer som inte i sig själva är rättigheter men de är kapabla att ge upphov till rättigheter. "What the general principle does is to indicate to the Court how a particular problem should be settled."

[806] Stöd för detta brukar tas i EG-fördraget artikel 164 (numera 220).

[807] Om fördragen se Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 33.

[808] Nielsen, 1996b s. 29 f.

[809] Nielsen, 1992b s. 94. Jfr Chalmers, 1998 s. 515 f.

[810] Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 98 ff.

förpliktelser mellan staterna och unionens medborgare. Enligt EG-domstolens tolkning är medlemsstaterna skyldiga att vara solidariska med EG-rätten och därmed verka för att de gemensamma målen uppfylls – syftet med denna princip är att skydda gemenskapen som sådan. Principen härleds ur EG-fördragets artikel 10 (f.d. 5).[811]

En annan rättsprincip är legalitetsprincipen som den kommer till uttryck i EG-fördragets artikel 7 (f.d. 4). Legalitetsprincipen – inget brott utan lag, inget straff utan lag – härstammar från straffrätten, men tillämpas inom alla rättsområden. Syftet är att tillämpningen av rättstillämpningen skall vara förutsebar och att rättssäkerheten skall skyddas. Legalitetsprincipen är nära förbunden med begreppet rättsstat och normrationell juridisk argumentation. Något märklig blir tillämpningen av principen på ett rättsområde som omfattar mänskliga rättigheter och förbud mot könsdiskriminering. Legalitetsprincipen blir i sin tillämpning en avvägning mellan olika intressen.[812]

De på gemensamma värderingar grundade allmänna rättsprinciperna har i första hand den karaktären att de är ett skydd för den enskildes rättssäkerhet. Inom EG-rätten finns ingen rättighetskatalog, inget av unionen preciserat antaget skydd för de mänskliga rättigheterna.[813] Det är EG-domstolen som genom sina uttalanden i olika mål har slagit fast att den gemensamma rättsordningen omfattar grundläggande rättigheter som de kommer till uttryck i medlemsstaternas konstitutioner och i de internationella fördrag, som staterna anslutit sig till. Gemenskapsrätten förhåller sig dock autonom i förhållande till dessa rättigheter.[814] EG-domstolen har exempelvis uttalat att Europakonventionen om mänskliga rättigheter ingår och är en del av EG-rätten.[815] Konventionen är inte i sig antagen av EU, men utgör en direkt del av de nationella rättsordningarna. Genom EU-fördraget, artikel 6, ingår konventionen numera som en integrerad del i EU och de mänskliga rättigheterna skall respekteras inom unionen. I

[811] Hallström, Per, Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten. I JT 92-93 s. 69 f. Centralt rättsfall är 39/72 Kommissionen mot Italien (1973) ECR 284. Det går att göra en distinktion mellan solidaritet och lojalitet. Detta tillför dock intet i denna avhandling. Se dock Hallström, Per, Den Europeiska Unionen från reciprocitet till lojalitet. I JT 94-95 nr 2 s. 276.

[812] Se Lundström, 1999 s. 424. Lundström skriver i sina avslutande ord om legalitetsprincipens effekter. Principen skapar en illusion av att om det inte uttryckligen är förbjudet att diskriminera så är det tillåtet.

[813] Harris, 1996 s. 107 f. Harris är kritisk till att EG:s rättsordning inte direkt omfattar de sociala mänskliga rättigheterna.

[814] Se Hallström, 1992-93 s. 69.

[815] Mål C-84/95 Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS mot Minister for Transport, Energy and Communications and otthers (1996) ECR I-3953.

ett mål 1996 yttrade EG-domstolen att det däremot inte var förenligt med fördraget att ansluta EG till konventionen.[816]

Inför regeringskonferensen i Amsterdam arbetade en grupp sakkunniga fram en rapport där vikten av att de sociala rättigheterna skrevs in i EU-fördraget påtalades.[817] Genom Amsterdamfördraget har ytterligare ett försiktigt steg tagits för att stärka de mänskliga rättigheterna inom unionen. I ingressen till EU-fördraget finns det numera en referens till Europarådets sociala stadga (1961) och till Gemenskapens stadga om grundläggande sociala rättigheter för arbetstagare (1989). Möjligheten att lagstifta på området har ökat i och med att rådet fått behörighet att vidta åtgärder för att motverka diskriminering på grund av kön, ras, etniskt ursprung, religion och övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning.[818] Rådet antog den 29 juni 2000 ett direktiv om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung, 2000/43. En arbetsgrupp bestående av två representanter från parlamentet i varje medlemsstat förbereder en ny EU-stadga om mänskliga rättigheter. Förslaget skall behandlas i december år 2000.[819]

Sven Norberg klassificerar även proportionalitetsprincipen som en allmän rättsprincip hämtad från medlemsstaternas rättskultur.[820] Principen som sådan finns även explicit i EG-fördragets artikel 5 (f.d.3b). Proportionalitetsprincipen, som även finns antydd i svensk nationell rätt, innebär i korthet att statens, motpartens eller myndighetens handlande skall stå i proportion med syftet med handlingen – med andra ord skall mer våld än vad nöden kräver undvikas.[821] Syftet med denna rättprincip är att skydda individen mot kränkningar i den privata rättssfären. Proportionalitetsprincipen är därmed en rättsäkerhetsprincip. I Sverige är det i första hand inom förvaltningsrätten som denna princip aktualiseras.[822]

[816] Generaladvokat Jacobs yttrande i mål C-2/94 Denkavit International m.fl. mot mot Kamer Koophandel m.fl. (1996) ECR I-1759.

[817] Rapport från Comité des Sages: For a Europe of Civic and Social Rights 1996. Bengt Westerberg deltog i gruppen som hade utsetts av kommissionen.

[818] Se artikel 6 och 13 EU-fördraget och även artikel 137 (f.d. 118 a) EG-fördraget.

[819] Förslaget till EU-stadgan för medborgerliga rättigheter finns på Europaparlamentets hemsida. Det kommissionsförslag som antogs i november 1999 avseende ett direktiv om likabehandling i arbetslivet och som även omfattar, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning har ännu ej slutbehandlats. Se EU & arbetsrätt Nordiskt nyhetsbrev Nr 2-2000.

[820] Norberg, Sven, Reflexioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö. I JT 94/95 nr 3 s. 374. Se även Ellis, Evelyn, EC Sex Equality Law. 1998 s. 170. Principen är starkast i tysk rätt och har påverkat EG-domstolens argumentation i normrationell riktning.

[821] Chalmers, 1998 s. 233. Chalmers konstaterar att principen har starka liberala förtecken (strong libertarian feels). Se Bernitz, 1994/95 s. 265.

[822] Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 108.

Principen om likabehandling, explicit uttryckt som ett förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, är ytterligare en grundläggande rättsprincip. Lika fall skall behandlas lika och om olika fall behandlas lika kan diskriminering uppkomma.[823] Som diskrimineringsgrund anses nationalitet ha den starkaste ställningen i EG-rätten.[824] Förbudet gäller på den gemensamma arbetsmarknaden och för att det skall vara tillämpbart krävs ett överskridande av nationella gränser.[825] Artikel 12 (f.d. 6) och 39 (f.d. 48) i EG-fördraget uttrycker detta generella, icke könsspecifika diskrimineringsförbud, vilket har direkt effekt. I Defrenne III fastslog EG-domstolen att principen att kvinnor och män skall behandlas lika oavsett kön är en grundläggande mänsklig rättighet och i kraft härav en del av EG-rättens allmänna rättsprinciper(läror).[826] För att de enskilda medborgarna skall kunna grunda några rättsanspråk måste det dock finnas stöd för detta i gemenskapsrätten. Anställda inom EU:s olika institutioner intar emellertid en särställning och de kan grunda sina rättsanspråk direkt på de allmänna principer som EG-domstolen uttalat.[827]

När EG-domstolen tolkar gemenskapsrättens regler som har som mål att ge enskilda rättigheter, skall detta göras med utgångspunkt tagen i ändamålet med reglerna. Syftet är att uppnå ett effektivt skydd för individens rättigheter. Stöd för att det finns en allmän effektivitetsprincip i EG-rätten kan hämtas ur olika rättskällor. Grunden för effektivitetsprincipen ligger i EG-fördragets artikel 10 (5) som innebär att medlemsstaterna är skyldiga att vara lojala mot EG-rätten. Effektivitetsprincipen rör förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt. Då EG-rätten är en integrerad del av nationell rätt skall den tillerkännas samma ställning som nationell rätt. De nationella domstolarna är skyldiga att tillse att det är möjligt att som rättssubjekt uppnå det skydd och de rättigheter som finns i gemenskapsrätten.[828] Om det krävs måste den nationella domstolen sätta nationell rätt åt sidan och ge EG-rätten företräde.[829]

[823] Prechal, Sacha och Burrows, Noreen, Gender discrimination law of the European Community. 1990 s. 2. EG-domstolens rättspraxis ger uttryck för att det finns en specifik rättighet: "(t)he rights to or principle of equal treatment".

[824] A.a. s. 1 och 8.

[825] Nielsen/Rehof, 1999 s. 68. Regeln förutsätter ett "grænsoverskridende element".

[826] Om allmänna rättsprinciper, läror, reelle hensyn m.m. se Nielsen, 1992b s. 183.

[827] Mål 75/82 och 117/82 C. Razzouk och A. Beydon ./. kommissionen (1984) ECR 1509.

[828] Se Wiklund, 1997 s. 115 och 361 ff.

[829] Mål C-213/89 R mot Secretary of State for Transport ex parte Factortame (1990) ECR I-2433.

4.4 Artikel 141 (f.d. 119) – primärrätt

Artikel 141(119) är numera införd i EG-fördraget under rubriken: Socialpolitik, utbildning, yrkesutbildning och ungdomsfrågor och som underrubrik står beteckningen – Sociala bestämmelser.

1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.
2. 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[830]
3. Rådet skall enligt förfarande i artikel 251 och efter att ha hört Ekonomiska och sociala kommittén besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete[831]
4. I syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade att bedriva en yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären.[832]

Genom revideringen av EG-fördraget i Maastricht, 1992, tillfogades fördraget avtalet om socialpolitik från 1989.[833] I avtalets artikel 2.1 angavs att gemenskapen skulle understödja och komplettera medlemsstaternas verksamhet inom den sociala dimensionen genom att lagstifta, främst genom direktiv, så att kvinnor och män fick lika möjligheter på arbetsmarknaden. Det uppkom därmed en ny rättslig grund för att fatta gemensamma beslut som rör utvecklandet av jämlikheten mellan kvinnor och

[830] Hit sträcker sig EG-fördragets artikel 119 i sin ursprungliga lydelse. Likvärdigt arbete är ett tillägg genom Amsterdamfördragets artikel 141. Lägg märke till punkten 2 som har exakt samma utformning som artikel 1 a i ILO:s likalönekonvention nr 100 från 1951.

[831] Tillfördes genom Amsterdamfördraget. Notera också möjligheten att vidta åtgärder för att motverka diskriminering enligt den genom Amsterdamfördraget nya artikel 6a.

[832] Tillfördes genom Amsterdamfördraget. P. 4 är i stora drag identisk med artikel 6 p. 2 i avtalet om socialpolitik och direkt hämtat från undantagsregeln i likabehandlingsdirektivet artikel 2.4.

[833] Avtalet om socialpolitik mellan europeiska gemenskapens medlemsstater med undantag av Förenade Konungariket Storbritannien och Nordirland, 1992.

män. Avtalet innehöll också en artikel 6 där likalöneprincipen ytterligare fastslogs i överensstämmelse med ordalydelsen i artikel 119 (141). I förhållande till artikel 119 (141) innehöll artikel 6 emellertid ett tillägg innebärande att likalöneprincipen inte är ett hinder för medlemsstaterna att fatta beslut om att "(b)ehålla eller införa särskilda förmåner för att göra det lättare för kvinnor att vara yrkesverksamma eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i deras yrkeskarriärer.[834]

I Storbritannien (och på Nordirland) gällde inte avtalet om socialpolitiken. Möjligheten att utveckla den sociala dimensionen ökade, i vart fall kvalitativt, då Storbritannien inte längre kunde blockera rättsakter om de antogs med stöd av avtalet. Kvantitativt kom dessa nya rättsakter endast att omfatta de medlemsstater som omfattades av avtalet om socialpolitik. I Storbritannien tillämpades den ursprungliga lydelsen av artikel 119, vilket i det här fallet i sak inte nödvändigtvis innebar några rättsliga nivåskillnader.[835] Efter antagandet av Amsterdamfördraget omfattar ändringar av EG-fördraget och EU-fördraget emellertid alla medlemsstaterna och likalöneprincipen är genom artikel 141 i EG-fördraget således återigen enhetligt reglerad i unionen.[836]

Vad ändringen av artikel 119 kommer att innebära för regelns tillämpning och tolkning får framtiden utvisa.[837] Utrymmet för kompensatoriska åtgärder borde i och med ändringen ha ökat.[838] Det återstår att se hur EG-domstolen kommer att tolka detta tillägg – dynamiskt eller restriktivt – och om domstolen gör avsteg från likabehandlingsprincipen.[839]

[834] Artikel 6 p. 3 i avtalet om socialpolitik.

[835] Tolkningen av artikel 119 har utgått från EG-domstolens domar. Denna tolkning är alla nationella domstolar bundna av.

[836] När det gäller direktiven om föräldraledighet, bevisbörda och deltidsanställda (samt europeiska företagsråd) har dessa genom tilläggsdirektiv utsträckts till att omfatta Storbritannien.

[837] Jfr SOU 1996:43 s. 37–38. Utredaren påpekar att avsikten med 6.3 i det sociala protokollet inte förefaller att vara att tillåta positiv särbehandling. Amsterdamfördragets ändring av artikel 119 kommer dock i ett senare skede då frågan om positiv särbehandling redan behandlats av EG-domstolen i mål C-450/93 Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen (1995) ECR I-3051 och i samband med mål C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen (1997) ECR I-6363.

[838] Se generaladvokatens yttrande i målet C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 19991116. Målet gäller de s.k Thamprofessurerna vilka ansågs strida mot EG-rättens likabehandlingsprincip såsom normerna såg ut innan i kraftträdandet av ändringarna av EG-fördraget.

[839] Se Ellis, 1998 s. 5. Ellis menar att det är värt att notera vidden av stadgandet. Det sätts inga begränsningar i val av medel för åtgärder. EG-domstolens tolkning av begreppet "occupation" (yrkesverksamhet) kommer att vara avgörande för hur långt det är möjligt att gå utanför lönearbetets ramar. Se även Eklund, Ronny, Bollen går vidare till Jämo. I Lag&Avtal nr 9/99 s. 5. Eklund anser att utrymmet för positiv särbehandling borde öka och vill se artikel 141(4) som ett utslag av subsidiaritetsprincipen.

4.5 Likalönedirektivet 75/117

4.5.1 Implementering av direktiv

Direktiv är till skillnad från fördrag en sekundär rättskälla. Sekundärrätt i form av direktiv är inte direkt tillämplig i medlemsstaterna, utan det krävs någon form av införlivande – implementering – i den nationella rättsordningen. Direktiv är bindande rättsakter, såvida inget annat framgår av texten, men bundenheten består i att medlemsstaterna inom en viss tidsram skall förverkliga direktivets mål och syfte.[840] Det är målsättningen som är bindande och enligt EG-fördraget artikel 249 (f.d. 189) överlåter gemenskapen åt de nationella medlemsstaterna att bestämma formen och medel för implementeringen. Möjligheten att välja mellan nationella former av rättsakter blir således beroende av direktivets karaktär och syfte. Direktiv som har som mål att ge alla arbetstagare någon form av rättigheter, måste implementeras på ett sådant sätt att detta mål verkligen uppnås. Klart är att EG-domstolen ännu inte generellt sett, som implementeringsmedel, godkänt den typ av kollektivavtal som finns på den nordiska arbetsmarknaden.[841]

I fördragsbrottsmålet, Kommissionen mot Danmark 143/83, avseende likalönedirektivets implementering, konstaterade domstolen att danska kollektivavtal inte kunde anses uppfylla kraven på implementering av direktivet.[842] Kollektivavtal ger endast medlemmar ovillkorliga rättigheter och de kan dessutom upphöra att gälla. Kollektivavtal som har en allmängiltig karaktär – de kan genom exempelvis ett myndighetsbeslut utsträckas till att gälla alla arbetstagare – har däremot accepterats av EG-domstolen som en godtagbar rättskälla.[843] Fördragsbrottsmålet mot Danmark visar också på EG-domstolens stränga krav på att medlemsstaterna, in i minsta begrepp, garanterar gemenskapsrättens efterlevnad. Den äldre danska lagen, som tillkommit innan likalönedirektivet, innehöll endast ett krav på lika lön för samma arbete. EG-domstolen hänvisade till rättssäkerhetsskäl när Danmark dömdes för fördragsbrott. För att en enskild skall kunna få kunskap om sina rättigheter och skyldigheter måste dessa formuleras på ett otvetydigt sätt. Den danska lagen var inte tillräckligt

[840] Nielsen, Ruth, Retskilderna. 1992 s. 86. Se Nyström, 1999 s. 38 f. Se även Ellis, 1998 s. 21 f.

[841] Nielsen/Rehof, 1999 s. 15 f. Författarna menar att det i Danmark finns tre modeller för att implementera direktiv: en ren lagmodell, en kombinerad modell, lag-avtal, och en ren kollektivavtalsmodell.

[842] Mål 143/83 Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427.

[843] Mål 215/83 Kommissionen mot Belgien (1985) ECR 1039. Målet gällde implementering av direktivet om kollektiva uppsägningar. I exempelvis Finland, Tyskland, Belgien och Frankrike finns systemet med allmängiltiga kollektivavtal. Se Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumping. 1996.

klar och exakt och därför fanns det också risk för brister i domstolarnas effektivitet. I målet ställdes också frågan om danska förarbeten kunde duga som medel för implementering. Svaret på denna fråga blev nekande, med hänvisning till de ovan redovisade skälen.[844]

Det finns dock undantag. Under mycket speciella omständigheter kan kollektivavtal fylla samma funktion som lagstiftning och tjäna som implementeringsmedel.[845]

4.5.2 Likalöneprincipens precisering

Förslaget till ett direktiv om likalöneprincipen lades fram av kommissionen efter att det hade konstaterats att principen inte tillämpades i någon större utsträckning i medlemsstaterna. Nya medlemsstater som inte hade lagstiftning på detta område hade också inträtt i den europeiska gemenskapen.[846]

> Artikel 1
>
> Principen om lika lön för kvinnor och män som skisserats i artikel 119 i fördraget, härefter kallad "likalönsprincipen",
>
> innebär att för lika arbete eller för arbete som tillerkänns lika värde all diskriminering på grund av kön skall avskaffas vid alla former och villkor för ersättningen.
>
> 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.[847]

Eftersom artikel 119 (141) är en primär rättskälla kan likalönedirektivet inte ändra omfattningen av artikeln – omfattningen kan inte bli större och inte heller mindre.[848] EG-domstolen har uttalat, i Defrenne III, att direktivet innehåller detaljerade formuleringar avseende själva innebörden av likalöneprincipen och att principen måste säkerställas i medlemsstaterna genom lagstiftningsåtgärder.[849] EG-domstolen har kommit att tolka artikel 119 (141) allt mer extensivt, och efter det att likalönedirek-

[844] Mål 143/83 Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427. Den danska likalönslagen ändrades efter domen. För en kommentar se Nielsen/Rehof, 1999 s. 15 f.

[845] Se mål C-234/97 Teresa Fernánde Bobadilla mot Museo Nacional del Prado Minesterio Fiscal 19990708. Målet gällde implementering av direktiv nr 84/48 och 92/51 om examensbevis och yrkesutbildningar.

[846] Se om bakgrunden till antagande av direktiv i Nielsen, 1979 s. 195 f.

[847] Direktiv 75/117 artikel 1.

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

[849] Mål 149/77 Gabrielle Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (1978) ECR 1365.

tivet antagits menade domstolen att begreppet "lika arbete" också skulle anses omfatta "arbete av lika värde". Det är uppenbart att tolkningen baserades på direktivtexten och att direktivet därmed förtydligade och kompletterade artikel 119 (141). I Worringham-målet konstaterade domstolen att direktivet innebar ett klargörande av begreppet "lika arbete" i artikel 119 (141) och att det innefattade "arbete som tillerkänns lika värde".[850]

Som rättsregel skiljer sig artikel 119 (141) från artikel 1 i likalönedirektivet till sin karaktär. Den första är som norm positivt formulerad – som en princip om lika lön – medan den andra uttrycker ett förbud mot diskriminering. Någon skillnad i sak innebär detta dock inte vilket också påtalats av EG-domstolen.[851] Förhållandet mellan artikel 119 (141) och direktivet förtydligades i Jenkins-målet, där domstolen framhöll att direktivet inte ändrar innehållet eller omfattningen av artikel 119 (141). Avsikten med direktivet är att underlätta den praktiska tillämpningen av de principer som redan utvecklats i tolkningen av artikel 119 (141).[852] Som tidigare nämnts har en kodifikation genomförts och numera framgår det av ordalydelsen av artikel 141 att likvärdigt arbete omfattas. Likalönedirektivets ställning som kompletterande rättskälla har därmed naggats i kanten.

Det finns inte något större antal rättsfall där likalönedirektivet har prövats – en effekt av att primärrätten, med sin i det här fallet fastslagna direkta effekt, är mycket mer användbar. Huruvida likalönedirektivet har direkt effekt har följaktligen inte heller prövats av EG-domstolen.[853]

Det kan förefalla som en onödig lagstiftningsåtgärd att anta direktiv som komplement till fördragsnormer. Som rättskälla är ett direktiv svagare, men kravet på implementering kan leda till synliggörande av normerna i samband med den nationella lagstiftningsproceduren. Då direktiv oftast är av miniminikaraktär finns det också en potential för att den nationella implementeringsprocessen kan resultera i en högre nivå på de nationella normerna jämfört med direktivtexten. Det är i vart fall inte förbjudet att tillerkänna individen ett rättsskydd i den nationella lagstiftningen som ligger över EG-rättens ambitioner. Detta framgår uttryckligen av bevisbördedirektivet, 97/80.

[850] Mål 69/80 J. Worringham och M. Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767.

[851] A.a. mål 69/80.

[852] Mål 96/80 Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911. Se även mål 69/80 s. J. Worringham och M. Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767.

[853] Se exempelvis målen 273/85 Rummler mot Dato Druck GmbH (1986) ECR 2101 och 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.

4.6 Direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering 97/80[854]

1988 lade EG-kommissionen fram ett förslag till direktiv om bevisbördan i könsdiskrimineringsmål. Därefter fördes i ett senare skede en social dialog med arbetsmarknadens parter. Samrådet avslutades med att parterna avstod från att utnyttja möjligheten att sluta ett avtal med stöd av artikel 4 i avtalet om socialpolitiken. Att inget avtal kom till stånd berodde i första hand på den starka kritik som framkommit mot direktivförslaget, framförallt från arbetsgivarorganisationernas företrädare. Uppfattningen var av den karaktären att det skulle vara allt för långtgående att inom gemenskapen reglera den nationella processens innehåll. Som tidigare nämnts har harmoniseringssträvandena varit av relativt blygsam art på processrättens område. Direktivet antogs först 1997 och är en kodifiering av EG-domstolens rättspraxis avseende bevisbördans fördelning och framförallt av Bilka-målets principer angående indirekt diskriminering.[855] Hur väl denna kodifiering överensstämmer med praxis råder det dock olika uppfattningar om.[856]

Angående bevisbördans fördelning i mål om könsdiskriminering stadgas i direktivets artikel 4 att:

> Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig instans lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.

Hur dessa fakta skall bedömas, det vill säga hur högt beviskravet skall ställas för att bevisbördan skall övergå till arbetsgivaren, skall avgöras av de nationella domstolarna.[857] Direktivet bekräftar att det inte finns något subjektivt rekvisit i likalöneregeln, det vill säga att käranden inte behöver bevisa att arbetsgivaren haft en könsdiskriminerande avsikt med

[854] Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering.

[855] Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607.

[856] Se Exempelvis Lundström, 1999 s. 190. Lundström menar att direktivet innehåller "svaga och otydliga formuleringar" och att dess överensstämmelse med rättspraxis kan ifrågasättas. Se även 9.3.7.2-3 där Lundström redogör för de olika institutionernas yttranden.

[857] Direktiv 97/80 se ingressen p. 13.

sitt handlande. Enligt min uppfattning är detta en bevisbörderegel där bevisbördan övergår om käranden gjort antagligt att direkt eller indirekt könsdiskriminering föreligger.[858]

Syftet med direktivet om bevisbördan är enligt ingressen att: "(s)äkerställa större effektivitet i de åtgärder som medlemsstaterna vidtar i enlighet med principen om likabehandling". Syftet är också mer specificerat att öka effektiviteten i processen i de nationella domstolarna genom att öka möjligheten att göra en rättighet gällande.[859] Direktivet är av minimikaraktär, det vill säga att det är tillåtet att i nationell lagstiftning införa bevisregler som "(ä)r fördelaktigare för käranden".[860] Medlemsstaterna skall ha implementerat direktivet i nationell rätt senast vid årskiftet 2000–2001.

I direktivets artikel 2 punkt 2 görs en definition av begreppet indirekt diskriminering till att avse när: "(e)n skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet är lämplig(t) och nödvändig(t) och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön." Denna punkt i direktivet är inte enbart en definition av ett begrepp utan också en bevisregel som anger hur arbetsgivarens motbevisning skall prövas. Bevisregeln bakas in i den materiella rättsregeln.[861] I sak är innehållet i överensstämmelse med det så kallade Bilka-testet – det vill säga en proportionalitetsprincip. Karaktären av avvägningsnorm framgår således av definitionen av begreppet indirekt diskriminering. Vad som är den kollektiva diskrimineringen – en väsentligt större andel (a substantially higher proportion) – framgår inte av direktivet utan svaret får sökas i EG-domstolens domar.

[858] Se Lundström, 1999 s. 192. Lundström menar att direkt diskriminering aldrig kan rättfärdigas enligt EG-domstolens praxis och att direktivet därmed skulle vara en ändring i förhållande till praxis.

[859] Direktiv 97/80 artikel 1.

[860] A.a. se ingressen p. 14 samt artikel 4 p. 2. Vid en eventuell negativ fastställelsetalan skulle arbetsgivaren vara käranden.

[861] Jämför Ekelöf, P-O, Rättegång IV. 1990 s. 100.

4.7 Förutsättningar för likalöneprincipens tillämpning

4.7.1 Inledning

Utgångspunkten för rättsakternas rättsverkan är att EG-rätten är en självständig och en ny rättsordning.[862] Alla de grundläggande fördragen, såsom exempelvis EG-fördraget, har som rättsakter ställningen som primärrätt och är därmed direkt tillämpliga i medlemsstaterna. De kan skapa rättigheter och förpliktelser för såväl medlemsstaterna som deras medborgare och har då så kallad direkt effekt.[863] När ett fördrag antagits är alla medlemsstater som omfattas av fördraget bundna av fördragets bestämmelser, och ny rätt har skapats – något införlivande krävs inte.[864] Detta innebar för svensk del att artikel 119 (141) i EG-fördraget redan vid i ikraftträdandet av EES-avtalet i januari 1994 blev svensk lag. EG-rätten fick sin fulla rättsverkan från det att Sverige blev medlem i den Europeiska union i januari 1995. Rättsakten som sådan har integrerats i det svenska rättssystemet utan att den antagits av riksdagen som svensk lag. Bakom den rättsliga regleringen på gemenskapsnivå ligger integrationstanken, att också tillämpningen av EG-rätten är likartad blir därvidlag av grundläggande intresse. EG-domstolen är den institution som skall borga för att tolkningen och tillämpningen av likalöneprincipen blir likartad och effektiv.

4.7.2 EG-domstolen

EG-domstolens roll är inte att göra den materiella prövningen i lönediskrimineringsmål, såvida inte målet gäller en anställd vid någon av EU:s institutioner.[865] EG-domstolens primära uppgift är att: "(s)äkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av detta fördrag", EG-fördraget artikel 220 (f.d.164).[866] När de nationella domstolarna vänder sig

[862] Mål 6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L. (1964) ECR 585. Den så kallade autonomprincipen i förhållande till nationella rättsakter kom här till uttryck. Se om förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt i Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 77 f.

[863] I de femtiotal rättsfall som jag har studerat använder EG-domstolen begreppen direkt tillämplig och direkt effekt synonymt. Varför vet jag inte. Jag försöker hålla isär begreppen i avhandlingen.

[864] Mål 26/62 Van Gend en Loos mot Netherlands Inland Revenue Administration(1963) ECR 1.

[865] Nielsen, Ruth, EU ret. 1996 s. 41. Nielsen påpekar att EG-domstolen inte är ett "alternativ" till de nationella domstolarna.

[866] Se Melin, Mats, EG-domstolen och den svenska rättsordningen. 1998 s. 115. I JT 1998 nr 1. Melin anger att domstolen har tre huvudfunktioner: Att utgöra unionens författningsdomstol, att fungera som en vanlig internationell domstol och att "(u)ppträda som en slags rättighetsdomstol".

till EG-domstolen är det med frågor om EG-rättens tolkning och tillämplighet.

> EG-domstolens verksamhet regleras dels i EG-fördragen, dels i domstolens stadga.[867] De institutioner som har en obegränsad talerätt är rådet och kommissionen, samma rätt tillkommer medlemsstaterna. Enskilda rättssubjekts talan är begränsad i huvudsak till beslut som direkt riktar sig till subjektet, exempelvis konkurrensrättsliga beslut.[868] Vid EG-domstolen finns för närvarande en domare utsedd av varje medlemsstat. Domarna utnämns efter överenskommelse mellan medlemsstaterna för en mandatperiod av sex år. Nio generaladvokater, med samma ställning och utnämningsförfarande som för domare, assisterar domstolen genom att avge "opartiska" och egenhändigt framställda yttranden med ett motiverat beslutsförslag.[869] Domstolen är inte bunden av dessa förslag. Ledamöterna i domstolen skall förhålla sig självständiga gentemot påverkan i förhållande till medlemsstaten. Sålunda sker domstolens överläggningar i slutna rum och en enskild domares uppfattning skall hemlighållas. Domen framstår alltid som enhällig och några avvikande meningar förekommer inte. Syftet med det förfarande är att skydda domstolens ledamöter från politiska påtryckningar.[870]

EG-domstolen har som uppgift att tolka EG-rätten och intar därmed en stark ställning bland gemenskapens institutioner. När EG-rätten tolkas utgår domstolen från en lingvistisk tolkning av texten. Detta är sällan tillräckligt, utan bestämmelsen måste också sättas in i en gemenskapskontext genom systematisk tolkning. Då inga lagförarbeten, av typen betänkanden och propositioner, publiceras har domstolen att tolka de syften och ändamål som finns angivna i själva stadgandet eller i preambeln (ingressen till direktivtexten). Såväl EG-domstolen som de nationella domstolarna får i ett – i stort sett – förarbetslöst system en särskild ställning som uttolkare av EG-rätten.[871] EG-domstolen har förhållandevis fria händer

[867] Rundegren, Hans, Proceduren vid EG-domstolarna. 1995 s. 50 f. Drouge, Mats och Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten. 1997 s. 134 f.

[868] Drouge/Lysén, 1997 s. 146 f.

[869] Drouge/Lysén, 1997 s. 52 f. Om domstolens sammansättning se även Rundegren, 1995 s. 23 f. Enligt artikel 222(166) EG-fördraget är det generaladvokatens uppgift att "opartiskt och oavhängigt" lägga fram motiverade förslag till beslut. Se Rundegren a.a. s. 27. Se även Lundström, 1999. Lundström är i sitt arbete kritisk utifrån ett genusperspektiv och menar att domstolen klär sig i en "maskulin dräkt" för att uppnå legitimitet, vilket också omfattar generaladvokatens yttranden.

[870] Rundegren, 1995 s. 51.

[871] Wiklund, 1997 s. 116 f. I första hand är det primärrätten som saknar förslag och utredningar som kan vara till hjälp vid tolkningen av EG-rätten. Wilkund menar dock att det inte är avsaknaden av förarbeten som är grunden till EG-domstolens relativt fria lagtolkning. I första hand grundar sig denna på "(å)beropande av EG-rättens målrelaterade karaktär och allmänna rättsprinciper.".

att tolka gemenskapsrätten och metoden som används kan karakteriseras som teleologisk. Domstolen utgår från syftet med bestämmelsen, satt i sitt sammanhang, med avsikten att uppnå effektivitet i rättstillämpningen. Sammanhanget är i första hand de allmänna målsättningar som finns i EG-fördraget.[872]

Gränsen mellan tolkning och rättspolitiska avgöranden kan vara svår att urskilja, då EG-domstolen tolkar rättsakterna samtidigt som den skapar ny rätt.[873] EG-domstolen har också kritiserats för att ägna sig åt "legal activism". Ulf Bernitz anser att denna kritik inte bör överdrivas, emedan domstolen är "strikt juridisk" i sin argumentation.[874] Nya principer och tolkningar av rättsakterna har sedan bekräftats och utvecklats vidare av domstolen i senare rättsfall. Kommissionen kan ge ytterligare stadga åt EG-domstolens tolkningar genom att utforma olika typer av rättsakter som exempelvis direktiv och memorandum.[875]

Det finns bland de forskare som särskilt intresserat sig för EG-domstolens avgöranden i mål om könsdiskriminering olika uppfattningar om domstolens betydelse för hävdandet av kvinnors rättigheter. Ruth Nielsen utgår från att kvinnan är det första könet i EG-rätten och ser EG-domstolen som uttolkare av denna lagstiftning.[876] Prechal och Burrows ser domstolen som innovativ.[877] Catherine Hoskyns anser att domstolen aldrig haft som primärt mål att förbättra kvinnors ställning. Domstolens möjligheter är begränsade till jämlikhet på marknadens villkor ("equality within market order").[878] Karin Lundström är i sin avhandling "Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten" mycket kritisk till EG-domstolens rättstillämpning där den ekonomiska dimensionen överskuggar den sociala, vilket leder till att manliga värderingar genomsyrar argumentationen i domstolen.[879] Min uppfattning är att det är viktigt att förhålla sig kritisk till "den strikt juridiska" argumentationen för att kunna se vad som döljer sig bakom den juridiska masken.

[872] Allgårdh, Olof och Norberg, Sven, EU och EG-rätten. Europeiska unionen De fyra friheterna Konkurrensreglerna EMU. 1999 s. 66.
[873] Drouge/Lysén, 1997 s. 132 f
[874] Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 48.
[875] Se exempelvis bevisbördedirektivet 97/89 och COM (94) 6 Memorandum on equal pay for work of equal value, om tolkningen av artikel 119 (141).
[876] Nielsen, Ruth, Enforcement of EU Employment Discrimination Law in Scandinavia. 2000. I antologin (red.) Nousiainen, Kevät m.fl., The Responsible Selves, under publicering.
[877] Prechal/Burrows, 1990 s. 20.
[878] Hoskyns, 1996 s. 159 f.
[879] Lundström, 1999 s. 421 f.

4.7.2.1 EG-domstolens behörighet – olika typer av mål

När det gäller tvister som rör lönediskriminering är EG-domstolen behörig att pröva tre olika typer av mål. För det första fördragsbrottsmål, för det andra förhandsavgöranden (tolkningsbesked) och för det tredje tvister som rör rättsförhållandet mellan gemenskapen, i egenskap av arbetsgivare, och dess anställda.[880]

EG-kommissionen kan, enligt artikel 226 (f.d. 169) EG-fördraget, föra en fördragsbrottstalan inför EG-domstolen. Även medlemsstat har talerätt i fördragsbrottsmål.[881] I led med solidaritetsprincipen är medlemsstaten ansvarig, i alla dess skepnader, för att den gemensamma lagstiftningen implementeras fullständigt och tillämpas såsom den tolkats av EG-domstolen.[882] Bakgrunden till stadgandet är den allmänna, och även folkrättsliga principen, att ingångna avtal skall hållas. Det är därmed kommissionens uppgift att övervaka att EG-rätten respekteras. Arbetsdomstolen omfattas exempelvis av skyldigheten att vara lojal med EG-rätten, men samma krav ställs även på statliga företag och myndigheter.[883] Något mål där medlemsstat instämts på grund av att en nationell domstol kränkt EG-rätten har inte ännu sett dagens ljus.

En talan om fördragsbrott föregås alltid av en utredning och om medlemsstaten inte frivilligt ändrar sin uppfattning om rättsläget, kan EG-domstolen pröva tvisten. Avgörandet ges i form av en dom där det fastställs om medlemsstaten brutit mot sina skyldigheter.[884] Avgörandet i ett fördragsbrottsmål kan också i mer eller mindre grad påverka den nationella rättsordningen i övriga medlemsstater. Kommissionen har i processen bevisbördan för att medlemsstaten inte uppfyller sina förpliktelser. Som exempel på fördragsbrottsmål avseende artikel 119 (141) i EG-fördraget kan målet Kommissionen mot Danmark, 143/83, nämnas. Danmark dömdes i detta mål för att inte ha implementerat begreppet likvärdigt arbete tillfredsställande.[885] I dag finns ett sanktionssystem, som innebär att

[880] Nielsen, 1996b s. 42. EG-domstolen kan pröva ytterligare en typ av mål, annullationsmål. Lovligheten av rättsakter prövas då med stöd av EG-fördragets artikel 230 (f.d. 173).

[881] Rundegren, 1995 s. 53. Det är enligt Rundegren ovanligt att medlemsstater väcker talan, istället låter man kommissionen föra talan för att inte störa de mellanstatliga förbindelserna.

[882] Se artikel 10 (f.d. 5) samt artikel 249 (f.d.189) i EG-fördraget. Se Nielsen, 1996b s. 67 f. Hänvisningen till artikel 10 (f.d. 5) innebär att alla rättsakter skall tolkas EG-konformt. Solidaritets-, lojalitets- eller samarbetsförpliktelsen innebär även att EG-domstolens tolkning av EG-rätten skall utgöra vägledning för de nationella domstolarnas tolkning och tillämpning av den nationella rätten.

[883] Drouge/Lysén, 1997 s. 91 f.

[884] Se artikel 228 (f.d. 171) EG-fördraget. Den dömda medlemsstaten är skyldig att utan dröjsmål vidta åtgärder så att kränkningen av gemenskapsrätten upphör.

[885] Mål 143/83 Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427.

den medlemsstat som obstruerar och inte efterkommer en fastställelsedom genom en ny fördragsbrottstalan kan dömas att betala ett vite.[886]

Fördragsbrottsmålen handlar i de allra flesta fall om att medlemsstaten brustit i införlivandet av direktiv. En enskild medborgare, som anser att han eller hon lidit förluster på grund av exempelvis bristande implementering av ett direktiv, kan anmäla medlemsstaten till EG-kommissionen, men det är endast kommissionen eller annan medlemsstat som har rätt att föra talan mot medlemsstaten inför EG-domstolen. För övrigt kan enskilda rättssubjekt som lidit rättsförluster stämma staten och kräva skadestånd i nationell domstol, antingen med stöd av EG-rätten eller med stöd i nationell rätt.[887]

Syftet med ett system som ger nationella domstolar en rättighet och en skyldighet att ställa prejudicialfrågor är att försöka få till stånd en enhetlig och effektiv tillämpning av gemenskapsrätten. Enligt artikel 234 (f.d. 177) i EG-fördraget får nationella domstolar ställa frågor om EG-rättens tolkning och giltighet till EG-domstolen. Är ett förhandsavgörande nödvändigt för att den nationella domstolen skall kunna bedöma sakfrågan i målet har den, oavsett instans, rätt att ställa tolkningsfrågor.[888] EG-domstolen anser sig även ha en skyldighet att besvara de nationella domstolarnas frågor även om den avgörande rättsfrågan inte är avgjord.[889]

Frågan är vad som i detta fall skall definieras som en domstol? Utgångspunkten är inte den nationella definitionen utan EG-domstolens bedömning av vilka organ som kan anses utöva dömande funktioner. Enligt praxis skall sju kriterier användas för att fastställa om begreppet domstolen är uppfyllt. De sju kriterierna är: legal grund, permanent karaktär, tvingande jurisdiktion, kontradiktorisk procedur, tillämpat tvingande lag, att möjligheten till annan rättslig prövning saknas och självständighet.[890]

[886] Artikel 228.2 (f.d. 171) i EG-fördraget utgör den rättsliga grunden. Två mål angående vitesföreläggande avseende vägran att upphöra med lagstiftning om nattarbetsförbud för kvinnor har förts till EG-domstolen av kommissionen. Se generaladvokatens yttrande i mål C-187/98 Kommissionen mot Grekland. Se det ännu ej avgjorda målet C-224/99 Kommissionen mot Frankrike. Frankrike, Grekland och även Italien har tidigare blivit dömda i fördragsbrottsmål för att de är bundna av ILO:s konvention om förbud mot kvinnors nattarbete. Om det administrativa förfarandet se Rundegren, 1995 s. 52 f.

[887] Drouge/Lysén, 1997, s. 137. Se även kap. 6.5.4. Se avhandlingen del III kapitel 4.12.

[888] Wiklund, 1997 s. 291.

[889] Se mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. p. 8-12.

[890] Mål C-54/96 Dorsch Consult Ingeniurgesellschaft mbH mot Bundesbaugesellschaft Berlin mbH 19970917. Se p. 23. Se även Generaladvokatens sammanfattning av rättspraxis i målet C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 19991116. Jfr Wiklund, 1997 s. 282. Wiklund menar att domstolen intar en pragmatisk hållning och att den tolkar begreppet domstol i vid bemärkelse. Huruvida alla kriterierna måste var uppfyllda framgår ej av EG-domstolens praxis.

I Danfossmålet fann EG-domstolen att det danska skiljedomsorganet, som handlägger kollektivavtalstvister, uppfyllde kraven och därmed kunde det ställa tolkningsfrågor till domstolen.[891] Frågan om huruvida eventuella skiljedomsorgan inom det svenska arbetsrättsliga systemet kan anses vara domstolar har inte ställts. Avgörande för frågan är i enlighet med EG-domstolens praxis parternas möjlighet att förfoga över själva skiljedomsförfarandet.[892]

En tillsättning av en så kallad Thamprofessur vid Göteborgs universitet överklagades av en manlig sökande. Överklagandenämnden för högskolan begärde ett förhandsavgörande från EG-domstolen avseende utrymmet för positiv särbehandling i EG-rätten. Generaladvokaten Saggio lämnade ett yttrande där han menade att överklagandenämnden inte är att se som en domstol och därmed saknade rätt att ställa tolkningsfrågor. Skälet var bristande självständighet. I regeringsformens, 11 kapitel 7 §, finns inte ett tillräckligt skydd mot ministerstyre, vilket ger överklagandenämnden en beroendeställning i förhållande till regeringen. Opartiskheten är ett viktigt kriterium och det räckte inte att överklagandenämnden uppfyllde fem av de sju kriterierna.[893] EG-domstolen följde inte generaladvokatens linje utan den besvarade överklagandenämndens frågor. Domstolen fann att överklagandenämnden var ett opartiskt och fristående organ som därmed kunde anses vara en domstol i enlighet med artikel 177 i EG-fördraget.[894]

Den andra frågan är vilka domstolar som har en skyldighet att inhämta EG-domstolens synpunkter i prejudicialfrågor. De domstolar som i sin hand har att avgöra en tvist där rättsfrågan inte kan prövas vidare är skyldiga, att under vissa förutsättningar, ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen. I första hand gäller denna skyldighet sista instans domstolar, såsom exempelvis arbetsdomstolen, i enlighet med artikel 234 (f.d.177) EG-fördraget.[895] Förutsättningen för domstols skyldighet att ställa tolkningsfrågor är att rättsfrågan inte är vad som uttrycks som "acte clair". Begreppet acte clair i EG-rätten innebär att det för den nationella domstolen framstår som om svaret på hur EG-rätten skall tolkas (och tillämpas) är så klart och uppenbart ("(s)o obvious as to leave no scope for any reasonable doubt") att det inte finns någon anledning att begära assistans från EG-domstolen.[896] Om EG-domstolen redan har bedömt frågan i ett

[891] Mål 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.

[892] Allgårdh/Norberg, 1999 s. 160 f.

[893] Generaladvokatens yttrande i mål C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 19991116.

[894] Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 20000706.

[895] Nielsen, Ruth, EU ret. 1996 s. 47.

[896] Mål 283/81 CILFIT and Lanificio di Gavardo (1982) ECR 3415. Se punkt 16 i domen.

tidigare mål finns det heller ingen skyldighet för den nationella domstolen att ställa "samma fråga".[897] Svårigheten att bedöma om en fråga är identisk med en tidigare besvarad fråga blev uppenbar i Swebus-målet, AD 1995 nr 96, där arbetsdomstolen avvisade en begäran från kärande att inhämta ett förhandsavgörande angående tolkningen av företagsöverlåtelsedirektivet.[898]

EG-domstolen väljer ibland att omformulera de frågor som ställts av den nationella domstolen. Syftet är i första hand att kunna ge ett svar av den art att tolkningsbeskedet kan tillämpas i nationell domstol. Andra skäl till att omformulera frågan kan vara att få frågan att falla in under EG-domstolens jurisdiktion, det vill säga att ge frågan EG-rättslig karaktär.[899] För övrigt är det som alltid att "som man frågar får man svar".[900]

De tolkningsbesked som lämnas av EG-domstolen är bindande för den nationella domstolen, men det är den nationella domstolen som avgör utgången av målet.[901] Enligt artikel 234 (f.d.177) är det EG-domstolen som skall tolka EG-rätten och den nationella domstolen som skall tillämpa EG-rätten. Gränsen mellan tolkning och tillämpning är dock flytande. Ola Wiklund menar att distinktionen inte ens går att upprätthålla och att EG-rätten i praktiken gör en legalitetsprövning av nationell rätt.[902] Hans Rundegren påpekar att trots att EG-domstolen inte har att uttala sig om giltigheten och tolkningen av nationell rätt, eller om den konkreta tvistens rättsliga avgörande, medför ändå tolkningsförfarandet att domstolen indirekt uttalar sig i dessa frågor. Förklaringen till detta är att prejudicialfrågan och den konkreta rättsfrågan ofta är symbiotiska.[903] Mats Melin kallar det för en fiktion och anser att när EG-domstolen svarar på frågor om nationell rätts förhållande till EG-rätten får dessa mål fördragsbrottskaraktär.[904]

[897] Rundegren, 1995 s. 83. Rundegren påpekar att det dock sällan finns några identiska frågor. Samma uppfattning förfäktar Bexhed då han påpekar att det är i de likartade fallen som EG-domstolen ges en möjlighet att "modifiera tidigare principer". Se Bexhed, J-M, Om kravet att begära förhandsavgörande från EG-domstolen – Vängby och EG-rätten. 1998 s. 821. I Juridisk tidskrift 98-99 nr 4.

[898] Se AD beslut 1995 nr 134.

[899] Se Wiklund, 1997 s. 290 f.

[900] Se Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 20000706.

[901] Rundegren, 1995 s. 76 f.

[902] Wiklund, 1997 s. 267, 315 och 469.

[903] A.a. s. 78 f. Se även Nielsen, Ruth, EU ret 1996 s. 46. Mål 324/86 Foreningen af Arbejdsledere i Danmark mot Daddy's Dance Hall A/C(1988) ECR 739, används som exempel.

[904] Melin, 1998 s. 121. Melin anger som exempel Franzén-målet.

4.7.2.2 Förstainstansrätten

Genom antagandet av artikel 168 A, 1986, möjliggjordes ett upprättande av en förstainstansrätt vid EG-domstolen. Vid förstainstansrätten prövas endast tjänstemannamål samt vissa konkurrensmål.[905] För institutionens anställda är EG-domstolen första instans i mål om exempelvis lönediskriminering. Mål av denna typ prövas av förstainstansrätten och domslutet kan i själva rättsfrågan överklagas till EG-domstolen i enlighet med artikel 236 (f.d.179) i EG-fördraget.[906] Domstolen har behandlat ett flertal mål som avser frågan om könsdiskriminering av anställda vid någon av EU:s institutioner.[907] En intressant frågeställning är om det finns skillnader mellan domstolens tolkning och argumentation i dessa enskilda mål jämfört med de mål där domstolen lämnar tolkningsbesked.[908] En dylik undersökning går dock utöver målsättningen med detta avhandlingsarbete.

4.7.3 Allmänna principer för processen i nationell domstol

Som inledningsvis nämndes finns det ingen strävan att reglera den nationella processens former gemenskapsrättsligt. I EG-rätten finns inte heller något enhetligt samlat regelverk angående det processuella förfarandet i EG-domstolen. Trots detta har allt fler allmänna processuella principer utvecklats av EG-domstolen. Grundläggande rättsprinciper är exempelvis: rätten till domstolsprövning, rätten till effektiva rättsmedel och en opartisk rättegång.[909] Rätten till effektiva rättsmedel prövades i Marshall II målet. EG-domstolen kom fram till att rättsmedlet måste vara adekvat och stå i proportion till skadan.[910]

[905] Nielsen, 1996b s. 48 f.

[906] Drouge/Lysén, 1997, s. 54 f. Förstainstansrätten prövar även andra typer av mål såsom dumping- och subventionsmål samt mål rörande konkurrensbegränsning. Se även Nielsen, 1996b s. 48 f.

[907] Exempelvis 75/82 och 117/82 C. Razzouk och A. Beydon ./. kommissionen, (1984) ECR 1509. Se SOU 1996:43 s. 11 f. I en tjänsteordning antagen av rådet regleras anställningsvillkoren för de anställda vid EU:s institutioner. Denna tjänsteordning har exempelvis prövats i målet C-302/85 Horst Pressler-Hoeft mot Court of Auditours of the European Communities (1987) ECR 0513.

[908] Se Prechal/Burrows, 1990 s. 14. Prechal och Burrows tar även upp denna typ av mål i sin framställning av EG-rätten, men inte i något bestämt syfte.

[909] Nielsen, 1992b s. 183 f. Om rättsprinciper se Wiklund, 1997 s. 107 och s. 112. Dessa principer finns även i Europakonventionen om mänskliga rättigheter artikel 6. Se även Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 111. Bernitz kallar detta för "procesuella rättssäkerhetsgarantier".

[910] Mål C-271/91 Helen Marshall mot Southampton och South-West Hampshire Area Health Authority (1993) I-4367. Se del III:4.12.

EG-domstolen har ställt upp två villkor för processen i de nationella domstolarna – genomdrivande och likvärdighet.[911] Om rättsfrågan rör ett anspråk som har sitt ursprung i EG-rättsliga normer, vilka tillerkänts direkt effekt, skall det för det första finnas en möjlighet att genomdriva rättsanspråket i nationell domstol. För det andra skall i målet tillämpas samma processuella regler som skulle ha använts om den rättsliga grunden hämtats i nationell lagstiftning. En kärande vars talan har sin grund i EG-rätten får inte diskrimineras genom att särskilda processuella regler tillämpas i nationell domstol.[912]

I målet Levez var grunden för talan artikel 119 (141) och likalönedirektivets artikel 2 och 6. Den nationella rättsregel vars överensstämmande med EG-rätten var omtvistad, gällde preklusion av talan.[913] Av de två frågor som ställdes till EG-domstolen gällde den ena likvärdighetsprincipen. När EG-domstolen omformulerat frågan löd den: "(a)tt den avser huruvida gemenskapsrätten hindrar att den omtvistade regeln tillämpas, även då ett annat rättsmedel är tillämpligt men detta kan innebära att mindre förmånliga rättegångsregler eller andra villkor tillämpas än om en talan som skulle kunna betraktas som likvärdig hade väckts vid nationell domstol" (p. 36 jfr p. 16). Levez hade väckt talan vid Industrial Tribunal och ett annat rättsmedel hade varit att väcka talan vid County Court.

EG-domstolen uttalade att det är den nationella domstolen som skall tillse att likvärdighetsprincipen tillämpas. Domstolen hänvisade här till målet Palmisani.[914] Därefter fortsatte domstolen med att upplysa om sin roll i sammanhanget: "EG-domstolen kan emellertid ge den nationella domstolen vissa upplysningar av betydelse för tolkningen av gemenskapsrätten som denna kan ha bruk för vid sin bedömning av målet" (p. 40). Domstolen angav därefter riktlinjer för hur den nationella domstolen skall pröva om likvärdighetsprincipen är kränkt. För det första skall det prövas om talan är likartad, genom att pröva såväl tvisteföremålet som "(d)e väsentligaste beståndsdelarna i de former av talan vid nationell domstol som påstås vara likartad" (p. 43). För det andra skall jämförelsen göras genom att beakta "(b)estämmelsens betydelse för hela förfarandet, dess gång och särskilda kännetecken vid olika nationella instanser" (p. 44). Domstolen angav därefter konkret vilken del i den brittiska lag-

[911] Principen om genomdrivande finns direkt uttryckt i likalönedirektivets, 75/117, artikel 2. Direktivet har ej tillerkänts direkt effekt.

[912] Andersson, 1998 s. 811.

[913] Mål C-326/96 B. S. Levez mot T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd 19981201. Se särskilt punkt 18 i domen för en översikt av tidigare mål där likvärdighetsprincipen behandlats.

[914] Mål C-261/95 Rosalba Palmisani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (1997) ECR I-4025.

stiftningen som var en likartad situation (se p. 47–49). De frågor som skulle ställas vid prövningen var om Levez, i detta enskilda fall, genom att använda gemenskapsrätten artikel 119 (141) ådrog sig extra kostnader och ytterligare tidsfrister för talan, jämfört med en arbetstagare som grundat sitt yrkande på brittisk nationell lag (p. 51).

Till slut besvarade EG-domstolen frågan om likvärdighetsprincipens tillämpning: "Gemenskapsrätten hindrar tillämpning av en nationell regel som begränsar den tidsperiod för vilken en arbetstagare kan yrka ersättning för utestående lön eller skadestånd för åsidosättande av likalönsprincipen till två år före talans väckande, även då ett annat rättsmedel är tillämpligt, om detta medför att mindre förmånliga rättegångsregler eller andra villkor tillämpas än vad som föreskrivs för likartade inhemska åtgärder. Det ankommer på den nationella domstolen att bedöma om så är fallet."

Målet Levez är ett exempel på att distinktionen mellan tolkning och tillämpning inte upprätthålls av EG-domstolen. De "upplysningar" som EG-domstolen ger är konkret utformade som handläggningsregler för den nationella domstolen. Frågan är vad som återstår av den nationella domstolens processuella autonomi?

4.7.3.1 EG-rättens företräde vid normkollision

När rättsregler kolliderar måste någon av dem ge vika och den ena eller andra regeln ges företräde. Principen om EG-rättens företräde framför nationell rätt bygger på samarbetsförpliktelsen i artikel 10 (f.d. 5) i EG-fördraget, men principen som sådan finns inte uttryckligen i fördragstexten, utan den har kommit att utformas genom EG-domstolens tolkning. I målet Costa mot Enel fastslog domstolen principen om EG-rättens företräde, innebärande att en nationell domstol är skyldig att tillämpa EG-rätten och sätta åsido nationell rätt vid en lagkollision. Genom medlemskap har staterna avsagt sig en del av sina suveräna rättigheter och det gemensamma regelverket gäller för såväl staterna som deras medborgare. Principen har därefter utvecklats ytterligare i flera mål.[915]

Evelyn Ellis tar upp principen om EG-rättens företräde utifrån brittiska domstolars vändor vid tolkning av Sex Discrimination Act, från 1975, i relation till artikel 119 (141). I det ena fallet, Garland v. British Rail, gjordes ett uttalande i the House of Lords som visar på en fördragskonform tolkning för att bringa de nationella rättsreglerna i överensstämmelse med EG-rätten. I det andra målet, Macarthys v. Smith, ledde konflikten mellan nationell rätt och artikel 119 (141) till en tolkning av omfattning-

[915] Mål 6/64 Flaminio Costa mot E.N.E.L. (1964) ECR 585. För vidarutveckling av principen se: Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 80, och där angivna rättsfall.

en av artikeln. Ledamöterna av the Court of Appeal var inte eniga, vilket ledde till att domstolen bestämde sig för att inhämta ett tolkningsbesked från EG-domstolen.[916] Ellis exempel visar på konsekvenserna av principen om EG-rättens företräde: det krävs såväl en tolkning av nationell rätt som en tolkning av EG-rätten. För det första måste det kunna avgöras om normerna står i konflikt med varandra och för det andra måste den nationella domstolen kunna 'fastställa den rätta innebörden' av EG-rätten. I sista hand blir detta en fråga för EG-domstolen, men därefter är det den nationella domstolen som återigen måste ta ställning till om normkollisionen existerar.

4.7.3.2 Artikel 119 (141) och direkt effekt

Artikel 141 (119) är tvingande rätt och har också som rättsregel direkt effekt.[917] Syftet med denna konstruktion är att skapa normharmoni och att i första hand förlägga processerna till de nationella domstolarna.[918] För enskilda rättssubjekt innebär en rättsregels direkta effekt att den kan utgöra den enda rättsliga grunden för en talan i nationell domstol. EG-domstolen ställde ursprungligen kravet att en rättsregel för att kunna få egenskapen direkt effekt måste vara klar, ovillkorlig och innehålla negativa förbud som inte var beroende av ytterligare implementering på nationell nivå.[919] I senare rättsfall har kraven ställts lägre och under förutsättning att regeln är klar och otvetydig (sufficiently precise and unconditional) kan den ha direkt effekt.[920]

När frågan avser likalöneprincipens direkta effekt startade rättsutvecklingen redan genom generaladvokatens uttalande i det första av Defrennemålen och i det andra målet slogs principen fast.[921] Catherine Hoskyns menar att graden av styrka hos en rättsregel har betydelse för tillämpningen av den i medlemsstaterna. Principerna om direkt tillämplighet och direkt effekt ger likalöneprincipen legitimitet, samtidigt som det rent faktiskt kvarstår problem med att tillämpa regeln på nationell nivå – sett ur ett könsperspektiv.[922]

[916] Ellis, 1998 s. 16 f. Tolkningsfrågor ställdes till EG-domstolen i båda målen. Dessa frågor återkommer jag till.
[917] Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigation Aerienne Sabena (1976) ECR 455. Se punkt 39.
[918] Ellis, 1998 s. 19.
[919] Mål 26/62 Van Gend en Loos mot Netherlands Inland Revenue Administration (1963) ECR 1. (Clear, unconditional and negative prohibition).
[920] Se Chalmers, 1998 s. 368 och 373. Se även Nielsen, Ruth EF-arbejdsret. 1992 s. 64.
[921] Mål 80/70 Gabrielle Defrenne mot Belgien (1971) ECR 445 och mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (1976) ECR 455.
[922] Jfr Hoskyns, 1996 s. 13.

Att artikel 119 (141) fick direkt effekt får tillskrivas en envis belgisk advokat, och likaledes professor, Elaine Vogel-Polsky, som publicerade en artikel om likalöneprincipen, där den retoriska frågan ställdes: "(s)hould Article 119 be considered as self-executing?"[923] Några år senare drev hon, tillsammans med andra advokater, de tre Defrenne-målen i domstolarna trots motstånd från belgisk fackföreningsrörelse. Fackföreningarna intog ståndpunkten att en tillämpning av artikeln i domstol kunde skapa farliga prejudikat, vilket kunde inkräkta på kollektivavtalssystemets grunder. Det fanns ingen belgisk lagstiftning om lönediskriminering vid denna tid.

Tre gånger ställde belgiska domstolar frågor till EG-domstolen rörande flygvärdinnan Gabrielle Defrennes anställningsvillkor. Det första Defrenne-målet rörde olika lagstadgade pensionsförmåner för kvinnor och män beroende av ålder. Någon direkt fråga om artikel 119 (141) kunde anses ha direkt effekt ställdes aldrig i detta första mål. I det andra Defrennemålet var sakfrågan olika lönesättning beroende på kön och frågan om artikel 119 (141) hade direkt effekt ställdes och besvarades. Det tredje Defrenne-målet handlade om olika åldersgränser för avgång med pension stred mot likalöneprincipen. Gabrielle Defrenne fick som flygvärdinna hos Sabena lägre lön och sämre pensionsförmåner än sina manliga kollegor och hon tvingades att sluta sitt arbete vid 40 års ålder. Det första och det andra målet kommer att behandlas vidare i texten i samband med begreppet lön i kapitel 4.8.2.

Direkt effekt kan vara av vertikal eller horisontell karaktär beroende på pliktsubjekt. Medlemsstaterna är i alla sina egenskaper och funktioner ansvariga för EG-rättens upprätthållande och av offentliga arbetsgivare avkrävs således en lojalitet gentemot gemenskapsrätten.[924] Vertikal direkt effekt kan en rättsregel ha om den är tillämplig i förhållandet arbetstagare och offentlig arbetsgivare. Genom EG-domstolens rättspraxis har begreppet offentlig arbetsgivare fått en vidsträckt betydelse och i ett flertal mål har EG-domstolen kommit fram till att juridiska personer anses ha en statlig karaktär. I Foster-målet ansågs bolaget British Gas genom sitt monopol på att distribuera gas till allmänheten inta ställningen som offentlig arbetsgivare. I Marshall-målet som gällde en offentlig hälso-

[923] A.a. s. 69 f. (cit fr Hoskyns). Det första målet, i belgisk domstol, blev det andra målet i EG-domstolen på grund av de belgiska domstolarnas långsamma behandling. Hoskyns anger, s. 93, att Defrennes kamp mot Sabena, i tre mål, slutade med att belgisk domstol dömde ut ungefär 240 pund i (ekonomiskt) skadestånd.

[924] Mål C-188/89 Foster m.fl. mot British Gas (1990) ECR I-3313. Mål C-271/91 M. H. Marshall mot Southampton och South West Hampshire Area Health Authority (No 2) (1993) ECR I-4367. Se även mål 222/84 Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1651.

vårdsinrättning, och i Johnston-målet som avsåg en polismyndighet, kom domstolen fram till att arbetsgivaren inte var ett privaträttsligt subjekt trots att anställningsförhållandet var av privaträttslig natur. EG-domstolen har bortsett från den juridiska formen och istället sett till funktionen hos rättssubjektet – vilket jag menar är en form av genomlysning.[925] Begreppet offentlig arbetsgivare kan med detta synsätt vara något mer omfattande än vad som på den svenska arbetsmarknaden brukar betecknas som offentlig arbetsgivare. Offentlig verksamhet som har privatiserats och där monopolställningen kvarstår skulle, vid en rättslig bedömning, kunna ses som offentlig arbetsgivare. Någon form av anknytning till staten krävs dock.

Horisontell direkt effekt avser rättsförhållandet mellan enskilda rättssubjekt, det vill säga förhållandet mellan enskilda arbetstagare och arbetsgivare. Det enskilda rättssubjektet utgör på arbetsgivarsidan vad som brukar betecknas som en privat arbetsgivare – en fysisk eller juridisk person. EG-domstolen har deklarerat att artikel 119 (141) även har en horisontell direkt effekt, vilket innebär att rättsregeln kan användas i svensk domstol som enda rättsliga grund för en lönediskrimineringstalan, gentemot såväl offentlig som privat arbetsgivare. I målet Defrenne II påtalade EG-domstolen att artikel 119 (141) inte enbart riktas till medlemsstaterna, utan den förpliktigar också privata arbetsgivare att betala en lön som inte är diskriminerande.

EG-domstolen menade att likalöneprincipen är en grundläggande, såväl ekonomisk som social, ovillkorlig princip i gemenskapsrätten. Direkt effekt gällde i första hand vid direkt diskriminering och endast i tvister som rättsliggjorts efter den 6 april 1976.[926] I senare rättsfall har domstolen klargjort att artikel 119 (141) har direkt effekt även i samband med indirekt diskriminering.[927] Slutsatsen blir att artikel 141 (119) i EG-fördraget är direkt tillämplig och har direkt effekt innebärande att en enskild arbetstagare till nationell behörig domstol kan instämma en offentlig eller en privat arbetsgivare för brott mot likalöneprincipen oavsett om någon nationell lagstiftning existerar på rättsområdet.[928] Den monistiska modellen är således den förhärskande i förhållandet mellan primär EG-rätt och nationell rätt.

[925] Bruun, Niklas m.fl., Koncernarbetsrätt i Norden. 1992 s. 35 f. I bokens avsnitt om Sverige pläderar Dennis Töllborg för en mer funktionell syn på arbetsgivarbegreppet.

[926] Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Société Anonyme Belge de Navigations Aérienne Sabena (1976) ECR 455. Se Hoskyns, 1996 s. 90 f.

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

[928] Principen om direkt effekt har bekräftats i ett stort antal domar efter 1976 exempelvis i: 129/79 Macarthys, C-262/88 Barber och C-200/91 Coloroll.

4.7.3.3 Kan direktiv ha direkt effekt?

Utgångspunkten är att medlemsstaten svarar för att direktiv implementeras fullständigt och inom den bestämda tidsramen. Direktiv som innehåller klara förpliktelser, som är otvetydiga, kan enligt EG-domstolen ha direkt effekt. En enskild medborgare har rätt att kräva att staten, i alla dess olika skepnader, uppfyller sina förpliktelser i enlighet med EG-fördraget. Som tidigare nämnts har EG-domstolen tolkat begreppet statlig arbetsgivare i vidsträckt mening. Direktiv kan som rättskälla ha vertikal direkt effekt och dess innehåll kan användas direkt av en arbetstagare gentemot en offentlig arbetsgivare i nationell domstol. På den gemensamma arbetsmarknaden finns det därmed två grupper av arbetstagare, privatanställda och offentliganställda, som är olika beroende av nationell implementering för att kunna tillvarata sina rättigheter.[929] Skyldigheten att implementera direktiv påverkas inte av om direktivet bedömts ha direkt effekt. EG-domstolen har uttalat att det av rättssäkerhetsskäl är väsentligt att det av nationell lagstiftning direkt framgår vilka rättigheter som garanteras individen.[930]

I det första Marshall-målet ställdes frågan om likabehandlingsdirektivet, 76/207, kunde anses ha direkt effekt.[931] EG-domstolen kom fram till att direktivets artikel 5 hade direkt effekt i förhållandet till offentlig arbetsgivare, emedan regeln var tillräckligt precis och ovillkorlig (p. 55). Däremot hade direktivet inte direkt effekt gentemot privaträttsliga rättssubjekt (p. 48). Kan vi då dra några slutsatser av detta mål för att bedöma om likalönedirektivet kan ha direkt effekt gentemot en privat arbetsgivare? Vi kan konstatera att EG-domstolen över huvud taget inte har tillerkänt något direktiv direkt horisontell verkan.[932] Frågan om huruvida likalönedirektivet, nr 75/117, har direkt effekt har ännu inte prövats av EG-domstolen.[933] När det gäller likalönedirektivet finner jag det än mindre troligt

[929] Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 88. Bernitz påpekar att doktrinen om indirekt effekt och statsskadestånd mildrar dessa effekter.

[930] Se mål 143/83 Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427. Målet var en fördragsbrottstalan gällande bristande implementering av begreppet likvärdigt arbete i likalönedirektivet, 75/117, i dansk rätt.

[931] Mål C-152/84 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (1986) ECR 723.

[932] Nielsen, 1992a s. 56–62. Det förtjänar att påpekas att kommissionen i ett antal mål, exempelvis Murphy (157/86) och Danfoss (109/88), har hävdat att likalönedirektivet skulle ha horisontell direkt effekt. Domstolen har över huvud taget inte uttalat sig i frågan och i doktrinen råder det i sak olika meningar. Nielsen menar att Marshallmålet får tolkas så att domstolen inte en gång för alla har avgjort frågan om alla direktivs eventuella direkta effekt.

[933] Mål 129/79 Macarthys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275. Frågan ställdes i målet Macarthys, men den behövde aldrig besvaras eftersom tillämpningen av artikel 119 gav svar på de första frågorna.

att domstolen skulle finna någon anledning att hävda att just detta direktivs principer är särskilt skyddsvärda, med tanke på att artikel 119 (141) garanterar tillämpligheten av likalöneprincipen såväl vertikalt som horisontellt. Grunden för de principer som likalönedirektivet avser att skydda är redan cementerade i EG-fördraget. Att som kommissionen uttalat i ett antal mål, härleda en direkt horisontell effekt ur det faktum att direktivet och artikel 119 (141) är symbiotiska förefaller inte, enligt min mening, funktionellt. Artikel 249 (f.d.189) i EG-fördraget ålägger endast medlemsstaterna förpliktelser och att utsträcka denna lojalitetsplikt till enskilda rättssubjekt, i detta fall, ökar knappast gemenskapsrättens effektivitet.

4.7.3.4 Skyldigheten att tolka EG-konformt

Av ovanstående framgår att det finns begränsningar i EG-rättens direkta rättsverkningar i förhållande till nationell rättstillämpning, framförallt avseende rättskällan direktiv. Enskildas rättigheter kan emellertid även skyddas genom användandet av olika tolkningsprinciper. EG-rätten tillämpas inte i första hand direkt i nationella domstolar, utan det är nationell rätt som tolkas och tillämpas. Nationell domstols tolkningsutrymme, och därmed ramen för processen, begränsas här av solidaritetsprincipen. EG-domstolen har utvecklat principer som innebär att nationella domstolar har en skyldighet att tolka nationell rätt så att de mål som uppställts i direktivet uppfylls. Detta gäller särskilt när den nationella lagstiftningen har anknytning till ett direktiv. Syftet med direktivet och ordalydelsen skall användas som grund för tolkningen av nationell rätt. Denna princip uttalade EG-domstolen i von Colson-målet, vilket rörde en fråga om likabehandlingsdirektivets, 76/207, eventuella direkta effekt vid skadeståndsanspråk. Domstolen fann att artikel 6 i direktivet inte kunde ha direkt effekt på grund av den inte var tillräckligt ovillkorlig.[934]

Skyldigheten för nationell domstol att tolka direktivkonformt ger EG-rätten en så kallad indirekt effekt. Hur långt denna effekt sträcker sig i förhållande till nationell rätt utvecklades vidare i fallet Marleasing.[935] Marleasing-doktrinen sammanfattas i svaret som följde på den spanska domstolens fråga: "(e)n nationell domstol är skyldig att, så långt det är möjligt, tolka bestämmelser i nationell rätt, oberoende av om dessa antagits före eller efter direktivet, i ljuset av direktivets ordalydelse och syfte

[934] Mål 14/83 Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (1984) ECR 1891. Se p. 26.

[935] För utvecklingen av principen om indirekt effekt mellan målen von Colson och Kamann och Marleasing se Ellis, 1998 s. 40 f.

för att uppnå dess resultat och på så sätt efterkomma artikel 249 tredje stycket".[936]

Detta innebär att EG-rätten får en form av indirekt verkan. Direktiv har inte direkt effekt gentemot privata arbetsgivare, enligt rättspraxis, men detta förhållande uppvägs av den nationella domstolens skyldighet att i sin rättstillämpning vara lojal gentemot EG-rätten.[937] Denna plikt är enligt Ruth Nielsen den mest integrationsbefrämjande förändring som skett av dansk rättskällelära på grund av medlemskapet i EU.[938] Har EG-domstolen tolkat vad som enligt artikel 119 (141) i EG-fördraget skall anses utgöra lön är arbetsdomstolen bunden av denna tolkning.[939]

Denna princip (von Colson) eller doktrin (Marleasing) kan ha en stor betydelse rent allmänt för att individer i nationella domstolar skall kunna argumentera för att de omfattas av gemenskapsrätten, men när det gäller likalöneprincipen lär den starka ställning som artikel 119 (141) har som rättskälla minska behovet av direktivkonform tolkning. Utrymmet för att tolka artikel 119 (141) i vidsträckt bemärkelse förefaller vara stort. Detta förtar dock inte medlemsstaternas skyldighet att implementera likalönedirektivet, 75/117 eller det faktum att direktivet innehåller materiell rätt som inte omfattas av artikel 119 (141) såsom exempelvis kravet på effektiva rättsmedel.[940]

4.8 Likalöneprincipens tillämpningsområde

Under denna rubrik är avsikten att redogöra för EG-domstolens tolkningar av gränsen för likalöneprincipens tillämpningsområde, vilket också kan uttryckas som beskrivning eller bestämning av centrala begrepp. Tolkningen av begrepp som lön, kön och arbetstagare studeras och analyseras ur ett könsperspektiv, som begränsande och som sorterande.

4.8.1 Arbetstagarbegreppet

Syftet med att på gemenskapsnivå reglera förutsättningarna för förhållandet arbetstagare och arbetsgivare är att harmonisera normerna. En harmonisering av begreppen är inte lika självklar. När det gäller frågan: Vem

[936] Mål C-106/89 Marleasing SA mot La Comercial Internacional de Alimentacion (1990) ECR I-4135. Se p. 8. Målet finns inte officiellt översatt till svenska och därför har jag använt den översättning som gjorts av Ulf Bernitz i Europarättens grunder. 1999 s. 90.

[937] Chalmers, 1998 s. 392 f.

[938] Nielsen, 1996b s. 67. Se även Bernitz, 1994-95 s. 268. Jag citerar: "Inom ramen för en fördragskonform tolkning kan det alltså ske en hårdhänt omtolkning av interna rättsregler. En sådan omtolkning torde ibland närmast få karaktären av en borttolkning."

[939] A.a. s. 68.

[940] Se mål 102/79 Kommissionen mot Belgien (1980) ECR 1473.

är arbetstagare? är svaret i högsta grad beroende av nationell lagstiftning, rättspraxis och sedvänja. Arbetstagarbegreppet är dock definierat på gemenskapsnivå i en viktig bemärkelse, nämligen när det gäller arbetstagarnas fria rörlighet. Här har EG-domstolen funnit det önskvärt med en gemensam definition, och kommit fram till att ett begrepp som är avgörande för en grundläggande frihet måste tolkas extensivt.[941] EG-domstolen har uttalat att det finns vissa grundläggande kriterier som utmärker ett anställningsförhållande. Dessa kriterier är att personen utför arbete för någon annans räkning, att personen står under arbetsledning och att det utgår lön, vederlag, för arbetet. Arbetstagarbegreppet skall 'fastställas' utifrån dessa objektiva kriterier.[942] I denna definition innefattas även den som arbetar deltid och även den som är behovsanställd – anställningsformen eller omfattningen av arbetet har ingen betydelse.[943] I några av de mål som rört tolkningen av artikel 119 har begreppet arbetstagare varit en del av problematiken. Målen har gällt kvinnor, vilket avspeglar det i grunden normativa arbetstagarbegreppet.[944] Kvinnor som arbetar är avvikare, är atypiska, och frågan om de över huvud taget är arbetstagare och skyddas av gemenskapsrätten har ställts i samband med tolkningen av EG-arbetsrätten. Frågan om en man är arbetstagare har inte utgjort en rättslig frågeställning i mål om könsdiskriminering.[945]

Avgörande för tillämpningen av artikel 141 (119) är om den missgynnade är att anse som arbetstagare i det land där talan förs. EG-domstolen har inte ansett att likalöneprincipen är av samma dignitet som regleringen av den fria rörligheten och att arbetstagarbegreppet borde skyddas genom EG-domstolens tolkning. Definitionen av vem som räknas som arbetstagare kan således skilja sig åt enligt nationell praxis.[946] Detta fick till följd att exempelvis tyska deltidsarbetande kvinnor inte skyddades av artikel 119 (141) om den nationella definitionen av begreppet arbetstagare

[941] Blanpain/Nyström, 1994 s. 102 ff. Begreppet arbetstagare har endast en särskild betydelse då EG-fördragets artikel 48 (numera 39), om den fria rörligheten, är tillämplig. Effekten skulle annars kunna bli att vissa grupper skulle kunna uteslutas från den fria rörligheten. Se mål 75/63 Mrs M. K. H. Hoekstra (neeUnger) mot Bestuur der Bedrijfsvereniging voor Detailhandel en Ambachten (1964) ECR 0347. Domstolen uttryckte att begreppet arbetstagare i artikel 48 inte är relaterat till nationell rätt utan till gemenskapsrätten.

[942] Mål 66/85 Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemburg (1986) ECR 2121. Målet gällde fri rörlighet för arbetstagare artikel 39 (48).

[943] Mål C-357/89 V.J.M. Raulin mot Netherland Ministry of Education and Science (1992) ECR 1027. Om begreppet gjordes snävare skulle det komma i konflikt med likabehandlingsdirektivet då atypiska anställningsvillkor i första hand omfattar kvinnor.

[944] Se exempelvis mål som C-171/88 Rinner-Kühn och C-317/93 Nolte.

[945] Mål där mäns förhållande till arbetstagarbegreppet aktualiserats har i första hand handlat om den fria rörligheten för personer. Se exempelvis mål C- 139/85, C-344/87 och C-196/87.

[946] Gränsen mellan arbetstagare och uppdragstagare sätts därmed i nationell praxis.

i sig inte var könsdiskriminerande. I Rinner-Kühn-målet gällde frågan om den lagstiftning som gav en arbetsgivare rätt att undanta deltidsanställda från rätten till ersättning vid sjukdom, under de första dagarna av en sjukdomsperiod, stred mot artikeln. EG-domstolen menade att artikel 119 (141) var tillämplig och att det inte kunde accepteras att det i nationell lag gjordes undantag som innebar att enbart deltidsanställda drabbades. De deltidsanställda förutsattes till sin majoritet bestå av kvinnor, och därmed var de missgynnade i förhållande till de heltidsanställda männen. De heltidsarbetande (männen) sågs som arbetstagare medan de deltidsarbetande (kvinnorna) enligt den tyska sjuklönelagen inte var arbetstagare – på grund av att de arbetade för få timmar per vecka. EG-domstolen konstaterade att det var den nationella domstolen som fick pröva om det fanns några objektiva, icke-könsdiskriminerande skäl för särlagstiftningen.[947] Den som avviker allt för mycket från normen kan på ett legitimt sätt definieras ut från ett trygghetssystem. Avvägningen mellan de motstående intressena görs i den nationella domstolen.

EG-domstolens praxis visar att artikel 119 (141) också omfattar anhörigas krav på pension efter en avliden arbetstagare. De anhörigas ställning som rättighetssubjekt förvärvas genom succession från den avlidne arbetstagaren.[948]

Arbetssökande omfattas inte av likalöneprincipen i artikel 119 (141). När en ställning som arbetstagare uppnåtts gäller likalöneprincipen oavsett om den arbetssökande 'frivilligt' avtalat om diskriminerande löne- och anställningsvillkor för att erhålla tjänsten. Regeln är tvingande och parterna disponerar inte över regelns innehåll.[949]

4.8.2 Begreppet lön

EG-domstolen har prövat vilka former av ersättningar som omfattas av artikel 119 (141). I Defrenne II slog domstolen fast att artikeln inte kan tillämpas i fråga om några andra anställningsvillkor än lön. Frågan är hur lönebegreppet skall definieras? Redan i Defrenne I grundlade domstolen distinktionen mellan lagstadgad pensionsförmån och lön. Artikel 119 (141) är inte tillämplig avseende denna typ av pensionsförmåner, som en konsekvens av att det inte rör sig om en anställningsförmån som arbetstagaren erhåller från arbetsgivaren. Någon form av viljeförklaring måste

[947] Mål 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH &Co. KG (1989) ECR 2743.

[948] Mål C-C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889. Grundfrågan i Barber-målet rörde olika pensionsålder för kvinnor och män i ett yrkesbaserat försäkringssystem.

[949] COM (94) 6.

finnas från arbetsgivarens sida och ett statligt baserat trygghetssystem, särskilt ålderspensionssystem, omfattas inte av likalöneprincipens tillämpningsområde.[950] Begreppet lön knyts till relationen och utbytet av prestationer mellan arbetsgivare och arbetstagare. Lagstiftning kan emellertid utgöra den rättsliga grunden för förmånernas tillkomst.

Om arbetsgivaren däremot avsätter medel till en privat företagsbaserad pensionsförsäkring är densamma att se som lön, och skall därmed omfattas av likalöneprincipen. Detta förtydligande gav EG-domstolen i Barber-målet.[951] I samma mål menade domstolen att det krävs klarhet och tydlighet i ersättningssystemen för att de nationella domstolarna skall kunna fullgöra sina skyldigheter i denna typ av mål. Likalöneprincipen måste därför tillämpas på varje separat anställningsförmån och grunden kan således inte vara en bedömning av summan av anställningsförmåner.[952] Grundlön skall således jämföras med grundlön och ersättning för obekväm arbetstid med motsvarande. Samma resultat kom domstolen fram till i målet Jämställdhetsombudsmannen, där frågan som ställdes av arbetsdomstolen var om tillägg för arbete på obekväm arbetstid och förmån i form av arbetstidsförkortning, skulle läggas till grundlönen vid beräkning av löneskillnaden.[953]

Domstolen uttalade också i domslutet i Barber-målet att alla former av ersättning, som arbetstagaren får av arbetsgivaren i samband med att anställningsförhållandet upplöses, är att betrakta som lön oavsett om den rättsliga grunden är lag eller avtal eller om förmånen är att se som en ensidig rättshandling från arbetsgivarens sida.[954] I Worringham-målet kom domstolen fram till att den av arbetsgivaren icke-avtalsbaserade inbetalningen till en pensionsfond, genom ett tillägg till bruttolönen, var att se som lön.[955] Min slutsats blir att exempelvis 'fallskärmar', oavsett om de är avtalsbaserade eller inte, omfattas av artikel 119 (141).

Ett stort antal mål i EG-domstolen har rört frågor om artikel 119 (141) tillämplighet vid skillnader i anställningsbaserade pensionsförmåner för kvinnor och män. I Harvey Barbers fall var omständigheterna att arbetsgivaren upprättat en icke avgiftsfinansierad pensionskassa. Enligt före-

[950] Mål 43/75 Gabriel Defrenne mot Societé anonyme belge de navigation aérienne Sabena (1976) ECR s. 455. Se p. 7, 8, 40.

[951] Mål C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889.

[952] Samma bedömning gjorde EG-domstolen i Barber-domen, C-262/88, p. 3.

[953] Mål C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro läns landsting 20000330.

[954] Se närmare SOU 1996:43 s. 45–46 och där redovisade rättsfall: Se även mål 23/83 W. G. M. Liefting m.fl. mot direktionen för Academisch Ziekenhuis vid Amsterdams Universitet m.fl. (1984) ECR 3225 och 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607.

[955] C-69/80 S. J Worringham och M Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767.

tagets pensionssystem var pensionsålder 57 år för kvinnor och 62 år för män. Medlemmar i pensionskassan som blev uppsagda på grund av arbetsbrist (ekonomiska skäl) hade rätt till ersättning från kassan om de var 50 respektive 55 år fyllda. Barber sades upp från sin tjänst vid 52 års ålder, och de frågor som ställdes till EG-domstolen handlade om det rättsstridiga i att Barber inte erhöll någon annan ersättning än avgångsvederlag från pensionskassan och att hans pension skulle ha betalats ut först vid 62 års ålder. En kvinna i motsvarande situation hade fått pension redan vid uppsägningen.

Domstolen kom fram till att avgångspension från en privat yrkesbaserad pensionskassa omfattas av artikel 119 (141) och att detta även gäller när ersättning utges i samband med uppsägning av ekonomiska skäl.[956] När det gällde de skilda åldersvillkoren uttryckte domstolen uppfattningen att dessa stred mot artikel 119 (141) och det var oväsentligt att samma åldersvillkor fanns i det nationella statliga pensionssystemet.[957]

Som en följd av Barber-målet tillfogades "protokoll nr 2 angående artikel 119" det så kallade Barber-protokollet till EG-fördraget:

> Vid tillämpning av artikel 119 i detta fördrag skall förmåner för arbetstagare på grund av sociala trygghetssystem inte anses som lön om och i den mån förmånerna kan hänföras till anställningstider före den 17 maj 1990, utom när det gäller arbetstagare eller deras förmånsberättigade anhöriga som före denna tidpunkt väckt talan vid domstol eller inlett ett likvärdigt förfarande enligt tillämplig nationell lagstiftning.

Protokollet begränsar i tiden kraven på en icke-diskriminerande pension till tidpunkten för avgörandet i Barber-målet. Artikel 119 (141) har från och med tiden för denna dom direkt effekt rörande denna specifika fråga. Protokollet har tillkommit av ekonomiska skäl för att förhindra att medlemsstaterna skulle kunna tvingas att betala ut retroaktiva pensionsersättningar. Arbetsgivarens rättssäkerhet tryggas med denna begränsning och syftet framgår även uttryckligen av domen (p. 44).[958] I senare mål har

[956] Att rätten att tillhöra ett företags eller yrkesbaserat pensionssystem omfattas av artikel 119 (141) har bekräftats i ett stort antal mål se exempelvis mål C-435/93 F. J. M. Dietz mot Stichting Thuisorg Rotterdam (1996) ECR I-5223.

[957] Se Nielsen, Ruth och Szyszczak, Erika, The Social Dimension of the European Union. 1997 s. 159. Författarnas kommentar till Barber-målet är: "The real bomb shell came in Barber ..."

[958] Protokollet innebär att Barber-målet (C-262/88) inte har retroaktiv verkan. I mål, C-128/93 G C Fisscher mot Voorhuis Hengelo BV och Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel (1994) ECR I-4583, förklarade EG-domstolen att rätten att bli ansluten till en avtalad pensionsförsäkring omfattas av artikel 119 (141). Detta framgår av Bilka Kaufhaus-målet (170/84). Avgörandet innehåller ingen begränsning av retroaktiva anspråk. I detta fall kan retroaktiva anspråk göras gällande tillbaka till tiden för den andra Defrenne-domen 43/75 (1976) där domstolen slog fast att artikel 119 kan ha direkt effekt.

domstolen följt inskränkningarna i Barber-protokollet och ytterligare klargjort omfattningen av begreppet lön. I tre domar: Ten Oever, Coloroll och Moroni utvidgade domstolen tillämpningen av artikel 119 (141) ytterligare. Efter dessa domar står det också klart att efterlevandepensioner som är avtalsgrundade är att se som anställningsförmåner och som lön. Bakgrunden i Ten Oever-målet var att en manlig arbetstagare stämt arbetsgivaren för brott mot artikel 119 (141) på grund av att den företagsbaserade efterlevandepensionen endast gav änkor efter manliga arbetstagare rätt till pension. EG-domstolen fann att artikel 119 (141) var tillämplig emedan rätten till efterlevandepension baserade sig på ett anställningsförhållande.[959]

Kvinnor har också direkt utestängts från rätten att tillhöra företagsbaserade pensionssystem. I målet Bilka-Kaufhaus handlade det om deltidsanställda kvinnor och i Fisscher-målet rörde frågan en gift kvinnas rätt att tillhöra systemet. Rätten att vara ansluten till ett företagsbaserat pensionssystem omfattas av artikel 119 (141). Retroaktiva anspråk på anslutning kan ställas, till skillnad från i Barberfallet, från det att artikeln fick direkt effekt, 1976, dock under förutsättningen att avgifter erläggs retroaktivt.[960]

Genom Garland-målet slog domstolen fast principen att även så kallade 'fringe benefits' (sidoförmåner) omfattas av artikel 119 (141) och är att se som lön. British Rail hade som arbetsgivare 'frivilligt' enbart gett anhöriga till manliga arbetstagare reseförmåner efter pensionsavgång, så kallat ensidigt reglerade anställningsförmåner. Domstolen konstaterade att förmånen hade sin direkta eller indirekta grund i ett anställningsförhållande och därmed skulle den ses som lön. Reseförmånen ses ändock som avtalsbaserad, som ett resultat av avtalsrelationen mellan arbetstagare och arbetsgivare, och missgynnandet av kvinnliga arbetstagare kunde angripas rättsligt.[961]

I de fall där anställningsförmånerna inte är avtalsbaserade förefaller det, enligt min mening, mindre troligt att artikel 119 (141) får till effekt att den diskriminerade får bättre anställningsförmåner i framtiden. Arbetsgivaren kan utan större problem välja att avstå från att ge de gynnade manliga arbetstagarna särskilda förmåner – och jämställdhet har upp-

[959] För en utförligare redogörelse för de stora antalet mål om olika former av pensioner se SOU 1996:43 s. 46–51. Se det ännu ej avgjorda målet, C-166/99 Marthe Defreyn mot Sabena SA, där tolkningsfrågan avser Barberprotokollets tillämplighet på ersättningar som betalas ut vid förtida avgång.

[960] Mål C- 170/84 Bilka – Kaufhaus mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR, C-435/93 F. J. M. Dietz mot Stichting Thuiszorg Rotterdam (1996) ECR I-5223, C-128/93 Fisscher mot (1994) ECR I-4583. För en mer utförlig genomgång av denna typ av mål se: Whiteford, Elaine A., Occupational pensions and European Law: clarity at last? I (red.) Hervey/O'Keefe, Sex equality law in the European union. 1996 s. 21 ff.

[961] Mål 12/81 Eileen Garland mot British Rail Engineering Limited (1982) ECR 359.

nåtts. En nationell dom om ensidigt reglerade förmåner får i första hand retroaktiv verkan under förutsättning att ekonomisk skada kan styrkas.

Ett flertal av lönediskrimineringsmålen har rört deltidsanställdas särskilda anställningsvillkor. I Rinner-Kühn-målet fastslog EG-domstolen att den lagstadgade sjuklön som en arbetsgivare är skyldig att betala till arbetstagaren vid dennes sjukdom, skall ses som lön i artikel 119 (141) mening. Med stöd av tysk (delstats)lagstiftning betalade företaget inte ut sjuklön till de – företrädesvis kvinnor – som arbetade kort deltid (mindre än 10 timmar/vecka eller 45 timmar/månad). Under förutsättning att denna statliga regleringen inte var lämplig och nödvändig för att uppnå något socialpolitiskt syfte, var arbetsgivaren handlande i strid med likalöneprincipen.[962] Anna Christensen påpekar att domen inte fick några konsekvenser i praktiken. Regeln finns fortfarande kvar och har till och med utökats till att undantaget idag gäller de som når upp till 15 timmars arbetsvecka.[963]

Av senare mål framgår att många olika typer av ersättningar omfattas av begreppet lön. Rätten till skadestånd är ett exempel. Enligt brittisk lagstiftning omfattade anställningsskyddet enbart arbetstagare som varit anställda under en sammanhängande period av två år. Två kvinnor som blivit uppsagda efter drygt ett års arbete hade stämt respektive arbetsgivare, då de ansåg att saklig grund för uppsägning saknades. Frågan som ställdes av den nationella domstolen till EG-domstolen var: Om skadestånd på grund av ogrundad uppsägning var att se som lön? EG-domstolen menade att denna typ av ersättning utges som en konsekvens av en anställning som hade bestått om inte den ogrundade uppsägningen hade verkställts (p. 28). Att ersättningen utges efter anställningens upphörande upphäver inte anknytningen till avtalsrelationen. Skadestånd som en nationell domstol utdömer vid ogrundad uppsägning är lön och omfattas av artikel 119 (141) tillämpningsområde.[964]

Ett annat exempel är den ersättning som utges i samband med föräldraledighet. I Gillespie-målet fastslog EG-domstolen att den ersättning som arbetsgivaren betalar till en föräldraledig kvinna är lön i artikel 119 (141) mening. Detta gäller oavsett om den är grundad på lag eller kollektivavtal. Gillespie och sexton andra kvinnor hade i samband med föräldraledighet gått miste om de löneförhöjningar som förekommit och som betalades ut retroaktivt.[965] I Bötel-målet uttalade sig domstolen om den

[962] Mål 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH&Co. KG (1989) ECR 2743.

[963] Christensen, 1999 s. 23.

[964] Mål C-167/97 The Queen mot Secretary of State Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith och Laura Perez 1999-02-09.

[965] C-342/93 Joan Gillespie m.fl. mot Northern Helth and Social Services Boards m.fl. (1996) ECR I-475.

tyska lagstiftningen som gav ledamöter av företagskretsnämnder rätt till ersättning, i form av betalning eller ledighet, i samband med utbildning. Även om arbetsgivarens skyldighet att utge ersättning följer av lag utgör anställningsförhållandet grunden och endast den som är anställd omfattas av rätten att vara ledamot i företagskretsnämnden. Ersättningen var således lön och omfattades av likalöneprincipen.[966]

Att även julbonus är lön kom domstolen fram till i Lewen och Krügermålen.[967] Det första målet rörde en föräldraledig kvinna som hade gått miste om en extra månadslön i jultillägg. Att bonusen betalades ut frivilligt, och även om syftet i första hand var att belöna eller uppmuntra, skall denna typ av förmån ses som lön i den mening som avses med artikel 119 (141).[968] I det andra målet hade en kvinna som arbetade kort deltid, mindre än 15 timmar/vecka, inte erhållit någon julbonus. EG-domstolen kom fram till att lönetillägg som betalas ut till arbetstagaren i slutet av året med stöd av lag eller kollektivavtal utgör lön och omfattas av likalöneprincipen (p. 17).[969] Särskilda bidrag som betalas ut av arbetsgivaren, i enlighet med bestämmelser i kollektivavtal, till gravida eller moderskapslediga kvinnor är också lön.[970] Deltidsanställdas och föräldraledigas särskilda och så kallat atypiska anställningsvillkor, och huruvida dessa är könsdiskriminerande, behandlas vidare i anslutning till analysen av begreppen direkt och indirekt diskriminering.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att EG-domstolen tolkat begreppet lön i en vidsträckt bemärkelse och att begreppet omfattar sjuklön, ersättning under föräldraledighet, 'fringe benefits', reseförmåner efter pensionering, pensionsförmåner som arbetsgivaren betalar, skadestånd, avgångsvederlag och rätten att tillhöra företagsbaserade pensionssystem. Lön kan utgöra alla former av direkta eller indirekta förmåner som har sin grund i ett anställningsavtal eller i ett anställningsförhållande. I begreppet lön räknas även de anställningsförmåner som inte är direkt avtalsbaserade utan ensidigt beslutade av arbetsgivaren. Varje lönedel skall jämföras separat för att undvika att arbetsgivarens ersättningssystem blir okontrollerbara.[971] Även så kallad "svart" lön kan omfattas av likalöneprincipen.[972]

[966] C-360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin mot Monika Bötel (1992) ECR I-3589.

[967] C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda 1999-10-21. C- 281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 1999-09-09.

[968] Däremot är det inte lön i den mening som avses i direktiv 92/85 artikel 11.2 b. Se p. 24.

[969] Därför omfattas tillägget inte av direktiv 76/207.

[970] C-218/98 Oumar Dabo Abloaye m.fl. mot Régie nationale des usines Renault SA. 1999-09-16.

[971] Mål C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting 2000-03-30.

[972] Huruvida detta är en korrekt tolkning av begreppet lön torde aldrig komma att prövas i domstol.

4.8.3 Rumslig begränsning – samma verksamhet

Vem som är arbetsgivare har betydelse i två fall: dels gäller frågan vem som är pliktsubjekt, dels handlar det om en rumslig begränsning – arbetsgivarens verksamhet sätter upp ramarna för vilka jämförelser som kan göras mellan olika arbetstagares arbeten. När det gäller själva arbetsgivarbegreppet finns det ingen enhetlig definition, utan nationell praxis blir avgörande för att bestämma vem som är att se som pliktsubjekt. EG-domstolen har i några rättsfall sett igenom den formella konstruktionen och funnit att det är det subjekt som betalar ut lön och anställningsförmåner, som är pliktsubjekt och arbetsgivare i artikelns mening. Artikel 119 (141) kan därmed ha direkt effekt i förhållandet mellan den som har krav på pensionsförmåner, gentemot det organ som förvaltar pensionsfonder. I snäv bemärkelse är förvaltningsorganet inte arbetsgivare, men likalöneprincipens tillämpningsområde skulle minska avsevärt om en arbetstagare endast kunde ställa krav gentemot motparten i anställningsavtalet.[973] Av EG-domstolens rättspraxis framgår också att begreppet offentlig arbetsgivare givits en vidsträckt tolkning.[974] Skulle den nationella definitionen av begreppet arbetsgivare på något sätt vara könsdiskriminerande, direkt eller indirekt, kan den komma att strida mot EG-rätten. Några direkta frågor angående en könsdiskriminerande tolkning eller tillämpning av begreppet arbetsgivare har inte ställts till domstolen.

Vid jämförelse av löner och arbetsuppgifter är den första utgångspunkten att artikel 119 (141) är tillämplig om arbetstagarna utför samma arbete. "Samma arbete" betecknar det möjliga området för jämförelser i tid och i rum. En rumslig begränsning är det till arbetsgivarens verksamhet knutna lönesystemet. I kollektivt avtalade lönesystem kan avtalen vara riksomfattande och tillämpningsområdet stannar inte vid en arbetsgivares verksamhet. Kvinnors avtal finns i första hand i den offentliga sektorn och mäns avtal i den privata sektorn.[975] På en könssegregerad arbetsmarknad leder tolkningen av likalöneprincipens tillämpningsområde till en arbetsgivares verksamhet till att rättstillämpningen begränsas. Några jämförelser kan inte göras mellan olika sektorer. EG-domstolen har ännu

[973] Mål C-128/93 Fisscher mot Voorhuis Hengelo BV (1994) ECR I-4583. Se p 31. Se även målen C-200/91 Coloroll Pension Trustees Ltd mot James Richard Russel m.fl. (1994) ECR I-4389. Mål C-109/91 C C Ten Oever mot Stitching Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassersen Scoonmaakbedrijf (1993) ECR I-4879 och mål C-110/91 Michael Moroni mot Collo GmbH (1993) ECR I-6591.

[974] Mål C-188/98 Foster m.fl. mot British Gas (1990) ECR I-3313, 96/80 Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911, 129/79 Macharty's Ltd. mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

[975] Den könssegregerade arbetsmarknadens betydelse behandlas vidare i avsnitt V om förhandlings- och avtalssystemet.

inte mottagit någon formell fråga om artikel 119 (141) har direkt effekt vid en jämförelse mellan arbetstagare som utför samma arbetsuppgifter hos olika arbetsgivare. I Defrenne II konstaterade domstolen att det finns tre rumsliga begränsningar vid jämförelse av samma arbete: arbetsgivarens verksamhet, branschområdet och hela arbetsmarknaden. Enligt domstolen har artikel 119 (141) endast direkt effekt i det första rummet – arbetsgivarens verksamhet.[976] I det senare målet, Macarthys, bekräftades denna begränsning. Artikel 119 har direkt effekt när arbetet utförs i "(s)amma verksamhet eller tjänst".[977]

I målet Kommissionen mot Danmark, 143/83, finns dock ett vägledande uttalande av generaladvokaten, Verloren van Themaat. Generaladvokaten uttalade att det skulle strida mot såväl artikel 119 som likalönedirektivet att i nationell lag begränsa jämförelsen till samma arbetsgivare och att det är nödvändigt att göra mer vidsträckta jämförelser:

> (a)s appears from the second sentence of Article 1 of the Directive however, a comparison of duties within the same fixed establishment of an undertaking or even within a single undertaking will not always be sufficient. In certain circumstances comparison with work of equal value in other undertakings covered by the collective agreement in question will be necessary.
>
> As is correctly observed in the annual report for 1980 of the Danish Council for Equal Treatment of Men and Women submitted by the Commision as Annex VIII to its application, in sectors with a traditionally female work force, comparison with other sectors may even be necessary.[978]

Då frågan aldrig väcktes formellt av parterna i målet tog domstolen inte ställning till generaladvokatens yttrande i denna del. Det finns dock inget förbud mot att i nationell rättstillämpning tolka begreppet samma arbete (samma verksamhet) extensivt på det sätt som generaladvokaten pläderade för.

Tolkningen av den rumsliga begränsningen skall även avse begreppet likvärdigt arbete, dels genom likalönedirektivets artikel 1, dels genom det tillägg som gjordes till artikel 119 (141) genom Amsterdamfördraget. Syftet med att öka jämförelsemöjligheterna är relaterat till den könssegregerade arbetsmarknaden och således krävs en jämförelse utöver de kollektivavtal som en arbetsgivare har slutit. Syftet med begreppet likvärdigt arbete ger även argument för att göra jämförelser utanför arbetsgivarens egen verksamhet.[979]

[976] Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aerienne Sabena (1976) ECR 455. Se p. 19. Uttrycket är "the same establishment".
[977] Mål 129/79 Macharty's Ltd. mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.
[978] Mål 143/83 Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427.
[979] Se COM(94) 6.

Rättsutvecklingen avseende tillämpningen av artikel 119 (141) har emellertid inte tagit den riktning som kunde förväntas. Istället har domstolen ytterligare befäst den rumsliga begränsningen genom att sätta upp gränser för möjligheten till jämförelser över kollektivavtalsgränserna.[980]

Sammanfattningsvis kan sägas att begränsningen av likalöneprincipens tillämpning till ett rättssubjekt, till en arbetsgivares verksamhet, har sin grund i att relationen arbetsgivare och arbetstagare är en kontraktuell relation av civilrättslig natur. Rättstillämpningen skall vara förutsebar och arbetsgivarens rättssäkerhet skall skyddas. En arbetsgivares ställning som pliktsubjekt begränsas till den egna sfären, till det geografiska område som arbetsgivaren har behörighet att reglera avtalsmässigt.

4.8.4 Konkreta värderingar

Artikel 141 (119) är tillämplig vid en jämförelse mellan två eller flera arbetstagare av olika kön. För att veta om ett missgynnande skett måste vi veta om någon gynnats och om någon av motsatt kön har missgynnats – vi måste relatera och jämföra. Frågan är då om det måste existera – i tid och rum – en konkret jämförelseperson? Lönediskriminering är, till skillnad från annan könsdiskriminering, direkt eller indirekt avtalsbaserad. Detta kan vara orsaken till att EG-domstolens ställt krav på att det skall finnas eller skall ha funnits en konkret jämförelseperson för att artikel 119 (141) skall vara tillämplig.[981] I målet Macarthys fick EG-domstolen frågan om en jämförelse kan göras med en hypotetisk arbetstagare av motsatt kön.[982] EG-domstolens svar var att: "Härav följer att då det föreligger faktisk diskriminering, som faller inom det område där artikel 119 är direkt tillämplig, är jämförelserna begränsade till de paralleller som kan dras utifrån konkreta värderingar av det arbete som faktiskt har utförts av arbetstagare av olika kön inom samma verksamhet eller tjänst" (p. 15). Samtidigt slog domstolen fast att jämförelse kan göras med en arbetstagare av motsatt kön som tidigare varit anställd och utfört lika ar-

[980] Mål C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 11/05/1999. Behandlas vidare i 4.8.5. Jämför med de tidigare målen C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535 och C-400/93 Specialarbejdsforbundet i Danmark mot Dansk Industri, för Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-4921

[981] Mål C-177/88 E. J. P. Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (1990) ECR I-3941. Denna princip gäller inte för tillämpningen av övriga jämställdhetsdirektiv. I Dekker-målet menade domstolen att frågan om nödvändigheten av en jämförelseperson hörde till bevisproblematiken. Om direkt diskriminering, enligt likabehandlingsdirektivet, leddes i bevis borde detta vara tillräckligt, även om det inte existerade någon jämförelseperson.

[982] Mål 129/79 Machartys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

bete.[983] Bakgrunden var att Wendy Smith hade efterträtt en man på tjänsten som arbetsledare på ett läkemedelslager. Hennes avtalade lön per vecka var tio pund lägre än den lön som företrädaren på tjänsten erhållit. Artikel 119 (141) har således enbart direkt effekt när det finns konkreta skillnader i anställningsförmåner mellan kvinnor och män. Det måste finnas ett utfört arbete och en därtill knuten lön att jämföra med. Evelyn Ellis menar att domstolens slutsatser i målet är olyckliga och om det hade varit möjligt att jämföra hypotetiskt hade en kvinnas arbete kunnat åsättas sitt rätta värde, utifrån vad en man hade fått i lön om han hade utfört arbetet.[984]

Deltidsdirektivet, 97/81, ger uttryckligen en större möjlighet till jämförelser mellan anställningsvillkoren för deltidsanställda respektive heltidsanställda.[985] Av direktivets artikel 2.1.2 framgår att när det inte finns någon heltidsanställd att jämföra med inom arbetsgivarens verksamhet, skall jämförelse kunna göras med hänvisning till tillämpligt kollektivavtal och om sådant saknas till nationell lagstiftning, kollektivavtal eller praxis. Ruth Nielsen ser utformningen av det nya direktivet som en viktig innovation, som vidgar möjligheten till jämförelser mellan arbetstagare som arbetar under samma kollektivavtal, men i olika verksamheter.[986] Jämförelser mellan deltidsanställdas och heltidsanställdas arbetsvillkor är de facto en jämförelse mellan de könspecifika normerna och dessa normer kan sökas och jämföras utan att det finns ett manligt objekt att jämföra med. I ett mål om lönediskriminering borde argumentationen kunna bygga på en analog tillämpning av deltidsdirektivets principer. Om en konkret jämförelseperson saknas finns det en möjlighet att söka efter andra normer att relatera till.

Ytterligare argument för att lämna den snäva tolkningen av likalöneprincipen finns att hämta i målet P. mot S. Käranden P. var anställd som förvaltare vid en kommunal brittisk skola. P. blev uppsagd i samband med de första kirurgiska ingreppen vid ett könsbyte och avstängd från arbetet på grund av att hon meddelat att hon numera klädde sig som kvinna. Det slutliga fysiska könsbytet gjordes innan anställningsförhållandet hade upplösts. Skäl för uppsägningen angavs vara arbetsbrist. Den fråga som ställdes till EG-domstolen var om en uppsägning på grund av ett

[983] Den fråga jag ställer mig är om detta innebär att en kvinna som lämnar ett arbete och som efterträds av en man som får högre lön på grund av sitt kön kan ställa krav på retroaktiv lön? Det finns i detta fall en konkret efterträdare att jämföra med.

[984] Ellis, 1998 s. 106.

[985] Direktiv 97/81/EG om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 14, 20.1.1998 s. 9.

[986] Nielsen, Ruth, Ban on discrimination and minimum standard legislation. I (red.) Källström&Malmberg, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt. 1999 s. 166.

könsbyte – från man till kvinna – stred mot principen om likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.[987] EG-domstolen följde generaladvokatens förslag till dom och fastslog att denna typ av beslut strider mot likabehandlingsdirektivet. Generaladvokatens, Tesauro, argumentation är målrationell – systemförändrande – då han hävdar att transsexuella skall skyddas av förbudet mot könsdiskriminering.[988] Juridiken bör anpassa sig till den sociala verkligheten så fort som möjligt (p. 9).[989]

Tesauro följer inte den liberala rättstraditionen, exempelvis från USA, där det i liknande mål konstaterats att i motsvarande fall skulle en kvinna som bytt kön behandlats på samma sätt, utan han konstaterar att om P. fortsatt att vara man skulle han inte ha blivit uppsagd och huvudargumentet är att förfarandet i sig är grundat på kön.[990] P. blev uppsagd för att han var könet kvinna – det var inte könsbytet i sig som utgjorde grunden för uppsägningen (p. 20). Tesauro anser således att det är förlegat att begränsa skyddet mot könsdiskriminering till jämförelser mellan kvinnor och män. Argumentationen i ett lönediskrimineringsmål skulle kunna byggas upp på samma sätt – kön i sig kan utgöra grunden för diskriminering – utan att det finns någon konkret man att jämföra med. Frågan är om generaladvokaten hade resonerat på samma sätt om rättsfrågan hade rört en tolkning av artikel 119 (141) det vill säga om P. i samband med könsbytet blivit kvinna och fått en lägre lön?

Det bör noteras att EG-domstolen i sin dom bygger upp en jämförelse mellan P:s könstillhörighet före och efter operationen. En uppsägning grundad på planerat eller genomgånget könsbyte är en: "(o)gynnsam behandling i jämförelse med andra av det kön som personen ansågs tillhöra före operationen". Likabehandlingsdirektivets omfattning utsträcktes i

[987] Direktiv 76/207 artikel 2.1 och 5.1.

[988] Jfr Lundström, 1999 s. 277. Lundströms läser Tesauros argumentation på ett annat sätt och med ett annat syfte. Analysen leder fram till att inlemmandet av transexuella i könsbegreppet syftar till att, som Lundström uttrycker det: "bringa ordning i de dikotoma könskategorierna". Detta kan också uttryckas som att, antingen är man kvinna eller så är man man. Om jag tar på mig dekonstruktionsglasögonen ser jag att Tesauro ytterligare uttrycker begränsingarna i det andra könet. I ett referat av ett rättsfall rörande tennisspelaren Richards, som efter könsbyte tilläts spela i 1977 års US Open för kvinnor, påpekar generaladvokaten "för fullständighetens skull" att Richards förlorade sin första match i två raka set. Är syftet att roa oss eller är detta ytterligare ett uttryck för ordningsskapandet? Richards blev inte bara kvinna utan hon förlorade t o m en tennismatch mot en annan kvinna (se p. 23).

[989] Jfr Christensen, Anna, Rätten i ett samhälle i förändring. 1997 s. 110. I (red.) Strömholm, Stig, Svensk rättsvetenskap 1947–1997. "Rättens viktigaste uppgift är att *urskilja* de nya normativa praktiker och de normativa föreställningar som utvecklas i samhället och att ge dem en juridisk kropp i form av lagstiftning."

[990] Kommissionen och den brittiska regeringen menade att det inte var könsdiskriminering p.g.a. denna antagna likabehandling. Se domen p. 15.

och med domen till diskriminering som "(b)eror på könsbyte, emedan denna huvudsakligen, om inte uteslutande grundar sig på den berördes kön".[991]

4.8.5 Olika kollektivavtalsområden

Finns det även andra begränsningar än de som härrör från arbetsgivarens verksamhetsområde? Hur förhåller det sig om arbetstagarna som jämförs är bundna av olika kollektivavtal, men utför lika eller likvärdigt arbete hos samma arbetsgivare? Efter de klara uttalandena i Enderby-målet kan vi konstatera att könssegregerade kollektivavtal inte fritar en arbetsgivare från att upprätthålla principen om lika lön för lika och likvärdigt arbete.[992] I målet hade en brittisk kvinnlig talpedagog stämt sin arbetsgivare för lönediskriminering. Hon hävdade att hennes arbete var likvärdigt med en farmaceut och en psykolog. Gruppen talpedagoger var kvinnligt dominerad och deras lön var reglerad i ett kollektivavtal. De andra yrkesgrupperna bestod till övervägande del av män, och deras löner var reglerade i andra kollektivavtal. Parterna i de olika kollektivavtalen var desamma på båda sidor och således var arbetsgivaren för de olika grupperna en och samma.

En av frågorna som ställdes till EG-domstolen var om det förhållandet att lönerna var reglerade i olika kollektivavtal, medförde att löneskillnaderna inte skulle anses vara diskriminering på grund av kön.[993] Med andra ord var frågan om kollektivavtalens olika tillämpningsområden begränsade jämförelsen av arbeten inom en och samma arbetsgivares verksamhet. Domstolen menade att om en arbetsgivare kunde stödja sig på det faktum att lönerna var framförhandlade i separata kollektivavtal, skulle det vara enkelt att kringgå principen om lika lön för lika och likvärdigt arbete. Någon fråga om det skulle vara möjligt att jämföra löneavtal slutna av olika parter och med olika tillämpningsområden ställdes aldrig av den nationella domstolen.[994]

Nästan två år senare avgjorde EG-domstolen ytterligare ett mål där frågan om kollektivavtalets roll för likalöneprincipens tillämpning behandlades. I målet Royal Copenhagen gällde saken ett ackordslönesys-

[991] C-13/94 P. mot S. Cornwall County Council (1996) ECR I-2521.

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

[993] EG-domstolen hade i målen C-184/89, Nimz och C-33/89, Kowalska dragit slutsatsen att avtal som slutits mellan arbetsgivare och arbetstagare och som missgynnar kvinnor inte i sig kan utgöra motbevisning utan de måste vara objektiva (justified).

[994] C-127/92 Dr P. Enderby mot Frenchay Health Authority (1993) ECR I-5535. Se punkt 22.

tem vid porslinsfabriken i Köpenhamn där lönesatserna för drejare och målare var fastställda i samma kollektivavtal. Den genomsnittliga ackordslönen per timme var lägre för blåmålarna (kvinnorna) än för rulldrejarna (männen). Flera intressanta frågor ställdes i målet och bland dem en om huruvida det faktum att ackordssatserna fastställts genom förhandlingar, påverkar bedömningen av löneskillnadernas grund. Svaret på frågan var att likalöneprincipen är tillämplig inom ramen för kollektivavtalssystemet, men: "Den nationella domstolen kan emellertid ta hänsyn till denna omständighet vid bedömningen av om skillnaderna mellan genomsnittslönerna i de två grupperna av arbetstagare beror på objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra".[995] Jämfört med Enderbymålet framstår detta uttalande av domstolen som en eftergift för den nordiska modellen, där det framstår som möjligt att objektivt fastställa skilda lönesatser för kvinnor och mäns arbeten genom kollektivavtal.[996]

Ytterligare ett steg i denna riktning togs i målet Wiener Gebietskrankenkasse i maj 1999. Bakgrunden i målet var att en österrikisk domstol ställt frågor avseende möjligheten att jämföra arbetstagare som utförde "identisk verksamhet", men hade olika typer av utbildning. I kollektivavtalets form hade psykologer placerats i en löneklass (tillsammans med administrativ personal, vårdpersonal och tandtekniker) och specialistläkare[997] (samt läkare och tandläkare) i en annan. Inplaceringen gav som resultat avsevärda löneskillnader mellan grupperna.[998] Jämförelsen avsåg arbetstagare som arbetade med psykoterapi och hade psykologutbildning (kvinnor) och de som hade läkarutbildning (män). EG-domstolen kom fram till att det inte var frågan om lika arbete i artikel 119 (141) mening då lika verksamhet bedrivits under en avsevärd tid av arbetstagare med olika yrkeskompetens. Några andra frågor behövde domstolen således inte svara på. Jämförelser inom samma verksamhet kan således begränsas av yrkesgruppstillhörighet och i sin förlängning medför detta att kollektivavtalsområden och fackföreningstillhörighet sätter gränser för jämförelserna. Frågan är om bedömningen hade blivit en annan om käranden hävdat att arbetena var likvärdiga?

EG-domstolens principiella avgörande innebär ett visst mått av intrång i den fria förhandlings- och avtalsrätten – är arbetena hos en och samma arbetsgivare lika eller likvärdiga får kollektivavtalen vika för likalöneprincipen, om arbetsgivaren inte kan visa att skillnaden inte har sin

[995] C-400/93 Specialarbejdsforbundet i Danmark mot Dansk Industri, för Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-4921 punkt 47.

[996] Se vidare om förhandlings- och avtalssystemet i avsnitt V:3.

[997] Till denna kategori hörde läkare anställda som psykoteurapeter.

[998] C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 11/05/1999.

grund i kön. Den nationella domstolen kan ta hänsyn till omständigheter som inte är könsbetingade – 'objektiva faktorer'. Likalöneprincipen sätter gränser för de kollektiva parternas spelutrymme – kollektivavtalen får inte vara vare sig direkt eller indirekt könsdiskriminerande. EG-domstolens ställningstagande får, enligt min mening, ses mot bakgrund av att den kollektiva arbetsrätten och kollektivavtalet som rättskälla inte har haft någon starkare rättsställning inom EG-rätten. Den dominerande arbetsrättsliga modellen inom EG/EU är och har varit den romansk/germanska, där lagstiftning med skydd av i första hand den enskilde individens rättigheter har varit primär, medan den kollektiva arbetsrätten och kollektivavtalet haft en mer sekundär betydelse. Det ökade antalet nordiska medlemsstater har under senare år öppnat dörren för mer kollektiva inslag i utformningen av EG-arbetsrätten.[999] Under särskilda omständigheter kan till och med kollektivavtal likställas med lagstiftning.[1000] EG-domstolen har inte som de enskilda medlemsstaternas domstolar varit bunden av de kollektiva parternas normbildning, vilket har medgett ett större utrymme för att använda effektivitetsorienterade argument som stöd i tolkningen av likalöneprincipens tillämpningsområde.[1001] Samtidigt har EG-domstolen i sin argumentation visat en oförmåga att frigöra sig från den könsdikotoma strukturen – männens överordnade position och rättigheter är intakta.[1002] Tydligast kommer detta till uttryck när det gäller kvinnors rätt att inneha tjänster. Det finns fortfarande arbeten som av EG-domstolen betraktas som till sin natur enbart lämpade för män. Att exempelvis förbjuda kvinnor att arbeta som kockar inom den brittiska marinen på grund av att detta är oförenligt med "interoperativitet" strider inte mot likabehandlingsdirektivet.[1003]

4.8.6 Kön som dikotomt begrepp

Av betydelse är också begränsningen av likalöneregelns räckvidd till att omfatta diskriminering på grund av kön. Själva begreppet kön är därmed av intresse och som generaladvokat Tesauro uttryckte det i målet P. mot S. så har juridiken aldrig uppskattat tvetydigheter och det är "(f)örvisso

[999] Nyström, 1999 s. 53 f. I avsnitt 4.2 beskrivs de tre arbetsrättsliga modeller som finns inom EU, den anglosachsiska, den romansk/germanska och den nordiska. Den nordiska modellen och kollektivavtalets ställning kommer med all sannolikhet att påverka den framtida EG-rättens utformning och EG-domstolens ställningstaganden.

[1000] Mål C-234/97, Teresa Fernández de Bobadilla mot Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, Minesterio Fiscal, dom 990708.

[1001] Se mål C-127/92 Dr P. Enderby mot Frenchay Health Authority (1993) ECR I-5535.

[1002] Lundström, 1999 s. 422.

[1003] C-273/97 Teresa Fernández de Bobadilla mot Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, Minesterio Fiscal, dom 990708.

enklare att resonera i termer av Adam och Eva".[1004] Detta traditionella synsätt på jämlikheten mellan kvinnor och män präglade EG-domstolen då den svarade på frågan om diskriminering på grund av sexuell läggning var att likställa med könsdiskriminering. Svaret var att så icke var fallet.[1005] Bakgrunden i målet var följande: Lisa Grant, som var anställd på kontoret hos ett järnvägsbolag, hade nekats reseförmåner för sin sambos räkning på grund av att de hade samma kön. Reseförmåner beviljades enligt arbetsgivarens reglemente endast för samboende av motsatt kön, "common law opposite sex spouse," under förutsättning att förhållandet hade varat i två år eller mer. Mannen som Grant hade efterträtt på tjänsten hade fått reseförmåner för sin fru. Även i detta fall finner jag generaladvokatens argumentation vara av stort intresse emedan han, till skillnad från EG-domstolen, kommer fram till att diskriminering på grund av sexuell läggning skall omfattas av artikel 119 (141).

Generaladvokaten, Elmer, bygger upp sin allmänna argumentation utifrån målet P. mot S. (i p. 13–18). Elmers slutsats är att domstolen ansåg att det i huvudsak var kön och inte transsexualiteten i sig som grundade diskrimineringen. Därmed hade domstolen "(t)agit ett avgörande steg bort från tolkning av principen om likabehandling som grundas på en traditionell jämförelse mellan en kvinnlig respektive en manlig anställd" (p. 15). På grund av att denna dom har en allmän karaktär kan den åberopas som stöd vid tolkning av artikel 119 (141). Likalöneprincipen skall, enligt Elmer, tolkas så att den hindrar diskriminering som uteslutande eller huvudsakligen relateras till kön. Detta skall också omfatta anhörigas kön (p. 16). Av intresse är också hur Elmer argumenterar i anknytning till det konkreta fallet. Utgångspunkten tas här i bestämmelsen som sådan: Vad är det objektiva innehållet i reglementet? Svaret är att reseförmån utgår enbart till samboende av motsatt kön och således menar Elmer att kön är grunden för diskrimineringen, och såväl den anställdes som sambons kön är av avgörande betydelse (p. 24).[1006] Att inte bevilja Lisa Grant reseförmåner för hennes sambo var således enligt generaladvokaten direkt lönediskriminering och stridande mot artikel 119 (141).

Kommissionen gör en liknande och som det förefaller en något mer logisk tolkning än generaladvokatens. Den anser att diskriminering på grund av sexuell läggning omfattas av begreppet könsdiskriminering, men i det här fallet var det inte Grants sexuella läggning i sig utan verk-

[1004] Generaladvokatens yttrande i mål C-13/94 P. mot S. och Cornwall County Council 14/12/1995. Se p. 17. Tesauro menade dock att detta tankesätt är förlegat.

[1005] C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621.

[1006] Fast egentligen är det den avvikande samborelationen som är grunden. Förhållandet stämmer inte in i det heterosexuella dikotomiska mönstret. Se Lundström, 1999 s. 284 Lundström hänvisar till vad Judith Butler kallar den "heterosexuella matrisen".

ningarna av den – det enkönade samboförhållandet – som gjorde att relationen inte uppfyllde kraven i reglementet (p. 23). Den fråga jag ställer mig är om det går att åtskilja den sexuella läggningen i sig och konsekvenserna av den?

EG-domstolen kom som tidigare nämnts till en annan slutsats än generaladvokaten. De uttryckliga skälen till detta ställningstagande var för det första att gemenskapsrätten inte innehåller något förbud mot diskriminering på grund av sexuell läggning. För det andra avfärdades det tidigare målet, P. mot S., med att rättsfallet är begränsat till att omfatta diskriminering på grund av könsbyte (p. 42). Om målet skall tolkas på detta sätt begränsas dess räckvidd, vilket gör det svårt att argumentera för att socialt kön, och inte enbart biologiskt kön, omfattas av förbudet mot könsdiskriminering. För det tredje bemöttes åberopandet av internationella konventioner om mänskliga rättigheter med att dessa inte kan utvidga EG-fördragets och artikel 119 (141) tillämpningsområde. Legalitetsprincipen satte i det här fallet en gräns för tolkningen av begreppet kön i artikel 119 (141) till att inte omfatta ett skydd mot diskriminering på grund av sexuell läggning. Genom Amsterdamfördraget, noterat av domstolen i slutet av domen, har en ny artikel 13 tillförts EG-fördraget och denna artikel ger kommissionen befogenhet att ta initiativ till förslag om åtgärder för att motverka diskriminering på grund av sexuell läggning.[1007]

I Grant-målet, till skillnad från i målet P. mot S., söker domstolen den klassiska och traditionella grunden för könsdiskriminering – när lika fall behandlas lika är det inte frågan om direkt diskriminering på grund av kön. I enlighet med reglementet skulle en man som sammanlevde med en man ha diskriminerats lika mycket.[1008] I första hand ser jag EG-domstolens begränsning av tillämpningen av artikel 119 (141) i sökandet efter en norm – en man – att jämföra med. Även om diskriminering på grund av sexuell läggning hade setts som könsdiskriminering i sig hade det inte varit frågan om direkt könsdiskriminering, då tillämpningen av artikel 119 (141) kräver en jämförelse med normen – en arbetstagare av motsatt kön.

4.8.7 Lika eller likvärdigt arbete

Ordalydelsen i artikel 119 gav vid en bokstavstolkning till resultat att endast lika arbete skulle omfattas. EG-domstolen har som en följd av antagandet av likalönedirektivet fastslagit att såväl lika arbete som likvärdigt

[1007] Lagrummet gäller även diskriminering relaterat till kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder och ålder.
[1008] Mål C-249/96 L. J. Grant mot South-West Trains Ltd (1998) ECR I-621.

arbete omfattades av fördragstexten.[1009] Genom Amsterdamfördraget står det nu uttryckligen i artikel 141 att likvärdigt arbete omfattas av regelns tillämpningsområde. Domstolen har inte blivit direkt tillfrågad i någon högre grad om vad lika eller likvärdigt arbete definitionsmässigt innebär. Detta har inneburit att EG-domstolen inte behövt ta ställning till vad som är att se som likvärdigt arbete, men domstolen har uttalat sig principiellt om vad som är relevant att jämföra med, som en vägledning till de nationella domstolarnas prövning i målet.

I målet Machartys, som rörde en jämförelse av lika arbete där en kvinna efterträdde en man på samma befattning, uttalade domstolen angående begreppet lika arbete: "Räckvidden av detta begrepp, som är helt kvalitativt eftersom det endast avser de ifrågavarande arbetsprestationernas art, kan inte begränsas genom att det införs ett krav på samtidighet".[1010] För att konstatera om arbetena är lika menade EG-domstolen att det var "arbetsprestationernas art" som skulle jämföras. Domstolen har därefter utvecklat och ändrat sin praxis och i och med målet Wiener Gebeitskrankenkasse pläderar den nu för en annan, mer resultatinriktad, metod för att fastställa om två arbeten är lika. Framförallt har domstolen lagt stor vikt vid den utbildning som arbetstagarna har.

Frågan som ställdes i målet var: Om lika arbete var detsamma som "identisk verksamhet"? Målet, Wiener Gebietskrankenkasse, rörde som tidigare beskrivits, en jämförelse mellan psykoterapeuter med olika typer av utbildning, psykologutbildning respektive läkarutbildning. Vilken metod använde sig domstolen av då den kom fram till att arbetena inte var lika? Det som jämförs i domen är inte enbart det arbete som utförts, utan också de arbetsuppgifter som den som har psykolog- respektive läkarutbildning kan utföra för arbetsgivarens räkning. Genom att de har olika utbildning är arbetena inte jämförbara, menade domstolen. De bedriver identisk verksamhet, men använder sig av olika sorters kunskap i förhållande till patienterna och det faktum att enhetstaxa råder har ingen betydelse för likheten. Domstolen fäster således avgörande vikt vid "yrkeskompetens" och "kvalifikationer" vilket innebär att en jämförelse görs mellan värdet av en psykolog och värdet av en läkare. Det faktum att läkaren som bedriver terapi till exempel kan skriva ut psykofarmaka, gör att arbetena inte anses vara lika. När det gäller arbetsuppgifterna är domstolens slutsats att de båda grupperna utför identisk verksamhet. Yrkesutbildning blir, uttryckligen, ett sakligt skäl för arbetsgivaren att betala olika löner och samtidigt ett huvudargument till varför två arbeten

[1009] Mål 96/80 J P Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911och mål 69/80 s. J Worringham och M Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767.
[1010] Mål Machartys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275. Se p. 15.

inte kan anses vara lika (p. 19).[1011] Med detta resonemang har domstolen i allra högsta grad begränsat möjligheten till jämförelser och tillämpning av artikel 119 (141) på den könssegregerade arbetsmarknaden.

Det finns olika metoder för att utröna om arbeten är lika eller likvärdiga. Evelyn Ellis beskriver två metoder: den ena utgår från en objektiv värdering av arbetets innehåll och de krav som ställs på den som utför det och den andra utgår mer från ett arbetsgivarperspektiv, "by means of measuring", och handlar mer om kostnaderna och resultatet av arbetet i ekonomiska marknadstermer. Om arbetet skulle värderas utifrån arbetsgivarperspektivet skulle det "underminera" den rättsliga potential som finns för att förändra kvinnors ekonomiska ställning på en könssegregerad arbetsmarknad, menar Ellis.[1012] EG-domstolens praxis tycks utvecklas i denna riktning.

I Royal Copenhagen-målet fastslog domstolen att det i det här fallet var den nationella domstolens uppgift att avgöra om arbetena var att anse som likvärdiga. I förhandsavgörandet började domstolen med att konstatera att artikel 119 (141) och likalönedirektivet är tillämpliga avseende ackordslöner som bygger på arbetstagarnas individuella prestationer. Jämförelsen mellan två ackordsarbeten kan göras avseende de faktiska krav som arbetet ställer och av de arbetsförhållanden som råder. Bedömningen av arbetena kan visa att det är objektiva faktorer och inte kön som ger de olika ackordssatserna, vilket kan leda till att det finns ett legitimt skäl för löneskillnaderna. För att kunna avgöra om arbetstagarna befinner sig i en jämförbar situation skall bedömningen göras utifrån: arbetets art, utbildningskrav och arbetsvillkor.[1013] I andra domar, exempelvis Enderby, presumerade domstolen att arbetena var likvärdiga och svarade på de frågor som den nationella domstolen ställde utifrån denna presumtion.[1014]

Artikel 119 (141) omfattar också kravet på lika lön för arbete av högre värde. Eller om vi vänder på satsen: det strider mot artikeln att betala lägre lön för ett arbete av högre värde än ett arbete av lägre värde – förutsatt att jämförelsen görs mellan en kvinna och en man. I Murphy-målet gjordes en jämförelse mellan en manlig lagerarbetare och 29 kvinnliga fabriksarbetare inom ett irländskt telekommunikationsföretag. Mary Murphy och hennes kollegor hade en lägre lön än den manlige lagerarbetaren, och värderingen av arbetsuppgifterna i de nationella domstolarna

[1011] C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebeitskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 11/05/1999.

[1012] Ellis, 1998 s. 102.

[1013] Mål C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, representerande Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-1275. Se p. 33.

[1014] Mål C-127/92 Dr P. Enderby mot Frenchay Health Authority (1993) ECR I-5535. Så gjordes också i mål C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting 20000330.

gav till resultat att arbetena inte var lika. Kvinnorna utförde ett mer kvalificerat arbete än mannen. Skälet för EG-domstolens extensiva tolkning var pragmatisk: "En motsatt tolkning skulle innebära att principen om lika lön berövades sin ändamålsenliga verkan och sitt innehåll." Tolkningen är rättsligt sett teleologisk. Även olika arbete måste innefattas i begreppet lika arbete av det skälet att en annan tolkning skulle öppna upp för kringgående av likalöneprincipen.[1015] Begränsningen av likalöneprincipens tillämpning finns dock kvar bestående i att arbetet aldrig kan tillerkännas sitt 'rätta värde' utan endast det värde som jämförelseobjektets arbete erhållit. Normen begränsar följaktligen på detta sätt EG-rättens rättsverkan.

4.8.8 Artikel 119 (141) och angränsande direktiv

I ett flertal rättsfall har EG-domstolen fått frågor som rört såväl tolkning av artikel 119 (141) som något av de ovan beskrivna direktiven. Som rättskälla står artikel 119 (141) över inte bara den nationella lagstiftningen utan också angränsande direktiv. Det tydligaste exemplet på detta förhållande är Barber-målet där EG-domstolen helt negligerade direktivet om yrkes- eller företagsbaserade trygghetssystem, som faktiskt uttryckligen tillät könsspecifika ålderspensionsregler.[1016] De avgränsningar som domstolen gjort mellan de olika rättskällorna har i första hand gällt frågan om begreppet lön. De direktiv som åberopas till stöd för talan i mål angående lönediskriminering är i första hand likalönedirektivet[1017] och likabehandlingsdirektivet. Generellt kan sägas att när rättsfrågan har kunnat omfattas av artikel 119 (141) har domstolen inte i någon högre grad kommenterat det av käranden åberopade direktivet. Det finns också ett antal mål som rör lönebegreppet i artikel 119 (141) i förhållande till statliga pensionssystem och direktiv 79/7 om social trygghet.[1018]

I Krüger-målet konstaterade domstolen att det årliga lönetillägget vid jul är att se som lön i enlighet med artikel 119 (141) och därför omfattas lönetillägget inte av likabehandlingsdirektivet, 76/207. Att åberopa likabehandlingsdirektivet får i detta fall ses som en gardering utifall domstolen inte skulle ansett att ersättningen utgjort lön. Istället kunde julbonusen ha definierats i enlighet med artikel 1.1 i direktivet, som arbetsvillkor.[1019]

[1015] Mål 157/86 Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann (1988) ECR 673. Se p. 10.
[1016] Mål C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889. För övrigt om Barber se kap. 4.8.
[1017] Direktiv 75/117 och 76/207.
[1018] Direktiv 79/7 om social trygghet.
[1019] Mål C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 19990909. Se p. 17.

I de mål där talan gällt såväl missgynnande i ersättning för arbete som rätten att arbeta, har EG-domstolen uttalat sig principiellt avseende såväl likalöneprincipen som likabehandlingsprincipen. I målet Seymor-Smith/ Perez ansåg sig den brittiska domstolen House of Lords enbart kunna uttala sig om att förfarandet kunde stå i strid med likabehandlingsdirektivet. De frågor som ställdes gällde om skadestånd i samband med uppsägning utgjorde lön i artikel 119 (141) mening. I målet gjorde EG-domstolen principiella uttalanden avseende gränsdragningen mellan de två rättskällorna. Utgångspunkten för domstolens ställningstaganden var de yrkanden som käranden ställt i den nationella domstolen. Yrkandet hade avsett rätten att erhålla skadestånd vid ogrundad uppsägning och inte eventuella verkningar av ett anställningsvillkor, "(d)et vill säga rätten att inte bli uppsagd utan grund". En arbetstagares rätt att få en uppsägning ogiltigförklarad (återinsättning eller återanställning) omfattas däremot av likabehandlingsdirektivet.[1020]

I det tidigare nämnda Lewen-målet tolkade EG-domstolen ramavtalet om föräldraledighet i förhållande till likalöneprincipen. Den fråga som ställdes från den nationella domstolen var om det var förenligt med likalöneprincipen, direktiv 92/85 och föräldraledighetsdirektivet, 96/34, att utesluta det arbete som en föräldraledig kvinna utfört under året när ställning togs till om julbonus skulle betalas ut. För det första avgränsade EG-domstolen gentemot direktiv 92/85, som omfattar moderskapsledigа arbetstagares rätt till en viss minimiinkomst. Syftet med jultillägget var inte att säkerställa en viss inkomstnivå och det utgjorde därmed inte lön i direktivets mening. Jultillägget omfattades däremot av lönebegreppet i artikel 119 (141). För det andra stred inte förfarandet mot direktiv 92/85, då utgivande av julbonus är att se som en ensidig rättshandling från arbetsgivarens sida och därmed inte per definition en rättighet som skall säkerställas i direktivets mening. Avseende tolkningen av föräldraledighetsdirektivet, 2 § p. 6 bilagan, gör domstolen samma utlåtande: julbonusen är ingen förvärvad rättighet då den betalas ut frivilligt och efter det att föräldraledigheten inletts. Förutsättningen för att julbonusen skall kunna omfattas av de båda direktiven är att den är att anse som retroaktiv lön, vilket är en fråga som den nationella domstolen får bedöma.[1021]

I målen Birds Eye Walls och Grau-Hupka prövades likalöneprincipens relation till statliga pensionssystem. I det första målet gällde tolkningsfrågorna endast tillämpningen av artikel 119 (141) medan EG-domstolen

[1020] Mål C-167/97 Regina och Secretary of State for Employment mot Nicole Seymour-Smith och Laura Perez 1991021. Se p. 35–41. Se även mål C-66/96 Handels- og Kontorsfunktionærernes Forbund i Danmark m.fl. mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeningar m.fl. 19981119.

[1021] Mål C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda Zahntechnik 19991021.

i det andra målet även besvarade frågor avseende direktiv 79/7 om social trygghet samt likalönedirektivet, 75/117. Friedel Roberts hade stämt sin tidigare arbetsgivare, Birds Eye Walls Ltd, och hävdade att hon var direkt lönediskriminerad. Förtidspensionen var otvistigt att se som lön emedan den hade sin grund i ett företagsfinansierat system. Anledningen till tvisten var att företaget reducerade förtidspensionen med ett belopp motsvarande den summa som Roberts kunde ha fått om hon valt att erlägga full avgift till det statliga pensionssystemet. Gifta kvinnor hade rätt att enligt det brittiska systemet betala en reducerad avgift till pensionssystemet, ett val som Roberts hade gjort. Åldersvillkoren för rätten att erhålla statlig pension var 60 år för kvinnor och 65 år för män. Domstolens argumentation framstår som logisk och formalistisk. Formalistisk i den mening att domstolen utgår från antagandet att Roberts hade betalat full avgift till det statliga pensionssystemet. För det första så befinner sig kvinnor och män under de år då de är 60–65 inte i en jämförbar situation och företagets beräkning av förtidspensionen kan således inte vara direkt diskriminerande. För det andra behandlas kvinnor och män, när de är i en jämförbar situation (före 60 och efter 65) lika, vilket innebär att förfarandet inte strider mot artikel 119 (141).[1022] Att arbetsgivaren skulle kompensera kvinnorna för att de frivilligt avstått från ett framtida skydd ansågs irrationellt, men att arbetsgivaren mellan åren 60–65 kompenserade männen för att de under denna tid var exkluderade från statlig pension framstod som rationellt och formellt riktigt.[1023]

Även i det andra målet, Grau-Hupka, gällde den tvist som utlöste tolkningsfrågorna reducering av lön på grund av inkomst från det statliga pensionssystemet.[1024] Rita Grau-Hupka hade efter att ha uppnått pensionsåldern fortsatt att arbeta deltid som musiklärare. I enlighet med kollektivavtalet erhöll Grau-Hupka en lägre timlön efter pensionsdagen. Kollektivavtalet skulle inte tillämpas på de arbetstagare som hade arbetet som en "bisyssla" och i det här fallet ansågs det sociala trygghetssystemet generera en huvudsyssla – ålderspension. Till saken hör att inkomsten från huvudsysslan var reducerad av skälet att Grau-Hupka under några år hade varit hemma för att vårda och uppfostra barn. För att kunna tolka den tyska lagstiftningen ställde den nationella domstolen två frågor. Då EG-domstolen omformulerade frågorna är svaren mer intressanta än

[1022] Mål C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. mot Friedel M. Roberts (1993) I-5579. I korthet uttrycks detta i domen med orden: "It must therefore be held that the mechanism for calculating the bridging pension is neutral, which confirms the absence of any discrimination", p. 23.

[1023] För en intressant analys av målet se Lundström, 1999 s. 338 ff.

[1024] C-297/93 Rita Grau-Hupka mot Stadtgemeinde Bremen (1994) ECR I-5535)

frågeställningarna.[1025] Domstolen skiljer mellan begreppet lön, i artikel 119 (141), och begreppet pension, i direktiv 79/7, och resultatet blir att reduktion av pension på grund av vård av barn inte strider mot direktivet om social trygghet.[1026] Då denna reducering inte var könsdiskriminerande befann sig Grau-Hupka i samma situation som andra anställda vilka hade arbetet som en bisyssla. EG-domstolen menade att de grupper som jämförs är de som har arbetet som en bisyssla och de som har arbetet som en huvudsyssla, snarare än att jämförelsen görs mellan deltids- och heltidsanställda. Det skulle kunna röra sig om diskriminering om till exempel de som är deltidsanställda ofta upprätthåller en annan huvudsaklig sysselsättning än de som är heltidsanställda (p. 13). Som jag uppfattar detta kan domstolen mena att om det går att visa statistiskt kan det finnas ett samband som visar på indirekt diskriminering. Exemplet faller dock på sin egen orimlighet – deltidsanställda kvinnor har som huvudsaklig sysselsättning att vårda barn och man i hemmet (jämför p. 15).

Sammanfattningsvis kommer EG-domstolen fram till att eftersom det enligt direktivet om social trygghet, 79/7, inte finns någon skyldighet att se vård och uppfostran av barn som pensionsgrundande, strider det inte mot likalöneprincipen att betrakta ålderspensionering som en huvudsaklig sysselsättning. Kollektivavtalets normer stred således inte mot artikel 119 (141). Jag har svårt att se skillnaden mellan att Rita Grau-Hupka var deltidsanställd och att hon har arbetet som en bisyssla. Enligt mitt förmenade tycks definitionen leda till att 'begreppen får en sorterande verkan', bisyssla är en manligt präglad term och deltidsanställd är en kvinnligt präglad term. Ett kollektivavtal som exkluderar arbetstagare med arbetet som en bisyssla exkluderar även kvinnor från sitt tillämpningsområde. Den juridiska argumentationen i denna dom är normrationell och den leder till att det mönster som är typiskt för kvinnors livsvillkor exkluderas från normen.

4.9 Begreppen direkt och indirekt diskriminering

Av ordalydelsen i artikel 141 (119) framgår inte att såväl direkt som indirekt diskriminering omfattas av likalöneprincipen. EG-domstolen har kommit att sätta sin prägel på dessa begrepp genom att svara på nationel-

[1025] Se Wiklund, 1997 s. 291. En omformulering av frågeställningen sker relativt ofta när svaret på frågan kan bli en tolkning av nationell rätt.

[1026] Den fråga som den tyska domstolen ställde gällde egentligen tolkning av likabehandlingsdirektivet, 76/207. EG-domstolen menade att rättsfrågan inte rörde diskriminering i anställningen och avvisade den första frågan. Se p. 18 i domen C-297/93.

la domstolars tolkningsfrågor.[1027] I den andra Defrenne-domen fastslogs att artikel 119 (141) endast hade direkt effekt vid direkt diskriminering, men att likalöneprincipen även omfattade indirekt diskriminering.[1028] I Jenkins-målet fastslog domstolen att artikeln också har direkt effekt när indirekt diskriminering har förekommit. Antydningar i domen tydde på att arbetsgivarens syfte med missgynnandet skulle kunna ha betydelse för bedömningen av om indirekt diskriminering förekommit.[1029] I senare mål har dessa antydningar inte vidareutvecklats och indirekt diskriminering föreligger när könsdiskriminerande effekter uppstår genom formellt sett könsneutrala beslut.[1030]

Förbudet mot direkt diskriminering är en pliktnorm, medan förbudet mot indirekt könsdiskriminering har karaktären av en avvägningsnorm.[1031] Vid direkt lönediskriminering finns det ett direkt samband mellan orsaken – kön – och den diskriminerande lönesättningen. Detta samband är inte beroende av något subjektivt rekvisit, utan kausalitetskravet är ett objektivt rekvisit. Vid indirekt diskriminering är inte kausaliteten lika tydlig eller saknas helt.[1032] Indirekt diskriminering handlar om effekter av beslut. Beslutet kan vara 'könsneutralt' och icke-diskriminerande i sig, men effekten blir att arbetstagare tillhörande ett kön missgynnas, medan arbetstagare av det andra könet gynnas – en "könsskev" effekt uppstår.[1033] EG-domstolen har tolkat begreppet indirekt könsdiskriminering i ett stort antal mål, medan den i färre fall tagit ställning till tolkningen av begreppet direkt könsdiskriminering.

[1027] Terminologin öppen eller dold diskriminering har förekommit. EG-domstolen använde i Defrenne II (43/75) och i Macarthy-målet (129/79) terminologin på ett sådant sätt att skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering framstod som beroende av om den var öppen eller dold. I likabehandlingsdirektivet, 76/107/EEG, användes indirekt diskriminering för första gången i en rättsakt.

[1028] Mål 43/75 Gabrielle Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (1976) ECR 455.

[1029] Mål 96/80 J. P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911. I den svenska översättningen används orden "(i)ndirekt syftar till" och i den engelska versionen används uttrycket "(i)s in reality merely an indirect way". I p. 14 i domen görs även vissa uttalanden om arbetsgivarens syfte vid bedömning av motbevisningen. Detta är ett exempel på vad Bernitz benämner som Babels torn. Se Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 45.

[1030] Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607. Mål 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäuderereinigung GmbH &Co. KG (1989).

[1031] Nielsen, Ruth, Ledelsesret og ligestilling. 1986, s. 143 ff. Se även Lundström, 1999 s. 229.

[1032] Se generaladvokatens yttrande i målet C-127/92 Dr P. Enderby mot Frenchay Health Authority (1993) ECR I-5535. Han hävdar att det inte är vettigt (it makes no sence) att göra en teknisk distinktion mellan könsdiskriminering som kommer till uttryck direkt eller indirekt.

[1033] Nielsen, 1996b s. 221.

4.9.1 Direkt diskriminering

Ruth Nielsen beskriver förekomsten av direkt diskriminering med exemplet att en arbetsgivare uttryckligen i en platsannons anger att endast kvinnor eller män sökes.[1034] Prechal och Burrows gör en mer teoretisk definition: "Direkt diskriminering uppkommer när en förbjuden diskrimineringsgrund används för att tillämpa olikartad behandling där det inte finns något som rättfärdigar användandet av kriteriet."[1035] Några exempel från rättspraxis anges inte och frågan är varför begreppet inte prövats mer i EG-domstolen, och inte heller problematiserats i högre grad? Ett skäl är att EG-domstolen i mycket ringa grad fått frågeställningar avseende direkt diskriminering, och när dessa frågor har ställts har domstolen istället för att utveckla begreppet konstaterat att artikel 119 (141) inte har haft direkt effekt enär det inte har varit frågan om direkt diskriminering.[1036] I Grant-målet menade domstolen att sambandet mellan kärandens kön och det faktum att hennes kvinnliga sambo inte erhöll reseförmåner saknades. Regeln skulle ha tillämpats på samma sätt på två män i motsvarande situation.[1037] För att det skall vara frågan om direkt diskriminering krävs således att en arbetstagare av det ena könet har gynnats och att en arbetstagare av det andra könet har missgynnats. Så var fallet i såväl Machartys som i Murphy-målet. I Murphy m.fl. hade en man med arbetsuppgifter som bevisligen var lägre värderade än det arbete som utfördes av kvinnorna på arbetsplatsen en högre lön. Frågan som ställdes var om det var direkt diskriminering att en kvinna fick lägre lön än en man som utförde lägre värderade arbetsuppgifter? EG-domstolen svarade ja på denna fråga.[1038] I Macarthys svarade domstolen att det var direkt diskriminering att ge en kvinna en lägre lön då hon efterträdde en man på samma tjänst.[1039]

EG-domstolen har i mål som Barber och Moroni ställts inför frågan om olika åldersvillkor för kvinnors och mäns ersättning från pensionssystem står i direkt strid med likalöneprincipen. Barber-målet innehåller ett flertal principiella tolkningar av likalöneprincipens omfattning. Av domslutet framgår att det är direkt lönediskriminering att fastställa olika

[1034] A.a. s. 221.

[1035] Prechal/Burrows, 1990 s. 8. I enlighet med min översättning.

[1036] Jfr Lundström, 1999 s. 219. Lundström har en tablå över mål som klassificeras utifrån begreppsparet direkt och indirekt diskriminering. Frågor som rör formen av diskriminering har dock inte ställts i alla dessa mål. I exempelvis Worringham (69/80) nämns i förbigående (p. 27) att diskriminering är direkt konstaterbar. Rättsfrågorna har istället handlat om exempelvis tolkning av begreppet lön.

[1037] Mål C-249/96 L J Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621. Målet har behandlats tidigare i texten, 4.8.6, där även generaladvokatens argument redovisats.

[1038] Mål C-157/86 Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eirann (1988) ECR 673.

[1039] Mål 129/79 Macarthys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

åldersvillkor för kvinnor och män i ett yrkespensionssystem: "(o)avsett vilken mekanism som ligger bakom denna särbehandling".[1040] Som jag tolkar detta menar EG-domstolen att huruvida uppsåt förelegat eller inte är oväsentligt för bedömningen av om pensionssystemet är direkt diskriminerande. Slutsatsen bekräftades i målet Moroni.[1041]

I Fisscher-målet besvarade domstolen frågor om gifta kvinnors rätt att tillhöra ett yrkespensionssystem. Geertruida Fisscher var fram till 1990 utestängd från företagets yrkespensionssystem endast av skälet att hon var gift, dessutom var hon deltidsanställd. Gifta män omfattades av pensionssystemet. Fisscher stämde företaget för brott mot likalöneprincipen och krävde att retroaktivt få del av pensionssystemet från första anställningsdagen. Domstolen fastslog att: "(e)tt pensionssystem som utestänger gifta kvinnor från rätten att ansluta sig till detsamma innebär direkt könsdiskriminering i strid med artikel 119".[1042] Kausalitetskravet var uppfyllt och domstolen gjorde samma bedömning som i det tidigare Bilka-Kaufhaus-målet.[1043]

I Gillespie-målet kom domstolen fram till att det stred mot likalöneprincipen att inte utge retroaktiv löneförhöjning till kvinnor som var föräldralediga: "Att inte tillgodoräkna den kvinnliga arbetstagaren en sådan höjning som skett under hennes föräldraledighet skulle vara att diskriminerna henne enbart i hennes egenskap av arbetstagare, eftersom kvinnan om hon inte hade varit gravid skulle erhållit den höjda lönen".[1044] Någon konkret jämförelse med en man krävs inte i denna situation eftersom endast kvinnor kan bli gravida. Att kvinnor och män i detta fall inte befinner sig i en jämförbar situation hade domstolen slagit fast redan i Dekkermålet. Att missgynnas i samband med graviditet och föräldraledighet hade enligt EG-domstolen ett samband med kön och utgjorde således direkt diskriminering. Av senare rättsfall kan vi se att domstolen övergår till att skilja mellan moderskap och föräldraskap, mellan direkt och indirekt diskriminering.[1045]

[1040] Mål C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889.

[1041] Mål C-110/91 Michael Moroni mot Collo GmbH (1993) ECR I-6591.

[1042] Mål C-128/93 Fisscher mot Voorhuis Hengelo BV (1994) ECR I-4583. Rättsanspråk kan ställas fr.o.m. Defrenne 19760408.

[1043] Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Wber von Hartz (1986) ECR 1607.

[1044] Mål C-342/93 Joan Gillespie mot Northern Helath and Social Service Boards (1996) ECR I-475.

[1045] Mål C-177/88 Dekker mot Stichting Vormingscentrum (1999) ECR 3941. Dekkermålet handlade om en gravid kvinna som inte fick den tjänst hon sökte. Rättslig grund för talan var likabehandlingsdirektivet. Se även mål C-66/96 Handels- og Kontorsfunktionærernes Forbund i Danmark m.fl. mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeningar

Argumentation med utgångspunkt tagen i principen lika fall skall behandlas lika, används för att kompensera kvinnor för konsekvenserna av deras biologiska kön, vilket framgår av målet Abdolaye.[1046] Bakgrunden till målet var att företaget Renault betalade ut särskilda bidrag till gravida kvinnor som var moderskapslediga. Under tjänstledigheten hade de även rätt till full lön. Båda förmånerna var kollektivavtalsreglerade. Abdolaye och hans manliga arbetskamrater väckte talan mot företaget och hävdade att tillämpningen av kollektivavtalet stred mot likalöneprincipen. Som argument angavs att barnafödande numera även är en social händelse som berör hela familjen och därmed också fadern. EG-domstolen fann att detta gynnande av modern inte var direkt diskriminerande mot fadern, då de som arbetstagare hos Renault inte var jämförbara (p. 20).[1047] I domen görs dock ett tillägg, vilket lämnar avgörandet om direkt diskriminering i den nationella domstolens händer: Det ankommer på den nationella domstolen att utreda om kvinnliga och manliga arbetstagare befinner sig i olika, icke jämförbara, situationer (p. 21). EG-domstolen uttalade sig principiellt i frågan och överlämnade åt den nationella domstolen att fastställa om kollektivavtalet var direkt diskriminerande.

Varför kunde det då hävdas att lika fall inte hade behandlats olika? Syftet med bidraget var, enligt Renault, att kompensera de kvinnor som är moderskapslediga för de missgynnanden som drabbar dem på grund av deras frånvaro från arbetsplatsen. Missgynnandena beskrivs utförligt i domen:

> För det första kan kvinnan under sin mammaledighet inte bli föreslagen till befordran. Vid hennes återkomst kommer den tid av yrkeserfarenhet som hon kan göra gällande att minskas med den tid hon varit frånvarande. Den gravida kvinna kan för det andra inte göra anspråk på löneökningar som är knutna till arbetstagarens personliga prestation. För det tredje kan den kvinnliga arbetstagaren inte delta i någon utbildning. Slutligen medför nya tekniska möjligheter en ständig utveckling av arbetsplatsen, vilket gör det mer komplicerat för en kvinnlig arbetstagare som återvänder efter sin föräldraledighet.[1048]

---

m.fl. 19981119. Målet rörde gravid kvinnas rätt till lön vid arbetsoförmåga enligt dansk lagstiftning. Jämför med det senare målet Lewen (C-333/97) se vidare i texten, 4.9.3.3, där domstolen skiljer mellan moderskap och föräldraskap.

[1046] Mål C-218/98 Oumar Dabo Abloaye m.fl. mot Régie nationale des usines Renault SA. 1999-09-16.

[1047] Jämför med målet C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. mot Friedel M. Roberts (1993) I-5579. Även i detta mål avfärdar EG-domstolen påståendet om direkt diskriminering med skälet att artikel 119 (141) utgår från en jämförelse av kvinnor och män "in identical situations". Se domen p 17–19.

[1048] A.a. p. 19.

Det kan tyckas som att kvinnor som tar ut moderskapsledighet kompenseras genom bidraget av Renault från en behandling som är diskriminerande. Om företaget gav män samma förmåner skulle detta leda till ett upphävande av denna kompensation. Min slutsats blir att om denna kompensation inte gavs skulle moderskapslediga kvinnor kunna vara utsatta för könsdiskriminering. Män kan inte få samma rättigheter eftersom det antas att de inte skulle bli missgynnade i en motsvarande situation.

4.9.2 Problematisering av begreppen

En forskare som problematiserar begreppet direkt diskriminering är Evelyn Ellis. Frågan om direkt diskriminering är en fråga om kausalitet (causation) och inte en fråga om motbevisning (justification). Om det finns ett direkt samband mellan kön och den diskriminerande handlingen (adverse treatment) – "(t)his is the end of the matter" – då finns det logiskt sett inget utrymme för att rättfärdiga handlandet.[1049] Om de nationella domstolarna ställer frågor till EG-domstolen rörande huruvida ett visst förfarande är direkt diskriminerande, avgör EG-domstolen också målet i sig och lämnar föga åt den nationella domstolen att bedöma i övrigt. Begreppet är tvingande och ett fastslaget samband mellan kön och missgynnande handling kan inte rättfärdigas. Detta kan vara ett skäl till att denna typ av frågor inte ställts i någon större utsträckning och att EG-domstolen som i det nyss beskrivna målet Abdolaye tillser att den nationella domstolen kan avgöra rättsfrågan.

Begreppen direkt och indirekt diskriminering problematiseras också i hög grad av Karin Lundström och i detta fall i anknytning till begreppen formell och reell jämlikhet. Dessa begrepp är de verktyg som används genomgående i hennes avhandling, för att analysera EG-domstolens domar om jämlikhet mellan könen. I första hand bygger analyserna på generaladvokatens förslag till dom och inte på domen i sig. Förbudet mot direkt ("uppsåtlig") diskriminering och kravet på formell jämlikhet har visat sig vara ineffektiva medel för att förbättra kvinnors ställning, menar Lundström. På grund av detta förhållande utvecklades begreppet indirekt ("icke-uppsåtlig") diskriminering för att "(r)ealisera reell likabehandling". Förbudet mot indirekt diskriminering innehåller teoretiskt sett en potential för förändring.[1050] Denna potential har EG-domstolen inte använt sig av och Lundström är mycket kritisk till det sätt var på domstolen

[1049] Ellis, 1998 s. 136. "When one is dealing with direct discrimination, however, once adverse treatment and causation have been proved, this is the end of the matter; there can logically be no room for any further arguments about the roots of adverse treatment. Justification is, therefore, not an applicable notion."
[1050] Lundström, 1999 s. 223.

argumenterat i mål om indirekt diskriminering. När det gäller direkt diskriminering menar hon att det faktum att EG-domstolen endast i två mål, avseende direkt lön, besvarat frågan om direkt diskriminering jakande: "(v)ittnar om kvinnors begränsade nytta av män som jämförelseobjekt."[1051]

Efter Jenkins-målet, 1981, stängs dörren för mål om direkt lönediskriminering och likalöneprincipen blir en avvägningsnorm, där kvinnors atypiska anställningsvillkor och artskilda arbetsuppgifter läggs till grund för att utveckla begreppet indirekt diskriminering till att bli en fråga om rättfärdigande i de nationella domstolarna.[1052] Lundström går så långt att hon drar slutsatsen att EG-domstolen i tolkningen av begreppet direkt diskriminering, enligt artikel 119 (141), infogat ett subjektivt rekvisit. Det skulle därmed krävas av käranden att bevisa att arbetsgivaren har haft ett könsdiskriminerande uppsåt med sitt handlande. Då detta är omöjligt återstår att använda sig av förbudet mot indirekt diskriminering, vilket innebär att kvinnor förvandlas från individer till kollektiv och att diskrimineringen måste kunna beläggas statistiskt.[1053]

Finns det då ett subjektivt rekvisit i EG-domstolens bedömning av kärandens bevisbörda? Behöver arbetsgivaren ha haft uppsåt (avsikt) att i sin lönesättning kränka på grund av kön? Med andra ord måste käranden styrka att en könsdiskriminerande avsikt funnits?[1054] Svaret på denna fråga är enligt min uppfattning: Nej. Varken vid påstådd direkt eller indirekt diskriminering finns det i EG-domstolens rättspraxis ett uppsåtsrekvisit, men det finns ett krav på att orsakssambandet mellan kön och den diskriminerande handlingen kan bevisas.[1055] Detta uttrycks som "based on sex" – på grund av kön. I bevisbördedirektivet uttryckt som "på grundval av kön".[1056] Sambandet med kön presumeras således inte. Ett subjek-

[1051] A.a. s. 223. Lundström använder terminologin direkt och indirekt lön eller social lön. Med indirekt lön menar hon lön i form av pension, reseförmåner och ersättning under föräldraledighet. Systematiken blir enligt min mening något motsägelsefull.

[1052] A.a. s. 232.

[1053] A.a. s. 239 f. Lundströms uppfattning om ett subjektivt rekvisit avviker från andra forskares uppfattning och är som jag uppfattar det baserat i första hand på uttalanden av generaladvokaten såsom "based on sex". Se s. 227. För jämförelse se Ellis, 1998 s. 124 ff.

[1054] Det finns mål där denna fråga ventilerats. Exempelvis föreslog generaladvokaten i Rinner-Kühn att endast avsiktlig diskriminering skulle omfattas av artikel 119 (141). Se generaladvokatens yttrande i: mål 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH &Co. KG (1989) ECR 2743.

[1055] Det finns inte heller något krav på att arbetsgivaren skall ha varit vållande. Se mål 69/80 s. J. Worringham och M. Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767 och mål C-180/95 Draehmpel mot Urania Immobilienservice ohG (1997) ECR I-2195 (likabehandlingsdirektivet).

[1056] Direktiv 97/80 artikel 2.1. Se Roseberry, Lynn, The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community. 1999 s. 52 och s. 190. Roseberry påpekar att nationella domstolar uppfattade EG-domstolens uttryck "based on sex" som ett uppsåtsrekvisit.

tivt kausalitetsrekvisit skulle innebära att syftet, uppsåtet är bevistemat. Ett krav på objektiv kausalitet innebär att de faktiska omständigheterna är bevistemat. Sambandet med kön kan då göras sannolikt. Samband och uppsåt är vill jag poängtera inte synonymt. Det finns med andra ord ett objektivt kausalitetsrekvisit i domstolens tolkning av artikel 119 (141). Detta framgår tydligast i de mål där EG-domstolen svarat på frågor angående direkt diskriminering.

I målet Grant uttalade EG-domstolen att likalöneprincipen, artikel 119 (141) omfattar diskriminering på grund av kön, men inte diskriminering relaterad till sexuell läggning.[1057] Således måste det finnas en jämförelseperson av annat kön som befinner sig i en likartad situation och som har gynnats. Sambandet måste vara individualiserat och knutet till det biologiska könet för att det objektiva rekvisitet skall vara uppfyllt.[1058] Visar det sig att situationerna inte är jämförbara blir domstolens slutsats per definition att skillnaden också är objektivt justifierad.[1059] Min uppfattning är att detta samband måste göras sannolikt för att bevisbördan skall övergå på arbetsgivaren, med andra ord menar jag att det direkta sambandet inte behöver styrkas fullt ut. Det går också att argumentera för att det finns ett samband med kön utan att det existerar någon jämförelseperson som är gynnad. Det är sambandet med kön som skall bevisas och artikel 119 (141) ställer inte upp ett absolut krav på att detta måste göras genom existensen av en jämförelseperson.[1060] Stöd för argumentationen kan hämtas i effektivitetsprincipen. Om det direkta sambandet mellan kön och den diskriminerande handlingen är styrkt fullt ut finns det enligt logikens alla regler inget kvar att motbevisa. Handlandet går över huvud taget inte att rättfärdiga.[1061]

I målet Birds Eye Walls menade Mrs Roberts att arbetsgivarens reducering av förtidspensionen, motsvarande beloppet av den statliga pension som hon kunde ha erhållit, var att se som direkt diskriminering. Såväl generaladvokatens som kommissionens uttalanden i målet visar på svårigheten att hålla isär begreppen. Kommissionen konstaterar att det rör sig om direkt diskriminering, men gör i samma andetag en avvägning mellan olika intressen.[1062]

[1057] Mål C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621.

[1058] Mål 129/79 Macarthys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

[1059] Se Prechal/Burrows, 1990 s. 4. "In the first place there are cases where the Court has decided that the situations in the case before it are not comparable and, therefore, almost by definition that a difference in treatment can be objectively justified." Författarna talar om ett jämförande-test och ett justifierings-test som sammanfaller.

[1060] Se Roseberry, 1999 s. 184. Dekker-målet visar att sambandet med kön är en bevisfråga i första hand. Mål C-177/88 E. J. P. Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (1990) ECR I-3941.

[1061] Ellis, 1998 s. 136.

[1062] Mål C-132/92 Birds Eye Walls Ltd. mot Friedel M. Roberts (1993) I-5579. Se p. 14–15.

Mer utförliga principiella uttalanden angående diskrimineringsbegreppen finns i Royal Copenhagen-målet. Direkt diskriminering skall enbart bedömas med kriterierna lika och likvärdigt arbete som hjälp, medan indirekt diskriminering kan konstateras med grund i tillämpningsbestämmelser som är gemenskapsrättsliga eller nationella (p. 41). Direkt diskriminering handlar om tillämpning av "(e)tt förbjudet särkiljandekriterium" eller när arbetsgivaren tillämpar formellt identiska regler i olika fall (p. 42). Vid direkt diskriminering är detta förbjudna särskiljandekriterium – kön. Ingenstans nämns uttryckligen att det finns ett subjektivt rekvisit, att arbetsgivarens uppsåt att diskriminera behöver styrkas för likalöneprincipens tillämpning. Vid indirekt diskriminering tillämpas andra särskiljandekriterier som får samma effekt som om kön använts som kriterium. Särskiljandekriterier som avviker från normen är exempelvis deltidsanställning och föräldraledighet. Även när gemenskapsrättsliga eller nationella föreskrifter: "(f)astställer en helt formell skillnad mellan olika situationer som i realiteten behandlas som lika" – kan effekten bli könssärskiljande.[1063]

4.9.3 Indirekt diskriminering

Begreppet indirekt diskriminering har såväl forskare som EG-domstolen ägnat mer möda åt att definiera. Begreppet indirekt diskriminering har av EG-domstolen utvecklats till en avvägningsnorm och detta förhållande har stadfästs i direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering, 97/80. En avvägningsnorm leder till att de processrättsliga spelreglerna sätts under belysning och att tillämpningen av dem får konsekvenser för avvägningen. Flera av målen om indirekt diskriminering har rört deltidsanställda kvinnor vars anställningsförmåner har varit sämre än de heltidsanställdas. Deltidsanställning är det vanligaste könsrelaterade kriteriet vid fall av indirekt lönediskriminering.[1064] En tillämpning av förbudet mot indirekt diskriminering kan leda till att skillnaderna i kvinnors och mäns arbets- och livsvillkor får mindre betydelse för hur deras arbete värderas och betalas – jämställdheten kan öka reellt. Catherine Hoskyns anser att EG-domstolens avgörandet i mål avseende deltidsanställda gett en viss framgång för kvinnors ställning.[1065] Vad exakt denna framgång bestått i anger hon emellertid inte.

[1063] Mål C-400/93 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri representerade av Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-1275.
[1064] Nielsen, 1996b s. 221.
[1065] Hoskyns, 1996 s. 159. Hoskyns anser dock att det aldrig har varit primärt för EG-domstolen att förbättra kvinnors ställning på arbetsmarknaden.

EG-domstolen har klassificerat löneskillnader som har sin grund i exempelvis kvinnors deltidsarbete som en fråga om indirekt diskriminering. Diskrimineringsgrunden kollektiviseras och frågan är vad som krävs för att bevisbördan skall övergå på arbetsgivaren? Frågan är: Hur skall sambandet mellan kön och åtgärd kunna göras sannolikt vid indirekt diskriminering, när det är de strukturella skillnaderna som är grunden för diskrimineringen? Dessa skillnader anses teoretiskt sett vara könsneutrala i annat fall skulle direkt diskriminering kunna föreligga. Det blir något paradoxalt att bevisa ett samband mellan kollektivt kön och särbehandling, och att samtidigt hävda att sambandet med kön inte finns i det individuella fallet.[1066]

Vilken typ av argument använder EG-domstolen när den svarar på frågor om indirekt diskriminering? Vilka principer har kommit till uttryck? Gemensamt för de flesta av de här målen är att kvinnornas särskilda anställningsvillkor gett upphov till att de utestängts från rätten till olika typer av anställningsförmåner. Ett annat konstaterbart faktum är att bifallande domar, i nationella domstolar, i dessa mål hade blivit mycket kostsamma för arbetsgivaren, emedan det i flera fall handlat om 'gruppanspråk' och förmåner som reglerats i lag eller kollektivavtal.[1067] EG-domstolens tolkningar och principiella uttalanden kan i sin förlängning få en rättsverkan som är svårförutsebar. En hypotes, som är svår att leda i bevisning, är att begreppet indirekt diskriminering utformats för att stävja effekterna av de förväntade konsekvenserna.

4.9.3.1 Indirekt samband med kön

I Jenkinsmålet prövades förbudet mot indirekt lönediskriminering för första gången av EG-domstolen. Det specifika med detta mål är det faktum att jämförelsen så tydligt görs mellan det normala och det avvikande. Det avvikande rekvisitet är deltidsanställd. Jenkins hade stämt sin arbetsgivare för brott mot likalöneprincipen då timlönen för deltidsanställda var lägre än den för heltidsanställda. Fram till 1975 gällde olika lönetariffer för kvinnor och män, medan timlönen för deltids- och heltidsanställda inte var differentierad. 1975 ändrade arbetsgivaren sin lönepolicy och sänkte lönen för deltidsanställda med tio procent, de särskilda manslönerna togs samtidigt bort. Kvinnor och män fick lika lön för samma arbete under förutsättning att de arbetade heltid. Problemet för Jenkins var att

[1066] Se Christensen, 1999 s. 29. I en analys av Bilka-målet ställer Christensen den retoriska frågan om de skäl, att uppmuntra heltidsarbete, som arbetsgivaren angav kan uppfattas som ett skäl som inte har "(n)ågot samband med diskriminering?"

[1067] Se exempelvis mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.

det också fanns en manlig avvikare, en pensionär som arbetade deltid i konfektionsfabriken. Sambandet mellan kön och missgynnande i det individuella fallet framstod därmed inte som klart för domstolen och begreppet indirekt diskriminering blev 'räddningen'. Istället för att jämföra Jenkins med en heltidsarbetande man jämfördes gruppen deltidsanställda med gruppen heltidsanställda. Om "väsentligt färre" kvinnor än män erhöll den lägre timlönen, kunde förfarandet strida mot likalöneprincipen, under förutsättning att lönepolitiken inte kunde förklaras med andra faktorer än kön. Sammanfattningsvis slog domstolen fast att: "En skillnad i timlönen mellan deltids- och heltidsanställda utgör inte diskriminering som är förbjuden enligt artikel 119 i EG-fördraget i den mån den inte i själva verket indirekt syftar till att sänka lönenivån för arbetstagare som arbetar deltid på grund av att dessa uteslutande eller till övervägande del består av kvinnor".[1068] Att bedöma huruvida Jenkins hade blivit diskriminerad överläts till den brittiska domstolen.

I ett annat mål, Helmig m.fl., handlade rättsfrågan om deltidsanställdas rätt till extra ersättning i samband med tjänstgöring utöver den avtalade deltidsanställningen, så kallat mertidsarbete. Frågan som ställdes var: Är det indirekt diskriminerande mot deltidsanställda att enbart ge heltidsanställda övertidsersättning? Hur argumenterade EG-domstolen i detta fall? Den första förutsättningen som måste vara uppfylld är att det finns någon form av samband mellan kön och gynnande respektive missgynnande – fler kvinnor än män måste tillhöra den grupp som missgynnas av regelns tillämpning. Domstolen kom fram till att detta förfarande inte stred mot likalöneprincipen. Argumentationen framstår som mycket (subsumtions)logisk och normrationell. Normen som domstolen utgick från var heltidsarbetet och domstolen konstaterade, fullt korrekt, att även de deltidsanställda erhöll övertidstillägg om de arbetade enligt normen. Även heltidsanställda gick miste om övertidstillägg om de arbetade deltid. EG-domstolen följde här generaladvokatens förslag till dom och hävdade att sambandet mellan kön och missgynnade saknades, då män som avvek från heltidsnormen skulle ha missgynnats i lika stor utsträckning.[1069] Kollektivavtalet var därmed inte könsdiskriminerande.[1070] Att män i praktiken inte avviker från normen bortser domstolen från och argumentationen bygger således på en rationalisering.

[1068] Mål 96/80 J. P. Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911.

[1069] Se mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727. Se även generaladvokatens yttrande som även innehåller ett förslag till en proportionell övertidsersättning.

[1070] C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727. Domen i detta mål gällde även ytterligare mål C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 och C-78/93.

4.9.3.2 Kollektiva undantag

EG-domstolen har i ett flertal mål fått frågan om bestämmelser i kollektivavtal eller anställningsavtal som missgynnar deltidsanställda omfattas av artikel 119 (141). Dessa mål har exempelvis rört: avgångsvederlag vid uppsägning, Kowalska-målet, beräkning av anställningstid för lönegradsuppflyttning, Nimz-målet, och rätten att tillhöra företagsbaserade pensionssystem, Bilka-Kaufhaus- och Magorriannmålen.[1071]

I Krüger-målet fastslog domstolen att det strider mot förbudet mot indirekt diskriminering att: "(g)enom kollektivavtal undanta sådana anställda från ett i avtalet föreskrivet särskilt årligt lönetillägg vilkas arbetstid normalt understiger femton timmar per vecka och vilkas lön normalt inte överstiger en viss procentandel av det månatliga referensbeloppet och vilkas arbete därför inte omfattas av den obligatoriska socialförsäkringen, när undantaget tillämpas oberoende av arbetstagarens kön, men drabbar en betydligt större procentandel kvinnor än män".[1072] Enligt den tyska sociallagstiftningen undantas anställningar på färre än femton timmar per vecka från skyldigheten att betala avgifter till socialförsäkringen. Andrea Krüger erhöll inget jultillägg, en extra månadslön, då hon endast arbetat i denna "ringa omfattning". Den fråga som ställdes av den tyska domstolen rörde lagstiftningens – den nationella rättsnormens – eventuella stridande mot artikel 119 (141) och likabehandlingsdirektivet, nr 76/207. EG-domstolen omformulerade frågan till att endast avse tillämpningen av kollektivavtalet som utgick från samma norm som lagen. Till skillnad från argumentationen i Nolte-målet var det inte frågan om tillämpningen av den exkluderande lagstiftningen, utan den rättsliga grunden för diskrimineringen var det kollektivavtal som slutits av arbetsgivaren.[1073] Arbetsgivaren kunde således inte gömma sig bakom det socialpolitiska syftet med lagstiftningen och något rättfärdigande för övrigt existerade inte. I Krüger-målet blir det tydligt att distinktionen direkt och indirekt diskri-

[1071] Mål C-33/89 Maria Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg (1990) ECR I-2591. Mål C-184/89 Helga Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg (1991) ECR I-297. Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Wber von Hartz (1986) ECR 1607. Mål C-246/96 M. T. Magorrian och I. P. Cunningham mot Eastern Helth &Social Services Board och Departement of Health& Social Services (1997) ECR I-7153.

[1072] Mål C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 19990909

[1073] Mål C-317/93 Inge Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover (1995) ECR I-4625. Ett mål som rör en offentlig arbetsgivares tillämpning av arbetsrättslig eller socialrättslig lagstiftning får, enligt min mening, karaktären av ett fördragsbrottsmål. I målet befanns lagstiftning inte stå i strid med förbudet mot könsdiskriminering då det ansågs styrkt att den var nödvändig för att uppnå socialpolitiska syften. Målet rörde tolkning av direktiv 79/7 om social trygghet.

minering haltar. Som individ måste Andrea Krüger ha varit direkt diskriminerad såväl av kollektivavtalet som av lagstiftningens definitioner av normen. Enligt min uppfattningen finns det här ett samband mellan kön och exkludering från normen.

Enderby-målet illustrerar en annan kollektiv avvikelse än de som redovisats ovan. På en könssegregerad arbetsmarknad leder kvinnor och mäns val av yrken till att de inte utför samma arbete och till att de inte omfattas av samma normer. I detta mål ställdes inga frågor angående diskrimineringsbegreppet som sådant, utan utgångspunkten var ett antagande om att arbetena kunde betraktas som likvärdiga och att Dr Pamela Enderby var indirekt diskriminerad. De frågor som den brittiska domstolen ställde rörde frågan om den påstådda indirekta diskrimineringen kunde rättfärdigas.

I målet, framförallt i generaladvokatens yttrande, finns en argumentation som är intressant när det gäller att se på sambandet mellan kön och kollektivavtalsreglerade löneskillnader. Yttrandet behandlar också frågan om distinktionen mellan direkt och indirekt diskriminering. Generaladvokaten Lenz konstaterade att svaret på tolkningsfrågorna inte var beroende av om diskrimineringen klassificerades som direkt eller indirekt. I yttrandet finns dock argument för att uppfatta effekter av den könssegregerade arbetsmarknaden som direkt diskriminerande: "Den historiska och social kontexten av en helt kvinnodominerad yrkesgrupp är antagligen könsrelaterad. Om en förklarande metod accepteras som tillräckligt för att rättfärdiga förhållandena, skulle detta leda till ett förevigande av arbetslivets könsroller. Istället för att uppnå jämlikhet skulle det erbjudas en rättslig argumentation för att bevara status quo" (min översättning).[1074] Min uppfattning är att med denna insikt är det logiskt att argumentera för att i Pamela Enderbys fall fanns det ett kausalt samband mellan kön och missgynnade, hon befann sig i en jämförbar situation med en man och under förutsättning att arbetena bedömdes som likvärdiga var hon direkt, inte indirekt, diskriminerad. Uppkomsten av ett könskodat yrke och en särskild kvinnolön kan inte ha sin grund i något annat än kön.[1075]

[1074] C-127/92 Dr P. Enderby mot Frenchay Health Authority (1993) ECR I-5535.

[1075] Tolkningen av generaladvokatens yttranden i Enderby-målet varierar i hög grad. Se för en jämförelse, Ellis, 1998 s. 136 särskilt not 359, jämfört med Lundström, 1999 s. 233. Ellis tycks lyfta fram det positiva i yttrandet och Lundström lyfter fram andra delar som hon är starkt kritisk till. Båda är dock överens om att konstaterad direkt diskriminering inte är motbevisbar och att EG-domstolen brister i sin analys av begreppet diskriminering.

4.9.3.3 Särskiljande lagstiftning

Nationella domstolar har även ställt frågor avseende nationell lagstiftnings stridande mot likalöneprincipen. I fallet Rinner-Kühn gällde den materiella rättsfrågan rätten till sjuklön för deltidsanställda kvinnor och i målet Hill/Stapleton avsåg frågan beräkning av anställningstid för lönegradsinplacering – deltidsarbete räknades som halv anställningstid.[1076] I såväl Bötel som Lewark-målet ställdes frågan om förbudet mot indirekt diskriminering utesluter nationell lagstiftning som begränsar deltidsanställdas rätt till kompensation, jämfört med heltidsanställda, när de deltar i av arbetsgivaren anordnad utbildning, personalkommitté- respektive företagsnämndsutbildning.[1077] I de flesta av dessa mål om indirekt diskriminering har domstolen överlämnat till den nationella domstolen att först avgöra om det statistiskt sett är frågan om indirekt diskriminering – om väsentligt fler kvinnor än män drabbas – och om det finns några objektiva sakomständigheter som upphäver sambandet med kön. För att nationell lagstiftning inte skall stå i strid med förbudet mot indirekt diskriminering krävs att syftet är att säkerställa ett socialpolitiskt mål och att åtgärden är ändamålsenlig och nödvändig för att uppfylla detta.[1078] Socialpolitiken utgör uttryckligen medlemsstaternas kompetensområde och i valet av medel för att uppnå målet finns det en omfattande handlingsfrihet.[1079]

Ett annat mål där nationell brittisk lagstiftning lagts under luppen är Seymour-Smith/Perez-målet. Frågan från den nationella domstolen om tolkningen av begreppet indirekt diskriminering var mer exakt ställd här än i andra mål av denna karaktär: "Vilket rättsligt kriterium skall tillämpas för att avgöra om en bestämmelse som har antagits av en medlemsstat påverkar kvinnor och män i så olika utsträckning att den utgör indirekt diskriminering enligt artikel 119 i EG-fördraget, såvida det inte visas att den motiveras av andra objektivt grundade faktorer än kön?" (p. 19 fråga 3.) Den omtvistade bestämmelsen i ifrågavarande mål innebar att kortare anställningstid än två år inte gav något anställningsskydd – uppsägningen behövde inte vara sakligt grundad från arbetsgivarens sida. Tolkningsfrågorna härstammade från en tvist där två kvinnor hade stämt

[1076] Mål Ingrid Rinner-Kuhn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH&Co. KG (1989) ECR 2743. Mål C- 243/95 K. Hill och A. Stapleton mot Revenue Commissioners, Departement of Finance 19980617. Se Ellis, s. 129. Ellis gör en analys av justifieringen i Rinner-Kuhnmålet.

[1077] Mål C-360/90 Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin mot Monika Bötel (1992) ECR I-3589. Samt mål C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplanatation e.V. mot Johanna Lewark (1996) ECR I-243.

[1078] Mål C-457/93 Kuratorium für Dialyse und Nierentransplanatation e.V. mot Johanna Lewark (1996) ECR I-243. Se p..

[1079] C-317/93 Inge Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover (1995) ECR I-4625. Se p. 33.

sin tidigare arbetsgivare för uppsägning utan grund. I samband med frågor angående mål om indirekt diskriminering använder EG-domstolen ibland termen prima-facie för att ange graden av bevisning som krävs för att bevisbördan skall övergå på arbetsgivaren. Prima-facie – vid första påseende – innebär att ytterligare bevisning inte behövs.[1080] Frågan var nu hur sambandet med kön skulle kunna visas – att tillämpningen av regeln missgynnade särskilt kvinnor. För det första måste det kontrolleras om en åtgärd: "(h)ar mindre gynnsamma verkningar för kvinnliga arbetstagare än för manliga arbetstagare" (p. 58). Den bästa metoden är, enligt domstolen, jämförande statistik där andelen män som uppfyller villkoren jämförs med den andel män som inte gör det. Samma jämförelse skall göras mellan kvinnliga arbetstagare. För det andra upprepar domstolen vad den sagt i tidigare mål om andelen kvinnor som skall vara drabbade för att diskriminering skall föreligga: statistiken måste visa att en betydligt mindre procentandel kvinnor än män uppfyller villkoren. Om så är fallet tyder detta på "könsdiskriminering" såvida detta samband med kön inte bryts av att bestämmelsen kan motiveras med objektiva faktorer. I Seymour-Perez visade det statistiska materialet att 68,9 procent av de kvinnliga arbetstagarna respektive 77,4 procent av de manliga arbetstagarna uppfyllde kravet, två års anställningstid. EG-domstolen uttalade att detta faktamaterial vid ett första påseende inte visade på sambandet mellan kön och effekten av uppsägningsreglerna.[1081] Ytterligare bevisning behövdes således.

Ett nytt tillägg till tolkningen av indirekt diskriminering kommer i följande mening: "Så skulle även vara fallet om statistiken påvisade att det finns ett avstånd, som är mindre betydande men bestående och relativt oföränderligt under en lång period, mellan manliga och kvinnliga arbetstagare som uppfyller villkoret om två års anställning."(p. 61). Min tolkning av detta är att artikel 119 (141) skall kunna användas för att motverka de normer som slagit rot på arbetsmarknaden och att indirekt diskriminering kan föreligga även om andelen kvinnor som drabbas inte (längre) är så hög procentuellt sett. För övrigt lämnas åt den nationella domstolen att avgöra kvaliteten på statistiken och dess hållbarhet (signifikans).

Fler kvinnor än män är statistiskt sett föräldralediga och EG-domstolen fick i Lewen-målet frågan avseende föräldraledighet som ett kriterium för att inte utge förmåner såsom julbonus. Vid det tyska företaget Denda Zahntechnik fick alla anställda ett jultillägg motsvarande en månadslön. Jultillägget var en ensidig förmån utgiven av arbetsgivaren och således

[1080] Här kan en jämförelse göras med den svenska konkursrätten.

[1081] Mål C-167/97 The Queen mot Secretary of State Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith och Laura Perez 1999-02-09. Se punkt 63-64.

inte avtalsbaserad. Susanne Lewen som hade varit föräldraledig under en del av året, dels av egen önskan, dels på grund av det lagstadgade förbudet mot kvinnors arbete i anknytning till förlossningen, stämde företaget och hävdade att hon hade blivit diskriminerad då hon ej erhållet jultillägg på grund av sin ledighet. För det första menade domstolen att dessa skyddsperioder skulle jämställas med arbetad tid. I annat fall skulle det "(i)nnebära att den kvinnliga arbetstagaren diskriminerades endast i sin egenskap av arbetstagare, eftersom nämnda perioder skulle ha beaktats som arbetsperioder om hon inte varit gravid".[1082] Här följde domstolen Gillespie och Dekker-målet och konstaterade att ett sådant förfarande skulle ha sin grund i kön och vara direkt diskriminerande. Domstolen nämnde sedan att direkt diskriminering endast kan komma i fråga när kvinnor och män behandlas olika. Därefter övergick domstolen till att undersöka om förfarandet kan anses utgöra indirekt diskriminering, då det är vanligare att kvinnor tar föräldraledigt jämfört med män. Åtskillnad gjordes i målet mellan kvinnliga arbetstagares biologiska kön, moderskapet, och det sociala könet, föräldraskapet. Om kvinnliga arbetstagare får särskilda anställningsvillkor på grund av moderskap är det frågan om direkt diskriminering. När föräldraskapet utgör grund för särbehandling kan resultatet vara indirekt diskriminerande.

Slutsatsen blev att under förutsättning att jultillägget kan likställas med retroaktiv lön är ett fullständigt uteslutande av föräldralediga från en förmån, utan att ta hänsyn till de perioder som utgör arbetsperioder, indirekt diskriminering av kvinnor och stridande mot artikel 119 (141). Proportionella avdrag får göras för de perioder som inte räknas som arbetsperioder. Om jultillägget skulle anses utgöra retroaktiv lön lämnades åt den nationella domstolen att avgöra.[1083] Skulle det däremot förhålla sig på det sättet att beviljandet av bidraget endast är beroende av villkoret att arbetstagaren är verksam när det beviljas, kan föräldralediga kvinnor inte anses vara diskriminerande. De föräldralediga avviker på sådant sätt att deras anställningsavtal "(t)illfälligt upphör att gälla" vilket gör att jämförelse i detta fall inte kan göras med en "verksam" anställd av annat kön (p. 37). Situationen är då inte likartad. Enligt min mening uttalar EG-domstolen sig om ett rättsfaktum som inte är reglerat i EG-rätten. Synen på anställningsavtalets status under tjänstledighet är beroende av nationell rätt.

[1082] Mål C-333/97 Susanne Lewen mot Lothar Denda Zahntechnik 19991021. Se p. 42.
[1083] A.a. p. 39-43. Förfarandet bedömdes dock inte strida mot direktiven 92/85 eller 96/34.

4.9.3.4 Väsentlighetskriteriet

EG-domstolen har kommit fram till att bevisningen i mål om indirekt diskriminering kan, eller till och med bör, utgöras av ett statistiskt material. Det som skall bevisas är att en "väsentligt större andel" kvinnor än män missgynnas. För det första är frågan vad som matematiskt sett är denna mängd och för det andra: Hur skall det statistiska materialet framställas? Begreppet "väsentligt" är odefinierat och öppnar väg för olika tolkningar. När kan sambandet med kön egentligen antagas? EG-domstolen ger ingen exakt vägledning i denna fråga och av rättspraxis framgår att andelen gynnade män i förhållande till andelen missgynnade kvinnor måste vara hög. I domslutet i målet Jenkins användes terminologin "(u)teslutande eller till övervägande del består av kvinnor"[1084] i Krüger-målet uttrycktes att missgynnandet måste drabba "(e)n betydligt större procentandel kvinnor än män".[1085]

Lundström tolkar detta som att den missgynnade gruppen kvinnor till sin andel måste var mellan 80 och 100 procent.[1086] Mellan en enskild kvinna och upp till 80 procent av kollektivet missgynnade kan inte förbudet mot könsdiskriminering tillämpas: såvida inte ett direkt samband mellan missgynnande och kön kan göras antagligt, men då rör rättsfrågan istället direkt diskriminering. Att kunna bevisa att det finns ett orsakssamband mellan kön och kollektivet kvinnor är kärnan i begreppet indirekt diskriminering. Regelns vaga innehåll med det odefinierade "väsentligt fler" underlättar inte tillämpningen i nationell domstol.

De bevisfakta som läggs fram i den nationella domstolen skall i princip inte prövas av EG-domstolen. EG-domstolen tar sig dock friheten att ge direkta anvisningar för hur bevisfakta skall granskas i den nationella processen. I Enderby-målet uttalade sig domstolen om bevisfakta, det statistiska materialet, som lagts fram till stöd för kärandens talan. Den nationella domstolen gavs anvisningar om hur bevisfakta skulle prövas: Det statistiska materialet måste omfatta tillräckligt många arbetstagare, resultatet skall vara signifikant och uttrycka ett konstaterbart varaktigt förhållande.[1087] I målet Seymour-Perez svarade EG-domstolen på den nationella domstolens frågor om hur den statistik borde var utformad

[1084] Mål 96/80 Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911.

[1085] Mål C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 19990909.

[1086] Lundström, 1999 s. 325. Lundström nämner att det statistiska materialet i mål där frågor ställts om indirekt diskriminering visat att minst 80 procent av kvinnorna missgynnats. Se not 427.

[1087] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. Se p. 17. "Det åligger den nationella domstolen att bedöma huruvida dessa statistiska uppgifter skall beaktas, d.v.s. om de omfattar ett tillräckligt stort antal personer, om de inte återspeglar helt tillfälliga eller konjunkturbetingade faktorer och om de rent allmänt är signifikanta."

som bevisar det kollektiva sambandet med kön – att gruppen kvinnor är diskriminerad i förhållande till gruppen män. Domstolen uttalade samma kriterier som i Enderby, men angav också vilken metod som var den mest lämpliga i sammanhanget. EG-domstolen uttryckte också en annan variant på väsentlighetskriteriet: den statistik som är fakta i målet måste visa att en betydligt mindre procentandel kvinnor än män uppfyller villkoren. Men det kan också finnas ett samband mellan den missgynnande regeln och kön om statistiken visar: "(a)tt det finns ett avstånd, som är mindre betydande men bestående och relativt oföränderligt under en lång period, mellan manliga och kvinnliga arbetstagare som uppfyller villkoret om två års anställning".[1088] Väsentlighetskriteriet skulle således kunna vara uppfyllt trots att andelen kvinnor som missgynnas är lägre än 80 procent under förutsättning att missgynnandet institutionaliserats.

4.10 Principer för bevisningen

Uttryckligen åligger det medlemsstaterna att göra det möjligt för arbetstagare att få frågan om löneskillnader med grund i kön prövade i domstol, i enlighet med likalönedirektivets artikel 2 samt bevisbördedirektivets artikel 1.[1089] De nationella domstolarna har att följa tre principer: effektivitetsprincipen, objektivitetsprincipen och proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen som den utvecklats av EG-domstolen gäller endast vid indirekt diskriminering. Dessa grundläggande principer uttalar allmänt de krav som skall ställas på bevisningen, och i första hand på arbetsgivarens motbevisning. Effektivitetsprincipen används även då kärandens bevisning prövas. Hur bevisbördan skall fördelas framgår numera av direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering, 97/80.

4.10.1 Arbetstagarens bevisning

EG-domstolen har besvarat frågor från nationella domstolar angående vem av parterna som har bevisbördan för att löneskillnaden är könsdiskriminerande.[1090] Utgångspunkten är att i ett civilrättsligt mål är det den som påstår att diskriminering föreligger som skall bevisa – styrka – detta. Därefter går bevisbördan över på motparten.[1091] EG-domstolen har fast-

[1088] Mål C-167/97 The Queen mot Secretary of State Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith och Laura Perez 1999-02-09.
[1089] Likalönedirektivet 75/117 och Bevisbördedirektivet 97/80.
[1090] Mål 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.
[1091] Se Ekelöf, 1990 s. 79.

slagit att det inte kan ställas alltför höga krav på kärandens bevisning i mål om könsdiskriminering. När arbetstagaren, käranden, prima-facie har visat att till exempel kvinnliga arbetstagare i genomsnitt har lägre lön än män när de utför ett likvärdigt arbete går bevisbördan över på arbetsgivaren.[1092] Detta förefaller enkelt, men en genomgång av rättsfallen från EG-domstolen visar att de processrättsliga frågorna är mer komplexa än så. Det råder också utifrån svenskt processrättsligt perspektiv en terminologisk förvirring emedan bevisregeln ibland sägs vara en form av "delad bevisbörda" och ibland benämns "omvänd bevisbörda".[1093]

EG-domstolens uttalanden om styrkan på bevisningen, kan uppfattas som att kravet inte är högre än, översatt till svensk processrättslig terminologi, sannolikhet. Direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering har klarlagt bevisterminologin. Av bevisbördedirektivets artikel 4 framgår att käranden skall lägga fram fakta "(s)om ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering".

EG-domstolen har hävdat att det inte kan ställas allt för höga krav på en bevisning som skall visa att arbetena är lika eller likvärdiga. I Enderbymålet uttalade domstolen att om det ställs för höga beviskrav resulterar detta i att rättstillämpningen inte blir effektiv.[1094] Effektivitetsprincipen används därmed som grund för att avgöra var på skalan som kravet för 'full' bevisning ligger i ett enskilt fall. Antagandet av bevisbördedirektivet har uttryckligen sin grund i bristen på effektivitet vilket framgår av syftesbeskrivningen i artikel 1.[1095]

4.10.2 Arbetsgivarens motbevisning – bevisteman, avvägning och principer

Brott mot EG-rättens artikel 119 (141) föreligger inte om arbetsgivaren i sin motbevisning kan visa att det fanns sakliga skäl för skillnader i lönesättning – det vill säga att kön inte var grunden för lönesättningen. Då bevisbördan går över på arbetsgivaren när könsdiskriminering gjorts antaglig, eller prima facie föreligger, måste det finnas en möjlighet för arbetsgivaren att komma med bevisning där det visas att diskrimineringen vare sig direkt eller indirekt har sin grund i kön. Ett sänkt krav på kärandens bevisning, från styrkt till sannolikt, kan medföra att också bevis-

[1092] C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. Jfr p. 18 i ingressen till bevisbördedirektivet, 97/80.
[1093] Se Ekelöf, 1990 s. 80. Se exempelvis Lundström, 1999 s. 190. Lundström använder begreppet "omvänd bevisbörda".
[1094] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.
[1095] Direktiv 97/80.

kraven sänks i motbevisningsledet. Ingen av parterna behöver egentligen prestera full bevisning. Detta är i första hand en empirisk fråga. Processrättsligt finns det inget som säger att beviskraven behöver vara paritetiska.

Motbevisningen i fall av påstådd direkt diskriminering kan leda till att det direkta sambandet med kön bryts. Ett exempel, om något udda, är Grant-målet, där Lisa Grant inte var direkt diskriminerad emedan EG-domstolen menade att det inte fanns något direkt samband med kön. Arbetsgivarens bevistema var att sambandet med kön saknades. En homosexuell mans sambo hade enligt bestämmelsen inte heller erhållit några subventionerade resor på den brittiska järnvägen.[1096] EG-domstolens uppgift i målet var inte att pröva arbetsgivarens motbevisning, men i praktiken var det vad den gjorde. Om det direkta orsakssambandet hade kunnat styrkas hade någon motbevisning inte kunnat föras – det vill säga om bestämmelsen uttryckligen hade gynnat heterosexuella parförhållanden. Kön hade varit grunden för diskrimineringen – punkt slut.[1097] Ett annat exempel är Fisscher-målet som rörde frågor kring ett yrkespensionssystem som uttryckligen utestängde gifta kvinnor. Sambandet mellan kön och missgynnandet var uppenbart och det förelåg direkt diskriminering. Orsaken till att gifta kvinnor särbehandlades var ointressant, menade EG-domstolen.[1098] Dessa två mål visar också att det i denna typ av mål är svårt att dra gränsen mellan materiell rätt och bevisfrågorna.

Det är framförallt i samband med frågor angående påstådd indirekt diskriminering som EG-domstolen har kommit att utveckla principer för bevisbördans placering och beviskraven. När processen har sin grund i indirekt diskriminering blir det tydligt att bevisningen sker utifrån att normen är relaterad till ett avvägningsförfarande mellan olika positioner. Om arbetsgivaren kan visa att det funnits sakliga skäl – objektivitetsprincipen – för lönesättningen bryts sambandet med kön. Avvägningen mellan de motstående intressena skall här göras utifrån proportionalitetsprincipen. Principen blir också en metod för att avgöra om skälen är sakliga.

4.10.2.1 Proportionalitetsprincipen

EG-fördragets, artikel 5 (f.d. 3b), innehåller en allmän rättsprincip – proportionalitetsprincipen – som rör förhållandet mellan gemenskapsrätten och nationell rätt. Utgångspunkten är att gemenskapens åtgärder skall stå

[1096] C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621.

[1097] Jag gör alltså en åtskillnad mellan att sambandet har gjorts sannolikt och att det är styrkt när jag ser på arbetsgivarens motbevisning i fall av direkt diskriminering.

[1098] Mål C-128/93 Fisscher mot Voorhuis Hengelo BV (1994) ECR I-4583. Jfr mål C-C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889. Grundfrågan i Barber-målet rörde olika pensionsålder för kvinnor och män i ett yrkesbaserat försäkringssystem.

i proportion, vara nödvändiga, för att uppnå målen i fördraget.[1099] Genom proportionalitetsprincipen värnas den enskildes rätt att inte utsättas för betungande och onödiga förpliktelser. Rättssäkerhetskravet är grunden för principens ställning i EG-rätten.[1100] I det fall att en intressekonflikt uppstår kan EG-domstolen pröva saken utifrån vilket intresse som väger tyngst.[1101]

EG-domstolen använder sig av en mer specificerad proportionalitetsprincip i mål angående indirekt lönediskriminering. I de mål där frågor ställts om direkt lönediskriminering har domstolen aldrig uttryckt att proportionalitetsprincipen skall användas. Det är tydligt att principens tillämpning i mål avseende indirekt diskriminering innebär att arbetsgivarens rättssäkerhet sätts i förgrunden. Samtidigt ställs kravet om saklighet och det är denna saklighet som skall bedömas genom att ställa skälen i relation till arbetsgivarens verksamhet. Proportionalitetsprincipens närmare innehåll i mål angående lönediskriminering fastslogs först i Bilka-Kaufhaus-målet.[1102] Denna princip har därefter stadfästs i bevisbördedirektivets, 97/80, artikel 2.2.

Den nationella domstolen ställde i Bilka-målet frågan om de av arbetsgivaren angivna skälen för särbehandlingen av deltidsanställda kunde vara av "objektivt grundade ekonomiska skäl" (p. 32). De skäl som angavs av arbetsgivaren som motbevisning i målet skulle enligt EG-domstolen prövas utifrån om åtgärden var föranledd av ett verkligt behov, om den var ägnad att uppnå det mål som företaget eftersträvade, och nödvändig för att uppnå syftet – det så kallade Bilka-testet. Syftet med testet är att kunna avgöra om det bakom normen finns objektiva omständigheter av ekonomisk grund som inte är relaterade till kön. Arbetsgivaren hade som skäl för att utestänga deltidsarbetande från det företagsbaserade pensionssystemet angett att syftet var att anställa så få deltidsarbetande som möjligt i varuhuskedjan av företagsekonomiska skäl.[1103] Således skulle en avvägning göras mellan kvinnors intresse av att inte bli särbehandlade på grund av att de avviker från heltidsnormen och arbetsgivarens före-

[1099] Bernitz, 1994/95 s. 265. Bernitz menar att proportionalitetsprincipen sedan gammalt även gäller i Sverige men att den saknat konturer. I propositionen 1993/94:117 utvecklas principen vilket innebär att den numera anses sammanfalla med EG-rättens. Proportionalitetsprincipen har i första hand rönt uppmärksamhet i Sverige i samband med frågan om den negativa föreningsrätten. Se Kellerman-målet AD 1998 nr 17.

[1100] Se Bernitz/Kjellgren, 1999 s. 108.

[1101] Allgårdh/Norberg, 1999 s. 82 f.

[1102] Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607. Se Ellis, 1998 s. 125. Ellis kommenterar Bilkadomen med att: "This sets upp a formidable hurdle for an employer seeking to justify indirectly discrimination."

[1103] Se p. 35–37.

tagsekonomiska intressen.[1104] I proportionalitetsbedömningen i ett mål om lönediskriminering möts den sociala och den ekonomiska dimensionen på sin lägsta nivå.

I Enderby-målet gick domstolen ytterligare ett steg framåt i utvecklandet av proportionalitetsprincipen. Arbetsgivaren skall styrka att löneskillnaden står i proportion till de objektiva omständigheterna. Arbetsgivarens bevistema var här att marknaden bestämt lönesättningen. EG-domstolen slog i detta mål också fast att denna prövning skall göras av den nationella domstolen.[1105] När denna prövning görs är det utifrån en princip där det klart och tydligt framgår att syftet är att skydda arbetsgivarens rättssäkerhet.

I mål som har rört frågan om indirekt diskriminerande lagstiftning har EG-domstolen uttalat att grunden för de objektiva omständigheterna skall prövas utifrån statens socialpolitiska behov.[1106] Bakgrunden till målet Rinner-Kühn var att arbetsgivaren vägrat att betala ut sjuklön till en kvinnlig arbetstagare som inte uppfyllde den tyska lagstiftningens definition av begreppet arbetstagare. Det som prövades i målet var således vilka krav som skall ställas när motbevisningen hänför sig till nationell lagstiftning. EG-domstolen hänvisade till Bilka-Kaufhaus-målet och fastslog att den nationella domstolen skall använda sig av proportionalitetsprincipen för att bedöma om motbevisningen uppfyller kravet på saklighet. Motbevisningen måste visa att åtgärden motsvarade ett nödvändigt syfte i socialpolitiken och att åtgärden var lämplig och nödvändig för att nå detta mål.[1107] Den nationella domstolens uppgift blev i detta fall att bedöma om den tyska lagstiftningen stred mot EG-rätten. Då EG-domstolen lämnar åt den nationella domstolen att göra avvägningen blir effekten av proportionalitetsprincipen i första hand systembevarande.[1108] Det kan också ifrågasättas om proportionalitetsprincipen är en bevisregel. Regeln och tillämpningen av den har en materiell karaktär.

EG-domstolen uttrycker att de skäl som arbetsgivaren anger för att motbevisa förekomsten av indirekt diskriminering måste ha sin motsvarighet i ett reellt verksamhetsbehov. När domstolen uttalar sig om den avvägning som skall göras mellan de olika intressena är inte en enskild

[1104] Nielsen, 1996b s. 222.

[1105] Mål C-127/92 Dr P. M. Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.

[1106] Mål C-171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH &Co. KG (1989) ECR 2743. Se Ellis, 1998 s. 129 f. Ellis konstaterar att Bilkatestet här backas upp av principen om EG-rättens företräde.

[1107] Mål 171/88 Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH &Co. KG (1989) ECR 2743. Se p. 14.

[1108] Jfr Christensen, 1999 s. 23.

arbetsgivares tillämpning av sociallagstiftningens normer tillräckligt som skäl för att i ett kollektivavtal avtala bort deltidsanställdas rätt till julbonus. I Krüger-målet hade svaranden, arbetsgivaren, inte angett något egentligt verksamhetsbehov som skäl för att premiera heltidsanställda, utan hade enbart hänvisat till den tyska lagstiftningen.[1109]

I Enderby-målet användes proportionalitetsprincipen för att utveckla de krav som kan ställas på en arbetsgivare som menar att lönesättningen inte är könsdiskriminerande utan marknadsrelaterad. För det första konstaterade domstolen att det förhållandet att en arbetsgivare höjer löner för att få sökanden till en särskild tjänst kan vara ett objektivt grundat skäl (p. 26). Arbetsgivaren måste i detta fall kunna bevisa marknadens påverkan på beslutet om lönesättning. Proportionalitetsprincipen skall användas även här. Beslutet måste vara adekvat och nödvändigt och det är den nationella domstolen som slutligen får avgöra om arbetsgivaren visat att marknaden kan förklara hela eller delar av löneskillnaden.[1110]

I Danfoss-målet, som gällde tolkning av likalönedirektivet, ställdes frågan: Vem har bevisbördan för att kriterierna som används vid individuell lönesättning inte är könsdiskriminerande? EG-domstolen uttalade att när lönesystemet brister i transparens är det arbetsgivaren som har att bevisa att tillämpningen av systemet inte är könsdiskriminerande. Bevisbördan är sålunda omvänd när arbetsgivaren tillämpar ett lönesystem som har stora brister i öppenhet. I annat fall skulle den som påstår förekomsten av lönediskriminering hamna i ett omöjligt bevisläge och sakna effektiva medel för sin talan. Den allmänna processrättsliga principen om medlemsstaternas skyldighet att tillse att effektiva rättsmedel existerar gäller också i mål om lönediskriminering. EG-domstolens uttalanden i Danfoss-målet liknar i hög grad en presumtion. Sambandet med kön presumerades om: "(e)n kvinnlig arbetstagare visar att de kvinnliga arbetstagarnas genomsnittslön i förhållande till ett relativt stort antal arbetstagare är lägre än de manliga arbetstagarnas genomsnittslön."[1111]

Genom utvecklandet av proportionalitetsprincipen har EG-domstolen dels gett de nationella domstolarna en möjlighet att ställa högre krav på arbetsgivaren bevisning, dels gett ett stort utrymme för intresseavvägningar i mål om indirekt diskriminering. I förbudet mot indirekt diskriminering

[1109] Mål C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 19990909.

[1110] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. Se p. 26-29.

[1111] Mål 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199. Jfr mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. Se p. 14 där domstolen återigen påtalar att bevisbördan kan flyttas för att kärandens rätt till effektiva medel skall tillgodoses.

finns en rättssäkerhetsprincip som minskar utrymmet för målrationell argumentation utifrån effektivitetsgrunder. Konsekvenserna för arbetsgivaren eller staten blir centralt när normen tillämpas i nationell domstol.

4.10.2.2 Olika bevisteman – objektiva skäl

EG-domstolen har fått frågor angående vilka skäl som kan anses ha betydelse vid bedömning av motbevisning och uppfylla kravet på objektivitet. Dessa skäl kan vara av extern eller av intern natur. Jag beskriver i korthet de olika bevisteman som EG-domstolen uttalat sig om i olika mål.

Marknaden

I Enderby-målet var marknadens efterfrågan av den manliga jämförelsegruppen ett sådant externt kriterium.[1112] Ett annat av arbetsgivaren angivet skäl till den uppkomna löneskillnaden mellan gruppen logopeder (kvinnor) och gruppen farmaceuter (män) var att de olika gruppernas löner var framförhandlade av samma arbetsgivare och samma fackförening, men i skilda förhandlingar och fastställda i skilda kollektivavtal. EG-domstolen svarade på den nationella domstolens fråga i detta avseende att detta förhållande inte förtog uppfattningen att lönesättningen kunde vara diskriminerande, i annat fall fanns det en möjlighet för arbetsgivare att kringgå principen om lika lön genom att föra separata förhandlingar.

Anställningstid

Anställningstid är ett annat internt skäl som EG-domstolen uttalat sig om i ett antal mål. I Danfoss-målet godtog domstolen utan vidare kommentarer anställningstid som ett icke-diskriminerande kriterium.[1113] På det danska företaget Danfoss tillämpades ett kollektivavtalsreglerat arbetsvärderingssystem som utöver minimilönen gav möjligheter till individuella lönetillägg. Det fanns tre kriterier som kunde ligga till grund för lönetillägg: flexibilitet, yrkesutbildning och anställningstid. I genomsnitt tjänade männen på företaget nära sju procent mer än kvinnorna. För det första uttalade sig EG-domstolen i Danfoss-målet om vem som har bevisbördan när ett arbetsvärderingssystem brister i transparens. Arbetsgivaren har då bevisbördan för att systemet inte är könsdiskriminerande. För det andra granskade domstolen kriterierna för arbetsvärdering var för sig och kom

[1112] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. Se p. 26–29.

[1113] Mål 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199. Se domen p. 2: "Han behöver inte ange något särskilt motiv för att han tillämpar anställningskriteriet, eftersom anställningsår och erfarenhet går hand i hand.."

till resultatet att faktorn anställningstid i och för sig missgynnar kvinnor, eftersom de generellt sett har kortare anställningstid, men då anställningstid och erfarenhet "går hand i hand" har arbetsgivaren full frihet att ge lönetillägg (p. 24).

I Nimz-målet var EG-domstolen mer nyanserad och menade att anställningstidens betydelse inte får generaliseras, utan en prövning måste göras av längden på kunskap ställd i relation till arbetsuppgifterna.[1114] Andra kriterier som EG-domstolen har uttalat sig om är flexibilitet och yrkesutbildning.

Yrkesutbildning

När det gäller yrkesutbildning gick EG-domstolen till och med så långt i målet Gebietskrankenkasse att arbetena bedömdes som olika trots att de två yrkesgrupperna utförde identisk verksamhet. Psykoterapeuternas artskilda yrkesutbildning – psykologi och medicin – var kärnan i domstolen argumentation.[1115] I det tidigare målet Danfoss hade EG-domstolen uttalat att yrkesutbildningens betydelse måste prövas i förhållande till de arbetsuppgifter som skall utföras.[1116] Den prövning som gjordes i målet avseende psykoterapeuterna med psykologiutbildning respektive medicinutbildning ansågs innebära att läkargruppen kunde utföra ytterligare arbetsuppgifter – exempelvis skriva ut psykofarmaka. Argumentationen är här i viss mån hypotetisk och utgår från vilka yrkeskunskaper som arbetsgivaren skulle kunna utvinna och därmed också är beredd att betala för. Målet Wiener Gebietskrankenkasse handlade inte om frågor rörande arbetsgivarens motbevisning, men EG-domstolens argumentation kan användas om bevistemat består av kriteriet yrkesutbildning.

Flexibilitet

Flexibilitetskriteriet uttalade sig EG-domstolen om i Danfoss-målet. Flexibilitet blir i EG-domstolens svar synonymt med anpassningsförmåga. Detta kriterium kan uppfylla kravet på saklighet under förutsättning att arbetsgivaren kan visa att anpassningsförmågan är av betydelse för utövandet av den enskilde arbetstagarens arbetsuppgifter.[1117] Flexibilitet kan också premieras under förutsättning att det går att visa sambandet mellan flexibilitetskravet och betydelsen för utförandet av de speciella arbetsuppgifterna.

[1114] Mål C-184/89 Helga Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg (1991) ECR I-297.
[1115] C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 11/05/1999. Se p. 20.
[1116] Mål 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.
[1117] A.a. p. 22.

EG-domstolen har således avvisat en generalisering av kriterier för objektiv lönesättning. Arbetsgivaren har att bevisa sambandet mellan kriteriet och utövandet av arbetsuppgifterna, det vill säga att det finns något som arbetsgivaren verkligen betalar för – lönesättningen vore annars godtycklig. Detta torde vara svaret på den danska domstolens fråga i Danfoss-målet som löd: "Hur kan ett företag utan att bryta mot direktivet tillämpa differentierade löner för sina anställda?"[1118]

4.10.3 Sammanfattning bevisning

Sammanfattningsvis kan sägas att EG-domstolens principer synes innebära låga beviskrav på kärandens bevisning och höga beviskrav angående svarandens bevisning. Uppsåt behöver förvisso inte styrkas, men att bevisa att ett direkt eller indirekt orsakssamband existerar mellan kön och arbetsgivarens handlande kan vara nog så komplicerat. Såväl nationella domstolar som EG-domstolen förefaller att klassificera särbehandling av normavvikare som fall av indirekt diskriminering. Att indirekt diskriminering handlar om att styrka statistiska fakta ger en bild av att det går att matematiskt konstatera om grupper är diskriminerade. Tillämpningen av likalöneprincipen har också allt mer kommit att handla om hur indirekt diskriminering kan rättfärdigas. Likalöneprincipen har i rättstillämpningen kommit att utformas som en avvägningsnorm. Genom tillämpning av objektivitets- och proportionalitetsprinciperna avvisas subjektiva argument, samtidigt erkänner domstolen att det finns yttre omständigheter som kan påverka arbetsgivarens lönesättningsbeslut såväl i kollektiva som enskilda förhandlingar, men det är arbetsgivaren som har bevisbördan för att han eller hon har tolkat omständigheterna på ett icke könsdiskriminerande sätt.

När proportionalitetsprincipen tillämpas i samband med bedömning av bevisningen i mål om lönediskriminering kan den ses som ett uttryck för normrationell argumentation. Det är dagens normer för lönesättning som sätts i fokus när EG-domstolen konstaterar att ekonomiska faktorer och 'marknaden' kan vara en sådan faktor som förklarar löneskillnader, till skillnad från tillämpandet av effektivitetsprincipen där utgångspunkten är en målrationell argumentation. När grunden för särbehandling av avvikande grupper är nationell lagstiftning kan detta legitimeras av "socialpolitiska syften". Även här blir argumentationen systembevarande. De två processuella principerna – proportionalitet (rättssäkerhet) och effektivitet (rättssäkerhet) ger uttryck för olika värden och kan därmed framstå,

[1118] A.a. p. 2 b) Det direktiv som avses är likalönedirektivet, 75/117.

i sin tillämpning, som motsägelsefulla. De kan också ses som uttryck för olika normativa grundmönster: det marknadsfunktionella mönstret och förbudet mot könsdiskriminering.[1119]

Effektivitetsprincipens tillämpning legitimerar bevisbedömningen och bevisbördans fördelning. Syftet med effektivitetsprincipen är att de nationella domstolarna skall tillämpa EG-rätt som har direkt effekt så att syftet med lagstiftningen uppnås. De nationella domstolarna får inte tillämpa och utveckla egna bevisregler som gör det omöjligt för den enskilde att föra en talan, i det här fallet, om lönediskriminering.[1120] Effektivitetsprincipen kommer också som tidigare nämnts till direkt uttryck i artikel 6 i likalönedirektivet. Då EG-domstolen lämnar åt de nationella domstolarna att utföra avvägningen mellan de motstående intressena återstår frågan huruvida effektivitetskravet efterlevs.

4.11 Principer om arbetsvärdering

Artikel 119 (141) innehåller inga stadganden om hur lika eller likvärdiga arbeten skall jämföras och värderas. Frågan om bruket av arbetsvärderingssystem i förhållande till likalöneprincipen regleras i likalönedirektivets artikel 1, där normen sätts för hur ett arbetsvärderingssystem får se ut för att inte strida mot likalöneprincipen: "I synnerhet när ett arbetsvärderingssystem används för att bestämma lön, måste det vara baserat på samma kriterier för både kvinnor och män och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön".[1121] Arbetsvärdering som inte i sig är könsdiskriminerande kan användas vid lönesättning, men ett arbetsvärderingssystem är inte en nödvändig förutsättning för att en talan om lönediskriminering skall kunna prövas. I fördragsbrottsmålet, Kommissionen mot Storbritannien 61/81, menade EG-domstolen att den brittiska lagstiftningen stod i strid med likalönedirektivet. Lagstiftningen, Sex Discrimination Act 1975, stipulerade att ett överenskommet systematiskt arbetsvärderingssystem krävdes för att en talan om lönediskriminering över huvud taget skulle kunna prövas. Ett arbetsvärderingssystem kunde inte introduceras utan arbetsgivarens samtycke. EG-domstolen hävdade att systematisk arbetsvärdering bara är en av flera metoder med vilka ett arbetes värde kan mätas. I enlighet med artikel 6 i direktivet har medlemsstaterna en skyldighet att vidta åtgärder för att tillförsäkra lika-

[1119] Om normativa grundmönster se I:3.5. Se Christensen, 1996 s. 522.
[1120] Jfr Drouge/Lysén, 1997 s. 115. Se där redovisade rättsfall.
[1121] Likalönedirektivet 75/117 artikel 1 stycke 2.

löneprincipens tillämpning. Domstolen kom till slutsatsen att Storbritannien hade brustit i sin implementering av likalönedirektivet.[1122]

EG-domstolen har i två mål, Rummler och Danfoss, fått frågor avseende tolkningen av artikel 1 i likalönedirektivet. I det första målet hävdade Gisela Rummler att hennes arbetsuppgifter var inplacerade i fel kategori och att de skulle uppvärderas. Rummler utgick från de krav som kunde ställas på en kvinna av hennes storlek och menade att hennes arbete var så fysiskt ansträngande att det skulle ges en högre ersättning. Normen för Rummlers argumentation var således hennes egen kropp. Det tyska arbetsvärderingssystemet tog hänsyn till kriterier som kunskap, koncentration, krav på muskelstyrka (muscular demand or effort) och ansvar. Frågorna som ställdes från den nationella domstolen syftade till att först kunna avgöra om arbetsvärderingssystemet var kompatibelt med likalönedirektivet, för att därefter kunna avgöra om systemet var könsdiskriminerande i det individuella fallet. EG-domstolens svar på frågorna var att likalönedirektivet inte utesluter möjligheten att använda arbetsvärderingssystem av denna typ, men under förutsättning att det arbete som värderas faktiskt kräver denna fysiska styrka. Nödvändighetskriteriet från Bilkatestet används för att bedöma om arbetsvärderingssystemet stod i strid med likalönedirektivets krav på att systemet inte får vara könsdiskriminerande (p. 24). För övrigt uttalade domstolen att arbetsvärderingssystem måste bedömas i sin helhet och för att det inte skall vara könsdiskriminerande krävs att hänsyn tas till såväl kvinnor som mäns särskilda "fallenheter". Ett arbetsvärderingssystem som generellt utgår från mäns fysik som norm är således könsdiskriminerande (p. 25).

De frågor om arbetsvärdering som EG-domstolen har besvarat har i stort sett handlat om hur arbetsgivaren skall kunna rättfärdiga sin individuella lönesättning och om bevisbördans placering. Några allmänna principer för hur likvärdiga arbeten skall kunna jämföras har domstolen inte uttalat mer än i målet Kommissionen mot Storbritannien, där det fastslås att likalöneprincipen gäller även om det på arbetsplatsen inte finns något vedertaget arbetsvärderingssystem.[1123]

[1122] Mål 61/81 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.
[1123] Mål 61/81 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.

4.12 EG-rättens effektivitet i förhållande till nationell rättstillämpning

4.12.1 Krav på adekvata sanktionssystem – likabehandlingsdirektivet

Skyldigheten att sanktionera gemenskapsrätten ligger på det nationella planet där rättsreglerna också tillämpas. Det är varje medlemsstats skyldighet att tillse att EG-rätten efterföljs på ett effektivt sätt av myndigheter och domstolar. EG-domstolen har i flera mål tagit ställning till vilka krav på sanktioner som gemenskapsrätten ställer på en effektiv tillämpning av likabehandlingsdirektivet, 76/207. I von Colson och i Harz-målet uttalade domstolen att förpliktelsen i EG-fördragets artikel 5 (numera 10) omfattar alla myndigheter och domstolar. Den rättsliga grunden i målen var artikel 5 och 6 i likabehandlingsdirektivet.

I likabehandlingsdirektivets artikel 6 stadgas att:

> Medlemsstaterna skall i sina respektive länders rättsordning vidta nödvändiga åtgärder för att göra det möjligt för alla som anser sig förfördelade på grund av att likabehandlingsprincipen inte tillämpats enligt vad som sägs i artiklarna 3, 4 och 5 att göra sina rättigheter gällande vid domstol efter att eventuellt ha hänvänt sig till andra behöriga myndigheter.

Trots att det inte finns angivet några bestämda sanktioner i själva likabehandlingsdirektivet, skall den nationellt beslutade sanktionen vara proportionerlig i förhållande till skadan. Syftet är att åstadkomma effektivitet och att avskräcka från ytterligare brott mot EG-rätten, vilket kan ses som uttryck för så kallad allmän prevention. Det räcker inte med en symbolisk ersättning för medgivna utlägg såsom portokostnader i samband med ansökan av tjänst. Tysk lagstiftning, som endast medgav denna form av ersättning, skulle enligt EG-domstolen tolkas med hänsyn till direktivets innehåll och syfte.[1124] I Harz-målet uttalade domstolen att sanktionen vid kränkning av rätten till likabehandling vid anställningen måste vara både effektiv och avskräckande.[1125]

I Marshall II-målet fastslog EG-domstolen att artikel 6 i likabehandlingsdirektivet har direkt effekt gentemot en offentlig arbetsgivare och att normerna i nationell lagstiftning får vika vid tillämpning. Helen Marshall hade blivit uppsagd, då hon uppnått pensionsåldern för kvinnor, 62 år, och uppsägningen hade befunnits vara diskriminerande och stridande

[1124] Mål 14/83 Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (1984) ECR 1891.
[1125] Mål 79/83 Doris Harz mot Deutsche Tradax GmbH (1984) ECR 1921.

mot likabehandlingsdirektivets artikel 5.[1126] Domstolen gick här ett steg längre än i de två ovan refererade målen och fastslog att full kompensation måste kunna utverkas. Den brittiska lagstiftningen innehöll maximerade skadestånd oavsett bedömningen av den faktiska skadan, vilket kunde ses som en form av bristande implementering.[1127]

4.12.2 Effektiva medel – likalönedirektivet

Även i likalönedirektivet, 75/117, artikel 2 och 6, ställs uttryckligen krav på medlemsstaternas effektivitet ifråga om likalöneprincipens upprätthållande:

> Medlemsstaterna skall i sin nationella lagstiftning införa sådana åtgärder som behövs för att göra det möjligt för alla anställda som anser sig förfördelade på grund av att likalönsprincipen inte tillämpats att göra sina rättigheter gällande vid domstol efter att eventuellt ha hänvänt sig till andra behöriga myndigheter.
>
> Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella villkor och rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att likalönsprincipen tillämpas. De skall se till att effektiva medel finns tillgängliga för att denna princip skall kunna iakttas.

EG-domstolen har, som tidigare redogjorts för, inte gett likalönedirektivet ställningen som en rättskälla med direkt effekt. Betydelsen av dessa stadganden blir i hög grad beroende av direktivets anknytning till artikel 119 (141) och till EG-rättens allmänna rättsprinciper.

Rätten till skadestånd är enligt de nationella rättssystemen beroende av att det finns rättsmedel att tillgå och att talan väcks inom vissa tidsfrister. B. S. Levez hade varit anställd som chef för ett vadslagningskontor för hästkapplöpning. Efter det att anställningen upphört blev Levez varse att hennes lön hade varit lägre än lönen för den man hon efterträdde. Industrial Tribunal (den brittiska arbetsdomstolen) kom fram till att Levez var lönediskriminerad, men frågan var hur de brittiska preskriptionsreglerna stämde överens med EG-rättens principer om likvärdighet och effektivitet. Rättslig grund för talan var artikel 119 (141) samt likalönedirektivets artikel 2 och 6. Två tolkningsfrågor ställdes till EG-domstolen. Inledningsvis gjorde EG-domstolen ett principiellt uttalande angående de nationella

[1126] Se det första Marshall-målet i EG-domstolen: Mål C-152/84 Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (1986) ECR 723.

[1127] Mål C-271/91 Helen Marshall mot Southampton och South-West Hampshire Area Health Authority (1993) I-4367. I punkt 37 av domen görs en hänvisning till Frankovich-målet C-6/90 och C9/90. Medlemsstatens rätt att välja medel för implementering av direktiv förtar inte möjligheten för enskilda att inför nationella domstolar hävda rättigheter som kan bedömas som "sufficiently precisely" enbart med stöd av direktivet.

preskriptionsfristerna och menade att de inte kan klandras som sådana. Därefter gjorde domstolen en individuell bedömning med stöd av principen om effektivitet (p. 32). Domstolen nämnde även principen om rättssäkerheten och ändamålsenlig handläggning. (p. 23) Av de faktiska omständigheterna i målet framgick att arbetsgivaren vilselett Levez och att okunskapen om löneskillnaden medfört att talan inte kunnat väckas. Att tillämpa den tvååriga preskriptionsregeln utan att ta hänsyn till omständigheterna skulle gynna en arbetsgivare som negligerar EG-rätten. Slutsatsen blev att regelns tillämpning stred mot gemenskapsrätten, i det fall att preskription inträdde på grund av att arbetsgivaren medvetet vilselett arbetstagaren och att detta förfarande orsakat fördröjningen av talans väckande.[1128]

4.12.3 Utfyllnad och ogiltigförklaring av avtal

I Defrenne II konstaterade EG-domstolen att artikel 119 (141) inte bara har direkt effekt mellan två rättssubjekt som har slutit ett enskilt avtal om lön, utan att detta även gäller när lönen reglerats i ett kollektivavtal. Det förhållandet att arbetstagaren inte är part i avtalet och att detta har tillkommit genom en förhandlingsprocess, har ingen betydelse för tillämpningen av likalöneprincipen.[1129] I Kowalska-målet fastslog EG-domstolen att indirekt diskriminering av deltidsanställda kvinnor strider mot artikel, 119 (141) om arbetsgivaren inte kan visa att de kollektivt avtalade anställningsförmånerna som gäller heltidsarbetande bygger på objektiva grunder och inte på kön. Visas det i den nationella domstolen att löneskillnaderna inte kan förklaras med annat än att de beror på kön, har de deltidsanställda rätt att få samma förmåner som de heltidsanställda, menade domstolen. Detta innebar att domstolen fann att artikel 119 (141) kan ha en utfyllande verkan när det gäller könsdiskriminerande kollektivavtal.[1130] I det senare avgjorda målet, Helmig m.fl., hävdade arbetsgivarparten att en ogiltigförklaring av kollektivavtalet i den nationella tyska domstolen skulle skapa ett "rättstomt rum" och därför skulle EG-domstolen avvisa talan. Domstolen uttalade att artikel 119 (141) är så preciserad att den har direkt effekt och skall ha företräde framför alla former av nationella bestämmelser om de strider mot diskrimineringsförbudet. Är ett kollektivavtal könsdiskriminerande, direkt eller indirekt, kan de som diskriminerats kräva fullgörande med stöd av artikel 119 (141) och att få

[1128] Mål C-326/96 B. S. Levez mot T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd 19981201.
[1129] Mål 43/75 Gabriel Defrenne mot Societé anonyme belge de navigation aérienne Sabena (1976) ECR 455.
[1130] Mål C-33/89 Maria Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg (1990) ECR I-2591.

samma anställningsförmåner som de heltidsanställda i proportion till sin arbetade tid.[1131] Ett könsdiskriminerande kollektivavtal kan således även ogiltigförklaras med stöd av EG-rätten.

4.12.4 Sanktioner vid medlemsstaternas brott mot EG-rätten

Medlemsstaterna avkrävs lojalitet i syfte att uppnå ett gemensamt rättssystem och en gemensam arbetsmarknad utan otillbörlig konkurrens och social dumping. Det är ett brott mot EG-fördragets artikel 10 (f.d. 5) och även artikel 249 (f.d. 189) när en medlemsstat fallerar i implementeringen av ett direktiv. Direktivet kan exempelvis ha införlivats för sent i förhållande till implementeringsfristen, eller implementering kan vara bristfällig i någon bemärkelse eller nationell rätt som strider mot direktivet har ännu inte upphävts. I dessa fall kan direktivets bestämmelser få, under förutsättning att de är otvetydiga och ovillkorliga, direkt vertikal effekt och staten får således i alla sina skepnader ta ansvaret för de rättsförluster som enskilda rättssubjekt kan ha lidit.[1132]

Alla i direktiv förekommande rättsregler har dock inte sådana egenskaper att de kan ligga till grund för direkt verkan, eller ens en direktivkonform tolkning, i samband med nationell rättstillämpning. Den möjlighet som finns för enskilda att få kompensation för sina rättsförluster kallas för Frankovich-principen, efter ett mål där Italiens bristande implementering av lönegarantidirektivet utlöste frågor om direktivets eventuella direkta effekt och om statens ansvar vid rättsförluster.[1133] EG-domstolen menade att detta direktiv inte var tillräckligt entydigt och precist för att direkt vertikal effekt skulle anses föreligga. Samtidigt uttalade domstolen att om individer lider rättsförluster för att en medlemsstat brister i uppfyllande av gemenskapsrätten kan staten ställas till ansvar för att ersätta den skada som uppkommit. Det rättsliga stödet för detta ställningstagande var artikel 10 (f.d. 5). Tre kriterier skall vara uppfyllda för att en medlemsstat skall kunna bedömas vara skyldig att utge skadestånd. För det första måste det i direktivet finnas normer av karaktären individens rättigheter, för det andra måste brottet mot rättsregeln vara allvarligt och för det tredje måste det finnas ett direkt samband mellan statens bristande uppfyllelse och individens rättsförlust.[1134]

Numera finns också möjligheten att utkräva sanktioner mot en medlemsstat i samband med en fördragsbrottstalan. Genom Maastrichtför-

[1131] Mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.

[1132] Frågan om direktivs vertikala direkta effekt har behandlats i kapitel 4.7.3.3.

[1133] Mål C-6/90 och C-9/90 Frankovich och Bonafaci mot Italien (1991) ECR I-5357.

[1134] A. a. Vilka sammantaget brukar benämnas som Frankovich-principen. För ytterligare rättspraxis se Ellis, 1998 s. 44 f.

draget, som antogs 1992, tillfördes EG-fördraget en ny artikel, numera artikel 228.2 (f.d. 171), med innebörden att medlemsstat kan åläggas vite eller ett standardbelopp om den inte har vidtagit åtgärder efter en fällande dom i ett fördragsbrottsmål. Kommissionen eller annan medlemsstat kan stämma den felande medlemsstaten inför EG-domstolen, som är den institution som bestämmer vitets storlek.[1135] I målet Kommissionen mot Grekland, 187/98, har generaladvokaten föreslagit att EG-domstolen skall utdöma ett vitesföreläggande.[1136] I det anhängiggjorda målet mot Frankrike, 224/99, yrkar kommissionen på ett vitesföreläggande av storleken 142 425 euro per dag. Anledningen till viteskravet är Frankrikes vägran att upphäva nattarbetsförbudet för kvinnor.[1137] Det första utdömda vitet kom i ett miljömål, Kommissionen mot Grekland, 387/97, i juli 2000. Grekland förpliktigas att betala ett vite om 20 000 euro per dag.

4.13 Icke-bindande rättsakter – soft-law

Rättsakter på gemenskapsnivå som inte är bindande för medlemsstaterna har betecknats som soft-law.[1138] Betydelsen av dessa har diskuterats, men det är juridiskt möjligt att argumentera för att domstolarna vid tillämpning av likalöneprincipen bör vägledas av soft-law. Av EG-domstolens avgöranden framgår att tolkningar även görs av icke-bindande rättsakter. Ruth Nielsen menar att dessa tolkningar i sin förlängning blir bindande rättskällor för medlemsstaternas domstolar.[1139] Då EG-rätten saknar traditionella förarbeten kan dessa icke-bindande rättsakter visa hur gemenskapens institutioner ser på tolkningen av likalöneprincipen. Dessa icke-bindande rättsakter kan därmed få en indirekt effekt vid nationella domstolsavgöranden, som har anknytning till gemenskapsrätten. Soft-law på ett rättsområde ökar också förutsägbarheten och kan med denna funktion i viss mån sägas ersätta bristen på förarbeten. Soft-law har utan tvekan en

[1135] I doktrinen finns ännu endast korta kommentarer på grund av att EG-domstolen ännu ej dömt i något mål av denna typ. Se Bernitz/Kjellgren, 199 s. 124 och Drouge/Lysén, 1997 s. 142.

[1136] Generaladvokatens yttrande i mål C-187/98 Kommissionen mot Grekland.

[1137] Se det ännu ej avgjorda målet C-224/99 Kommissionen mot Frankrike. Frankrike, Grekland och även Italien har tidigare blivit dömda i fördragsbrottsmål för att de är bundna av ILO:s konvention om förbud mot kvinnors nattarbete.

[1138] Chalmers, 1998 s. 161. Utgångspunkten för att klassificera rättskällor som soft-law och icke-bindande är EG-fördraget artikel 249 (f.d. 189). Soft-law finns i "perifirin" oftast i anknyning till ett direktiv. Se Nielsen/Szyszczak, The Social Dimension of the European Community, 1991, s. 127. Författarna menar att genom EG-domstolens uttalanden i Grimaldi-målet (C-322/88) kan s.k soft-law få en allt större betydelse. (Detta står ej i senaste uppl.) Se även Ellis, 1998 s. 42. Ellis redogör för begreppet soft-law i anglo-sachsisk doktrin. För övrigt är termen soft-law ett begrepp som används inom folkrätten.

[1139] Nielsen, 1992b s. 88 f.

form av rättsverkan, vilket EG-domstolen fastslog i Grimaldi-målet. Den rättskälla som prövades i målet var en rekommendation.[1140]

Rådet har sedan 1982 antagit olika typer av icke-bindande rättsakter på jämställdhetsområdet.[1141] Det handlingsprogram som gäller för åren 1996–2000 innehåller exempelvis följande punkter:

> att främja att dimensionen som rör lika möjligheter för kvinnor och män integreras i all politik och i alla åtgärder,
>
> att mobilisera näringslivets och samhällslivets aktörer för att genomföra lika möjligheter för kvinnor och män,
>
> att främja lika möjligheter för kvinnor och män i en föränderlig ekonomi, särskilt inom utbildning, yrkesutbildning, och arbetsmarknad,
>
> att främja kvinnors och mäns yrkes- och familjeliv,
>
> att främja en jämnare könsfördelning i beslutsprocessen,
>
> att stärka förutsättningarna för utövandet av rättigheter som rör lika möjligheter för kvinnor och män

Jämställdhetskommissionen är ansvarig för den nya "mainstreaming" politiken, vilken innebär att frågan om jämställdhet skall integreras i all politik och i alla åtgärder.[1142]

Ett memorandum[1143] är relativt ovanligt inom EG-rätten och syftet med detsamma är att öka förutsägbarheten av tillämpningen av de gemensamma rättsreglerna. Kommissionen avger en avsiktsförklaring och anger sin syn på exempelvis likalöneprincipens ställning och framtida tillämpning, men den lägger inte fram några förslag i formell mening. Ett memorandum är såväl reflekterande som framåtriktande, men dess materiella innehåll är inte bindande för medlemsstater och domstolar. 1994 utfärdade kommissionen ett memorandum "on equal pay for work of equal value".[1144]

[1140] Mål C-322/88 Salvatore Grimaldi mot Fonds des Maladies Professionelles (1989) ECR 4407. Se punkt 18.

[1141] Se Lundström, 1999 s. 158 f.

[1142] SOU 1996:43 s. 41–42. Ordet mainstreaming har tolkats och översatts på olika sätt. Anita Gradin menar att ordet innebär "att jämställdhet skall genomsyra allt som rör samhället, från utbildning och forskning till arbetsmarknad". Teresa Rees, professor vid universitetet i Bristol, menade att det idag redan finns många definitioner av uttrycket. En svag tolkning är att genusperspektiv alltid skall diskuteras, medan en starkare tolkning är att det finns ett genusperspektiv i alla dokument och handlingar. Källa Universitetsläraren nr 9 10/5 1996. Ordet jämtegrering, en sammanslagning av jämställdhet och integrering, har godkänts av språkvårdsnämnden.

[1143] Se Bonniers svenska ordbok, 1986. Memorandum är en skriftlig sammanfattning av synpunkter på en fråga.

[1144] COM(94) 6. Detta memorandum är ett resultat av handlingsprogrammet för jämställdhet mellan kvinnor och män (1991–1995) där kommissionen fick i uppdrag att:"(a)dopt a Memorandum to define the scope and concept of equal pay for work of equal value and

Dessa tillämpningsföreskrifter riktar sig till alla parter som är involverade i likalönefrågan: departement, myndigheter, arbetsmarknadens parter, advokater och konsulter. Kommissionen konstaterar inledningsvis att alla medlemsstater överfört likalöneprincipen till den nationella rättsordningen, men någon större framgång i att utjämna löneskillnaderna mellan kvinnor och män har inte uppnåtts. Löneskillnaderna och segregeringen tenderar snarare att öka på grund av den bistra ekonomiska situationen inom EU. Segregationen och undervärderingen av kvinnors arbete leder till att löneskillnaderna är bestående eller ökar. Med denna bakgrund finns det enligt kommissionens mening ett behov av att klargöra likalöneprincipen så att den kan komma att tillämpas aktivt: "(a) clear need for clarification or refinement of the principle of equal pay for work of equal value, so that individuals may rely on it and national courts and tribunals may apply it satisfactorily."[1145] Memorandumet innehåller också en översikt av EG-domstolens principiella avgöranden. Här konstateras det att i en del medlemsstater har det inte, i någon mer omfattande bemärkelse, drivits processer där arbete av lika värde har jämförts.[1146] Det finns, enligt kommissionen, också brister i en del medlemsstaters implementering av likalönedirektivet och av förbudet mot indirekt diskriminering. Med konstaterandet av dessa fakta kunde det ha förväntats ytterligare fördragsbrottsmål liknande målet mot Storbritannien, så blev dock inte fallet.[1147] Istället kan det ifrågasättas om kommissionens agerande som övervakare av implementeringen har avstannat. Kommissionens uppgift att övervaka tillämpningen och implementeringen av den gemensamma lagstiftningen har ökat rent kvantitativt i och med det utökade antalet medlemsstater. Det senaste fördragsbrottsmålet angående brott mot artikel 119 fördes mot Grekland. I målet slog domstolen fast att Grekland hade brutit mot EG-fördraget, emedan staten inte med retroaktiv verkan hade upphävt nationella regler med olika regler i kollektivavtal för gifta kvinnors rätt till familje- och äktamakebidrag jämfört med män.[1148] Den grekiska staten gjordes ansvarig för att det fortfarande existerade könsdiskriminerande kollektivavtal på arbetsmarknaden.

---

provide guidance on the criteria to be taken into account in job evaluation and job classification".

[1145] A.a. s. 7. I COM (96) 336, Vägledning för tillämpning av lika lön för lika arbete för kvinnor och män i arbetslivet, har Kommissionen angett dels ett konkret arbetsverktyg för lika lön, dels vilka initiativ och projekt som skall främjas. Meddelandet innehåller exempel på hur analys av lönesystem och arbetsvärdering kan utföras.

[1146] A.a. s. 8. I Frankrike, Luxemburg, Grekland och Italien har domstolarna över huvud taget inte prövat något mål med likvärdigt arbete som grund.

[1147] Mål 61/81 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.

[1148] Mål nr C-187/98 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland 1999-10-28.

5 Sammanfattande kommentar del III:4

EG-rättens effektivitet vilar i huvudsak på två grundläggande nyckelbegrepp: företrädesrätten framför nationell rätt och enskilda rättssubjekts möjlighet att inför nationell domstol direkt grunda sin talan på EG-rätten – direkt effekt. Dessa två principer kan ses som uttryck för en monistisk integrationsstrategi.[1149] Principen att sekundära rättskällor, direktiv, inte kan ha horisontell direkt effekt motverkas och mildras av EG-domstolens principavgöranden på tre viktiga områden. För det första gäller detta genom att begreppet offentlig arbetsgivare tolkas i vidsträckt mening.[1150] För det andra genom existensen av den så kallade von Colson-principen och Marleasing-doktrinen. Direktiv kan ha en indirekt effekt i och med att nationella domstolar har en skyldighet att tillämpa nationell rätt, som är tillkommen såväl före som efter direktivets ikraftträdande, medelst EG-konform tolkning.[1151]

Men det finns också en tredje princip som har betydelse för upprätthållandet av den gemensamma rätten och det är Frankovich-principen. I enlighet med detta och senare domstolsavgöranden kan den enskilde ställa staten till ansvar för rättsförluster, när staten brustit i sina skyldigheter att implementera ett direktiv.[1152] Dessutom har det tillkommit ytterligare ett moment för att stärka tillämpningen av gemenskapsrätten, genom möjligheten att utdöma vitesföreläggande gentemot den medlemsstat som vägrar att efterkomma en fördragsbrottsdom. Den 4 juli 2000 kom den första domen där EG-domstolen ålägger en medlemsstat att betala vite. Grekland blev dömt att betala 20.000 euro per dag tills dess att de

[1149] Nielsen, Ruth, Monisme og dualisme i europeisk retsintegration. I JT 94-95 nr 2 s. 299. Nielsen menar att principen om fördragskonform tolkning däremot är en dualistisk integrationsstrategi.

[1150] Mål C-188/89 Foster m.fl. mot British Gas (1990) ECR I-3313.

[1151] Mål 14/83 Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein- Westfalen (1984) ECR 1891. Mål C-106/89 Marleasing SA mot La Comercial Internacional de Alimentacion (1990) ECR I-4135.

[1152] Mål C-6/90 och C-9/90 Frankovich och Bonafaci mot Italien (1991) ECR I-5357.

åtgärder vidtagits som följer av 1992 års dom. Domen rörde okontrollerat utsläpp av avfall på ön Kreta, ett brott mot miljörättsliga direktiv.[1153]

Hur effektiv är EG-rätten i praktiken när det gäller förbudet mot könsdiskriminering och principen om lika lön? Det är endast likalöneprincipen som har ställning som primärrätt i EG-rätten. De regler rörande könsdiskriminering som därefter tillkommit har en svagare ställning i förhållande till nationell rätt, genom att de som rättskällor är av sekundär karaktär. När rättsreglerna varken är direkt tillämpliga eller har direkt effekt minskar graden av likhet i nationell lagstiftning och rättstillämpning, vilket leder till minskad integration och harmonisering.[1154] Frågan om att uppnå lika villkor för kvinnor och män på den gemensamma europeiska arbetsmarknaden har gått från EG-fördragets direkt tillämpliga förbud mot lönediskriminering, till direktiv som förbjuder särbehandling på grund av exempelvis deltidsarbete. Över huvud taget är det påtagligt att direktiv och inte förordningar har använts som rättskällor för att uppnå jämlikhet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden.[1155] En förklaring till detta kan vara att förbudet mot könsdiskriminering allt mer kommit att utgöra en del av den sociala dimensionen och den sociala dialogen. Grunden för att införa artikel 119 i Romfördraget var ekonomiska skäl. Det normativa grundmönstren har förändrats och rörelserna i rätten går från det marknadsfunktionella till ett mer allmänt jämlikhetsmönster.[1156]

EG-rätten har formellt sett en stark ställning i förhållande till nationell rätt. Vad innebär då gemenskapsrättens starka ställning i förhållande till nationell rätt avseende möjligheten att tillvarata kvinnors rättigheter på arbetsmarknaden? Hur förhåller sig EG-rätten reellt sett i förhållande till nationell rätt?[1157] Beslut och överenskommelser om ersättning för utförande av arbete är en mycket konkret handling som oftast utmynnar i någon form av avtal eller rättslig reglering. Avgörande för kvinnors löner är de normer och föreställningar som finns när dessa avtal förhandlas fram och sluts. I den mån gemenskapsrätten förmår att på detta plan skapa nya normer kan den vara fruktbar. I den mån gemenskapsrätten

[1153] Mål C-387/97 Kommissionen mot Grekland 20000704.

[1154] Se COM (94) 6.

[1155] Jfr Hallström, 1992-93 s. 61. Hallström menar att EG genom att välja förordning istället för direktiv övertar "full och exklusiv kompetens på området". Å andra sidan säger han något senare i texten, s. 65, att det i praktiken inte innebär någon större skillnad p.g.a. EG-rättens spärrverkan. EG-rättens spärrverkan behandlas av Per Cramér i avhandlingen: Neutralitet och europeisk integration. 1998 s. 435. "Varje nyantagen regel på gemenskapsnivå medför således expansion av de gemensamma institutionernas exklusiva lagstiftningskompetens och en motsvarande krympning av den konkurrerande lagstiftningskompetensen på nationell nivå."

[1156] Se Christensen, 1996.

[1157] Jfr Hoskyns, 1996 s. 13. Hoskyns menar att svaret på denna fråga måste konkretiseras.

kan tjäna som grund för en systemförändrande argumentation kan den medverka till att kvinnors ställning förbättras. Såsom förhållandet mellan det gemensamma regelverket och nationell rätt har kommit att utformas genom olika doktriner och principer, får det i första hand en reparativ funktion. På tillämpningsnivå kommer EG-rätten i efterhand som korrigerande. När det gäller tillämpningen av förbudet mot indirekt könsdiskriminering får dess karaktär av avvägningsnorm till följd att avgörandet helt läggs i händerna på de nationella domstolarna. EG-rätten fick inte ens en korrigerande funktion efter målet Rinner-Kühn. Det lagstadgade undantaget har istället utökats genom att gränsen för att ses som arbetstagare höjts till en arbetstid av 15 timmar/vecka.[1158]

Kvinnors och mäns villkor på arbetsmarknaden har inte genomgått någon större förändring under de senaste decennierna. Allt fler kvinnor finns dock idag på den gemensamma arbetsmarknaden, men deras löner och övriga anställningsvillkor skiljer sig markant från männens. Arbetsmarknaden inom EU är liksom den svenska starkt könssegregerad, såväl horisontellt som vertikalt. I de flesta länder är arbetslösheten högre för kvinnor än för män och i alla länder är arbetskraftstalen lägre för kvinnorna än för männen. När kvinnor får ett arbete är det under typiska anställningsvillkor. Tidsbegränsade anställningsformer är vanligare för kvinnliga arbetstagare än för manliga och i en del länder mycket otrygga, då en del former av tidsbegränsad anställning inte anses konstituera ett arbetstagarförhållande.[1159] Skillnaden i värdet av kvinnors och mäns arbete, uttryckt i lön, har till och med ökat i Sverige.[1160] Det kan tyckas som om att likalöneprincipen har en stark ställning som en konstitutionell norm. När avtal om löner sluts skall normen tillämpas och då tycks principer och doktriner inte ha någon större betydelse.

EG-domstolen har som uppgift att tolka gemenskapsrätten och i denna uppgift ligger en befogenhet att skapa ny rätt. Har då EG-domstolen varit nyskapande när den tolkat artikel 119? Givetvis har EG-domstolen skapat ny rätt, men frågan är: Har rättsbildningen varit nyskapande i förhållande till de normer som finns på arbetsmarknaden? Min uppfattning är att EG-domstolens tolkning av likalöneprincipen avspeglar de normer och strukturer som finns på den konkreta nivån. Av de tolkningssvar som domstolen lämnat och av de argument som används i generaladvokaternas yttranden framgår, med all tydlighet, att det finns en norm med vilken den kvinna som anser sig vara diskriminerad måste kunna jämföra sig med. En talan

[1158] Se Christensen, 1999 s. 23.

[1159] SOU 1996:56 Hälften vore nog – om kvinnor och män på 90-talets arbetsmarknad, s. 78–80.

[1160] SCB, 1998. Skillnaden mellan kvinnors och mäns löner var 1996 i genomsnitt 3 100 kr och 1998 3 600 kr.

om könsdiskriminerande lönesättning skall bygga på konkreta värderingar och som huvudregel är kön i sig inte grund för lönediskriminering.[1161] Principen om lika lön gäller när kvinnor och män befinner sig i en likartad situation. Det är lika fall som skall behandlas lika. Detta test på jämförbarhet blir också ett justifieringstest.[1162] EG-domstolen är bunden av de könsnormer som finns på den europeiska arbetsmarknaden och argumentationen är i första hand normrationell – det vill säga systembevarande. Domstolen bevarar och befäster de könsstrukturer och hierarkier som existerar. Normen är den heltidsarbetande mannen och deltidsarbetande kvinnor avviker från denna norm. EG-domstolen argumenterade strikt juridiskt och normrationellt när den i målet Helmig m.fl. kom fram till att det inte fanns något samband med kön när deltidsanställda förvägrades övertidsersättning. Argumentationen haltar dock då de manliga arbetstagarna inte arbetade deltid.[1163] Domstolen rationaliserar således och "(a)nför bättre motiv än de man i själva verket har".[1164]

Det finns ett undantagsfall. Vid graviditet och barnafödande kan kvinnor vara könsdiskriminerade utan att det finns en man att jämföra med. Detta följer av målen Gillespie och Dekker.[1165] Av rättspraxis framgår att det finns få situationer där ett direkt samband mellan kön och missgynnade kan konstateras. Sämre anställningsvillkor på grund av moderskap, graviditet och barnafödande är relaterat till kvinnors biologiska kön medan konsekvenserna av att föda barn, tjänstledighet och deltidsarbete är relaterat till det sociala könet. När missgynnandet har sin grund i det biologiska könet uppstår direkt diskriminering, men när missgynnandet är relaterat till det sociala könet är kvinnor indirekt diskriminerade. Direktivet om bevisbördan i jämställdhetsmål, 97/80, innehåller en definition av begreppet indirekt diskriminering – en definition som i huvudsak står i överensstämmelse med rättspraxis. Definitionen visar på att syftet, huruvida arbetsgivaren haft uppsåt att diskriminera, är av underordnad betydelse när ställningstagandet bygger på det objektiva resultatet av handlandet.[1166] Som avvägningsnorm tar förbudet mot indirekt lönediskriminering där-

[1161] Mål 129/79 Machartys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

[1162] Se Prechal/Burrows, 1990 s. 4.

[1163] Se mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.

[1164] Eckhoff, 1979 s. 104.

[1165] Mål C-342/93 Joan Gillespie m.fl. mot Northern Helth and Social Services Boards m.fl. (1996) ECR I-475. Mål C-177/88 E. J. P. Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (1990) ECR I-3941.

[1166] Jfr artikel 3, 1 förordning nr 1612/68 om arbetskraftens fria rörlighet angående indirekt diskriminering på nationell grund. Bestämmelser är inte tillämpliga om de; "även om det gäller utan hänsyn till nationalitet, uteslutande har till syfte eller medför, att medborgare från andra medlemsstater utestängs från det erbjudna arbetet". Definitionen har här både en subjektiv och en objektiv sida.

med endast hänsyn till objektiva skäl vid avvägningen av vems intresse som är mest skyddsvärt. Om jämställdhetsintresset – den enskildes krav – får vika är således en fråga om bevisning i den nationella domstolen.

Frågan är om det är motiverat, och möjligt, att göra en åtskillnad mellan de två diskrimineringsbegreppen? Av rättspraxis att döma är sambandet med kön och missgynnande avgörande för om EG-domstolen skall anse att ett visst handlande strider mot likalöneprincipen. Detta gäller vid såväl direkt som indirekt diskriminering, vilket innebär att distinktionen mellan begreppen blir svår att upprätthålla. Vid indirekt diskriminering avseende grupper skall könssambandet beläggas statistiskt och vid direkt diskriminering skall det finnas en person i en likartad situation att jämföra med. I båda fallen är det principen – lika fall skall behandlas lika – som sätter gränsen för diskrimineringsbegreppets omfattning. Faran i att inte skilja begreppen åt ligger dock i att diskrimineringsförbudet generellt sett blir en avvägningsnorm och att även konstaterad direkt diskriminering kan rättfärdigas.[1167]

EG-domstolens tolkning av begreppen direkt och indirekt diskriminering är ett exempel på hur likalöneprincipen kommit att utvecklas i en riktning, som befäster rådande värderingar på arbetsmarknaden. Genom att tolkningen av begreppet indirekt diskriminering gjort könsdiskriminering ursäktlig, döljs sambandet mellan kön och effekterna av den könssegregerade arbetsmarknaden.[1168] Det har skett en förskjutning i praxis till att avindividualisera diskrimineringsbegreppet, vilket har inneburit att kön osynliggörs i processen. Kvinnor och män utgör jämförbara grupper och om grupperna behandlas väsentligt olika kan könsdiskriminering föreligga. Att kön ossynliggörs kommer tydligast fram vid jämförelse mellan de mål där det särskiljande kriteriet är kvinnors deltidsarbete. Under förutsättning att väsentlighetskriteriet är uppfyllt finns det ett samband mellan kön och missgynnade av deltidsarbetande kvinnor. En avvikelse från normen är inte en individuell utan en kollektiv avvikelse och diskriminering måste då kunna styrkas statistiskt.[1169]

Regeln om indirekt diskriminering är uppbyggd som en avvägningsnorm med tydliga avvägningsmarkörer. Missgynnandet kan rättfärdigas om arbetsgivaren kan visa att det var lämpligt och nödvändigt utifrån verksamhetens behov. Uppfyller arbetsgivarens handlande kraven på proportionalitet är särskiljandet inte indirekt diskriminerande. EG-rätten ger en möjlighet att pröva arbetsgivarens bevisning samtidigt som intresseavvägningen helt lämnats till de nationella domstolarna i detta fall. Utan

[1167] Se Ellis, 1998 s. 134 ff.

[1168] Jfr Lundström, 1999 s. 239.

[1169] Mål C-127/92 Dr P.M. Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.

tvekan ger detta de nationella domstolarna en grund för att beakta konsekvenserna av ett nyskapande. Förbudet mot indirekt diskriminering kan knappast leda till systemförändringar.

Hur förhåller sig EG-domstolen till det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet? I Enderbymålet argumenterade EG-domstolen effektivitetsorienterat, när den svarade på frågan om artikel 119 (141) omfattade jämförelser mellan arbetstagare som inom samma verksamhet fått sina löner fastställda i olika kollektivavtal. Presumtionen var att de utförde likvärdigt arbete. Domstolen argumenterade målrationellt och menade att syftet med lagen skulle kringgås om tillämpningsområdet skulle begränsas till ett kollektivavtalsområde. EG-domstolen gjorde således en ändamålstolkning.[1170]

När EG-domstolen tolkade begreppet lika arbete i målet Wiener Gebietskrankenkasse gjorde den en annan tolkning, vilket medför att kollektivavtalets tillämpningsområde kan sätta gränser för jämförelser. Arbetstagare, psykoterapeuter, som utförde "identisk verksamhet" utförde inte lika arbete då de hade olika typer av utbildning.[1171]

EG-domstolens tolkning av begrepp är av avgörande betydelse när den uttalar sig om tillämpningsområdet för artikel 141(119). Genom att tolka begreppet kön sorterar domstolen bort betingelser som inte passar in i den dikotoma könsstrukturen. Möjligheten att tillämpa likalöneprincipen begränsas starkt av dessa tolkningar. Principer om rättssäkerhet och legalitet används som grund för den juridiska argumentationen. Lisa Grant var inte diskriminerad då hon och hennes sambo inte passade in i det heterosexuella mönstret.[1172] Tolkningen är formalistisk och till skillnad från generaladvokatens förslag till dom saknar domen varje spår av kreativitet.[1173] Legalitetsprincipen sätter enligt domstolen gränser för skapandet av ny rätt och argumentationen är av normrationell karaktär.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att det finns ett stort antal begränsningar för tillämpningen av artikel 119 (141): för det första en rumslig begränsning vilket innebär att jämförelser endast kan göras inom arbetsgivarens verksamhet, för det andra en begränsning till begreppet kön som dikotomt begrepp och för det tredje till att det måste finnas eller ha funnits någon att jämföra med. EG-domstolen har ställt upp fler begränsningar vid tolkning av likalöneprincipen än vid tolkning av likabehandlingsprincipen. Ett skäl kan vara att i de mål, exempelvis P. mot

[1170] Mål C-127/92 Dr P.M. Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.

[1171] Mål C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 11/05/1999.

[1172] Se Lundström, 1999 s. 284. Lundström ser detta som ett utslag av rent godtycke.

[1173] Jfr Wiklund, 1997 s. 404.

S., som handlat om likabehandling har diskrimineringen bestått av ett av arbetsgivaren ensidigt fattat beslut.[1174] Lönediskrimineringsmålen bygger primärt på avtalets grund. Principen – avtal skall hållas – påverkar domstolens mer restriktiva hållning och leder till en mer normrationell argumentation. Det avtalade eller lagfästa särskiljandet bevaras genom att arbetsgivarens verksamhetsbehov och rättssäkerhet sätts i förgrunden.

[1174] Mål C-13/94 P. mot S. Cornwall County Council (1996) ECR I-2521.

IV

JÄMSTÄLLDHETSLAGENS FÖRBUD MOT LÖNEDISKRIMINERING

"Den svenska fackföreningsrörelsen strävar istället efter att generellt få bort löneklyftan mellan män och kvinnor, oavsett om arbetet är likartat eller ej, och anser, att detta mål uppnås fortare och effektivare genom fria förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter än genom lagstiftning."[1175]

[1175] Ohlsson, 1993 s. 266. LO:s landssekretariats svar på motionärernas krav på lagstiftning om likalöneprincipen vid 1951 års kongress.

1 Inledning

I detta avsnitt undersöks jämställdhetslagens regler avseende kön och lön. Undersökningen inriktas i första hand på tolkningen och tillämpningen av lönediskrimineringsregeln, 18 § JämL. Materialet består av rättsfall, relativt få till antalet, och förarbeten, relativt många till antalet. Lagen har ändrats vid upprepade tillfällen, men då den uttalat bygger på samma grundantaganden har äldre förarbeten ansetts vara relevanta för tolkningen av lagen. Detta synsätt är dock numera ifrågasatt.[1176] Syftet med detta avsnitt är att beskriva hur avgörande begrepp som exempelvis likvärdigt arbete bör eller har tolkats och att analysera den argumentation som förs i mål om lönediskriminering. Den juridiska argumentationen undersöks med hjälp av modellen normrationalitet, målrationalitet och avvägningsrationalitet. Läsningen av det rättsliga materialet sker för övrigt utifrån de ramar som beskrivits i avhandlingens inledande avsnitt, vilket innebär att begrepp och normer inte enbart beskrivs utan också problematiseras. Det är utifrån avhandlingens ramar inte tillräckligt att beskriva och analysera rättsfrågorna. De konflikter som finns i en tvist angående lönediskriminering måste också lyftas fram och analyseras – ibland är konflikten tydlig och ibland är den osynlig(gjord).

Avsnittet inleds med en redogörelse för lagstiftningsprocessen. Det andra kapitlet behandlar de delar av reglerna om aktiva jämställdhetsåtgärder som har anknytning till förbudet mot lönediskriminering, framförallt gäller detta arbetsgivarens skyldigheter att kartlägga löneskillnader. I detta kapitel beskrivs även kollektivavtalsreglering avseende principen om lika lön. I kapitel 3 beskrivs och problematiseras lönediskrimineringsregelns uppbyggnad och tillämpningen av densamma. Vilka rekvisit finns i regeln och hur bedömer arbetsdomstolen parternas bevisning – med andra ord i vilka fall har lönediskriminering presumerats och i vilka fall har den också motbevisats? Materiella frågor och frågor om bevisningen är intimt förknippade med varandra i mål om lönediskriminering. Att hålla

[1176] Se SOU 1999:91. Som jämförelse se prop. 1999/2000:143 s. 57. Där det markeras att äldre förarbeten förlorat sin kraft som rättskälla. Detta beror i första hand på att förarbetena strider mot EG-rätten.

isär rättsfakta och bevisfakta är svårt, likaså är det svårt att urskilja vad som är invändningar och vad som hör till bevisningen.

EG-rätten smyger sig successivt in i handlingen, vilket dels avspeglar sig i förarbetena och därpå följande lagändringar, dels i arbetsdomstolens tolkning och tillämpning av lönediskrimineringsregeln. Det finns väsentliga skillnader mellan EG-domstolens tolkning av artikel 119 (numera 141) och arbetsdomstolens tolkning och tillämpning av 18 § JämL. Denna diskrepans måste synliggöras. EG-rätten kan således inte behandlas som svensk rätt i framställningen av undersökningen. I avsnittets sista del behandlas jämställdhetslagens regler om sanktioner och rättsverkningarna av en lönediskrimineringsdom.

Jag har valt att infoga relevanta lagrum i texten. Syftet är att ge den läsare som inte 'känner lagen' en möjlighet att se de lagrum som utgör den rättsliga ramen för undersökningen. För mig är det som forskare lika självklart och nödvändigt att visa lagtexten som att citera utdrag ur förarbeten eller rättspraxis. Även i denna del av avhandlingen har målen och aktörerna namn eller yrkesbeteckningar. Detta ligger i led med syftet att synliggöra kön, men det är också en konsekvens av personifieringen av kärandeparten i EG-domstolens domar. Det skulle vara inkonsekvent att skriva om flygvärdinnan Gabrielle Defrennes rättsprocesser och i ett annat kapitel av avhandlingen helt avpersonifiera jämförelsepersonerna i exempelvis Kumlamålet, AD 1995 nr 158.[1177]

Utanför framställningen av undersökningen lämnas de delar av jämställdhetslagen som behandlar de aktiva jämställdhetsåtgärderna i allmänhet, förbudet mot könsdiskriminering i samband med anställning och uppsägning, liksom frågan om sexuella trakasserier.

1.1 Lagstiftningsprocessen – en bakgrund

Det krävdes två utredningar och två lagstiftningsförsök innan den första jämställdhetslagen kunde träda i kraft i juli 1980.[1178] Själva lagstiftningsprocessen kännetecknades av ett turbulent och utdraget förfarande i utskott och riksdag. Störst motstånd väckte de delar av förslaget som handlade om en särskild övervakande myndighet och sanktioner mot ar-

[1177] Jfr Schömer, 1999. Schömer använder genomgående jämförelsepersonernas namn.

[1178] Ds Ju 1975:7. I denna promemoria, avgiven av jämställdhetsdelegationen, avvisades tanken om lagstiftning mot könsdiskriminering. Skälen var att lagen skulle försvåra parternas egna initiativ på jämställdhetsområdet och att det skulle uppstå svåra bevisproblem om ett förbud mot könsdiskriminering instiftades. Vid remissbehandlingen av betänkandet, SOU 1975:58, var många instanser negativa till tanken på lagstiftning. Riksdagen avslog, fram till 1976, samtliga folkpartiets motioner i frågan. Efter regeringsskiftet 1976

betsgivare i form av vitesföreläggande. Andemeningen i kritiken var att bästa sättet att utveckla jämställdheten i arbetslivet var genom 'frivillig' partssamverkan.[1179] Vid riksdagsbehandlingen visade det sig att majoriteten av ledamöterna endast stödde införandet av ett förbud mot könsdiskriminering. Åsikten var att de aktiva jämställdhetsåtgärderna borde lämnas åt parternas försorg. Lagen blev slutligen en kompromissprodukt – en 'halv' lag.[1180] Den först antagna jämställdhetslagen, SFS 1979:503, kom aldrig att träda i kraft som beslutats till den 1 januari 1980. Med en rösts övervikt antog riksdagen istället, efter den borgerliga valsegern 1979, en ny lag som byggde på det ursprungliga förslaget i proposition 1978/79:175. Samtidigt upphävdes den tidigare antagna lagen.[1181] Den första 'hela' jämställdhetslagen drevs således igenom av en borgerlig minoritetsregering, trots hårt motstånd från såväl arbetsgivar- som fackliga organisationer.

> Att förbudet mot könsdiskriminering tillhörde de grundläggande mänskliga fri- och rättigheterna var det emellertid lättare att komma överens om i riksdagen. 1976 intogs i grundlagen, 2 kap. 16 § regeringsformen, ett förbud mot könsdiskriminerande normgivning:[1182]
>
> 16 § Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskriften utgör led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.[1183]

---

upplöstes delegationen och den jämställdhetskommitté som tillsatts tidigare av den socialdemokratiska regeringen fick direktiv om att ge ett förslag om lagstiftning mot könsdiskriminering. Jämställdhetskommittén lämnade i sitt betänkande, SOU 1979:56, förslag till en nationell handlingsplan för jämställdhet. Därmed uppfylldes beslutet från FN:s kvinnokonferens år 1975.

Bakom det första förslaget till jämställdhetslag stod endast de borgerliga kommitteledamöterna. Övriga ledamöter reserverade sig. Se SOU 1978:38. För en redogörelse av lagstiftningsprocessen se, SOU 1990:41 s. 55–60 samt Bergqvist/Laurén/Lunning, Jämställdhet i arbetslivet. Kommentar till den nya lagstiftningen. 1980 s. 13–21.

[1179] SOU 1990:41 s. 59. Den första halva lagen innehöll ett principuttalande till stöd för att det var parterna på arbetsmarknaden som skulle ansvara för jämställdhetsmålens genomförande. Arbetet borde bedrivas inom ramen för avtalen om medbestämmande. Uttalandet var i enlighet med den socialdemokratiska utskottsreservationen (s 123). Jfr med Nielsen, 1995 s. 14. Samma argument användes av parterna på den danska arbetsmarknaden. Danmarks tidiga medlemskap i EG förändrade dock utgångspunkterna.

[1180] Lagförslaget motarbetades såväl av SAP som VPK men även av enskilda borgerliga riksdagsledamöter. Det var den socialdemokratiska utskottsreservationen som kom att forma den "rumphuggna" lagen. Stor hänsyn hade tagits till remissvaren från arbetsmarknadens parter. Se Lavén/ Laurén, Nya jämställdhetslagen. 1992 s. 14 f.

[1181] Prop. 1979/80:56 Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet. Lagen trycktes senare om efter smärre ändringar och utfärdades som SFS 1980:412.

[1182] Prop. 1973:90 och 1975/76:209.

[1183] SFS 1976:871.

Syftet med detta påbud var att underlätta jämställdhetsarbetet och för att kunna uppnå detta syfte förbjöds ej "särbehandling med hänsyn till könet".[1184] Syftet med detta grundlagsstadgande går således utöver det traditionella – att medborgarna skall skyddas mot staten.[1185]

Staten har i egenskap av arbetsgivare varit en föregångare på jämställdhetsområdet. 1973 kom en kungörelse om förbud mot köns- eller åldersdiskriminering vid tjänstetillsättning.[1186] Som framgår av avhandlingens historiska del har frågan om lika lön oavsett kön i högre grad varit synbar på den offentliga delen av arbetsmarknaden än på den privata. 1975 kom betänkandet Kvinnor i statlig tjänst där kvinnolönerna inom den statliga sektorn behandlades. Utredningen lade grunden för en jämställdhetsförordning samt ett cirkulär för jämställdhet som antogs några år senare.[1187] Enligt cirkuläret var målet jämställdhet såväl i arbetslivet som i hemmen.[1188] En särskild myndighet – statens arbetsmarknadsnämnd fick i uppgift att leda det statliga jämställdhetsarbetet.

Även på det kommunala avtalsområdet har ensidig arbetsgivarreglering förekommit under sjuttiotalet i form av jämställdhetscirkulär.[1189]

Lönediskrimineringsförbudet – som det kom att utformas i den första jämställdhetslagen – ansågs dels som ett intrång i arbetsgivarens prerogativ, dels som ett allvarligt ingrepp i den fria förhandlings- och avtalsrätten.[1190] Lagen ansågs vara ett brott mot den ordning av autonoma kollektiva lönesystem som under decennier gällt på arbetsmarknaden.

Enligt förarbetena – både till 1979 och 1991 års jämställdhetslag – är syftet dock inte att ingripa i det arbetsrättsliga systemet och i de värderingar som finns på arbetsmarknaden, under förutsättning att dessa inte är könsdiskriminerande i sig.[1191] Den svenska arbetsrätten bygger av tradition på att lagstiftningen i huvudsak är en kodifikation av ett redan gällande normsystem som genom parternas agerande har utvecklats på arbetsmarknaden. Viktiga principer har som regel först utvecklats avtalsvägen.[1192] Båda partsintressena hotades av förbudet mot lönediskriminering och samfällt menade parterna att jämställdhet kunde utvecklas bäst avtalsvägen. Förbudet mot lönediskriminering och även kravet om särskilda

[1184] Pétren/Ragnemalm, 1980 s. 81.
[1185] Se Svensson, E-M, 1995 s. 229.
[1186] Kungörelsen 1973:279.
[1187] SFS 1976:686 och 687. Därefter har nya förordningar utfärdats exempelvis SFS 1980:540 och 1984:803.
[1188] Cirkulär 1976:687.
[1189] Bergqvist/Laurén/Lunning, 1980 s. 28.
[1190] Se remissvar och reservationer i SOU 1978:38.
[1191] Prop. 1990/91:113 s. 61.
[1192] Glavå, Mats och Töllborg, Dennis, Arbetsrätt. Kollektiva spelregler. Medbestämmande. Begränsningar i antagnings- och uppsägningsrätten. 1990 s. 19. Författarna påpekar att lagstiftningen därmed kommer att "verka eftersläpande".

jämställdhetsåtgärder är, enligt min mening, den starkaste statliga interventionen i parternas kollektiva rättigheter som någonsin förekommit på den svenska arbetsmarknaden. Förbudet mot lönediskriminering måste studeras mot bakgrund av de problem som intervenerande normer medför i ett redan starkt utvecklat rättsligt system.[1193]

Till lönediskrimineringsförbudets materiella utformning hämtades förebilden till viss del från det amerikanska och det brittiska rättssystemet.[1194] Som medlem av den Europeiska gemenskapen hade Storbritannien varit tvunget att lagstifta om ett förbud mot lönediskriminering senast år 1978. Lagen "Equal Pay Act" antogs redan 1970.[1195] När det för övrigt gäller internationella influenser tycks svensk rätt inte direkt ha påverkats av antagandet av ILO:s likalönekonvention nr 100 eller FN:s konvention om kvinnors rättigheter. Indirekt, genom EG-rätten, har den svenska lagstiftningen allt mer kommit att närma sig texten i ILO:s likalönekonvention.[1196]

1.2 Ändringar av lagstiftningen

I det första författningsförslaget fanns över huvud taget inget uttryckligt förbud mot lönediskriminering, istället betonades flexibilitet vid tillämpning av ett allmänt diskrimineringsförbud. Enligt den föreslagna lagtexten skulle det vara förbjudet att missgynna en arbetstagare på grund av hans eller hennes kön.[1197] I den där på följande propositionen ägnades endast fem sidor åt frågan om lönediskriminering. I propositionen framhölls att det av rättssäkerhetsskäl och med "tanke på det allmänna upplysningsvärdet" var väsentligt att i själva lagtexten ange vilken typ av förfaranden som diskrimineringsförbudet inriktades mot. Principen om lika lön hade enligt jämställdhetskommittén en förankring hos parterna då det "knappast" längre fanns kollektivavtal med skilda lönesatser för kvinnor respektive män.[1198]

[1193] Hydén, 1985 s. 29. Hydén beskriver hur intervenerande normer opererar i en "fientlig miljö".

[1194] Se SOU 1978:38 s. 116. Se även prop. 1978/79:175 s. 74, där det påpekas att kommittéförslaget inte är identiskt med det brittiska då jämförelse även skall kunna göras med andra arbetsgivare.

[1195] Prop.1978/79:175 s. 72. Se även betänkandet, SOU 1978:38 s. 115, där uppfattningen är att den brittiska regeln är svår och rigid.

[1196] Se SOU 1990:41 s. 98 f.

[1197] SOU 1978:38 s. 9.

[1198] Prop.1978/79:175 s. 72. Bakgrunden till detta uttalandet är med all säkerhet avskaffandet av de särskilda kvinnolönetarifferna som skedde under slutet av 60-talet. Se avhandlingens del II:4.7.1.

En allmän uppfattning tycks länge ha varit att 1979 års lag allmänt sett gav ett bättre skydd än EG-rätten. Sverige var 'bäst' på jämställdhet.[1199] Denna uppfattning reviderades 1992 och 1994 när den svenska jämställdhetslagen ändrades och skärptes.[1200] I samband med den nya jämställdhetslagens tillkomst gjordes en omfattande omarbetning av den första jämställdhetslagen och antalet lagrum utökades väsentligt. Den nya lagen föregicks av en utredning där det aktiva jämställdhetsarbetet och lagens effekter utvärderades, SOU 1990:41, Tio år med jämställdhetslagen. Resultatet av utvärderingen var inte särskilt upplyftande. I frågan om lönediskriminering konstaterade utredaren att löneskillnaderna hade ökat under åttiotalet och att endast *ett* fall av lönediskriminering prövats av arbetsdomstolen.[1201]

Arbetsgivarens skyldighet att bedriva aktiva jämställdhetsåtgärder kom i 1991 års lag att konkretiseras i kravet på att utforma årliga jämställdhetsplaner. Det aktiva jämställdhetsarbetet formaliserades därmed.[1202] I den nya lagen angavs uttryckligen att diskrimineringsförbudet också omfattar indirekt diskriminering, och i förarbetena gavs en mer vidsträckt definition av begreppet i överensstämmelse med EG-rätten. Förbudet mot lönediskriminering utformades i 1991 års lag i ett särskilt lagrum, 18 §. Att lönediskriminering inte var tillåtet blev därmed förtydligat. Den tidigare uttalade formella bundenheten av vad som var lika arbete enligt kollektivavtal och praxis, samt kravet på en överenskommen arbetsvärdering vid jämförelse av arbetenas värde, ströks och istället anknöts till vad som är att "betrakta som likvärdigt på arbetsmarknaden".[1203] I propositionen konstaterades att det i stort sett saknades överenskomna och vedertagna arbetsvärderingssystem på arbetsmarknaden, vilket lett till att rekvisitet i lagtexten varit svårt att uppfylla. En ytterligare anledning till förändring av lagtexten var kravet på att uppfylla EG-rätten på området.[1204] I sak innebar denna lagändring emellertid inte någon förändring då det poängterades att det var de värderingar som fanns på arbetsmarknaden som i första hand skulle gälla.[1205]

[1199] Se Nielsen, Ruth, Den svenska jämställdhetslagen i europeiskt perspektiv. 1990. Rapport utarbetad för JämO. Nielsen visade att den svenska lagen hade brister jämfört med EG-rätten.

[1200] Se SOU 1990:41 s. 19. Utvecklingen på jämställdhetsområdet hade gått allt för långsamt och därför borde lagen skärpas.

[1201] SFS 1991:433. Se SOU 1990:41 s. Det mål som prövats var blanketteknikermålet AD 1984 nr 140.

[1202] SOU 1990:41 s. 308.

[1203] Prop. 1990/91:113 s. 110.

[1204] SOU 1990:41 s. 279. I enligt med direktiven (Dir 1988:43) skulle alla kommittéer och särskilda utredare ta hänsyn till "EG-aspekten" i sitt utredningsarbete.

[1205] Prop. 1990/91:113 s. 110. Se specialmotiveringen till 18 §: "Utgångspunkten för prövningen skall således även i fortsättningen vara den värdering av olika arbetsuppgifter

Enligt 1991 års jämställdhetslag kunde parterna göra avvikelser från lagens krav på aktiva jämställdhetsåtgärder genom att sluta kollektivavtal.[1206] Från och med den 1 juli 1994 förlorade arbetsmarknadens parter rätten att disponera över lagens regler om aktiva åtgärder och till följd av detta utökades JämO:s befogenheter. JämO har numera som myndighet rätten och skyldigheten att övervaka hela arbetsmarknaden.[1207] I regeln om förbud mot lönediskriminering ströks ordet "arbetsmarknaden" för att förtydliga att värdering av arbetsuppgifter skulle kunna göras även i de fall där parterna inte utvecklat någon praxis. Samtidigt infördes ett nytt konkret krav avseende arbetsgivarens aktiva jämställdhetsarbete – löneskillnaderna på arbetsplatsen skulle kartläggas.[1208]

JämO har under 90-talet ställt krav på ytterligare skärpningar och förtydliganden av förbudet mot lönediskriminering, exempelvis har myndigheten föreslagit att begreppet arbetsvärdering skall definieras i lagen.[1209] Det föreligger för närvarande en proposition, 1999/2000:143 med förslag till ändringar av lagen.[1210] Enligt direktiven till utredningen är syftet att se över jämställdhetslagens innehåll i förhållande till EG-rätten och till de tre nya diskrimineringslagarna.[1211] Genom tilläggsdirektiv utsträcktes utredarens arbetsuppgifter till frågan om arbetsvärdering och lönekartläggning. Utredningen utfördes av arbetsdomstolens tidigare ordförande Hans Stark. Såväl JämO som DO (diskrimineringsombudsmannen) var i

---

och de normer i övrigt för lönesättningen som tillämpas på arbetsmarknaden, under förutsättning att dessa inte är direkt eller indirekt könsdiskriminerande." Detta kom till uttryck i lagtexten på så sätt att det är fråga om arbete "som är lika eller som är att betrakta som likvärdigt på arbetsmarknaden." Andra nyheter i lagen var förbudet mot sexuella trakasserier samt en ny bevisregel avseende könsdiskriminering i anställningssituationen. Den första jämställdhetslagen omfattade 22 paragrafer medan den nya lagen består av 56 paragrafer.

[1206] Se prop. 1990/91:113 s. 78 och 104. I betänkandet, 1990:41, föreslogs att lagen i sin helhet skulle bli tvingande och att JämO skulle ges en befogenhet att också granska parternas förehavanden. Icke oväntat blev reaktionen stark från parternas sida och i propositionen menade regeringen att parterna borde ges ytterligare en chans då det fanns en tendens till skärpning. Den socialdemokratiska regeringen tillmötesgick parternas önskan om att bevara förhandlings- och avtalsfriheten oinskränkt.

[1207] Prop.1993/94:147 s. 93. Denna lagstiftningsprodukt lades fram av en borgerlig regering.

[1208] A.a. s. 49.

[1209] JämOs skrivelse till regeringen av den 18 oktober 1994 samt 29 augusti 1996.

[1210] De förslag till ändringar som finns i betänkandet SOU 1999:91 och i prop. 1999/2000:143 behandlas fortlöpande i texten.

[1211] Den 1 maj 1999 antogs nya lagar som förbjuder diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet (1999:130), sexuell läggning (1999:133) och funktionshinder (1999:132).

remissvaren mycket kritiska till utredningens resultat.[1212] I propositionen föreslås väsentliga ändringar av lagen.[1213] Lagförslaget behandlas vidare i avhandlingens sista del.

1.3 Avtal mellan parterna om jämställdhet

Som tidigare nämnts var SAF, LO och TCO direkt avvisande till förslaget om en lag om jämställdhet. Detta ledde till att parterna slöt jämställdhetsavtal innan lagstiftning realiserades. I 1977 års jämställdhetsavtal mellan LO och SAF uttrycktes principen om lika lön som en fråga om lika lön för likvärdig arbetsinsats.[1214] 1983 slöts en överenskommelse om jämställdhet mellan SAF, LO och PTK där innehållet i avtalet innebar att den då gällande jämställdhetslagens regler om aktiva åtgärder avtalades bort. SAF framförde också uttryckligen att detta var ett område som inte lämpade sig för lokal kollektivavtalsreglering.[1215] Formellt sett fanns möjligheten att avtala bort reglerna om aktiva åtgärder fram till juni 1994.[1216]

Rättsverkningarna av jämställdhetsavtal har prövats av arbetsdomstolen i två mål, AD 1990 nr 34 och AD 1991 nr 65. I det första målet gällde frågan om ett kollektivavtalsbrott förelåg när en arbetsgivare enbart hade anställt manliga byggnadsarbetare. AD kom fram till att de avtalsklausuler som rörde målsättningen att en jämnare fördelning av anställda av olika kön skulle uppnås inte gav en kvinnlig sökande rätt till anställning. Talan avslogs. I det andra målet prövades om 1983 års jämställdhetsavtal mellan SAF, LO och PTK var så konkret utformat att frågan om sexuella trakasserier kunde anses vara reglerad mellan parterna. Arbetsdomstolen ansåg inte att arbetsgivarens handlande stred mot avtalet däremot var handlandet ett brott mot lagen om anställningsskydd.

Anita Dahlberg har inom EU-projektet "Equal Opportunities in Collective Bargaining in Europe" undersökt det materiella innehållet i dagens huvudavtal och kollektivavtal på förbundsnivå. Några lokala avtal har också studerats. Syftet med forskningsprojektet var att söka och finna "det goda kollektivavtalet" ur ett jämställdhetsperspektiv. Något kollek-

[1212] Se JämO:s yttrande över En översyn av jämställdhetslagen (SOU 1999:91) och DOs remissvar Dnr 758-99.

[1213] Se prop. 1999/2000:143.

[1214] 1977 års jämställdhetsavtal, överenskommelse den 27 april 1977 mellan SAF och LO. Se SOU 1978:38 s. 78. Om TCO:s avtal se Irlinger, 1990. Begreppet likvärdig arbetsinsats fanns med i diskussionen kring utformandet av ILO:s likalönekonvention nr 100 från 1951.

[1215] SOU 1990:41 s. 318.

[1216] Prop. 1978/79:175 s. 34, SOU 1990:41 s. 320 och prop. 1990/91:113 s. 58 f.

tivavtal av denna karaktär fann Dahlberg inte.[1217] Undersökningen visar att avtalen liknar varandra i hög grad beroende på att de först slutna avtalen fått en "normativ verkan".[1218] Avtalen kan vara uttryckliga jämställdhetsavtal eller frågan om jämställdhet kan ingå som en punkt i ett avtal om medbestämmande. Rena jämställdhetsavtal slöts i första hand mellan parterna mellan åren 1977–1985. Nu gällande avtal är olika typer av samarbetsavtal där jämställdhet infogats som en del av avtalet och där jämställdhet är ett mål bland andra. Konkreta bindande klausuler med syfte att målet skall uppnås saknas i stort sett.[1219] Redan i betänkandet "Tio år med jämställdhetslagen" konstaterades att jämställdhetsavtalen efter det att lagen trädde i kraft minskade i betydelse för parterna.[1220]

Det första steget i utvecklingen var att undvika lagstiftning på området, vilket krävde ett visst mått av aktivitet. Det andra steget var att undvika rättsverkningarna av lagstiftningen. I detta skede räckte det att ge avtalen liknande eller samma innehåll som lagens för att undslippa JämO:s tillsyn. Det tredje steget är att förhålla sig till nuvarande lagstiftning som inte medger fullständig partsautonomi. Intresset för att sluta kollektivavtal om jämställdhetsfrågor har svalnat då risken för att avtalen kan prövas rättsligt har ökat. Jämställdhet har i första hand blivit en principiell fråga, men det finns även andra utvecklingstendenser som kan skönjas i avtalen på lägre nivå. I frågan om könsrelaterade löneskillnader finns det fortfarande ett motiv för att sluta avtal. Dahlberg menar att denna tendens är ett uttryck för att parterna försöker undgå att JämO ifrågasätter principerna för avtalsförhandlingarna.[1221]

1.4 Lagens systematik och förhållande till annan lag

Nu gällande jämställdhetslag består av tre delar och lagen har såväl civilrättsliga stadganden som offentligrättsliga inslag. Lagen bygger därmed på en dikotom uppdelning.[1222] Den första delen, 1–12 §§, (13 och 14 §§ upphävda 1994) består av de aktiva jämställdhetsåtgärderna. Över dessa reglers tillämpning vakar Jämställdhetsombudsmannen, JämO, och Jämställdhetsnämnden, JämN. Vitesföreläggande är det medel som kan an-

[1217] Dahlberg, 1996a s. 53.
[1218] Dahlberg, Anita, Jämställdhet i kollektivavtal. Några exempel. 1996 s. 5.
[1219] A.a. s. 12.
[1220] SOU 1999:91 s. 300 f.
[1221] Dahlberg, 1996b s. 32.
[1222] Dahlberg, 1995 s. 38. Se även Schömer, 1999 s. 83. Schömer konstaterar att det rör sig om två "väsensskilda" avdelningar.

vändas för att tvinga en tredskande arbetsgivare att uppfylla kravet på aktivitet. Reglerna om dessa offentligrättsliga befogenheter finns i lagens tredje del, 30–44 §§, samt i förordningar med instruktioner för JämO och JämN.[1223] Lagens andra del består av förbudet mot könsdiskriminering och förbudet mot sexuella trakasserier, 15–22 §§. Frågan om skadestånd och andra påföljder regleras i lagens tredje del i 23–29 §§ och i slutet av lagen finner vi reglerna om preskription och rättegången i diskrimineringstvister, 45–56 §§. Jag vill understryka att trots lagens olika funktioner och reglernas olika karaktär är den uttalade målsättningen att lagens skall ses som en helhet – diskrimineringsförbudet och de aktiva jämställdhetsåtgärderna skall ses som en enhet i strävan att uppnå jämställdhet i arbetslivet.[1224] Kollektiva och individuella handlingsstrategier skall kunna befrukta varandra och målet – ökad jämställdhet – skall därmed kunna nås med de olika medel som lagen anvisar.

Vid konkurrens mellan andra arbetsrättsliga lagar och jämställdhetslagen skall vanliga tolkningsregler användas. När frågan gäller förbudet mot könsdiskriminering i arbetslivet får jämställdhetslagen anses vara speciallag i förhållande till andra arbetsrättsliga lagar.[1225] Då frågan om könsdiskriminering är reglerad i EG-fördragets artikel 141 (f.d. 119) och då artikeln har direkt effekt, torde jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering ha stärkts ytterligare vid normkollision. Den del av lagen som handlar om aktiva jämställdhetsåtgärder är å andra sidan inte av den karaktären att den bör ha företräde vid normkollisioner: "I den utsträckning sådana andra arbetstagarintressen har stöd i lag är det inte avsett att jämställdhetslagens regler skall ha företräde".[1226]

1.5 Nordisk lagstiftning

Lagstiftning om lika lön för lika eller likvärdigt arbete infördes under 70- och 80-talen i hela Norden.[1227] Vi kan se att den anglosachsiska rättstraditionen slog igenom inom hela det nordiska arbetsrättssystemet, framförallt genom direkt påverkan från EG-rätten. Det processuella systemet och tillämpningen av förbudet anpassades dock till mer kollektiva ar-

[1223] Förordning (1991:1438) med instruktion för jämställdhetsombudsmannen samt Förordning (1991:1437) med instruktion för jämställdhetsnämnden.

[1224] Detta påpekas gång på gång i förarbetena se exempelvis prop. 1978/79:175 s. 29 f. och prop. 1990/91:113.

[1225] Prop. 1978/79:175 s. 111.

[1226] A.a. s. 112.

[1227] Island likalönslag 1973 och jämställdhetslag 1976, Danmark likalönslag 1975, likabehandlingslag 1978, Norge jämställdhetslag 1978 och Finland jämställdhetslag 1987.

betsrättsliga modeller. Utformandet av lönediskrimineringsförbudet i de nordiska länderna skiljer sig, till viss del, åt materiellt och processuellt.[1228] Gemensamt är att de flesta lagarna har ändrats och skärpts under 80- och 90-talet som svar på bristande måluppfyllelse och krav på korrekt implementering från EU:s institutioner. Dansk lagstiftning ändrades exempelvis efter ett mål i EG-domstolen, Kommissionen mot Danmark 143/83, och begreppet likvärdigt arbete infördes i lagtexten.[1229]

Jag vill peka på en väsentlig egenhet i den svenska jämställdhetslagen och det är kravet på specificerade aktiva åtgärder i form av kartläggning av löner och utformandet av jämställdhetsplaner. Någon motsvarande reglering har inte funnits i de övriga nordiska länderna. I Finland reviderades jämställdhetslagen 1995 och regler med krav på konkreta jämställdhetsåtgärder, vilka påminner om utformandet av den svenska lagen, infördes. Vid en jämförelse med lagstiftning på området skiljer sig den svenska jämställdhetslagen också från andra regelverk på området i systematiskt avseende. I den svenska jämställdhetslagen finns det, som tidigare påpekats, såväl civilrättsliga som offentligrättsliga regler, och förbudet mot könsdiskriminering i allmänhet respektive förbudet mot lönediskriminering, är samlat i en och samma lag. I exempelvis Danmark är förbudet mot lönediskriminering reglerat i en särskild lag. Mönster för denna uppdelning är det brittiska systemet. Denna åtskillnad kan bero på att allmänna lagar om förbud mot könsdiskriminering inte är begränsade till arbetslivet såsom lagstiftning om förbud mot lönediskriminering av naturliga skäl är. Den svenska jämställdhetslagen gäller som helhet enbart på arbetslivets område. De finska och de norska jämställdhetslagarna, exempelvis, är inte på samma vis begränsade till förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.[1230]

Omfattningen av den svenska jämställdhetslagens tillämpningsområde har diskuterats i olika sammanhang. I utskottsreservationen i samband med 70-talet lagstiftningsprocess nämns även utbildningsområdet som tänkbart tillämpningsområde.[1231] Enligt min mening vore det plausibelt och angeläget att utsträcka den svenska lagens tillämpningsområde till att även omfatta området för utbildning och undervisning. Förhållandet lärare–elev eller handledare–doktorand har samma karaktär som relationen arbetsgivare–arbetstagare – som överordnad respektive underordnad.

[1228] Se Halvorsen, Marit och Nielsen, Ruth, Jämställdhet. 1990 s. 265. I Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden. Bruun, Niklas m.fl.

[1229] Om den finska jämställdhetslagens se Bruun/Koskinen, Jämställdhetslagen. 1987. Om norsk lag se Holgersen, Likestillingsloven. 1984. Om dansk lag se Andersen/Nielsen/Precht, Ligestillingslovene med kommentar. 1996.

[1230] Prop.1978/79:175 s. 20 f. samt s. 37 f.

[1231] InU 1975/76:42.

Undersökningar av förhållandena på högskolor och universitet, visar på ett skyddsbehov och stöder därmed kravet på en utvidgning av lagen till utbildningsområdet.[1232] Det finns ytterligare ett starkt argument för att vidga jämställdhetslagens tillämpningsområde och det är likabehandlingsdirektivet, 76/207. Direktivet innebär ett skydd mot diskriminering under yrkesutbildning och i denna del är direktivet följaktligen inte implementerat i svensk rätt.

1.6 Begränsningar i materialet

Den äldre jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering, som gällde till 1992, prövades endast i två mål av arbetsdomstolen, Blanketteknikermålet, AD 1984 nr 140, respektive Journalistmålet, AD 1991 nr 62. I båda fallen gällde talan en jämförelse grundad på metoden att jämföra lika arbete. Frågan om diskriminerande anställningsvillkor i kollektivavtal har prövats i två mål, AD 1985 nr 134 och 1987 nr 132. I de båda sistnämnda fallen gällde målen särskilt kollektivt avtalade förmåner som enbart förbehållits kvinnliga arbetstagare i samband med barns födelse. Det ena fallet rörde löneutfyllnad vid föräldraledighet medan det andra handlade om så kallad havandeskapslön.[1233] Jag behandlar inte dessa rättsfall som mål om lönediskriminering, emedan de behandlar rätten till ersättning i enlighet med kollektivavtal vid vård av barn i nära anslutning till barns födelse det vill säga "gruppinriktade anställningsförmåner".[1234] Problematiken lika och likvärdigt arbete finns över huvud taget inte i dessa mål.[1235] Målen är i första hand intressanta för detta arbete i det att de behandlar frågan om kollektivavtalets giltighet i förhållande till jämställdhetslagen och frågan om kön och olika anställningsvillkor.

De fyra senaste lönediskrimineringsmål som prövats av arbetsdomstolen och som är en tolkning och tillämpning av nuvarande lag och EG-rätten är Kumlamålet, AD 1995 nr 118, Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, Karlskogamålet, AD 1996 nr 79 och Mjölbymålet, AD 1997 nr 68. I Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 66, har EG-domstolen svarat på arbets-

[1232] SOU 1990:41 s. 69. I utredningen avvisas tanken på en utvidgning av lagens tillämpningsområde som varande "mindre lämpligt" (s. 210).

[1233] Se Schömer, 1999 s. 209. Schömer klassificerar även dessa mål som lönediskriminering.

[1234] Malmberg, 1997 s. 299 ff. Gruppinriktade förmåner ges enligt Malmberg till alla anställda tillhörande en viss grupp.

[1235] Jfr Schömer, 1999 s. 209. Schömer gör tvärtom med hänvisning till att lagrummet omfattar diskriminerande anställningsvillkor. I hennes avhandling finns en intressant analys av de båda målen se s. 223 ff.

domstolens fråga om omfattningen av begreppet lön.[1236] Detta mål behandlas endast i samband med just denna rättsfråga då arbetsdomstolen ännu inte avgjort målet.

Endast sex mål, åtta om vi räknar med målen om anställningsvillkor, har prövats totalt i svensk domstol sedan den första jämställdhetslagen trädde i kraft 1980. För min del innebär det att jag har möjlighet att analysera all svensk rättspraxis, men denna magra rättstillämpning innebär också att rättsläget kan antas vara oklart – prejudikaten är mycket få. När rättsläget är oklart, avseende tillämpningen av förbudet mot lönediskriminering, kommer jag att argumentera normativt.

Det finns många frågor som ännu inte prövats av arbetsdomstolen, eller i den mån rättspraxis finns består den av EG-domstolens tolkningar av EG-fördragets artikel 119 (numera 141) och Likalönedirektivet, 75/117. Tolkningen av den nationella regleringen skall emellertid numera göras utifrån "gällande gemenskapsrätt".[1237] Jag vill påpeka att detta rättsläge påverkar analysen av de senare domarna och också betydelsen av värdet av de två tidiga domarna. EG-rättens ställning har således medfört att prejudikatvärdet av de två äldre domarna har minskat, men också att värdet av jämställdhetslagens förarbeten som rättskällor kan ifrågasättas.

[1236] Mål C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting. 20000330.
[1237] Se avhandlingens del III:4.7.3.

2 Samverkan och aktiva jämställdhetsåtgärder

2.1 Allmänt om syftet

I denna första paragraf uttrycks målsättningen med lagen samtidigt som målet jämställdhet definieras som en fråga om lika rättigheter.[1238]

> 1 § Denna lag har till ändamål att främja kvinnors och mäns lika rätt i frågan om arbete, arbets- och anställningsvillkor och utvecklingsmöjligheter i arbetet.
>
> Lagen syftar till att förbättra främst kvinnors villkor i arbetslivet.

Av 1991 års lag framgår det numera uttryckligen vilken grupp som är den mest missgynnade – nämligen kvinnor.[1239] I förarbetena motiverades detta ställningstagande med att det är "(v)iktigt att se och erkänna att samhället har en lång historia av kvinnoförtryck. Den manliga normen och den manliga överordningen som en social och ekonomisk princip lever fortfarande kvar på många områden." Här ges också uttryck för vad jämställdhet konkret handlar om: "Jämställdhet handlar om sociala och samhälleliga relationer mellan kvinnor och män och om arbets- och maktfördelningen mellan könen." Fortfarande skall emellertid "(p)rincipen om lika behandling och allas likhet inför lagar och bestämmelser", ligga som grund för jämställdhetsmålen.[1240] Vid en genomgång av den rika floran

[1238] För en beskrivning av begreppet jämställdhet se avhandlingens del I:4.2. Om olika likhetsprinciper se Westerhäll, 1985 s. 59 f.

[1239] Lag (1991:433) om jämställdhet i arbetslivet. Se prop.1990/91:113 samt SOU 1990:41. I betänkandet, s. 20 och 213, var tonen något mer lågmäld. Utredaren var av den åsikten att en uppbrytning av den könssegregerade arbetsmarknaden gynnades bäst om lagen var könsneutral, men lagen borde i praktiken i första hand medverka till att kvinnors villkor förbättrades. Se den kritik som de sakkunniga, Dahlberg/Wadstein avgav, i sitt yttrande s. 387 f.

[1240] Prop.1990/91:113 s. 6 f. Se även prop.1993/94:147 s. 20 ff, där tanken om att jämställdhet handlar om makt utvecklades vidare. Jämför med tidigare förarbetsuttalanden i prop.1978/79:175 s. 29 f.

av förarbeten till jämställdhetslagen har jag funnit att frågan om jämställdhet har utvecklats och förändrats. På 70-talet utgick förarbetena från principen att kvinnor och män var lika, fast de hade olika roller. De var dock lika mycket värda och skulle ha samma rättigheter i arbetslivet. På 90-talet är likheten oväsentlig, oavsett olikhet är kvinnor och män lika mycket värda. Utgångspunkten är numera att det existerar en ojämlik maktrelation i förhållandet mellan könen, vilket leder till att den rådande genusordningen kan vidmakthållas. Denna förändring av synen på jämställdheten har också skett utifrån ett erkännande av den manliga normens primat.[1241] Det handlar inte längre om frågan om likhet eller särart utan om att förändra maktrelationen, först då kan kvinnor och män få likvärdiga villkor på arbetsmarknaden. Det är kvinnors villkor som måste förbättras.[1242]

Vad säger oss dessa förarbetsuttalanden? Är jämställdhetslagen därmed inte längre könsneutral?[1243] Lagrådet yttrade sig om förslaget till målsättningsparagraf och påpekade att lag eller föreskrift, i enlighet med 2 kap 16 § regeringsformen, inte får innebära missgynnande av någon medborgare på grund av kön. Samtidigt undantas dock från förbudet mot missgynnande av kön normering som utgör ett led i strävandena att åstadkomma jämställdhet mellan kvinnor och män.[1244] Jämställdhetslagens första paragraf är, enligt lagrådet, generellt utformad och det kan ifrågasättas om den "fyller kravet på ett sådant undantag" som anges i regeringsformen. Målsättningsstadgandet intar också formen av ett motivuttalande, vilket som sådant är artfrämmande i en lagtext. Vidare menade lagrådet att faktiska förhållanden ändras med tiden och att innehållet i andra stycket således hör hemma som ett uttalande i motiven. Lagrådet hävdade, med hänsyn till grundlagens innehåll, att denna del av lagförslaget borde ha utgått.[1245]

Lagrådets traditionella kritik bemöttes i propositionen med följande uttalande: "I förarbetena konstateras också att kvinnors och mäns villkor på arbetsmarknaden är olika. Ändamålsbestämmelsen har således, enligt

[1241] Se dock SOU 1990:41 där utredaren inte vågade ta steget fullt ut.

[1242] I regeringens skrivelse om jämställdhetspolitiken 1996/97:41 betonas i inledningen, s. 4, olikheten bland individerna i gruppen kvinnor och män. Vidare hävdas att det är olikheten i villkor som måste synliggöras och erkännas för att en omfördelning av makt och resurser skall kunna komma till stånd.

[1243] En relevant fråga här är också vad som egentligen avses med termen könsneutral. Att inte vilja se verkligheten, att kvinnor och män har olika livsvillkor, innebär att en norm upprättas om vad som är neutralt utifrån rådande värderingar.

[1244] Prop. 1975/76:209 s. 101. Dep.chefen menade att denna regel skulle ses som en grundlagsförankring för kravet att ge kvinnor och män samma levnadsvillkor.

[1245] Prop.1990/91:113, bilaga 7 s. 174.

förarbetena, till uppgift både att allmänt *upplysa om lagens ändamål* och att *tjäna till ledning för tolkningen* av de efterföljande bestämmelserna i lagen" (min kursivering). Att stadgandet skulle strida mot regeringsformen avvisades av det fördragande statsrådet.[1246] Förarbetsuttalandet är ett tydligt uttryck för att lagens förbud mot könsdiskriminering i olika situationer skall tolkas och tillämpas utifrån målsättningen med lagen.

Eva Schömer gör i sin avhandling en intressant analys av lagrådets uttalande och jämställdhetslagens första paragraf. Hon menar att lagrådet i sin kritik utgår från rättsdogmatikens normer vilka begränsar det innehåll som en bestämd rättskälla kan ges. Lagtext skall enligt rättsdogmatiken inte säga något om verkligheten. Målsättningsstadgandet – att lagen främst syftar till att förbättra kvinnors situation – ser Schömer som grundat på ett "rättssociologiskt förhållningssätt". Detta är ett uttryck för att rätten inte är fri från påverkan av samhället i övrigt.[1247]

Av en del kritiker har denna uttalade målsättning tolkats som att jämställdhet skall uppnås genom en kollektiv maktkamp mellan könen.[1248] Jag vill hävda att det med tillägget som tillkom 1991 har skett en övergång från ett krav på formell jämställdhet, till att erkänna att jämställdhet endast kan uppnås genom att hänsyn tas till verkligheten – det reella. För att uppnå reell/faktisk jämställdhet måste lagstiftningen ta hänsyn till att kvinnor generellt sett har en underordnad position i samhället. Som jag redan i avhandlingens inledning har angett beskriver Anita Dahlberg denna paradox, där den könsneutrala lagstiftningen måste ta hänsyn till att kvinnor och män inte är jämställda för att kunna uppnå jämställdhet.[1249] Normen är avsedd att vara könsneutral, men det går inte att tillämpa den utan att förhållandet mellan kvinnor och män synliggörs.[1250] Jag instämmer i denna grundläggande kritik – det är ohållbart att utgå från denna fiktion för att uppnå jämställdhet i arbetslivet. För att nå målet måste fokusering ske på rådande maktförhållanden – genuskontrakt och genussystem. För att erhålla ytterligare perspektiv kan jämförelse här göras med förhållandet vid lagstiftning mot rasdiskriminering. Irma Irlinger redogör i sin avhandling för 1957 års riksdagsdebatt angående likalöneprincipens införande och jag lånar ett utdrag ur debatten: "Vi talar om rasfrågor ute i andra länder och tycker att det råder förskräckliga förhål-

[1246] Prop. 1990/91:113 s. 64.

[1247] Schömer, 1999 s. 92 f. Schömer jämför också med arbetsmiljölagens målsättningsstadgande.

[1248] Se exempelvis Popova, Susanna, DN:s ledarsida 960722.

[1249] Se avhandlingen del I:4.2. Se även Schömer, 1999. Schömers avhandling bygger på den Dahlbergska paradoxen.

[1250] Dahlberg, 1995 s. 24 f.

landen på detta område. Men, herr talman, har vi inte ett negerproblem här i Sverige, när man betalar arbetet efter om det utförs av en man eller en kvinna."[1251]

2.2 Samverkan

I lagens andra målsättningsstadgande anges riktlinjerna för det jämställdhetsarbete som skall bedrivas på alla arbetsplatser:

> § 2 Arbetsgivare och arbetstagare skall samverka för att jämställdhet i arbetslivet skall uppnås. De skall särskilt verka för att utjämna och förhindra skillnader i löner och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt.[1252]

Det är, enligt lagtexten, den enskilde arbetsgivaren och arbetstagaren som är ansvariga för att jämställdheten ökar genom samverkan. Särskilt skall samverkan ske för att få de osakliga löneskillnaderna att minska. Från den svenska kollektiva arbetsrätten känner vi igen denna uppmaning till samverkan för att uppnå ett mer demokratiskt arbetsliv.[1253] De aktiva jämställdhetsåtgärderna tycks följa traditionen att kollektiva förändringar på arbetsmarknaden skall ske genom partssamverkan. Jämställdhetslagen ger dock uttryck för en mer individualistisk syn på samverkansparterna än vad som är karakteristiskt för den övriga arbetsrätten. Lagstiftningen om medbestämmande bygger på att det är den fackliga organisationen som på det lokala planet primärt skall samverka med arbetsgivaren. Den enskilde arbetstagaren har varken rättighet eller skyldighet att förhandla med arbetsgivaren. Jämställdhetslagen utgår från en annan förutsättning. Arbetsgivaren är huvudansvarig för det aktiva jämställdhetsarbetet på samma sätt som arbetsgivaren enligt arbetsmiljölagen är huvudansvarig för arbetsmiljön.[1254] Uppmaning till arbetsgivare och arbetstagare att samverka skall inte tas allt för bokstavligt. Kravet på samverkan är i första hand ett kollektivt krav och det riktar sig till arbetsgivare och till arbetstagarorganisationen. Samverkan skall i första hand bedrivas på lokal nivå.[1255]

[1251] Irlinger, 1990 s. 119. Uttalandet gjordes av Brita Elmén (fp). Se även Berggren, 1996 s. 9 f. Berggren ser en parallell utveckling mellan bostadsmarknaden för svarta amerikaner på 70-talet och genusrelationerna på arbetsmarknaden.
[1252] SFS 1994:292.
[1253] En liknande samverkansregel finns också i Arbetsmiljölagens 3:e kapitel 1 § "arbetsgivare och arbetstagare skall samverka för att åstadkomma en god arbetsmiljö".
[1254] Se remissvaren i prop.1978/79:175 s. 198 där det framhålls att påföljder även borde kunna riktas mot arbetstagare och arbetstagarorganisationer.
[1255] Prop.1990/91:113 s. 67.

I 1990 års betänkande, Tio år med jämställdhetslagen, föreslogs att arbetsgivaren i sitt aktiva jämställdhetsarbete skulle vara skyldig att under ansvar verka för att löneskillnaderna mellan kvinnor och män minskade.[1256] Arbetsgivaren skulle därmed i princip åläggas att verka för jämställdhet under löneförhandlingarna. Detta förslag kritiserades mycket skarpt av flera remissinstanser. Organisationerna på arbetsmarknaden ville slå vakt om den fria förhandlings- och avtalsrätten och de menade att den enskilde arbetsgivaren inte skulle kunna hävda jämställdhet som utgångspunkt för löneförhandlingar. Den fria förhandlingsrätten lämnades, efter denna kritik, okränkt genom att regeringen i sin proposition föreslog att regeln enbart skulle betraktas som ett målsättningsstadgande och därvidlag inte placeras in bland de vitessanktionerade aktiva jämställdhetsåtgärderna.[1257]

Samverkan för att utjämna löneskillnaderna antog i och med detta karaktären av en osanktionerad regel. Om målsättningen uppfylls kan detta leda till att parterna kommer överens om att kvinnor och män skall ha lika lön för lika och likvärdigt arbete. Det tvingande förbudet mot lönediskriminering i jämställdhetslagens 18 § kompletterades med en uppmaning till samverkan. Signalen till parterna var, enligt min mening, således att inga krav ställs på parternas förhandlingsvilja. Explicit ställdes inte något krav på arbetstagarorganisationernas aktivitet för uppfyllande av lagens målsättning. Implicit framgår det att det förutsattes att jämställdhet är ett intresse som ingår i de fackliga intressena. Eventuella genuskonflikter inom organisationerna ställda i relation till samverkanskravet uppmärksammades inte i förarbetena. På den kollektiva nivån kvarstod den fria förhandlings- och avtalsrätten oinskränkt.[1258] Resultatet av löne-

[1256] SOU 1990:41 s. 26 och s. 314 f. Sverige hade ratificerat ILO:s likalönekonvention nr 100 och förslaget att arbetsgivaren skulle åläggas en skyldighet att verka för att utjämna löneskillnaderna var ett försök att uppfylla konventionen. Som skäl angavs även att tillämpning av metoden med individuell lönesättning ökat på arbetsmarknaden.

[1257] Prop. 1990/91:113 s. 68. "Som några remissinstanser också har framhållit kan det dock sättas i fråga hur en regel som ålägger arbetsgivaren att verka för utjämning av löner kan tillämpas, när lönerna i allmänhet bestäms av arbetsmarknadens parter i kollektivavtal. Utredningen har själv pekat på de svårigheter som kan uppstå, särskilt när det gäller den med ett direkt lagstadgande knutna sanktionsmöjligheten i form av vitesföreläggande." "Enligt regeringens uppfattning bör det istället betonas att arbetsmarknadens parter, har ett gemensamt ansvar för att utjämna och förhindra skillnader i löner och andra anställningsvillkor för arbeten som är lika eller som är att betrakta som likvärdiga."

[1258] Jämför med samverkanskravet i 10,11–13 §§ samt 15 § MBL. Jämför också med förhandlingskravet i direktiven om kollektiva uppsägningar och anställningsskyddet vid företagsöverlåtelse "with a view to seeking agreement". Se Fransson, Susanne, Bakfram EU-anpassning. 1994 s. 29. Lag&Avtal 94 nr 8 samt EU-anpassningen var inte tillräcklig. 1995 s. 29. Lag&Avtal 95 nr 1.

förhandlingarna kan dock komma att ifrågasättas och kollektivavtalet kan ogiltigförklaras av arbetsdomstolen om avtalet strider mot lönediskrimineringsregeln. Den enskildas talan utgör ett hot mot den kollektiva normeringen.

2.3 Aktiva jämställdhetsåtgärder

Att det är arbetsgivaren som har ansvaret för det aktiva jämställdhetsarbetets bedrivande framgår av lagtexten.

> 3 § Arbetsgivaren skall inom ramen för sin verksamhet bedriva ett målinriktat arbete för att aktivt främja jämställdhet i arbetslivet.
>
> Närmare föreskrifter om arbetsgivarens skyldigheter lämnas i 4–11 §§.

Skyldigheten för arbetsgivaren att verka aktivt för jämställdhet i arbetslivet fanns redan på sjuttiotalet enligt avtal och förordningar inom den statliga sektorn.[1259] Genom att införa i stort sett samma krav på aktiva jämställdhetsåtgärder i en allmän lag kom detta krav att omfatta alla arbetsgivare såväl statliga, kommunala som privata. Med undantag av två fall, skyldigheten att kartlägga förekomsten av löneskillnader samt kravet att upprätta jämställdhetsplaner, gäller lagen alla arbetsgivare oavsett antalet anställda och typ av verksamhet. Skälet till att inte helt undantaga småföretagare från kravet på aktiva åtgärder var att detta inte skulle vara ett relevant undantag och att lagen i så fall också skulle förlora sin lyskraft som ledstjärna. Lagens symbolvärde har alltid ansetts vara av stor vikt.[1260]

Syftet med de aktiva jämställdhetsåtgärderna är att förbättra ställningen på arbetsmarknaden för det missgynnade könet som grupp. I förarbetena framhålls att den könssegregerade arbetsmarknaden måste brytas upp och att integrationen måste öka.[1261] Ansvaret läggs här helt på arbetsgivaren i kraft av arbetsgivarens arbetsledningsrätt – det är arbetsgivaren som anställer och som fördelar arbetet.

[1259] SFS 1976:686 och 687. För statliga arbetsgivare gäller också RF 2:16 som målsättningsstadgande.

[1260] SOU 1978:38 s. 133 f. "Det skulle enligt vår mening vara inte bara onödigt utan också olyckligt om man gjorde principiellt undantag för arbetsgivare med ett fåtal anställda. Därmed skulle framför allt lagens uppgift att vara värderingsskapande förfelas i inte obetydlig mån."

[1261] Prop. 1978/79:175 s. 36 och prop. 199/91:113 s. 67.

2.4 Kartläggning av löneskillnader

Under rubriken Lönefrågor infördes genom lagändring i juli 1994 en ny paragraf 9a. Tidigare fanns det ingen regel som uttryckligen angav arbetsgivarens ansvar gällande konkreta aktiva åtgärder avseende osakliga löneskillnader. Lönesättningen sågs enbart som en partsfråga där målsättningen var att samverkan borde ske för att utjämna löneskillnaderna.[1262] För att öka effektiviteten i jämställdhetsarbetet tillkom kravet på att arbetsgivaren skulle göra en kartläggning av förekommande löneskillnader mellan kvinnliga och manliga arbetstagare.[1263]

> 9a § Arbetsgivaren skall, som ett led i verksamheten enligt 2 §, årligen kartlägga förekomsten av löneskillnader mellan kvinnor och män i olika typer av arbete och för olika typer av arbetstagare.
>
> Denna skyldighet gäller dock inte arbetsgivare som vid senaste kalenderårsskifte sysselsatte färre än tio arbetstagare.[1264]

Kartläggningen skall göras utifrån en gruppering av olika typer av arbetsuppgifter och de kategorier av arbetstagare som finns på arbetsplatsen – "en viss typ av arbete" och "en viss kategori av arbetstagare".[1265] Den indelning som arbetsgivaren använder sig av vid lönestatistik, som ofta utgår från kollektivavtalens normer, förväntas vara vägledande. Men kartläggningen skall, enligt förarbetena, gå utanför kollektivavtalsgränserna då medlet skall kunna användas för en senare jämförelse mellan kvinnors och mäns löner, såväl för lika som för likvärdigt arbete. Syftet är att synliggöra löneskillnaderna på arbetsplatserna och nå kunskap som leder till att grupper av arbetstagare, vilka utför lika eller likvärdigt arbete kan identifieras. Därefter kan kartläggningen ligga till grund för exempelvis arbetsvärdering och förhandling mellan arbetsgivaren och den fackliga motparten.[1266]

Så länge kartläggningen görs av arbetsgivaren ensidigt uppstår inga sekretessproblem. Frågan om sekretess har tagits upp i samband med ett ärende hos Jämställdhetsnämnden, JämN. JämO krävde att nämnden skulle förelägga Scania CV AB i Katrineholm ett vite av 200 000 kr på

[1262] Prop. 1990/91:113 s. 67.

[1263] SOU 1993:7. Förslaget konkretiserades i prop. 1993/94:147 s. 47.

[1264] SFS 1994:292.

[1265] Prop. 1993/94:147 s. 91 – specialmotivering. Jämför med prop. 1978/79:175 s. 135 f.

[1266] Prop. 1993/94:147 s. 47 f. – allmänmotivering. Det är inte fråga om något ingrepp i lönesättningen. "De krav som statsmakterna riktar till arbetsgivarna syftar endast till att, genom den ökade synligheten, öka förutsättningarna för ett aktivt och medvetet arbete för jämställdhet och mot osakliga löneskillnader mellan kvinnor och män på den enskilda arbetsplatsen".

klubben på arbetsplatsen. Företaget menade att vitesförelägganden endast kan komma i fråga då en arbetsgivare vägrar att utföra en kartläggning i enlighet med 9a §. JämN gick på denna linje och avslog JämO:s begäran då det i enlighet med lagstadgandet inte finns någon skyldighet att lämna ut denna typ av uppgifter. Nämnden menade också att det primära syftet med 9a § inte är att underlag för mål om lönediskriminering skall kunna erhållas. Förelägganden om viten kan dock ges om en arbetsgivare brister i sina skyldigheter att kartlägga löner.[1267]

I direktiven till den senaste översynen av jämställdhetslagen ingick att lönekartläggningsregeln skulle utredas. Utredaren föreslår att syftet med lönekartläggning skall klargöras i förarbetena. I lagen föreslås införas en skyldighet för arbetsgivare att "(a)nalysera förekomsten av löneskillnader mellan olika grupper och kategorier av arbetstagare". Analysen skall redovisas i den årliga jämställdhetsplanen. Vidare föreslås en skyldighet för arbetsgivaren att samråda med och informera den fackliga motparten om lönekartläggningen och analysen därav.[1268]

2.5 Jämställdhetsplaner

Kravet på arbetsgivarens jämställdhetsarbete skärptes 1991 och idag skall arbetet redovisas i en årlig jämställdhetsplan. Denna skyldighet hade statliga arbetsgivare långt tidigare. I en förordning från 1980 om jämställdhet mellan kvinnor och män i statlig anställning, m.m. angavs i 2 § att "Myndigheterna skall för varje budgetår upprätta en plan för sitt jämställdhetsarbete."[1269]

Två lagrum i jämställdhetslagen anger vem som är skyldig att upprätta jämställdhetsplan och vilket innehåll planen skall ha.

> 10 § Arbetsgivaren skall varje år upprätta en plan för sitt jämställdhetsarbete.
> Denna skyldighet gäller dock inte arbetsgivare som vid senaste kalenderårsskifte sysselsatte färre än tio arbetstagare.
>
> 11 § En jämställdhetsplan enligt 10 § skall innehålla en översikt över de åtgärder enligt 4–9 §§ som är behövliga på arbetsplatsen och ange vilka av dessa åtgärder som arbetsgivaren avser att påbörja eller genomföra under det kommande året.

[1267] Jämställdhetsnämndens beslut ärendenr 97-1 den 15/1 1999. LO:s och TCO:s ledamöter var skiljaktiga.
[1268] SOU 1999:91 s. 106. Se även den särskilda yttrandena där Anita Trogen, SAF, anser att dessa förslag måste avvisas då skulle störa "(t)illämpningen av träffade avtal". Någon särskild analysföreskrift anser hon inte heller behövas.
[1269] Förordning 1980:540.

I planen skall också översiktligt redovisas resultatet av den kartläggning som arbetsgivaren skall göra enligt 9a § samt de åtgärder som motiveras av kartläggningen.

En redovisning av hur de planerade åtgärderna enligt första och andra styckena har genomförts skall tas in i efterföljande års plan.

Enligt 11 § skall kartläggningen av löneskillnaderna redovisas översiktligt i den årliga jämställdhetsplanen. I denna plan skall också de konkreta åtgärder som är tänkta att genomföras redovisas. Skyldigheten att årligen göra jämställdhetsplaner skall ses som ett led i den partssamverkan som är påbjuden för att förhindra och utjämna löneskillnader. Skyldigheten ankommer endast den arbetsgivare som har tio eller fler anställda och denna begränsning förklaras av att det skulle föreligga ett lägre behov av skrivna jämställdhetsplaner på de mindre arbetsplatserna. Den enskilde småföretagaren anses ha en bra överblick över situationen på arbetsplatsen och förväntas föra ett målinriktat och planmässigt jämställdhetsarbete, utan den samverkansprocess som arbetet med en jämställdhetsplan är tänkt att innebära. Enligt min mening är det ett stort ansvar som läggs på den enskilde småföretagaren.[1270]

I propositionen om ändringar i 1979 års jämställdhetslag valdes medvetet att inte i detalj göra en uppräkning av de punkter som en jämställdhetsplan skall innehålla. Utformningen av planen skall vara processinriktad och beroende av förhållandena på den enskilda arbetsplatsen. Jämställdhetsplanens innehåll kan bli beroende av exempelvis ekonomiska faktorer, efterfrågan och utbud av arbetskraft, samt de styrkeförhållanden som råder mellan parterna på arbetsplatsen.[1271] Uttryckligen kom dock jämställdhetsplanens innehåll, enligt 11 §, att knytas till lagen. En jämställdhetsplan skall innehålla alla de punkter som omfattas av lagens krav på aktiva jämställdhetsåtgärder.[1272] Frågan om jämställdhetsplanens formella innehåll har kommit att bli centralt. Målet har, i praktiken, i flertalet fall varit att uppfylla det som uppfattats som JämO:s krav på arbetsgivaren. Samverkan och process mellan arbetsgivare och anställda har haft en underordnad betydelse när enskilda anställda, eller konsulter, fått i uppdrag att skriva jämställdhetsplaner som håller för en eventuell granskning av JämO eller annan överordnad enhet.[1273] Detta strider mot lagens

[1270] Samma tanke gör sig gällande i MBA-S 7 kap 40 § där en mycket liten myndighet får göra avsteg från kollektivavtalets krav på jämställdhetsplaner inom det statliga avtalsområdet.

[1271] Prop. 1990/91 s. 75.

[1272] Det vill säga 4–9a §§.

[1273] Som tidigare nämnts fick JämO ökade befogenheter då 1994 års lagändring innebar att myndigheten numera övervakar hela tillämpningen av lagen på hela arbetsmarknaden. (14 § upphävdes därmed). Det går inte längre att genom kollektivavtal undandra sig

krav på samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagare i arbetet för jämställdhet i arbetslivet.[1274] Jämställdhetsplaner kommer till stånd enbart för att uppfylla lagens krav och inte på grund av en medvetenhet om behovet av ökad jämställdhet.[1275] Idag finns det, i bästa fall, en medvetenhet om att jämställdhetsplaner skall finnas på alla arbetsplatser med tio anställda eller fler, men steget till en medvetenhet om syftet med arbetet kring planen är lång. Löneskillnaderna mellan kvinnor och män förändras inte av vackra ord i korrekt formulerade och antagna jämställdhetsplaner. De anvisade medlen leder inte per automatik till att målet jämställdhet uppnås.[1276]

Eva Schömer presenterar i sin avhandling en studie av det aktiva jämställdhetsarbetet på tillverkningsindustrins avtalsområde för åren 93–94. Bland enkätfrågorna ingick frågan om företaget hade en jämställdhetsplan. På 21 procent av företagen fanns det jämställdhetsplaner. Sämst på att upprätta jämställdhetsplaner var de minsta företagen. Endast sju procent hade lyckats med detta konststycke! Det angavs olika skäl till dessa brister: som att jämställdhetsarbetet var lågt prioriterat eller att jämställdhet redan rådde i företaget.[1277]

1999 fick SCB i uppdrag av JämO att göra en undersökning av förekomsten av jämställdhetsplaner. Av de 7 000 arbetsgivare som tillfrågades svarade endast hälften. I offentlig verksamhet omfattades 73 procent av de anställda av jämställdhetsplaner och av de privata arbetsgivarna var det 22 procent som hade utformat en jämställdhetsplan. Det främsta skäl som angavs i enkäten för detta brott mot jämställdhetslagen var att det inte fanns något intresse från de anställdas sida.[1278]

---

myndighetens vakande öga. I enlighet med 30 och 33 §§ har arbetsgivaren en editionsplikt avseende kartläggningen gentemot JämO. Granskningar av jämställdhetsplaner på olika områden av arbetsmarknaden har av JämO betecknats som "razzior". JämO har däremot inga befogenheter att ingripa i enskilda fall utan stöd i förbudet mot diskriminering. För empiri se Lindén, Lisa, Man lägger sig på en nivå som är OK, 1999, och Svensson, Amanda, Fallstudie om jämställdhetsplan på tre svenska företag, 1999. B-uppsatser, institutionen för genusvetenskap, GBG:s universitet.

[1274] Prop. 1993/94 s. 91 f. Vilket påpekas i specialmotiveringen till såväl 9a § som 11 § JämL. Det som åsyftas är samverkanskravet i 2 §.

[1275] Flertalet arbetsgivare redovisar inte heller planen och kartläggningen av löneskillnaderna för de anställda. I propositionen, 1993/94:147 s. 48 f, framhålls det som angeläget att de enskilda arbetstagarna känner till resultaten.

[1276] Hagberg/Nyberg/Sundin, Att göra landet jämställt. 1995, s. 243. Jämför med KOM-programmet där forskarna avslutningsvis konstaterar att det är nödvändigt att gå "(f)rån ord till handling" för att uppnå jämställdhet.

[1277] Schömer, 1999 s. 119.

[1278] Se pressmeddelande från JämO 2000-01-18. I en bilaga finns ett sammandrag av undersökningen. JämO granskade 1999 22 IT-företags jämställdhetsplaner. Ett av företagen hade en plan som uppfyllde lagens krav.

3 Lönediskrimineringsförbudet

3.1 Allmänt om lönediskrimineringsregeln

Diskrimineringsförbudet i 18 § JämL är ett tvingande förbud mot varje form av könsdiskriminering avseende ersättning för arbete eller av anställningsvillkor.[1279] Förbudet gäller såväl direkt som indirekt diskriminering. Paragrafen skall inte ses som en materiell föreskrift som ger rätt till lika lön för lika eller likvärdigt arbete hos samma arbetsgivare.[1280] Lagrummet säger att om arbetsgivaren inte kan legitimera sin lönesättning på icke könsdiskriminerande grunder föreligger lönediskriminering. Som rättskälla får såväl individuellt ingångna avtal som kollektivavtal om lön och andra ersättningar ge vika för lagen vid en rättslig prövning. Regeln är enligt lagmotiven uppbyggd som en presumtionsregel:[1281]

> Otillåten könsdiskriminering[1282] skall anses föreligga, när en arbetsgivare tillämpar lägre lön eller annars sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än dem som arbetsgivaren tillämpar för arbetstagare av motsatt kön, när de utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt. Detta gäller dock inte, om arbetsgivaren kan visa att de olika anställningsvillkoren beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller att de i varje fall inte vare sig direkt eller indirekt har samband med arbetstagarnas könstillhörighet.[1283]

[1279] Könsdiskriminering definieras enligt lagens 15 § som att: "(n)ågon missgynnas under sådana omständigheter att missgynnandet har ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades kön".

[1280] SOU 1990:41 s. 261. Utredaren hävdar att jämförelsen mellan olika arbetsuppgifter skall ske enbart hos samma arbetsgivare.

[1281] Se Schmidt, Folke, Löntagarrätt. 1988 års uppl. s. 34. Tore Sigeman anser, med hänvisning till Ekelöf, att 3 § ÄJL var en materiell regel och inte en presumtionsregel.

[1282] Jag vill här ställa en retorisk fråga; Finns det därmed tillåten könsdiskriminering? Lagtexten fick denna utformning efter det att lagrådet yttrat sig. Se prop.1990/91:113 bilaga 7 s. 178 f.

[1283] SFS 1994:292. En redaktionell ändring gjordes av 18 § JämL 1994 då orden "betrakta som" lades till. Fram till 1991 hänvisade lagtexten till en arbetsvärdering som gjorts i kollektivavtal. Betydelsen av denna ändring kommenteras framledes.

Lönediskriminering presumeras (antas föreligga) om de i regeln uppställda rekvisiten föreligger fram till det ögonblick när presumtionen genombryts.[1284] För att bedöma om arbetsgivaren brutit mot lagen skall en prövning utföras bestående av två steg. Kärandeparten skall visa att presumtionen är uppfylld och svarandeparten, arbetsgivaren, kan bryta presumtionen genom att visa att arbetstagarnas sakliga förutsättningar har varit utslagsgivande för lönesättningen och/eller att löneskillnaden inte har sin grund i kön. Regeln bygger således på ett arbetsvärderingsled och ett meritvärderingsled.[1285] I det första (presumtions)ledet har kön som diskrimineringsgrund ingen betydelse, kön tjänar här endast som en jämförande grund: Är kvinnans arbete – jämfört med mannens arbete – lika eller likvärdigt? Rättsregelns uppbyggnad innebär att rättsfaktum är detsamma som bevisfaktum. Följande fyra kriterier utgör rättsfakta i det första ledet:

– jämförelsepersonerna skall vara av olika kön
– de skall arbeta hos samma arbetsgivare
– det skall finnas en viss löneskillnad
– jämförelsepersonernas arbeten skall vara lika eller likvärdiga

De första tre kriterierna ter sig vid en första blick som oproblematiska, men så är inte alltid fallet. Frågan om vem som är att se som samma arbetsgivare kan vara tvistig, såväl i frågan om att stämma in rätt motpart som för att sätta gränser för jämförelser av olika arbetstagares löner. Även beräkningen av löneskillnaden kan vara tvistig, vilket har betydelse för domstolens beräkning av det ekonomiska skadeståndet.[1286] De tre första kriterierna får dock anses utgöra faktiska omständigheter som är nödvändiga för att presumtionen skall inträda. Det fjärde kriteriet "lika eller likvärdigt arbete" har en helt annan karaktär och kan näppeligen ses som en fråga om att lägga fram fakta i målet.

Tanken är att om käranden har övertygat domstolen om att de fyra kriterierna föreligger som faktiska omständigheter, inträder en presumtion om lönediskriminering och bevisbördan går över på motparten, arbetsgivaren. Regeln är således uppbyggd på ett sådant sätt att det anges vad som skall bevisas och vem som skall bevisa vad. Däremot anges inte i lagtexten hur detta skall bevisas eller hur höga kraven är på bevisningen.

[1284] Prop. 1990/91:113 s. 79. Detta innebär att orsakssambandet mellan kön och handling presumeras, antas föreligga.
[1285] Wadstein, Margareta, Arbetsvärdering som instrument för ökad jämställdhet. 1990. I (red.) Dahlberg/Johansson, Att arbete i Europa.
[1286] Se AD 1996 nr 41 där det rådde tvist om barnmorskans jämförelselön. Se även Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 66, där just denna fråga var tvistig mellan parterna.

3.1.1 Bevisbörda och kraven på bevisningen

Mål om lönediskriminering hör till gruppen tvistemål och för denna typ av mål är det karakteristiskt att den ena parten har bevisbördan för ett visst rättsfaktum och att motparten har det för ett annat. Det hör till undantagen att det direkt i rättsregeln kommer till uttryck vem som skall bevisa vad, och vanligtvis sker detta i förekommande fall i form av materiella rättsregler.[1287]

Enligt Bengt Lindell hör bevisfrågorna till vad som brukar betecknas som sakfrågan. Vid fri bevisvärdering stipulerar inte rättsreglerna vilka bevis som domstolen skall beakta och inte heller hur bevisningen skall värderas.[1288] P-O Ekelöf menar att bevisvärderingen under dessa omständigheter skall ses som en ren kunskapsteoretisk verksamhet, medan kravet på bevisningens styrka är en normativ fråga.[1289] Det är denna "normativa fråga" som i första hand är intressant för detta arbete.

Jämställdhetskommittén som utarbetade det första förslaget till en jämställdhetslag tänkte sig en fri bevisprövning i mål där diskriminering-en bestod i könsrelaterade löneskillnader. För att göra diskriminering gällande skulle inte full bevisning krävas. Kommittén föreslog att det skulle räcka att kärande kunde påvisa sannolika skäl, för att bevisbördan skulle gå över på svaranden, arbetsgivaren.[1290] Lönesättningen hos andra arbetsgivare, inom samma bransch som den arbetsgivare som var part i målet, skulle enligt kommittén kunna användas vid en jämförelse. Denna vidsträckta regel, och därmed också den helt fria bevisprövningen, avvisades senare i regeringens proposition. Anledningen var dels rättssäkerhetsskäl, dels att en sådan vidsträckt jämförelse skulle vara ett ingrepp i den fria förhandlingsrätten.[1291]

Istället kom bevisbördan att fördelas i enlighet med vad som kallas för en presumtionsregel. För det första angavs effektivitetsskäl som orsak till valet av konstruktion, och för det andra framhölls presumtionsregelns fördel som mer förutsebar till sin karaktär än en materiell rättsregel. Fördelningen av bevisbördan gjordes utifrån en avvägning av olika intressen.[1292] En ledamot av lagrådet var mycket kritisk till valet av regelns

[1287] Ekeköf, 1990 s. 67 ff.

[1288] Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. 1987 s. 16 se även kap 2.

[1289] Ekelöf, 1990 s. 7.

[1290] SOU 1978:38 s. 17 och 161. Bevisregeln har samma utformning som den som utvecklats av arbetsdomstolen i mål om föreningsrättskränkning. Vidare konstateras i betänkandet, s. 111, att den brittiska likalöneregeln är "en smula invecklad" och att arbetsgivaren där har en tung bevisbörda. I Storbritannien liksom i USA var och är regeln utformad som en presumtionsregel. Se Roseberry, 1999.

[1291] För det ursprungliga förslaget se SOU 1978:38 s. 117 jämför med prop.1978/79:175 s. 74 ff.

[1292] Se prop. 1978/79:175 s. 47 ff och s. 177.

konstruktion och yttrade i lagrådsremissen: "Att övervältra en så pass tyngande bevisbörda på en i stort sett "oskyldig" grupp medborgare kan icke anses vara en normalt godtagbar lagstiftningsteknik".[1293] Uppenbarligen ansåg ledamoten inte att en presumtionsregel i detta fall var en rimlig avvägning mellan arbetstagarens och arbetsgivarens intressen.

Att förbudet mot lönediskriminering utformades som en presumtionsregel var, enligt förarbetena, i första hand föranlett av de bevisproblem som annars skulle uppstått om den missgynnade skulle haft bevisbördan för arbetsgivarens könskränkande syfte med lönesättningen. Istället presumerades detta orsakssamband, och i regeln angavs hur bevisbördan skulle fördelas och vad som skulle utgöra temat för bevisningen.[1294]

Syftet med handlingen blir i denna typ av mål av underordnad betydelse, vilket leder till att arbetsgivare som inte har haft för avsikt att diskriminera på grund av kön kan dömas för könsdiskriminering och vice versa. Tillämpningen av lagrummet blir helt enkelt en fråga om materiell bevisbedömning. Processen får, i vart fall teoretiskt, en struktur av att den presumerade omständigheten – könsdiskriminering – kan fastslås i princip utan att ordet kön behöver uttalas eller anges. Rättsfrågan hålls således på klassiskt vis utanför bevistemat. Att domstolen då hamnar i subsumtionslogisk och normrationell argumentation är i sig inte förvånande. Ur ett genusteoretiskt perspektiv framstår lagens uppbyggnad som en döljande konstruktion, och domstolen behöver i processen egentligen inte befatta sig med frågan om diskriminering på grund av kön – det vill säga direkt diskriminering.[1295] Bevisbördan och bevistemat är detsamma oavsett om diskrimineringen är direkt eller indirekt – någon distinktion görs således inte mellan dessa båda typer av diskriminering. Bevisbördans fördelning och beviskraven är desamma i båda fallen. En förklaring kan vara att paragrafen ursprungligen uttryckligen endast omfattade direkt diskriminering. I utredningen, En översyn av jämställdhetslagen föreslås att definitionen av indirekt diskriminering i bevisbördedirektivet, 97/80, införs i jämställdhetslagen.[1296] Något förslag att ändra själva presumtionsregeln i 18 § föreslås däremot inte. Förbudet mot direkt lönediskriminering skulle därmed komma att fortsätta att vara utformat som en avvägningsnorm i jämställdhetslagen. Implementeringen av EG-rättens bevisregler vid indirekt diskriminering skulle således förstärka detta förhållande.

[1293] Prop.1978/79:175 s. 162. Den kritiske ledamoten var regeringsrådet Gustav Petrén. Framförallt bestod Petréns kritik i att en presumtionsregel stod i strid med grundlagens bestämmelse RF 2:16. Den "oskyldiga" gruppen var Sveriges arbetsgivare.

[1294] Prop.1978/79:175 s. 114. SOU 1978:38 s. 17 samt s. 161. Se även prop. 1990/91:113 s. 79.

[1295] Dahlberg, 1995 s. 25. Se även Svensson, E, 1997 s. 301.

[1296] 1999:91 s. 10.

En presumtionsregel kan vara av svag eller stark natur – en avvägning av vilka krav som anses lämpliga att ställa på bevisningen. I förarbetena till 1979 års jämställdhetslag uttalade departementschefen, utan motivering, att presumtionen i lönediskrimineringsmål inte skulle vara någon allmänt sett stark presumtion.[1297] Detta har sedermera, med stor envishet, upprepats i arbetsdomstolens domskäl som utgörande grund för bedömningen av arbetsgivarens motbevisning.[1298]

Att ge den ena parten en bevislättnad, i form av en sannolikhetsregel eller en presumtionsregel relaterad till förväntade bevisvårigheter, innehåller ett mått av normativt element, men säger egentligen inget om kravet på bevisningen.[1299] Bevisbörda och beviskrav är ändock åtskilda, vilket innebär att det normativa element som utgör grunden för bevislättnaden i processen inte per automatik ger den ena parten en mer gynnsam ställning. Därför är det av stor vikt att även undersöka vilka krav som ställs på parternas bevisning i mål om lönediskriminering. Ekelöf uttrycker mycket kraftfullt sin syn på sambandet mellan bevisbördan och beviskravet: "Jag skulle vilja ifrågasätta om det över huvud taget är någon mening med att stadga om bevisbördan, såvida icke därav framgår hur stark bevisningen måste vara."[1300]

Presumtionsregler är ovanliga i det svenska rättssystemet och när de används är det huvudsakliga syftet att fördela bevisbördan mellan två parter där den ena parten förutsätts ha problem att styrka vissa rättsfakta. En presumtionsregel innebär att bevisbördan fördelas mellan kärande och svarande och att vad som skall bevisas uttrycks i regeln i fråga – om faktum Y föreligger skall faktum X fastställas. Lindell menar att det är "(r)imligast att betrakta presumtionen som en bevisbörderegel".[1301] En bevisbörderegel är således en "(r)ättsregel som anger hur rätten skall döma när det råder ovisshet om ett relevant faktum".[1302] Ekelöf uttrycker det något annorlunda och menar att en bevisbörderegel "(g)er besked rörande bevisbördan med avseende på visst rättsfaktum".[1303] Om motbevisning inte kan föras skulle regeln kunna ses som en materiell rättsregel.[1304] Kännetecknande för materiella rättsregler är att rättsföljden anknyts till att ett visst sakförhållande existerar.[1305] Lönediskriminerings-

[1297] Prop. 1978/79:175 s. 76.
[1298] Se exempelvis den senaste domen AD 1997 nr 68 s. 17. Även i betänkandet, 1999:91 s. 64, upprepas detta som en mantra avseende kraven på arbetsgivarens bevisning.
[1299] Lindell, 1987 s. 20 se not 28.
[1300] Ekelöf, 1990 s. 85.
[1301] Lindell, 1987 s. 331 se även s. 312.
[1302] A.a. s. 20.
[1303] Ekelöf, s. 80.
[1304] Lindell, 1987 s. 318.
[1305] Ekelöf, s. 85

regeln, utformad med ett presumtionsled och ett motbevisningsled, bör enligt min mening inte definieras som en materiell rättsregel.[1306] Möjligtvis kan det göras gällande att regeln är en materiell rättsregel där det anges hur bevisbördan är placerad, men varför gå över ån efter vatten! 18 § JämL anger uttryckligen vem av parterna som har bevisbördan för specifikt rättsfaktum respektive motfakta, och därmed kan regeln med Ekelöfs och Lindells definitioner anses vara en bevisbörderegel.

I enlighet med 18 § JämL är det kärandeparten som skall visa att den missgynnades arbete är lika eller likvärdigt jämfört med den som gynnats, lyckas detta är som det uttrycks presumtionen om lönediskriminering uppfylld. Konkretiserat är det arbetets innehåll som är bevistemat.[1307] Detta är den "isolerade sakfrågan" och övriga rättsfakta är oftast ostridiga. Denna bevisning är också den presumerande omständigheten. Någon bevisning om att löneskillnaden har sin grund i kön – att arbetsgivaren haft som syfte att diskriminera – krävs inte för att presumtionen skall uppfyllas. I förarbetena till lagen anges att ett krav på "fullkomlig bevisning", angående orsakssambandet mellan kön och missgynnande, skulle leda till att dylik lagstiftning skulle bli "ett slag i luften".[1308] Det normativa uppsåtsrekvisitet lämnades utanför bevistemat, vilket innebär att själva rättsfrågan – könsdiskriminering – hålls utanför temat.[1309]

Bevisbördan går därefter över på svarandeparten som kan bryta presumtionen genom att visa på två motfakta: att det funnits skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller att löneskillnaden inte har sin grund i kön. Bevistemat består här i orsakerna till löneskillnaderna. I detta fallet är presumtionen motbevisbar och rättsregeln kan kategoriseras som en praesumtiones juris.[1310] Om presumtionen är att se som "äkta" faller utanför detta arbetes syften, i vart fall kan det fastslås att det rör sig om vad som kan betecknas som en motbevisbar presumtion.[1311]

[1306] Jämför med Sigeman, Tore, i Schmidt, Folke, Löntagarrätt. 1988 s. 34. Sigeman påpekar det olyckliga i presumtionsterminologin då han menar att 3 § i 1979 års lag, och därmed även 4 § (se s. 38), är att se som en materiell rättsregel där rättsfaktum och motfakta anges. Sigeman hänvisar till Ekelöf, P-O, Rättegång IV.

[1307] Prop.1990/91:113 s. 109 ff. Käranden måste även kunna styrka följande rättsfakta; att det finns en löneskillnad samt att kompabilitet existerar d.v.s. att arbetstagarna är av olika kön samt är anställda hos samma arbetsgivare.

[1308] SOU 1978:38 s. 161. Stycket gäller den äldre JämL, 2 §.

[1309] Se Lindell, 1987 s. 197. Lindell behandlar indelningen i deskriptiva och normativa rekvisit. Lindell menar, se s. 199, att alla rekvisit är att betrakta som normativa.

[1310] Se Lindell, 1987 s. 301 ff.

[1311] Ekelöf, 1990 s. 91. Ekelöf skiljer mellan motbevisbara och icke motbevisbara presumtioner.

Inom arbetsrätten finns det även andra exempel på bevisregler där bevisbördan fördelats efter styrkeförhållanden. Ett exempel är mål om föreningsrättskränkningar där beviskravet är att det räcker att gör sannolikt att arbetsgivaren haft ett föreningsrättskränkande syfte, för att bevisbördan skall gå över på motparten.[1312] 17 § JämL innehåller en bevisregel av samma karaktär. Om en arbetssökande kan styrka likvärdiga meriter jämfört med en gynnad arbetssökande av motsatt kön går bevisbördan över till arbetsgivaren, under förutsättning att den missgynnade kan göra sannolikt att det funnits ett könskränkande syfte bakom anställningsbeslutet. Regeln infördes i den nya jämställdhetslagen 1991 på grund av de bevisproblem som presumtionsregeln i 16 § hade lett till. Jämställdhetslagens 17 § har aldrig prövats av arbetsdomstolen och kommer förmodligen inte heller att prövas. I den senaste utredningen om jämställdhetslagen föreslås att 17 § upphävs.[1313]

3.2 Rätt att föra talan och partsställning

3.2.1 Talerätten

Den kollektiva traditionen sätter också sin prägel på talerätten. I de mål där arbetsdomstolen är första instans har organisationen talerätt för sina medlemmar, i kollektivavtalstvister även för dem som varit medlemmar, vilket gäller såväl för arbetstagare som arbetsgivare. Den rättsliga grunden finns i 26 § MBL som stadgar om medlems bundenhet av de kollektivavtal som organisationen slutit. Organisationens talerätt följer direkt av stöd i lag, LRA, någon fullmakt från medlems sida krävs således ej.[1314] Medlemmar i organisationen har en subsidiär talerätt – om organisationen inte vill föra medlems talan är tingsrätten första instans för en enskild talan.

JämO har i förhållande till de fackliga organisationerna en subsidiär talerätt i enlighet med 46 och 47 §§ JämL. JämO kan föra talan under förutsättning att den enskilde medgivit detta och den fackliga organisationen valt att inte föra medlems talan. En ytterligare begränsning för JämOs talerätt är att ställning måste tas till om domen kan vara viktig för rättstillämpningen, eller om det annars finns särskilda skäl. Särskilda skäl utgår från individens ställning och möjligheten att få saken prövad i domstol.[1315]

[1312] Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt. 1997 s. 119.
[1313] Se SOU 1999:91 s. 66.
[1314] 4 kap 5 § 1 st LRA.
[1315] Prop.1990/91:113 s. 120.

När det gäller svarandesidan stadgar LRA att medlems organisation även skall instämmas. Organisationen kan följaktligen utföra en svarandetalan för medlems räkning.[1316] I en process om lönediskriminering kan det således finnas två parter på varje sida. Frågan är dock: Vem är egentligen part i målet? Formellt sett framstår organisationen som den egentliga parten på kärandesidan, medan såväl organisation som medlem har ställning som part på svarandesidan.[1317] Den formella skillnaden kan ha sin utgångspunkt i strävan att få en dom som även har rättskraft gentemot den enskilde arbetsgivaren. Materiellt sett kan organisationens talerätt närmast liknas vid en legal fullmakt, med den begränsningen att någon behörighet att efterge rättsanspråk inte existerar. Även på kärandesidan bör medlemmen ses som den verkliga parten i ett mål om lönediskriminering. Domen har i först hand rättskraft för den enskilde arbetstagaren, vilket innebär att organisationen kan föra en ny talan om lönediskriminering för en annan medlems räkning. Den rättsliga grunden kan i detta fall utgöras av ett ingånget kollektivavtal.[1318]

3.2.2 Talans utformning

I arbetstvister gäller Rättegångsbalkens, RB:s, regler för dispositiva tvistemål, men LRA innehåller särskilda regler angående talans utformande i ett fall. Till övervägande del är de tvister som förs till AD utformade som en fullgörelsetalan, men domstolen kan också pröva en fastställelsetalan i mål som instäms direkt vid AD.[1319] Enligt 4 kap 6 § LRA kan domstolen pröva en fastställelsetalan om det är av "avsevärd betydelse" att rättsförhållandet fastställs. Trots att detta anses ge ett något vidare tolkningsutrymme än RB:s regler, 13 kap 2 §, så avvisar AD relativt ofta fastställelsekrav såvida frågan inte gäller kollektivavtalstolkning. I Kumlamålet, AD 1995 nr 158, drog JämO tillbaka sitt fastställelseyrkande om att viss lön skulle fastställas av domstolen. Den del av målet som avsåg fastställelsetalan avvisades av AD i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. JämO hade här yrkat på att domstolen skulle fastställa att likvärdigt arbete förelåg. Domstolen ansåg inte att det var av "avsevärd betydelse" att detta förhållande fastslogs.

[1316] 4 kap 5 § 2st LRA.

[1317] Se AD 1998 nr 42 där domstolen uttalar att lagtexten inte utesluter möjligheten att likställa medlem med part.

[1318] Schmidt, 1997 s. 89 f. Jfr Boman, Rättegången i arbetstvister. 1977 s. 20.

[1319] En fullgörelsetalan innebär ett krav på exempelvis uppsägningslön och skadestånd medan en fastställelsetalan består i att part yrkar på att domstolen skall fastställa att ett visst rättsförhållande råder. Det klassiska exemplet är tolkning av en kollektivavtalsklausuls rätta innebörd.

3.2.3 Lagförslag i malpåse – Grupprättegång

1994 kom en utredning om det processuella medlet grupptalan. Utredningen kom fram till att denna, för svensk del, nya form för talan behövdes för att individer skall kunna tillvarata materiella rättsanspråk. Utredningen urskiljde tre områden där det finns gruppanspråk som är problematiska utifrån bristande tillämpning och rättsliggörande: konsumenträttsliga anspråk, miljörättsliga anspråk och kvinnors anspråk på en icke diskriminerande lön.[1320] Utredaren föreslog en särskild lag om grupprättegång samt en ändring i jämställdhetslagen så att JämO:s talerätt utvidgas till att talan kan föras för en grupp arbetstagare.[1321]

Skälet för att lägga ett lagförslag som omfattar processuella förändringar i mål om lönediskriminering är enligt utredaren inte relaterat till brister i den materiella regleringen. Utgångspunkten är behovsrelaterad och argumentationen i utredningen förs målrationellt. Genom ett nytt processuellt medel skulle antalet rättsliga avgöranden förväntas kunna öka, vilket skulle leda till en ökad prejudikatbildning. Möjligheten att uppnå målen om jämställdhet som uttrycks i lagen skulle därmed öka. Utredaren för ett funktionellt resonemang och konstaterar att det brister i "regelsystemets kompensatoriska, handlingsdirigerande och prejudicerande funktioner".[1322] När utredningen lades fram, 1994, hade endast två mål om lönediskriminering prövats i AD. Sedan dess har ytterligare fyra mål prövats, vilket knappats förändrar bilden av brister i regelsystemets funktion.

Vid en jämförelse med konsument- och miljögruppsanspråket framträder emellertid skillnader. För dessa grupper finns redan artikulerade anspråk genom olika former av kollektiv organisering – något motsvarande existerar inte för gruppen diskriminerade kvinnor.

I korthet innebär förslaget om grupprättegång att en grupp arbetstagare kan stämma arbetsgivaren för lönediskriminering vid allmän domstol. För att en grupptalan skall kunna föras måste ett antal processförutsättningar vara uppfyllda, såsom lämplighet och hanterbarhet. Domstolen skall ex officio avvisa en grupptalan om processförutsättningarna inte är uppfyllda, eller om gruppanspråket låter sig bättre föras som exempelvis ett pilotmål eller enligt reglerna om kumulation. Grupprättegång är enligt förslaget ett subsidiärt komplement till de former för talan som redan existerar.

[1320] SOU 1994:151 Se framförallt del A och B. Redan i SOU 1990:41, se s. 347 ff, framställdes behovet av möjligheten till att rikta gruppanspråk i tvister om lönediskriminering.
[1321] A.a. del A s. 105 respektive s. 131.
[1322] A.a. del A s. 271. I en senare artikel åberopar utredaren, Per-Henrik Lindblom artikel 6 i Europakonventionen som stöd för att öka "rätten" att föra rättsliga anspråk inför domstols prövning. Se Grupprättegång – ett lagförslag under debatt. 1995 s. 270. I SvJT 1995.

Talan kan utformas på olika sätt och i utredningen föreslås en möjlighet att föra såväl enskild som offentlig (JämO) grupptalan. Organisationstalan enligt arbetstvistlagen berörs inte av lagförslaget, utan utredaren konstaterar att de fackliga organisationerna redan idag kan föra tvister om gruppmedlemmars rättsanspråk vid AD.[1323] Skillnaden mellan en organisationstalan enligt LRA och lagförslaget om grupprättegång är att arbetstvistlagen ställer högre krav på individuell identifikation av gruppens medlemmar.

Det som skiljer grupptalan från andra taleformer är i första hand att det inte finns någon enskild part i själva processen. Talan förs för gruppens räkning och en dom är gällande för alla som omfattas av gruppanspråket. Som exempel kan anges att en advokat eller JämO skulle kunna föra en talan om lönediskriminering för alla barnmorskor som är anställda vid Örebro läns landsting. Varje barnmorska kan i detta fall undgå domens rättskraft genom att avsäga sig gruppanspråket eller intervenera i processen och överklaga domen. Ingen av barnmorskorna ansvarar direkt för rättegångskostnaderna, såvida de ej intervenerar, och de kan som individer förbli anonyma i processen.

Utredningsförslaget innebär en vidsträckt processpluralism med syftet att detta sammantaget skall minska könsdiskrimineringen på arbetsmarknaden. Samtidigt kan det noteras att det råder ett antal problem kring enskild grupptalan och reglerna i LRA, utredaren visar dock hur dessa problem kan lösas. Alternativ till grupptalan finns också i form av kumulation och pilotmål.[1324]

Några rent processuella argument mot förslaget har jag inte kunnat finna. De remissinstanser som avvisar förslaget gör det i första hand utifrån en annan bedömning av behovet av ett nytt processuellt system. Lagförslaget genererade dock en debatt bland jurister. Denna debatt har dels handlat om behovet av grupprättegångar, dels om risken med grupprättegångar. Jan Kleineman varnar för risken för masskadeståndsprocesser som en "samhällsdestruktiv verksamhet", förd av jurister av pekuniära skäl. En annan del i kritiken består i farhågan att grupptalansystemet kan bli alltför effektivt, då risken finns att beviskraven sätts lägre på grund av grupptryck. Jag har svårt att se att detta är några farhågor som äger relevans i arbetsdomstolen. Kleineman tillstår dock att grupptalan säkerligen kan ge positiva effekter på andra rättsområden än skadeståndsrättens.[1325]

Enligt min mening kan jävsfrågan i AD möjligtvis accentueras när målet rör en hel grupps kollektivt avtalade anställningsvillkor. Detta pro-

[1323] A.a. del B s. 504 ff.

[1324] A.a. del B s. 502 ff.

[1325] Kleineman, Jan, Om skadestånd och ökad processbenägenhet, 1995 s. 861 ff. JT 94-95 nr 4.

blem berörs dock inte i utredningen eller i debatten. Lagförslaget om grupptalan har inte lett till att regeringen lagt fram någon proposition. Sålunda är förslaget lagt i malpåse.[1326] I vilken utsträckning den lobbyverksamhet som bedrivits mot lagförslaget från näringslivets sida, har bidragit till denna utveckling avstår jag från att spekulera i.[1327]

En fördel med grupprättegångar är att teoretiskt sett kan antalet mål begränsas emedan samma lönediskrimineringsbrott kan avgöras i en rättegång. Institutet grupptalan kan under dessa antagna förutsättningar verka processekonomiskt – en rättegång kan fastställa om alla barnmorskor är diskriminerade eller inte. Grupptalan tycks även nödvändigt i just lönediskrimineringsmål på grund av att fastställelsetalan och pilotmålsmodellen, i praktiken, är uteslutna processuella medel.

3.3 Området för lönediskrimineringsregelns tillämpning

3.3.1 Definition av lön och anställningsvillkor

Uttryckligen omfattar förbudet mot lönediskriminering lön. Begreppet lön har inte problematiserats i förarbetena eller tolkats av arbetsdomstolen, vilket innebär att min begreppsbeskrivning blir uttalat normativ. Lönen kan vara såväl individuellt som kollektivt reglerad, genom en muntlig eller skriftlig överenskommelse. Löneformen kan vara månadslön, timlön, ackordslön eller provisionslön, och i begreppet lön innefattas även sjuklön, semesterlön, permitteringslön och uppsägningslön.

Hur jämförelsen skall göras mellan två arbetstagare som erhåller olika typer av löneförmåner är ännu inte klarlagt. Skall den jämförande lönesumman exempelvis omfatta övertidstillägg, skifttillägg, OB-ersättning och kompenserande arbetstidsförkortning? Dessa frågor tas upp i Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 66, och skall avgöras i en mellandom. Arbetsgivarparten begärde att ett förhandsbesked från EG-domstolen skulle inhämtas och svaret på frågan blev att varje lönedel skall beräknas för sig. Frågan om vilka delar av lönen som skall ingå i jämförelsen är relevant av två skäl. För det första för att konstatera om någon missgynnats och

[1326] Se Lindblom, Per Henrik, Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar. 1999 s. 505 not 29. I Juridisk tidskrift 1999 nr 4. Där Lindholm menar att anledningen till att några lagstiftningsåtgärder ännu inte vidtagits är den höga arbetsbelastningen på Justitiedepartementet lagstiftningsenhet för processrätt.

[1327] Se Hammarskiöld, Peder, Konsekvenserna av en lag om grupptalan i Sverige – några kritiska synpunkter. 1995 s. 547. I JT 95-96 nr 2. Se även Lindbloms bemötande, Grupptryck mot grupptalan. Kommentar till ett remissutfall och en uppsats. 1996 s. 84. I SvJT 1996.

för det andra för att kunna avgöra storleken på det ekonomiska skadeståndet. Generaladvokatens förslag till dom var att: "När en lön består av flera delar, till exempel grundlön och ersättning för obekväm arbetstid, skall varje enskild del av lönen betraktas var för sig vid en lönejämförelse."[1328] När det gäller frågan om arbetstidsförkortningens påverkan på lönejämförelsen menade generaladvokaten att grundlönerna skall jämföras utan att dessa justerats för den förkortade arbetstiden. EG-domstolen följde generaladvokatens förslag till dom och fastslog att det är grundlönen, utan tillägg för obekväm arbetstid och utan hänsyn till arbetstidsförkortning, som skall användas vid jämförelsen.

I Kumla-målet, AD 1995 nr 158, behandlades också frågan om jämförelse av olika lönetyper. Frågan som behandlades var inlösen av övertidsersättning. AD hänvisade till Barber-målet[1329] och uttryckte att: "(l)ikalöneprincipen gäller för varje lönedel för sig".[1330] Att domstolen därefter i Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 68, inte anser att denna fråga är "acte clair" utan ställer en tolkningsfråga till EG-domstolen är, enligt min mening, något förvånande.

Lagrummet täcker dock även diskriminering i vad som kallas för övriga anställningsvillkor. Villkor som är relaterade till anställningen kan vara av vitt skild karaktär. En typ av anställningsvillkor är de *reproduktiva förmånerna* som rätten till ledighet, flexibel arbetstid, utbildning et cetera. Till denna grupp får också avtalade löneförmåner i samband med barns födelse räknas.[1331] En del förmåner är knutna till arbetets utförande, eller status, exempelvis rätten till tjänstebil. Andra former av ersättningar kan ses som så kallade fringe-benefits. Som anställd har man en position som förutom lön också kan ge rätt till exempelvis gratis parkering och subventionerade måltider.[1332] Dessa sidoförmåner kan vara såväl ensidigt reglerade av arbetsgivaren som direkt avtalsbaserade.

18 § JämL omfattar endast lön och övriga anställningsvillkor som kan anses vara enskilt eller kollektivt avtalsbaserade och sålunda faller av arbetsgivaren ensidigt reglerade förmåner utanför lagrummets tillämpningsområde.[1333] Ensidigt reglerade anställningsförmåner fångas istället upp av 19 § förbud mot könsdiskriminerande arbetsledningsbeslut.

[1328] Mål C- 236/98Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro läns landsting. 20000330.

[1329] Mål C-262/88 D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889. Grundfrågan i Barber-målet rörde olika pensionsålder för kvinnor och män i ett yrkesbaserat försäkringssystem.

[1330] AD 1995 nr 158 s. 1157.

[1331] AD 1985 nr 134 samt 1987 nr 132.

[1332] Jämför med prop.1978/79:175 s. 127 f. "Över huvud hör hit alla sådana bestämmelser och villkor i och för arbetet som måste fastställas i avtal mellan arbetsgivare och arbetstagare."

[1333] Prop. 1978/79:175 s. 128.

Frågan om en anställningsförmån skall anses vara att hänföra till kategorin lön och andra anställningsvillkor, eller räknas som en ensidigt reglerad förmån, får avgöras i det enskilda fallet. Huruvida löneförmånen är avtalsbaserad eller inte är emellertid avgörande för rättsföljden. Ensidigt avtalade förmåner är arbetsledningsbeslut som inte kräver motprestation eller samtycke. En arbetsgivare kan ensidigt besluta att en förmån skall upphöra att gälla, vilket leder till att rättsföljden av en talan om könsdiskriminerande arbetsledning i första hand har retroaktiv verkan.[1334] Fortsätter arbetsgivaren att ge arbetstagare av det ena könet förmåner gör han eller hon sig skyldig till upprepat brott mot jämställdhetslagen – upphör förmånen för det privilegierade könet så upphör även diskrimineringen. Käranden, den som påstår sig vara diskriminerad, har bevisbördan för att förmånen är ett avtalsgrundande rättsfaktum i samband med en process.

Svenska nationell rätt skiljer sig här per definition från EG-rätten. EG-domstolen har i Garland-målet i begreppet lön även innefattat av arbetsgivaren ensidigt reglerade förmåner. Utgångspunkten för detta synsätt är att dessa förmåner anses ha ett direkt eller indirekt samband med anställningen – ersättningen anses helt enkelt ha ett samband med prestationen arbete. Ensidigt reglerade förmåner kan därmed angripas med direkt stöd av artikel 141 (f.d. 119) i EG-fördraget om beslutet medfört könsdiskriminering.[1335] Att denna åtskillnad görs i jämställdhetslagen behöver inte i sak innebära någon avvikelse från EG-rätten.

Jonas Malmberg har i sin avhandling ägnat ett kapitel åt att utreda gränserna mellan avtalsreglerade respektive ensidigt reglerade förmåner. Malmberg skiljer mellan, i huvudsak, två grupper av förmåner: gruppinriktade förmåner och löneliknande förmåner. Av AD:s praxis finner Malmberg att löneliknande förmåner anses reglerade i det enskilda anställningsavtalet under förutsättning att något motfaktum inte existerar. Karakteristiskt för denna typ av förmåner är att det krävs en motprestation från arbetstagarens sida. I det omnämnda rättsfallet, AD 1978 nr 151, var förmånen, ersättning för dricks vid färdtjänstkörning, av typisk löneliknande natur.[1336] Löneliknande förmåner skulle därmed omfattas av 18 § JämL. Annorlunda förhåller det sig, enligt AD:s praxis, med de gruppinriktade förmånerna. Typiskt för dessa är, enligt Malmberg, att de "(u)tges till alla anställda eller till alla anställda som tillhör viss grupp".[1337]

[1334] Arbetsgivaren kan också vid tillkännagivandet av förmånen förbehållit sig en uppsägningsrätt och/eller tidsbegränsat förmånen.
[1335] Se avhandlingen del III:4.8.2. Mål 12/81 Eileen Garland mot British Rail Engineering Limited (1982) ECR 359.
[1336] Malmberg, 1997 s. 299 ff.
[1337] A.a. s. 300.

Bruket av begreppen är, enligt min mening, missvisande då även löneliknande förmåner kan och brukar vara gruppinriktade. AD:s praxis visar här att intresseavvägningen gynnat arbetsgivarens etablerade position. Sidoförmåner, fringe benefits, tolkas av domstolen som icke avtalsreglerade i stor utsträckning. Om en arbetsgivare enbart ger gruppen heltidsanställda förmånen att utnyttja den av företaget hyrda tennisplanen kan detta arbetsledningsbeslut angripas med stöd av 19 § JämL. Beslutet kan vara direkt eller indirekt diskriminerande för gruppen deltidsanställda, det vill säga könsdiskriminerande.

För att ytterligare öka klarheten i begreppet lön kan vi ställa den motsatta frågan: Vad är inte lön? För det första så bygger begreppet lön på ett anställningsförhållande – den som inte är att se som arbetstagare omfattas inte av 18 § JämL. Sålunda räknas inte ersättningar i förhållandet mellan uppdragsgivare och uppdragstagare som lön. Någon jämförelse kan därmed inte heller göras över dessa gränser.[1338] Den som är arbetslös omfattas inte heller av jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering. Den ersättning som uppbärs från allmän arbetslöshetskassa är inte att se som lön. Könsdiskriminering i arbetslöshetsersättningssystemet kan inte beivras med stöd av jämställdhetslagen eller någon annan nationell lag. Diskussionen som har förts rör de särskilda reglerna för deltidsanställda som i första hand har drabbat kvinnor som grupp. Uppenbarligen kan detta ses som indirekt diskriminering och som stridande mot likabehandlingsdirektivet, 76/207.[1339] Direktivet är inte fullständigt implementerat i Sverige, vilket medför att det endast är staten, i olika egenskaper, som kan ställas till ansvar för brott mot gemenskapsrätten på detta område.[1340]

3.3.2 Arbetstagarbegreppet

Rättighetssubjekt är enligt jämställdhetslagen den som är arbetstagare. Förutsättningen för att skyddas av lagens förbud mot lönediskriminering är att subjektet är, eller har varit, anställd. Jämställdhetslagen omfattar alla som är att betrakta som arbetstagare och anställningens omfattning, heltid eller deltidsanställning eller anställningsformen, tillsvidare eller tidsbegränsad anställning, har ingen betydelse för lagens tillämplighet.[1341]

[1338] Att jämföra en arbetstagares lön med ersättningen till en uppdragstagare låter sig därmed inte göras, med reservation för att det kan bevisas att uppdragstagaren skall ses som arbetstagare.

[1339] Direktiv 76/207 artikel 4. Se mål C-102/88 Ruzius-Wilbrink mot Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten (1989) ECR I-4311.

[1340] Se avhandlingens del III:4.

[1341] Prop. 1978/79:175 s. 110.

Lagen omfattar även den som har varit anställd och har ett rättsanspråk som exempelvis avser avtalsreglerad pensionsersättning. Förutsättningen är att någon annan har gynnats. Arbetssökande skyddas däremot inte av förbudet mot lönediskriminering, utan det måste finnas eller ha funnits en relation, ett anställningsförhållande som medfört utbyte av prestationer – positionen är då skyddad. Jag vill dock påpeka att jämställdhetslagen för övrigt omfattar arbetssökande i exempelvis antagningssituationen genom 16 och 17 §§.

I arbetsrätten har ett särskilt arbetstagarbegrepp utkristalliserats genom arbetsdomstolens rättspraxis. För att fastställa var gränsen går mellan arbetstagare och uppdragstagare gör domstolen en helhetsbedömning utifrån de faktiska omständigheterna. De omständigheter som domstolen tar hänsyn till är endast de som är knutna till produktivt arbete – manliga arbetstagare har därmed definierat arbetstagarrollen. Vilken beteckning parterna gett sin relation är bara en av tolkningsgrunderna och arbetstagarbegreppet är tvingande, vilket begränsar avtalsfriheten. Parterna, arbetsgivaren och arbetstagaren, förfogar inte över definitionen av sin relation.[1342]

Vid jämförelse med LAS, lagen om anställningsskydd, är jämställdhetslagens arbetstagarbegrepp mer omfattande. Någon undantagsregel som omfattar de som arbetar i företagsledande ställning, de som arbetar i arbetsgivarens hushåll, de som är närstående till arbetsgivaren och de som har anställningsstöd finns inte i jämställdhetslagen.[1343]

3.3.3 Samma arbetsgivare – en rumslig begränsning

Pliktsubjekt är enligt lönediskrimineringsregeln den arbetsgivare som tillgodogör sig arbetstagarens arbete. Endast arbetsgivaren kan stämmas inför domstol och där bli dömd att betala skadestånd för kränkningen. Även om grunden för diskrimineringen är ett framförhandlat kollektivavtal finns det inga möjligheter till sanktioner mot den fackliga motpar-

[1342] SOU 1975:1 s. 69 och s. 722 samt prop. 1975/76:105 bil 1 s. 166 ff. I betänkandet anges tio faktorer som är typiska för ett anställningsförhållande. Arbetstagare är den som utför arbetet personligen, det finns en viss varaktighet i relationen, det är någon annan som kontrollerar arbetet och tillhandhåller maskiner, råvaror och redkap och ersättningen för arbetet står i relationen till nedlagd tid – några exempel på det klassiska arbetstagarbegreppet. I propositionen till den första jämställdhetslagen, 1978/79:175, hänvisades till denna definition av det civilrättsliga arbetstagarbegreppet. Se även Adlercreutz, Axel, Arbetstagarbegreppet. 1964.

[1343] Calleman, Catarina, Om kvinnors anställningsskydd. 1991. Calleman visar hur svagt anställningsskyddet är för de kvinnor som räknas som närstående i förhållande till arbetsgivaren (och därmed inte anses som arbetstagare i LAS mening). Vid exempelvis en skilsmässa har de över huvud taget inget anställningsskydd. Se AD 2000 nr 97.

ten, med stöd av jämställdhetslagen.[1344] Arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal kan åläggas att inte tillämpa dessa genom att domstolen ogiltigförklarat avtalet. Bryter arbetsgivaren mot kollektivavtalet för att frivilligt uppfylla sina skyldigheter enligt jämställdhetslagen, kan han eller hon i princip ställas till ansvar för kollektivavtalsbrott. Motbevisningen består då av att visa att tvingande lagstiftning följts.

I förarbeten till jämställdhetslagen framhålls att möjligheter till jämförelser mellan arbetstagare av olika kön begränsas till att omfatta de som är anställda hos samma arbetsgivare.[1345] "Det kan därmed aldrig vara frågan om lönediskriminering enligt lagen om en grupp anställda har lägre löner än en motsvarande grupp anställda hos en annan arbetsgivare."[1346] Tolkningen av arbetsgivarbegreppet begränsar därmed möjligheterna till jämförelser och följaktligen lagens tillämpningsområde.[1347] I förarbetena anges, trots detta, att begreppet arbetsgivare inte behöver problematiseras och att det begrepp som används är det som generellt finns inom arbetsrätten.[1348] Rättssubjektsläran skulle därvid användas vid en tolkning av vem som är att se som arbetsgivare.[1349] På den privata delen av arbetsmarknaden innebär det att arbetsgivare är en fysisk eller juridisk person och att organisationsstrukturen kan begränsa begreppets omfattning. I en koncern är varje självständigt bolag att se som ett rättssubjekt och som arbetsgivare i den arbetsrättsliga kontexten. På det statliga avtalsområdet är det varje myndighet som utgör en arbetsgivare och för de kommunalt anställda gäller att motparten är den enskilda kommunen.

Jag skulle dock vilja hävda att det idag finns mindre dogmatiska sätt att se på arbetsgivarbegreppet. Den omstrukturering som skett av arbetsmarknaden och företagsformerna leder till att arbetstagarnas intressen

[1344] SOU 1978:38 s. 136. Enligt utredningen bär arbetsgivaren det primära ansvaret i kraft av sin företagsledningsrätt.

[1345] Se prop. 1978/79:175 s. 74 f. Kommitténs förslag, SOU 1978:38, innebar att det skulle vara möjligt att jämföra löner och anställningsvillkor hos olika arbetsgivare inom samma bransch. Detta förslag avvisades med motiveringen att ett så vidsträckt diskrimineringsförbud skulle beröra den fria förhandlingsrätten samt att det skulle leda till osäkerhet i bedömningen. Se även prop. 1990/91:113 s. 88.

[1346] SOU 1990:41 s. 257 och 261. Jämförelsen gäller individer "hos samma arbetsgivare".

[1347] Jämför SOU 1994:151 del A s. 271. Utredaren påtalar att förslaget om grupptalan skulle få ökad genomslagskraft om JämL:s arbetsgivarbegrepp förändrades så att en jämförelse kunde göras mellan branscher.

[1348] Prop. 1978/79:175 s. 111 och prop. 1990/91:113 s. 98.

[1349] AD 1984 nr 141. "Som arbetsgivare brukar inom arbetsrätten betecknas den fysiska eller juridiska person som träffar avtal med annan om utförande av arbete under sådana förhållanden att ett anställningsförhållande föreligger". M.a.o. arbetstagarbegreppet bestämmer vem som är arbetsgivare – motpart. Se SOU 1993:32 s. 448 och 490.

kan tas till vara bäst med ett mera funktionellt arbetsgivarbegrepp. Konstruktionen med osjälvständiga dotterbolag eller kommunala bolag som bildas med avsikt att undgå den arbetsrättsliga lagstiftningens verkningar, borde kunna angripas genom att arbetsgivarbegreppet tolkas mer funktionellt.[1350] Det går att argumentera för ett mer otraditionellt arbetsgivarbegrepp i ett enskilt fall av könsdiskriminering.[1351]

3.3.4 Könsdiskriminering – en jämförelse

Jämställdhetslagens utgångspunkt är att arbetstagarna skall bli bedömda efter sina egna förutsättningar och personliga kvalifikationer.[1352] Kön som grund för förmåner eller missgynnanden strider mot jämställdhetslagen. För att veta om en enskild arbetstagare har blivit diskriminerad i strid med lagen måste vi utgå från vad som inte är en diskriminerande handling – vi söker en norm. Normen är de anställningsförhållanden som jämförelseobjektet, av annat kön, har eller har haft hos samma arbetsgivare. Denna norm sätter gränsen för det rättsliga anspråken, kravet på lika lön. Rättsverkan av en process om lönediskriminering är lika lön för *minst* lika eller likvärdigt arbete. Visas det att den missgynnades arbete är mer värt än den som gynnats är detta rättsfaktum möjligtvis underlag för en förhandling med motparten, arbetsgivaren, men det är irrelevant för utdömandet av den ekonomiska sanktionen. Lagen ger en möjlighet till jämställd lön – något syfte att ingripa i avtalsrelationen arbetsgivare–arbetstagare, eller i konflikten mellan kapital och arbete, finns inte.[1353]

Frågan är dock om lönen är icke diskriminerande om kvinnans arbete är mer värt än mannens och de har samma lön? Konstruktionen och tillämpningen av lönediskrimineringsregeln, som utgår från jämställdhet som princip, leder till ett oförändrat skydd av en etablerad position på marknaden – den manlige arbetstagarens. Den rättvisa fördelningen har en tydlig gräns. Den som missgynnats kan få lika mycket, men inte mer än den gynnade.[1354]

[1350] Begreppet arbetsgivare har i första hand debatterats i anknytning till koncernarbetsrätten. Se Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt. 1987 s. 77. Se även Bruun/Töllborg/Nielsen, Koncernarbetsrätt i Norden. 1992 s. 16 och 46 f. Författarna förespråkar dels ansvarsgenombrott och dels ett mer dynamiskt och funktionellt arbetsgivarbegrepp i koncerner. Jfr Eklund, Ronnie, Bolagisering – ett mode eller ett måste? 1993. Eklund pläderar för ett strikt arbetsgivarbegrepp.

[1351] Se AD 1995 nr 148 om arbetsgivarbegreppet på den statliga sektorn. Se också AD 1981 nr 109 s. 595 om arbetsgivarbegreppet på den kommunala sektorn.

[1352] 5 §.

[1353] Om lönen är rimlig och rättvis i denna relation är en helt annan fråga.

[1354] Kanske är det detta som karakteriserar 'tillåten lönediskriminering'.

Kräver då den svenska lagen en konkret jämförelseperson av motsatt kön? Frågan är på grund av den starkt könsuppdelade arbetsmarknaden ytterst relevant – finns det ingen arbetstagare av motsatt kön att jämföra med är det vid en bokstavstolkning av lagen inte ett fall av lönediskriminering. Arbetsgivarbegreppets omfattning sätter således också gränsen för en jämförelse. Normen, jämförelsepersonen, måste finnas inom arbetsgivarens verksamhetsområde.

I förarbetena till 1979 års jämställdhetslag behandlades frågan om nödvändigheten av en faktisk jämförelseperson. Kravet på lika lön för lika eller likvärdigt arbete ingick då i det allmänna förbudet mot könsdiskriminering. Utredaren konstaterade att det inte bör ställas som ett absolut krav att det skall finnas en jämförelseperson av annat kön som utför lika eller likvärdigt arbete. En bedömning av om en arbetstagare missgynnats på grund av sitt kön kan göras även om det inte finns en konkret jämförelseperson som gynnats. Går det att leda i bevisning att lön och anställningsförhållandena beror på ett missgynnade av kön – utan en jämförelse – är det frågan om en otillåten lönediskriminering.[1355] Enligt min mening är denna argumentation logisk.[1356] I den därefter följande propositionen sades uttryckligen att förbudet mot lönediskriminering omfattar fallet då en arbetsgivare sänker lönen när en arbetstagare efterträder en annan arbetstagare av motsatt kön, under förutsättning att arbetsgivaren inte kan visa att beslutet inte är könsrelaterat.[1357]

I samtliga lönediskrimineringsmål som prövats i arbetsdomstolen har minst en konkret jämförelseperson utgjort normen för talan. Förarbetena till 1991 års jämställdhetslag ger också uttryck för att lagstiftaren tänkt sig att en konkret jämförelse skall göras av det arbete som utförs av arbetstagare av olika kön. Jämförelsen skall göras med "(e)n eller flera bestämda arbetstagare av motsatt kön".[1358] Av samma uppfattning är den senaste

[1355] SOU 1978:38 s. 114 ff. "Den brittiska Equal Pay Act ger knappast, lika litet som den amerikanska, utrymme för den flexibilitet som enligt vår mening bör gälla för det svenska förbudet. Det finns ingen anledning att begränsa tillämpningen till sådana fall då klaganden kan hänvisa till en bestämd "jämförelseperson". Att könsdiskriminerande lönesättning kan påvisas på annat sätt är väl knappast vanligt, men uteslutet är det inte, exempelvis om en arbetsgivare, hos vilken alla anställda är kvinnor, tillämpar en lönesättning som ligger väsentligt under den i branschen normala och arbetsgivaren inte kan göra troligt att avvikelsen saknar samband med de anställdas kön." Kommittén tar här upp frågan om strukturell diskriminering. Se även Fransson, 1995 s. 68. Jag argumenterar här utifrån 36 § avtalslagen för att rättsligt kunna angripa lönesättning när en jämförelseperson saknas.

[1356] Vilket även departementschefen ansåg i proposition, 1978/79:175 s. 62 f. Men med reservationen att det i anställningsfallet är lämpligast att det finns någon, gynnad, att jämföra med.

[1357] Prop. 1978/79:175 s. 128.

[1358] Prop. 1990/91:113 s. 88.

utredningen av jämställdhetslagen. Utredaren menar sig här kunna hämta stöd i EG-domstolens avgöranden och hävdar att en jämförelseperson krävs för att en presumtion om lönediskriminering skall kunna uppkomma.[1359]

Det finns dock ett sätt att avindividualisera frågan om lönediskriminering. En facklig organisation kan föra ett principiellt mål om könsdiskriminerande lönesättning. Någon enskild kränkt medlem och någon jämförelseperson behövs inte i detta fallet. Här är det kollektivavtalet som sådant, som skall granskas utifrån förbudet mot könsdiskriminering. Rättsföljden kan bli att arbetsdomstolen förklarar kollektivavtalet partiellt ogiltigt.[1360]

3.3.5 Vad är kön?

Som framgått av avhandlingens tredje del har frågan om biologiskt respektive socialt kön fått ny aktualitet genom EG-domstolens tolkning av artikel 119 (141). Det första målet, P mot S, gällde en transsexuell man och omfattade såväl artikel 119 som likabehandlingsdirektivet.[1361] I ett senare mål, Grant-målet, rörande en lesbisk kvinna uttalade EG-domstolen att förbudet mot könsdiskriminering inte omfattar sexuell läggning. I det aktuella fallet menade EG-domstolen att arbetsgivaren skulle ha behandlat en homosexuell man på samma sätt och därmed var beslutet ej könsrelaterat.[1362]

I förarbetena till den svenska jämställdhetslagen problematiseras inte frågan om vad kön är. Utgångspunkten är det biologiska könet. Diskriminering på grund av kön får inte förekomma i arbetslivet och en jämförelse mellan kvinna och man som motsatta kön, byggs upp som en form av dikotomi.[1363] Att jämställdhetslagen begränsas till att omfatta jämförelser relaterat till biologiskt kön har föga uppmärksammats i doktrinen.[1364] Den svenska grundlagen omfattar inte heller ett skydd för någon annan diskriminering än den som har sin grund i kön. Under våren

[1359] SOU 1999:91 s. 72.

[1360] Se Nielsen, 1995 s. 30. Nielsen referar till det danska målet Danpo U 1983, 379. Se även de två domarna om könsdiskriminerande anställningsvillkor, AD 1985 nr 134 och 1987 nr 132.

[1361] Mål C-13/94 P. mot S. Cornwall County Council (1996) ECR I-2521.

[1362] Se del III:4.8.6.

[1363] Se exempelvis prop.1978/79:175 s. 11 f. samt s. 57. Det handlar om flickors, kvinnors och om mäns villkor. Begreppet könsroller används exempelvis.

[1364] Se exempelvis Schmidt, 1988, s. 34 f. Undantaget utgör Glavå/Töllborg, 1990 s. 212, där författarna konstaterar att en transvestit inte skyddas i anställningssituationen i förhållande till sitt sociala kön. Jämför också AD 1985 nr 134 och 1987 nr 132 (kvinnans roll som barnaföderska).

1997 tillsattes en utredning för att se över behovet av särskild lagstiftning till skydd mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning. Begreppet sexuell läggning omfattar homo-, hetero- och bisexualitet, men inte transsexualitet. Lagen som förbjuder diskriminering på grund av sexuell läggning i arbetslivet trädde i kraft den 1/5 1999.[1365] I sitt remissvar till utredningen menade JämO att det behövs ett klarläggande angående vilken lag som skyddar transsexuella från diskriminering i arbetslivet. Diskriminering av transsexuella bör, på grund av EG-domstolens definition, uttryckligen förbjudas i jämställdhetslagen.[1366] Frågan har inte tagits upp i den senaste översynen av jämställdhetslagen.[1367]

I ett fall har det kvinnliga könet problematiserats och det gällde frågan om de särskilda förmåner som kvinnor i egenskap av barnaföderskor kan erhålla och som har anknytning till arbetet. I propositionen till 1979 års JämL uttalades att "Särskilda förmåner åt kvinnor i samband med havandeskap och barnafödsel är inte att anse som beroende av kön i den mening som åsyftas i lagförslaget."[1368] Denna typ av regler, som också skulle omfatta värnplikt, rör inte gruppen kvinnor och män utan det handlar om "(b)ehov som föreligger i vissa situationer.[1369] Denna typ av särskilda förmåner har prövats av arbetsdomstolen i två mål, AD 1985 nr 134 och AD 1987 nr 132.

3.3.6 Direkt eller indirekt könsdiskriminering

Förbudet mot lönediskriminering omfattar idag uttryckligen såväl direkt som indirekt diskriminering. Jämställdhetslagen har förtydligats på denna punkt, som ett led i anpassningen till EG-rätten.[1370] 1979 års jämställdhetslag innehöll inget uttryckligt förbud mot indirekt könsdiskriminering, vilket gav upphov till kritik från exempelvis JämO.[1371]

Direkt diskriminering beskrivs i förarbetena till 1979 års lag utifrån anställningssituationen. Om en arbetsgivare direkt anger att skälet för anställningen är den arbetssökandes kön föreligger direkt diskriminering. Det finns ett direkt orsakssamband mellan arbetsgivarens handlande, eller underlåtenhet, och den missgynnades kön. Något uppsåt från

[1365] Prop. 1997/98:177. Lag 1999:133.
[1366] Se remissvar 980304 ärende 791/97 aktbil 2.
[1367] SOU 1999:91.
[1368] Prop. 1978/79:175 s. 128.
[1369] A.a. s. 132. Specialmotiveringen till 5 §.
[1370] Se prop.1990/91:113 s. 79 där hänvisning görs till gällande EG-rätt.
[1371] JämO gav Ruth Nielsen i uppdrag att studera den svenska lagen. Denna studie utgavs under namnet Den svenska jämställdhetslagstiftningen i ett europeiskt perspektiv, 1990. Nielsen kritiserar här lagens brister ur ett EG-rättsligt perspektiv.

arbetsgivarens sida krävs dock inte – syftet med handlingen är i denna del irrelevant. Vid indirekt diskriminering är detta orsakssamband "inte lika tydligt", eller till och med osynligt. Indirekt diskriminering kan också vara resultatet av likabehandling genom att arbetstagare av det ena könet typiskt sett har en sådan livssituation att de kommer sämre ut jämfört med arbetstagare av det motsatta könet.[1372] Förbudet mot indirekt diskriminering innebär att olika former av statistisk diskriminering kan angripas i det enskilda fallet.[1373] Varken begreppet direkt diskriminering eller indirekt diskriminering har definierats i jämställdhetslagen. I förarbetena till 1979 års jämställdhetslag gjordes ett försök att konkretisera begreppet indirekt diskriminering. Det exempel som angavs var att en arbetsgivare ställer upp meritkrav som enbart arbetssökande av det ena könet kan uppnå. Det framhölls samtidigt att det endast var tillämpningen av dessa meritkrav som kunde utgöra indirekt diskriminering.[1374] Detta ansågs utgöra en relativt snäv tolkning av begreppet indirekt diskriminering, och begreppet som sådant konkretiserades endast i anställningssituationen. Frågan om indirekt lönediskriminering förefaller inte alls ha behandlats i detta tidiga skede av lagstiftningsprocessen. I betänkandet, SOU 1990:41, föreslogs att jämställdhetslagens skulle tillföras en definition av begreppen direkt och indirekt diskriminering. Denna tanke avvisades sedermera i propositionen med skälen att lagtexten inte skulle tyngas med definitioner.[1375]

I senare förarbeten har definitionen i huvudsak byggt på EG-rättens normgivning. Denna påverkan har bidragit till att begreppet fått en vidare omfattning.[1376] Indirekt diskriminering har i första hand beskrivits som utgörande missgynnande effekter av en arbetsgivares beslut. Arbetsgivarens beslut kan i och för sig vara könsneutralt, men effekten blir att en grupp eller en enskild arbetstagare missgynnas medan det motsatta könet gynnas.[1377] Kan inte arbetsgivaren visa att det finns godtagbara sakliga skäl för handlandet strider beslutet mot jämställdhetslagen. Utvidgning-

[1372] SOU 1993:7 s. 31. Där exemplet att stå i beredskap för övertidsarbete premieras lönemässigt anges.

[1373] Statistisk diskriminering består i antaganden om att alla kvinnor har vissa egenskaper. Dessa antaganden påverkar lönesättningen. Se avhandlingens del I:4.4.

[1374] Prop. 1978/79:175 s. 44 och 121. Se även SOU 1978:38 s. 16. Med indirekt diskriminering menas det förhållandet att "(a)rbetsgivaren premierar någon merit eller någon egenskap som aldrig eller endast sällan finns hos personer av det ena könet, t.ex. genomgången officersutbildning". Av sidorna 93–96 i betänkandet framgår med all tydlighet att kommittén hade problem med att definiera vad som skulle anses utgöra indirekt diskriminering.

[1375] SOU 1990:41 s. 97 och prop. 1990/91:113 s. 80.

[1376] Detta gällde redan 1991 års jämställdhetslag, trots att Sverige inte var bunden av EG-rättsliga normer ännu. Se SOU 1990:41 s. 279 ff.

[1377] Prop. 1990/91:113 s. 80.

en av begreppet indirekt diskriminering leder till att en talan idag kan bygga på förekomsten av så kallad kollektiv diskriminering. I förarbetena har uppfattningen kommit till uttryck att medlet, processer om lönediskriminering, inte är avsett att användas i någon större omfattning. De aktiva jämställdhetsåtgärderna är det medel som i första hand skall användas för att förändra löneskillnaderna mellan könen: "Att jämföra hela yrkesgrupper skulle gå utanför diskrimineringsförbudets syfte".[1378] Tolkningen av begreppet indirekt diskriminering innebär dock att processen kan bli ett medel för att förändra de strukturella löneskillnaderna.

Syftet med förbudet mot lönediskriminering är att ge den enskilde arbetstagaren ett skydd mot lägre lön och sämre anställningsvillkor än en jämförelseperson av motsatt kön. Rättvis fördelning, i det enskilda fallet, väger tyngre än en etablerad position. Jag skulle vilja uttrycka det som att syftet är att uppnå en form av individuell rättvisa, indirekt kan dymedelst kollektiv rättvisa uppnås – som en latent funktion.[1379] Syftet är också att förhindra könsdiskriminering och lagen borde således även ge ett rättsligt skydd även om en jämförelseperson saknas.

Som exempel på indirekt lönediskriminering brukar anges att en arbetsgivare beslutar att ge alla heltidsanställda (män) pensionsförmåner. Alla deltidsanställda (kvinnor) drabbas av detta beslut – effekten av beslutet kan vara diskriminerande. Utgångspunkten är, som vi kan se av exemplet, egentligen en jämförelse av gruppers löner och anställningsvillkor. Lagstiftarens argumentation visar sig ohållbar när vi lämnar den direkta diskrimineringens område och ger oss ut på mer minerad mark. Frågan om individuell och kollektiv rättvisa kan inte separeras längre. Individuell rättvisa som utslag av en enskild talan ger också effekter på det kollektiva planet.

I löneskillnadsutredningen, SOU 1993:7, konstaterade utredaren att: "(l)agens förarbeten i fråga om lön och anställningsvillkor är knapphändiga. Genom den uttryckliga hänvisning som nu sker i förarbetena till EG-rätten får ytterligare ledning sökas i denna och i praxis från EG-domstolen och EG-ländernas nationella domstolar."[1380] Löneskillnadsutredningen påbörjade sitt arbete 1991 och betänkandet avlämnades i januari 1993, ett år innan EES-avtalet trädde i kraft. Tolkningen av jämställdhetslagen borde därmed enligt utredaren ske utifrån EG-rättsliga normer innan EG-rätten blev direkt tillämplig och fick direkt effekt.[1381]

[1378] Prop. 1990/91:113 s. 88. Jämför med förslaget om grupptalan se SOU 1994:151.

[1379] Se även Laurén/Lavén, 1992 s. 186. Författarna påpekar att utgången av ett lönediskrimineringsmål kan få denna effekt – något som lagstiftaren tycks ha förbisett. I förarbetena saknas analys av dessa effekter.

[1380] SOU 1993:7 s. 58.

[1381] Så skedde också på arbetsmiljöområdet men inte inom den övriga arbetsrätten.

Enligt Ruth Nielsen tar indirekt diskriminering sin utgångspunkt i att förståelsen av könsdiskriminering kräver att vi sätter in normen i en social kontext. Det är resultatet av arbetsgivarens handlande som räknas och syftet får i detta fall en underordnad betydelse. Kravet på lika villkor får således en mer reell karaktär.[1382] Förbudet mot indirekt diskriminering står också i överensstämmelse med det uttalade målet med jämställdhetslagstiftningen.[1383]

I utredningen, En översyn av jämställdhetslagen, föreslås att den definition som finns av begreppet indirekt diskriminering i bevisbördedirektivet, 97/80, skall tillföras jämställdhetslagen.[1384]

3.4 Lika eller likvärdigt arbete

3.4.1 Inledning

Grunden för en talan om lönediskriminering är att det går att visa att arbetena/arbetsuppgifterna är lika eller i vart fall likvärdiga. Att lika arbete hos samma arbetsgivare skall ersättas med samma lön är utgångspunkten, och som princip sett etablerad på arbetsmarknaden. Av 1979 års jämställdhetslag följde att bedömningen av vad som var att betrakta som lika eller likvärdigt arbete skulle göras utifrån överenskommen arbetsvärdering i enlighet med kollektivavtal eller praxis.[1385] Arbetsuppgifterna behövde inte vara identiska, men om skillnaderna var mer än obetydliga var arbetena troligen inte att se som lika.[1386]

Men även arbeten som var likvärdiga skulle kunna jämföras – en nog så viktig utveckling av likalöneregeln på en könsuppdelad arbetsmarknad. I 1979 års jämställdhetslag var utgångspunkten att det var parterna på arbetsmarknaden som förfogade över dessa värderingsgrunder. Denna syn återkommer i den senaste översynen av lagen, SOU 1999:91, där utredaren lägger tonvikten på parternas uppfattning av hur arbeten skall

[1382] Nielsen, 1979 s. 20 ff.

[1383] Se föredragande statsrådets försvar av utformningen av lagens 1 § 2 st i prop. 1990/91:113 s. 64.

[1384] Se SOU 1999:91 s. 73. Om bevisbördedirektivet se avhandlingens del III:4.6.

[1385] Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet, 4 § 1 p. Missgynnande på grund av kön föreligger även när en arbetsgivare
1. tillämpar sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än dem som arbetsgivaren tillämpar för arbetstagare av motsatt kön när de utför arbete, som enligt kollektivavtal och praxis inom verksamhetsområdet är att betrakta som lika eller likvärdigt enligt en överenskommen arbetsvärdering, om arbetsgivaren inte kan visa att de olika anställningsvillkoren beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller de i varje fall inte beror på arbetstagarens kön.

[1386] Prop.1990/91:113 s. 109 f.

värderas. 1991 års jämställdhetslag innebar att hänvisningen till en överenskommen arbetsvärdering inte längre angavs uttryckligen i lagen. Kvar fanns dock en hänvisning till vad som kunde betraktas som "likvärdigt på arbetsmarknaden". Denna sista uttryckliga hänvisning till parternas normering av arbetsuppgifternas värde ströks vid den senaste ändringen av lagen som trädde i kraft i juli 1994.

De normer som existerar på arbetsmarknaden skall fortfarande tillämpas, men på ett nytt sätt. Som det uttrycktes i propositionen: "Det är snarare fråga om att använda de normer som redan finns på ett icke-diskriminerande sätt. Det är dock givetvis inte så att om könsdiskriminerande normer eller normer som direkt eller indirekt nedvärderar kvinnligt arbete tillämpas på arbetsmarknaden eller delar av arbetsmarknaden, just dessa normer får vara vägledande i det aktuella fallet."[1387] Hur har då arbetsdomstolen tolkat och tillämpat lönediskrimineringsregelns första led? Har domstolen använt de normer som redan finns på ett icke-diskriminerande sätt eller har den utgått från de normer som kommer till uttryck i kollektivavtal och praxis?

3.4.2 Lika arbete

De första två målen som prövades i arbetsdomstolen rörde, signifikativt nog, lika arbete. I det andra målet, AD 1991 nr 62, var frågan om arbetenas likhet otvistig. I det första målet, AD 1984 nr 140, Blankettekniker-målet, menade två kvinnliga blankettekniker att de var diskriminerade i jämförelse med en man som arbetade med blankettfrågor hos samma arbetsgivare, landstinget, men vid en annan förvaltning. Kvinnorna var enligt befattningsbeskrivningen byråassistenter och mannen var sekreterare. Mannens lön låg enligt det lokala kollektivavtalets specialbestämmelse fem lönegrader högre än kvinnornas.[1388] Detta förhållande medförde en löneskillnad på 1 000 kr/månad.[1389] Enligt den då gällande jämställdhetslagen, 1979 års lag, skulle bedömningen av om arbetena var lika göras utifrån kollektivavtal eller praxis på verksamhetsområdet.

[1387] Prop.1993/94:147 s. 56 f.

[1388] Enligt specialbestämmelserna var mannens befattning reglerad i 118 B för "viss administrativ personal samt utrednings- och planeringspersonal". Kvinnornas arbetsuppgifter var befattningsmässigt inplacerade i 118 C för "viss administrativ personal" en inplacering som gjordes utan hänsyn till personliga kvalifikationer. Jämför med del III:4.7.1.

[1389] Yrkandena bestod i krav på ekonomiskt och ideellt skadestånd. Grunden var att Margit och Gun utförde ett arbete som var att betrakta som lika jämfört med det som Gunnar utförde, vilket var i strid med 4 § 1 p. JämL emedan de erhöll en lägre lön än Gunnar. Landstinget bestred yrkandet men vitsordade det ekonomiska skadeståndet.

Bevisningen i Blanketteknikermålet, AD 1984 nr 140, bestod av vittnesutsagor. Någon arbetsvärdering som visade att arbetena var lika hade inte gjorts av kvinnornas ombud SKTF. Någon överenskommen arbetsvärdering rörande arbetsuppgifterna fanns inte heller på avtalsområdet och det kollektivavtal som reglerade lönerna innehöll inget annat än allmänna bestämmelser för lönesättning. I förarbetena uttalas att bevisningen kan bygga på ett erfarenhetsmaterial av "ganska allmän natur" i form av kännedom om de normer som gäller på arbetsmarknaden. Det som ska värderas är de skillnader som finns.[1390] Bevisningen innebär för käranden att försöka visa på likheter och för svaranden att visa på skillnader. Domstolens uppgift är att värdera om skillnaderna existerar och om de är av den graden att arbetena därmed inte är lika. Vittnesutsagor avgavs av de två kvinnliga blanketteknikerna, den manliga blanketteknikern och två personer i arbetsledande funktion. Utsagorna är utförligt angivna i domen.[1391] Av domskälen framgår att majoriteten fann att arbetena inte var lika på grund av att det enligt vittnesutsagorna framgick att "(s)killnaden måste uppfattas som betydande". Någon bevisrättslig terminologi används inte i domen och beviskravet diskuterades över huvud taget inte. Såsom domskälen är skrivna framgår det inte ens att utgångspunkten är en presumtionsregel, utan domen avslutas med konstaterandet att: "(n)ågot missgynnande på grund av kön enligt 4 § 1 jämställdhetslagen inte har förekommit".[1392]

Domstolen menade att om lagen tolkades bokstavligt skulle en form av moment 22 uppstå, då kvinnornas och mannens löner var fastställda i kollektivavtal. Landstingets, arbetsgivarens, invändningar mot att arbetena var lika bestod just i att hävda att det fanns en kollektivt avtalad norm som inte kunde ifrågasättas. Den andra, och skulle det visa sig mer framgångsrika, invändningen var att jämförelsepersonerna inte i praktiken utförde lika arbetsuppgifter.[1393]

Domstolen valde således en mer extensiv och ändamålsenlig tolkning med hänvisning till att förbudet mot lönediskriminering i annat fall skulle få marginell betydelse. Detta skulle kunna uttryckas som att domstolen argumenterade målrationellt utifrån effektivitetssynpunkt. Endast om värderingen av arbetsuppgifterna hade konkretiserats i kollektivavtalet ansåg sig arbetsdomstolen bunden av parternas bedömning. Det fanns inget i det berörda kollektivavtalet som pekade på att arbetstagare som var placerade i olika lönegrupper ändock inte kunde tänkas ha lika arbetsuppgifter. Domstolen ansåg sig därmed fri att göra en egen prövning av

[1390] Prop.1978/79:175 s. 75.
[1391] AD 1984 nr 140 s. 897 och s. 902 f.
[1392] A.a. s. 906.
[1393] AD 1984 nr 140 s. 896 f.

arbetsuppgifternas lika värde. Genom sedvanlig bevisupptagning gjorde domstolen en bedömning av om arbetena kunde vara lika. Majoriteten ansåg att det fanns betydande och uppenbara skillnader i arbetsuppgifterna, vilket medförde att arbetena inte var lika. Majoriteten (fyra ledamöter) kom således fram till att kollektivavtalets normer, trots att domstolen inte var bunden av dem, var korrekta.

Det finns två skiljaktiga meningar i domen. Den första är skiljaktig i sak den andra i motivering. Tre av ledamöterna[1394] redovisade sin avvikande mening i ett längre yttrande. Deras slutsats var att käranden lyckats styrka att arbetena var lika och att bevisbördan således skulle övergå till arbetsgivaren. I yttrandet ifrågasattes majoritetens bedömning av bevisningen. Ytterligare två ledamöter (arbetsgivarledamöter) var skiljaktiga i motiveringen av domskälen. Dessa båda menade att domstolen inte genom egen prövning kunde åsidosätta kollektivavtal och praxis.[1395] Argumentationen byggde på normativa grunder. De båda skiljaktiga meningarna hämtade argument från olika förarbetsuttalanden och ledamöterna kom därefter till helt olika slutsatser.

Enligt förarbetena var det Blanketteknikermålet, 1984 nr 140, som medförde att anknytningen till kollektivavtal och praxis på arbetsmarknaden kom att strykas ur lagtexten.[1396] Då lagändringen, i 1991 års JämL, kom att innebära att det i lagtexten saknades anknytning till vad som kunde anses vara lika arbete, kom metoden att jämföra lika arbeten att framstå som mer begränsad än tidigare. Lika arbete tycktes nu betyda samma arbete. Av 1990 års jämställdhetsutredning framgår dock att avsikten inte var att göra någon saklig förändring. Jämförelsen skall avse arbetsuppgifterna och graden av likhet: "Om det inte är fråga om samma arbete, måste med nödvändighet jämförelsen visa åtminstone några skillnader mellan de olika arbetena."[1397] Det som skall prövas är om dessa

[1394] Två arbetstagarledamöter samt domaren Reidunn Laurén.

[1395] Se domen s. 906 f. Det är av intresse att notera att domen hade utformats av Hans Stark, senare utredare, SOU 1999:91, och Sven-Hugo Ryman, som skrivit artikeln "Lönediskriminering på grund av kön" i JT nr 97-98. Båda för, i dessa senare dokument, en normrationell argumentation där konflikten mellan lag och kollektivavtal skall lösas genom att lagen skall tolkas utifrån kollektivavtalssystemets befintliga normer. Det är inte arbetsdomstolens uppgift att värdera arbeten och att "sätta löner".

[1396] Se SOU 1990:41 s. 260. "Enligt min mening bör bedömningen av vad som är lika arbete i lagtexten inte lika starkt som för närvarande knytas till kollektivavtal eller praxis, i all synnerhet som AD:s tolkning innebär att allmänt avfattade kollektivavtalsbestämmelser (se AD 1984 nr 140) inte utesluter att arbetstagare inom olika lönegrupper kan ha lika arbetsuppgifter." Se även specialmotiveringen s. 371 f. Paragrafen kom i 1991 års lag att utformas enligt följande; "(a)rbete som är lika eller som är att betrakta som lika på arbetsmarknaden".

[1397] Prop.1990/91:113 s. 109.

skillnader är av den grad att de kan förväntas ge upphov till löneskillnader.[1398] Visar det sig vid en jämförelse att det finns mer än obetydliga skillnader är arbetena inte lika, utan de kan istället komma att betraktas som likvärdiga.

Att lika arbete inte skall tolkas som exakt samma arbete klargjordes något när paragrafen återigen ändrades språkligt sett i juli 1994. Dels ströks hänvisningen till arbetsmarknaden, dels flyttades ordet betrakta. Ändringarna gjordes för att skapa klarhet och för att bemöta kritiken från JämO. Uttryckligen, i lagtexten, gäller återigen det mer tänjbara ordvalet i uttrycket "(n)är de utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt".[1399] I förhållande till 1979 års lag har friheten i bevisföringen ökat.

3.4.3 Likvärdigt arbete

Den andra, och mer komplicerade, värderingsmodellen är jämförelsen av likvärdigt arbete. Metodiskt gör jag en skillnad mellan om arbetena är *olika* och likvärdiga, eller om de är *liknande* och likvärdiga. Detta kan också uttryckas språkligt som att arbetena är *artskilda* eller *snarlika.* Att göra denna distinktion har visat sig relevant och nödvändig för att kunna göra en analys av begreppet likvärdigt arbete. De mål där arbetena är artskilda kan också klassificeras som svåra fall.

Vad är ett svårt fall? Jag lånar en definition av Olle Rimsten. "Exempel på svåra fall skulle vara sådana där domstolen stått utan ledning från lagstiftaren eller tidigare rättspraxis och besvarandet av rättsfrågan därför aktualiserar ett nyskapande."[1400] Det svåra fallet har för arbetsdomstolen varit frågan om likvärdigt och artskilt arbete. När de arbetsuppgifter som skall jämföras har varit artskilda har domstolen saknat vägledning från lagstiftaren. Att bedöma artskilda arbeten, som åsatts olika värden i kollektivavtalsförhandlingar, som likvärdiga skulle kräva ett nyskapande från domstolens sida. Barnmorskemålet, AD 1996 nr 46, var således ett svårt fall. Arbetsdomstolen hade dock möjligheten att fråga EG-domstolen om tolkningen i detta fall, men domstolen ansåg inte detta vara en nödvändighet.

Barnmorskemålet är det enda svenska mål som prövats där utgångspunkten för talan var likvärdigt arbete och där jämförelsepersonerna utförde olika eller artskilda arbetsuppgifter. Kumlamålet, AD 1995 nr 158, och även det senare målet, Karlskogamålet, AD 1996 nr 79, byggde på en jämförelse av likvärdigt arbete med liknande arbetsuppgifter inom samma

[1398] Detta moment finns även i motbevisningsledet. Finns det sakliga förutsättningar som gör att arbetena inte skall ses som lika?
[1399] Prop. 1993/94:147 s. 55 f. SFS 1994:292.
[1400] Rimsten, 1998 s. 284.

yrkeskategori. I det senare målet, Mjölbymålet, AD 1997 nr 68, var parterna överens om att arbetena var lika eller i vart fall likvärdiga.

För att utreda om två eller flera arbeten är att betrakta som likvärdiga måste värderingen utgå från någon form av mätmetod. Samma måttstock skall användas då jämförelsepersonernas arbetsuppgifter värderas. Enligt förarbetena till jämställdhetslagen skall mätmetoden vara könsneutral, vilket innebär att det som är typiskt för kvinnans arbete skall värderas och att det som är specifikt för mannens arbetsuppgifter också skall värderas. För att konkretisera tänker vi oss det fallet där kvinnan i sitt arbete utför många lätta lyft medan mannen istället utför färre men tunga lyft. Summan av den fysiska ansträngning som de olika arbetsuppgifterna innebär kan därefter jämföras.[1401]

Det finns idag ett stort antal olika arbetsvärderingsmetoder. LO:s svårighetsskala är en metod, BNT är ett arbetsvärderingssystem som använts för tjänstemän, Hay-metoden är en annan av de många varierande metoder som används för att bestämma värdet av arbetsuppgifter.[1402] Nya mätmetoder utvecklas hela tiden och ett senare exempel är IDA (Icke Diskriminerande Arbetsvärdering) ett system som utvecklats av Vårdförbundet (f.d. SHSTF).[1403] Gemensamt för alla dessa metoder är svårigheten att få metoden helt könsneutral.[1404] Om det finns en vedertagen arbetsvärderingsmetod i en verksamhet eller en bransch är det naturligt att använda denna metod för att se om det existerar osakliga löneskillnader. Har metod och arbetsvärdering accepterats och utarbetats av en partsammansatt grupp bör tvistefrågan inte längre vara om arbetena är likvärdiga eller inte.

1979 års jämställdhetslag utgick från att arbeten endast gick att jämföra om det fanns en överenskommen arbetsvärdering som riktmärke. Detta krav togs bort i 1991 års jämställdhetslag. Finns det över huvud taget inget vedertaget arbetsvärderingssystem måste det givetvis ändock finnas möjligheter att välja en metod för att kunna konstatera om arbets-

[1401] Se prop. 1993/94:147 s. 51 ff.

[1402] Cedersund, Elisabeth och Kullberg, Christian, Arbetsvärdering, teori, praktik, kritik. 1996. I boken redogör olika författare för olika typer av arbetsvärderingssystem.

[1403] Se exempelvis: IDA metod och struktur för icke diskriminerande arbetsvärdering. SHSTF 1996. Skriften inleds med konstaterandet att all arbetsvärdering är mer eller mindre diskriminerande. I SOU 1993:7 sidorna 202–205 beskrivs ett antal arbetsvärderingssystem som används i Sverige. Se Wadstein, 1990. Uppsatsen innehåller en kort beskrivning av arbetsvärdering på den svenska arbetsmarknaden. Fram till 1990 förekom arbetsvärdering över huvud taget inte inom den offentliga sektorn eller bland privattjänstemännen. Det är framförallt inom industrin som olika system av arbetsvärdering använts vid lönesättning.

[1404] Se bilagan till löneskillnadsutredningen, SOU 1993:8. Se även SOU 1999:91 s. 133 där utredaren menar att arbetsvärdering "oomtvistligt" alltid är subjektiv.

uppgifterna är lika eller likvärdiga.[1405] Det finns dock inget allmänt krav på att det skall finnas ett utarbetat arbetsvärderingssystem – lönesättning är i första hand en förhandlings- och avtalsfråga. Det är först vid en rättslig prövning som metoden, eller bristen på metod, för att värdera olika arbetsuppgifter prövas. Resultatet av förhandlingen kan då också ifrågasättas.

I propositionen, med namnet "Delad makt delat ansvar", angavs de grundläggande kriterierna som kan tjäna som ledning vid arbetsvärdering i en tvist om lönediskriminering. De fyra kriterierna är: Kunskap och förmåga (färdigheter), arbetsinsats (ansträngning), ansvar och arbetsförhållanden. Enligt propositionen råder det enighet på den svenska arbetsmarknaden om att dessa generella kriterier är de mest relevanta vid arbetsvärdering och lönesättning.[1406] I praktiken innebär detta att det vid en jämförelse mellan två arbeten också skall tas hänsyn till vilket utbyte eller vilken nytta som arbetstagaren har av arbetet. I utbytesrelationen arbete–kapital är det inte endast löneförmåner som ingår utan även bättre eller sämre arbetsmiljö, status och mer eller mindre utvecklande arbetsuppgifter.[1407]

> I nämnda proposition beskrivs utförligt innehållet i de kriterier som anses vara relevanta vid värdering av olika arbetsuppgifter. De uppräknade kriterierna påminner i hög grad om det arbetsvärderingssystem, Likvärdigt arbete, som föreslogs att antas som lag på Nya Zeeland.[1408] Samma system användes i de så kallade Örebroprojektet, av JämO i Barnmorskemålet och av Anita Harriman i Karlskogamålet.
>
> 1. Den kunskap och förmåga eller de färdigheter som ett arbete kräver. Detta förvärvas normalt sett genom utbildning och praktisk erfarenhet. Det handlar här om den grundläggande kompetens som krävs för att kunna utföra arbetet. Även andra typer av färdigheter framhålls – som social kompetens, simultankapacitet, fingerfärdighet, minnesgodhet och samordningsförmåga.
>
> 2. Den arbetsinsats som ett visst arbete kräver beskrivs som "(d)en psykiska anspänning och den fysiska ansträngning som erfordras för att arbetet skall bli utfört". Detta exemplifieras å ena sidan (psykiskt) som "(o)lika

[1405] Prop.1990/91:113 s. 110.

[1406] Prop.1993/94:147 s. 52. Detta förhållande har inte ifrågasatts av parterna. Hur faktorerna skall värderas i förhållande till lönesättning sägs det dock inget om utan detta är en förhandlingsfråga. Användandet av just dessa faktorer leder inte per automatik till minskade löneskillnader.

[1407] Jfr Andersson, 1987 s. 75.

[1408] Se Kullberg, Christian, Likvärdigt arbete. 1996 s. 84 ff. I (red.) Cedersund/Kullberg, Arbetsvärdering, teori, praktik, kritik. Systemet Likvärdigt arbete är ett faktorvärderingssystem som utförs genom att arbetstagarna fyller i frågeformulär. Viktning ingår ej i systemet utan tanken är att detta skall göras av en partsammansatt grupp.

grader av koncentration och uppmärksamhet, stress eller ansträngning av sinnesorganen (hörsel och syn) och å andra sidan (fysiskt) som kroppslig belastning. Tunga lyft, många lätta lyft, stillasittande arbete, monotona små muskelrörelser utgör de konkreta kriterierna.

3. Ansvaret som arbetet kräver delas upp i två huvuddelar: ansvar för människor och ansvar för pengar. I den första typen av kriterier finns arbetsledningsansvar, men också som påpekas "(i)bland den viktigaste" ansvaret för människors liv och hälsa. Det ekonomiska ansvaret omfattar såväl direkt monetär hantering som information om marknader och ekonomiska beslut.

4. Arbetsförhållanden som värderingkriterium konkretiseras utifrån arbetsmiljöaspekter exempelvis: arbete under jord eller på hög höjd, oregelbundna arbetstider, damm, lukter, stress, smittorisk och kontakt med kroppsvätskor.[1409]

Dessa kriterier var i stort sett utgångspunkten för de värderingar av arbetsuppgifterna som, mer eller mindre systematiskt, användes i de följande refererade målen.

3.4.3.1 Likvärdigt och liknande arbete: Kumla- och Karlskogamålet

I Kumlamålet, AD 1995 nr 158, prövades och tillämpades för första gången jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering i frågan om likvärdigt arbete och dess utformning enligt 1991 års lag.[1410] Målet hade föregåtts av en intensiv bevakning från massmedias sida och ett flertal personer ansåg sig kallade att debattera i ämnet.[1411] Debatten kulminerande med att Hans-Göran Myrdal, f.d. SAF-direktör, i samband med barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, krävde JämO:s entledigande, samtidigt som han vädjade till domstolen att inte ge JämO rätt i tvisten.[1412] Mediadebatten hade klart ideologiska förtecken och saknar troligtvis

[1409] Generellt sett kan dessa kriterier stämma med förhållandena på LO:s avtalsområde, men jag är tveksam till om de är tillämpbara i ett arbetsliv som allt mer kommer att präglas av informationsteknologin. Till stor del präglas uppställningen av industrisamhällets arbetsuppgifter.

[1410] Rättslig grund för talan var även artikel 119 (numera 141) samt likalönedirektivet artikel 1 första stycket.

[1411] Nycander, Svante, på DNs ledarsida 951223. Nycanders kommentar kom efter domen i Kumlamålet, men före den väntade domen i Barnmorskemålet. Nycander ansåg att det rörde sig om små löneskillnader, vilket ledde till en onödig process. I artikeln angrep han även arbetsdomstolens ordförande. Genomgående för Nycanders kritik är att domstolen inte skall bestämma över lönebildningen och att lagen är felkonstruerad. Nycander hävdar med emfas att det endast är när arbetsgivaren har haft ett syfte att könsdiskriminera som avtalet kan betecknas som lönediskriminerande. I DN 970618 "En löjlig process i arbetsdomstolen" betecknade Nycander Mjölbymålet som "småaktigt lönekineseri". Petra Ullmanen har analyserat debatten kring målen i Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 3-4 1996 under rubriken "Högern och feminismen: nya tendenser i det offentliga samtalet".

[1412] Se Hans Göran Myrdals artikel på DN-debatt 960320.

motstycke i den svenska arbetsdomstolens rättegångshistoria. Sammanfattningsvis var temat för artiklarna huruvida lagen över huvud taget skulle tillämpas: Var det rätt att arbetsdomstolen bestämde över lönesättningen?[1413]

Arbetsdomstolens första uppgift i målet var att ta ställning till om det förelåg en presumtion om lönediskriminering genom att avgöra om arbetena var lika eller likvärdiga. Den för vilken talan fördes var en kvinnlig förvaltningsekonom som arbetade vid Kumla kommuns stadsbyggnadsförvaltning. Som ombud hade JämO jämfört kvinnans arbete med en manlig socialekonoms arbetsuppgifter vid socialförvaltningen och en manlig redovisningskamrers arbete vid kommunens centrala kansli. Jämförelsepersonerna tillhörde i detta mål samma typ av yrkesgrupp. Som tjänstemän inom den offentliga sektorn var deras löner reglerade i individuella avtal, men genom en kollektiv förhandlingsprocess. Allmänna principer för lönesättningen fanns i kollektivavtalet ÖLA 93. Vid den tidpunkt som tvisten avsåg utgjorde löneskillnaden mellan den kvinnliga ekonomen och ekonomen vid socialförvaltningen 2 900 kr/månad. Kvinnans fackliga organisation, SSR, hade i regelrätta avtalsförhandlingar med kommunen försökt förhandla upp lönen, men misslyckats.[1414]

Bevisningen i Kumlamålet, AD 1995 nr 158, bestod av en systematisk jämförelse av arbetsuppgifterna, gjord av JämO, utifrån de kriterier som finns som vägledning i förarbetena till ändringen av lagen.[1415] Valet av metod motiverades utifrån det förhållandet att arbetsuppgifterna var snarlika och därmed kunde värderingen göras utifrån "sunt förnuft".[1416] Bevisningen i målet bestod dels av denna metodiskt genomförda jämförelse, dels av vittnesutsagor (och dels av en beskrivning av ekonomtjänsternas arbetsuppgifter som gjorts av chefen för stadsbyggnadskontoret).

För att jämföra arbetsuppgifterna använde sig JämO av den vägledning som ges i propositionen 1993/94:147. Där står klart uttalat att även i

[1413] Se Ryman, 1998 s. 790 f. Ryman anser att: "(u)ttrycket 'likvärdigt arbete' i 18 § jämställdhetslagen saknar tillräcklig substans för att kunna ligga till grund för en rättstillämpning på arbetsrättens område i Sverige med iakttagande av allmänt erkända principer för objektiv lagtolkning".

[1414] JämOs yrkanden bestod i ett krav på ekonomiskt skadestånd och 75.000 kr i ideellt skadestånd. (Det utdömda skadeståndet uppgick till 40.000 kr) Grunden var att Susanne utförde ett arbete som var att betrakta som lika eller likvärdigt jämfört med Peter eller Dans arbeten. Kommunen vitsordade skadeståndsyrkandet men bestred att arbetena skulle vara lika eller likvärdiga och menade också att det fanns skillnader i jämförelsepersonernas sakliga förutsättningar för arbetet och att löneskillnaden inte hade samband med kön.

[1415] Se prop.1993/94:147 s. 51. I stort sett följdes den metod som anges i propositionen.

[1416] AD 1995 nr 158 s. 8.

de fall där det inte finns någon överenskommen arbetsvärdering, måste domstolen kunna göra en bedömning av vad som är likvärdigt arbete. I propositionen konstateras att parterna på den svenska arbetsmarknaden är eniga om vilka "(g)enerella kriterier som är relevanta för värdering och lönesättning av arbete". Dessa kriterier är, som tidigare angetts, "(d)en *kunskap och förmåga* som erfordras för att utföra arbetet, den *arbetsinsats* – psykisk eller fysisk – som arbetet kräver, det *ansvar* som arbetet kräver av arbetstagaren och slutligen de *arbetsförhållanden* under vilka arbetet skall utföras."[1417]

Sammanfattningsvis menade JämO att den kvinnliga förvaltningsekonomens arbete var mer kvalificerat än ekonomens på socialförvaltningen, samt minst likvärdigt med redovisningskamrerns arbete. Några skillnader i sakliga förutsättningar för arbetet som kunde motivera löneskillnaderna fanns inte. Kommunens lönesättning stred därmed, enligt JämO, mot jämställdhetslagens 18 § samt mot EG-rätten. Vid tiden för målet hade artikel 119 (numera 141) direkt effekt i svensk domstol.

Kumla Kommun invände och menade att arbetena inte var lika eller likvärdiga – kvinnans arbete var mindre kvalificerat än de två männens. Som part i målet gjorde Kumla kommun ingen egen regelrätt arbetsvärdering[1418] och invände inte heller emot den metod som JämO använt sig av, utan i första hand inriktade kommunen sig på motbevisningen.

Arbetsdomstolen godtog i detta mål den metod som JämO använde för att jämföra de tre ekonomernas arbetsuppgifter och kom fram till att: "JämO får anses ha visat att det är fråga om likvärdigt arbete i jämställdhetslagens mening". Hur högt beviskravet skall ställas framgår dock ej helt tydligt, trots att domstolen delvis använder sig av en gängse bevisterminologi. Inledningsvis klargör domstolen att bevisningen skall föras enligt en presumtionsregel, men styrkan på bevisningen kommenteras först i det andra ledet – motbevisningen.[1419] Då domstolen fann att arbetena var likvärdiga är det möjligt att med denna form av bevisning visa att, i vart fall snarlika och likartade arbeten, är likvärdiga i lagens mening.

Samtidigt påpekade domstolen att det i förarbetena framhålls att de normer som finns på arbetsmarknaden fortfarande äger relevans vid en bedömning av vad som är lika eller likvärdigt arbete.[1420] Som det uttrycktes i propositionen: "Det kan således inte bli fråga om att i en tvist

[1417] Prop.1993/94:147 s. 51 ff.

[1418] En jämförelse gjordes utifrån de kriterier som JämO använt och kommunen menade att resultatet blev att arbetena inte skulle anses vara likvärdiga. Särskilt svårt var det enligt kommunen att bedöma arbetsuppgifterna skilt från den person som utför dem. Se domen s. 1136.

[1419] Se domskälen i AD 1995 nr 158.

[1420] Se domen s. 1147.

om könsdiskriminering introducera nya normer för värdering eller lönesättning."[1421] Två ledamöter (arbetsgivarledamöter) var skiljaktiga i sak och menade att JämO inte hade visat att arbetena var lika eller likvärdiga. Mannen, socialekonomen, var bland annat IT-ansvarig och inköpssamordnare, vilket var två faktorer som ledamöterna menade hade betydelse för bedömningen av likvärdigheten.[1422]

I det likartade Karlskogamålet, AD 1996 nr 79, var kommunens enda förklaring, och invändning, till löneskillnaderna mellan två avdelningschefer att arbetena inte var likvärdiga.[1423] Den manliga avdelningschefen hade ett större sparbeting, fler anställda och en mer omfattande budget. I målet användes som bevisning en arbetsvärdering gjord av Anita Harriman, enligt samma metod som senare användes i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41.[1424] Metoden som sådan godtogs av svaranden, men samtidigt hävdades att en arbetsvärdering inte kunde utgöra den enda grunden för bevisningen. Skälet till detta ställningstagande var att en arbetsvärdering inte kan vara helt objektiv.[1425] Arbetsdomstolen hade inte heller något att anföra när det gällde metoden, däremot var domstolen missnöjd med det sätt som arbetsbeskrivningarna utförts på.[1426] Av sammanlagt fyra mätperioder ansåg domstolen att SKTF kunnat visa att arbetena var likvärdiga under de två sista perioderna. Svaranden hade tillstått att arbetena under dessa perioder var likvärdiga i de allra flesta avseenden. Arbetsgivaren hade under dessa perioder gjort sig skyldig till lönediskriminering enligt domstolen.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det finns tre väsentliga punkter där Kumla- och Karlskogamålet sammanfaller. För det första var arbetena snarlika, de jämförda arbetstagarna hade samma typ av arbetsuppgifter och samma typ av yrkeskunskaper och utbildning. Skillnaden mellan jämförelsepersonerna var deras kön. För det andra: lönerna var kollektivt framförhandlade – men individuellt bestämda. Några kollektiva anspråk fanns inte i bakgrunden, utan tvisten var individualiserad.

[1421] Prop.1993/94:147 s. 56.

[1422] Se s. 1162 i domen.

[1423] SKTF yrkade för sin medlems räkning, Åsa, på ekonomiskt skadestånd samt ett ideellt skadestånd på 80.000 kr. Det ideella skadeståndet jämkades till 20.000 kr i domen. Grunden var att arbetena var lika eller likvärdiga och då Åsa hade lägre lön än Niklas var hon lönediskriminerad i strid med 18 § JämL samt EG-fördragets artikel 119 (numera 141) och likalönedirektivets artikel 1.

[1424] Motparterna, kommunen och SKTF, hade gjort var sin motstridig arbetsvärdering, detta var skälet till att SKTF anlitade en expert för att ge underlag för bevisningen.

[1425] AD 1996 nr 79 s. 12.

[1426] A.a. s. 18. Mannen hade vägrat att låta sig intervjuas av utredaren, istället hade han lämnat skriftliga svar på frågorna. Över huvud taget syns det som om arbetsdomstolen inte fäste någon större vikt vid arbetsvärderingen.

Och för det tredje: parterna hade försökt förhandla sig fram till en lösning på tvisten. Avtalsförhandlingar hade förts i frågan och därefter tvisteförhandlingar. Först i andra hand, när förhandlingsstrategin var uttömd och vägen blockerad, fördes konflikten till arbetsdomstolen för prövning.[1427]

3.4.3.2 Likvärdigt och olikt arbete – Barnmorskemålet[1428]

Detta mycket uppmärksammade mål är det enda mål i svensk domstol där talan har byggt på en jämförelse mellan arbetstagare som utför olika typer av arbetsuppgifter och där lönerna är fastställda i lokala kollektivavtal av minimikaraktär.[1429] Det övergripande centrala avtalet ÖLA 93 uppmanar dock till en individualiserad lönesättning.[1430] Det som skulle kunnat ha prövats i målet var lönediskrimineringsförbudets tillämpning inom den könssegregerade offentliga sektorn. Det som kom att dominera under de sex rättegångsdagarna var bevisfrågor. Utredningen i målet var mycket omfattande och cirka trettio personer hördes i målet, såväl vittnen som sakkunniga.[1431] Var det "sant" eller "falskt" att barnmorskans arbete var likvärdigt med klinikingenjörernas såsom JämO påstod?[1432] Arbetsdomstolen kom slutligen fram till att JämO på grund av brister i bevisningen inte hade visat att arbetena var likvärdiga. Domstolen var inte enig i sitt domslut, utan en ledamot ansåg tvärtom att JämO i målet hade lyckats styrka att arbetena var likvärdiga.

Talan i målet, AD 1996 nr 41, fördes av JämO emedan SHSTF[1433] hade avstått från att föra talan. JämO menade att barnmorskan var diskriminerad i strid med 18 § JämL samt EG-fördragets artikel 119 (numera 141) och likalönedirektivet, 75/117. Barnmorskans lön var lägre än jäm-

[1427] Att parterna tvisteförhandlat är också en förutsättning för att frågan skall kunna prövas i AD.

[1428] Jag menar att detta mål är av stort intresse för analysen av likvärdigt och artskilt arbete och för att se helheten i argumentationen. Målet får ett förhållandevis stort utrymme i avhandlingen.

[1429] SHSTF och SKTF är båda TCO-förbund, vilket innebär att det övergripande kollektivavtalet är detsamma.

[1430] ÖLA 93 med löneavtal 94 och AB, allmänna bestämmelser bilaga 8. Individuell lönesättning hade vid denna tidpunkt ännu inte slagit igenom för vårdyrkena med andra ord avtalet tillämpades inte på barnmorskorna.

[1431] AD 1996 nr 41 s. 27.

[1432] Se Nousiainen, 1995 s. 314. Nousiainen skriver: "Man kan med andra ord bedöma både vad som är *rätt* och som är *sant* i ett visst fall – detta antas ju domstolarna lyckas med."

[1433] SHSTF kallas numera för Vårdförbundet. Två av jämförelsepersonerna, barnmorskan och en av teknikerna arbetade också som fackliga förtroendemän. I sitt fackliga arbete hade de aktivt deltagit i ett arbetsvärderingsprojekt.

förelsepersonernas, två klinikingenjörer (medicinska tekniker) som var anställda hos samma arbetsgivare, Örebro läns landsting. Grunden för talan var att barnmorskans arbete var *minst* likvärdigt jämfört med de båda klinikingenjörerna och därmed stred lönesättningen enligt det lokala kollektivavtalet mot lagstiftningen. Yrkandena var i första hand utformat som en fastställelsetalan om att, barnmorskans arbete var likvärdigt jämfört med klinikingenjörernas arbete. Detta fastställelseyrkande avvisades av arbetsdomstolen med hänvisning till praxis. I förstahandsyrkandet låg också ett krav på att det lokala kollektivavtalet skulle ogiltigförklaras. För övrigt innehöll yrkandet ett krav på ekonomiskt skadestånd. Andrahandsyrkandet bestod av ett krav på ekonomiskt skadestånd jämfört med en av klinikingenjörernas lön. Därutöver yrkades på ett ideellt skadestånd à 40.000 kr. Landstinget, arbetsgivaren, bestred att arbetena var likvärdiga och att löneskillnaderna i vart fall inte hade sin grund i kön. Landstinget bestred samtliga yrkanden och hävdade att fastställelseyrkandet skulle avvisas. Inget av skadeståndskraven vitsordades som skäligt. Jämfört med de tidigare lönediskrimineringsmålen var parterna i detta mål oense i allt.

Den centrala sakfrågan (bevisfrågan) i målet var bedömningen av om arbetena kunde anses vara likvärdiga, om detta kunde bevisas skulle bevisbördan övergå till arbetsgivaren. Svarandens, Örebro läns landstings, invändningar rörde de arbetsvärderingar som JämO hade låtit utföra och som utgjorde bevismedel i processen. Den utförda arbetsvärderingen – bevisningen – bedömdes som varande osaklig och subjektiv. Trots att landstinget deltagit i en studie där det nyazeeländska arbetsvärderingssystemet använts, 1992–1993, hade metoden inte godtagits. Dessutom ifrågasatte landstinget om det över huvud taget var möjligt att jämföra artskilda arbetsuppgifter och då nå ett säkert resultat.[1434]

Jag har valt att analysera domskälen utifrån tre ansatser: *arbetsvärdering*, *rättssäkerhetsaspekten* och *hierarkin*. Avsikten är att belysa vad som kommer till uttryck i domen, men också det som uttrycks mer implicit.[1435] Inledningsvis vill jag kort beskriva de arbeten som jämfördes i målet:

> Först vill jag anknyta till avhandlingens historiska del. Idéhistoriskt sett kan konflikten mellan de artskilda arbetena beskrivas utifrån dikotomin himmel och jord. Yrkesbeteckningen för barnmorskan var ända in på 1800-talet – jordemor. De nya tekniska yrkena skulle i denna hierarkiska uppdelning

[1434] AD 1996 nr 41 s. 293.

[1435] Jfr Schömer, 1999 s. 257. Schömer använder sig av tio punkter där det finns kritik mot själva arbetsvärderingen.

kunna ses som det högt värderade – som himmel. Aktörerna i målet var typiska för den könsdikotoma föreställningsvärlden som kvinna och som man.[1436]

Utbildningen till barnmorska omfattar en utbildning till undersköterska, en legitimation som sjuksköterska samt en vidareutbildning till barnmorska. För att arbeta som barnmorska krävs särskild legitimation. Kia W. anställdes år 1976 i landstinget. Periodvis, sedan 1992, arbetade barnmorskan heltid som facklig förtroendeman. När arbetsvärderingen gjordes hade hon arbetat på förlossningsavdelningen, men även på en gynekologisk vårdavdelning så kallad rotationstjänstgöring. Barnmorskeyrket omfattas av Allmänna Råd från Socialstyrelsen 1995:5. För arbete som barnmorska erhöll hon en avtalsenlig grundlön av 15 186 kr per månad[1437]. Klinikingenjörernas utbildning bestod i första hand av teknisk gymnasieutbildning och i andra hand av påbyggnadsutbildning vid högskola. De arbetade på olika kliniker och laboratorier som klinikingenjörer med ansvar för analysteknik och service av medicinteknisk utrustning. Liksom barnmorskan var de anställda i landstinget sedan drygt 20 år. En av klinikingenjörerna arbetade 25 procent som facklig förtroendeman. För arbetet som klinikingenjör erhöll han en individuellt avtalad lön av 19 661 respektive 19 251 kr per månad.

Arbetsvärderingen

Arbetsdomstolens majoritet menade att den arbetsvärdering som utförts av två sakkunniga på uppdrag av JämO var bristfällig och därmed kunde den inte tjäna som underlag för en bedömning av om arbetena var likvärdiga.[1438] Arbetsvärderingen hade utförts på ett sådant sett att det "(u)ppkommit en obalans mellan de olika arbetsbeskrivningarna". Detta ansåg domstolen vara mycket allvarligt och förhållandet kunde inte repareras genom de vittnesförhör som gjordes under de sex rättegångsdagarna. Denna "obalans" bestod enligt arbetsdomstolen i att de arbetsbeskrivningar, som utredarna gjorde av barnmorskan och teknikernas arbeten,

[1436] Se avhandlingens del II:1.

[1437] Hur stor löneskillnaden var mellan jämförelsepersonerna var tvistigt i målet. JämO hävdade att grundlönen skulle prövas mot teknikernas grundlön. Motparten, Örebro läns landsting, menade att olika lönetillägg samt pensionsförmåner skulle bakas in i lönen. Utgångspunkten borde därmed vara 16 196 kr/månad (s. 289).

[1438] Anita Harriman, LO, gjorde en fristående arbetsvärdering med LO:s svårighetsskala som utgångspunkt, men eftersom denna utredning byggda på samma faktaunderlag som huvudutredningen menade arbetsdomstolen att även den var bristfällig. Resultatet av denna värdering var att barnmorskans arbete fick 26 poäng och teknikernas arbete 22,5 respektive 21,5 poäng. JämOs utredning visade att barnmorskan arbete var mer krävande än den ene klinikingenjören i nio fall av fjorton samt jämfört med den andre klinikingenjören i tio fall av fjorton. Inom alla fyra huvudområdena ansåg arbetsvärderarna att barnmorskans arbete var det mest krävande.

framstod som allt för disparata. Enligt den gjorda arbetsvärderingen var barnmorskans arbetsbeskrivning längre och mer detaljerad än de två teknikernas.[1439] Kritiken bestod också i att utredningen inte gjorts tillräckligt objektivt och allsidigt. Denna brist berodde enligt arbetsdomstolen på att de parter som förhandlat fram kollektivavtalet inte hade medverkat vid upprättandet av arbetsbeskrivningarna. Enligt det nyazeeländska arbetsvärderingssystem, som utredarna använt sig av i bearbetat skick, skall arbetsvärderingen utföras av en partsammansatt grupp.

När det gäller dessa metodfrågor har arbetsdomstolen inte skilt metodens användande vid systematisk arbetsvärdering i samband med lönesättning från, som i det här fallet, när en tvist har uppstått – som medel för att säkra bevisningen. Hade det varit möjligt med partssamverkan hade så vitt jag kan förstå tvisten aldrig uppstått eller i vart fall fått en annan tyngdpunkt. Samma metodproblem föreligger i de krav som domstolen ställer på att arbetsvärderarna skulle ha viktat resultatet av sina jämförelser.[1440] Arbetsdomstolens argument tycks även grunda sig på förarbetena till 1979 års lag, där frågan om likvärdigt arbete endast kunde bedömas om parterna hade ett gemensamt arbetsvärderingssystem. Detta krav finns dock inte längre i lagtexten.

EG-domstolen har i ett avgörande, Kommissionen mot Storbritannien, klart uttalat att det måste finnas en möjlighet att avgöra om två arbeten är likvärdiga även när det inte finns något gemensamt utvecklat arbetsvärderingssystem.[1441] Efter 1991 års lagändring är AD ute på grumligt vatten när arbetsvärderingen underkänns av skäl som inte längre äger rättslig relevans. Dels har lagen ändrats, vilket borde innebära att tidigare uttalanden i förarbeten blivit obsoleta, dels skall arbetsdomstolen grunda sina tolkningar av 18 § på EG-domstolens tolkning av gemenskapsrätten.

Återkommande i domskälen är argumentet att obalansen har uppstått på grund av att jämförelsepersonerna, teknikerna, inte har haft något eget intresse av att medverka i arbetsvärderingen.

> Enligt arbetsdomstolens mening kan det inte anses tillräckligt att de berörda arbetstagarna bereds tillfälle att beskriva sina arbeten och att komma med synpunkter på upprättade beskrivningar. Den ena arbetstagarkategorin har i

[1439] Detta förklaras, enligt domen, av JämO med att barnmorskan arbetat på olika typer av avdelningar. Solveig Paulsson, den ledamot som hade en avvikande mening, menade att skillnaden i arbetsbeskrivningarnas längd var naturlig.

[1440] Till saken hör att metoden använts tidigare i Örebro läns landsting i ett arbetsvärderingsprojekt. Viktning och nivåinplacering görs normalt sett endast när metoden används för lönesättning. I Kokerskemålet, se SOU 1993:8, som avgjordes 1988 i The House of Lords hade arbetsvärderingen utförts av en oberoende expert. Viktning hade också gjorts. Jag ställer mig dock frågande till kravet på viktning i en partsinlaga.

[1441] Mål 61/81 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.

> en utredning som denna ett klart intresse i saken och därmed också i att ge för egen del så förmånliga beskrivningar som möjligt av sitt arbete. Den andra kategorin å andra sidan har kanske inget motsvarande intresse och beskrivningarna av dess arbete kan därigenom komma att bli mindre noggranna och detaljerade.[1442]

Solveig Paulsson, Lärarförbundet, den domstolsledamot som hade en avvikande mening i målet, menade att denna arbetsdomstolens slutsats är "osannolik". Då utredningen handlade om jämförelser av löner borde klinikingenjörerna ha haft ambitionen att beskriva sina arbetsuppgifter så fördelaktigt som möjligt.[1443]

Arbetsdomstolen pekar dock på en mycket viktig svaghet i regelns uppbyggnad. För att över huvud taget kunna starta en process om lönediskriminering krävs det att det finns minst en man som är eller har varit anställd hos samma arbetsgivare – en man som aktivt medverkar under utredningen och i processen. Som arbetsdomstolen mycket riktigt påpekar har jämförelseobjektet inget utredningsansvar.[1444] Rättsligt sett intar klinikingenjörerna i barnmorskemålet inte en partsställning. På en mer kollektiv nivå intar de en ställning som i mångt och mycket liknar svarandens, som den som skall exculpera sig. Det är här – mellan barnmorskan och klinikingenjörerna – som könskonflikten kommer till uttryck. Klinikingenjörerna hade naturligtvis intresse av att visa att deras arbetsuppgifter var 'mer värda' än barnmorskans, annars hade de riskerat att förlora sin etablerade position i landstingets lönehierarki.

Örebro läns landsting hade inte gjort någon egen utredning om de olika arbetsuppgifternas värde. Som part i målet menade landstinget att arbetena inte var likvärdiga och att arbetsvärderingen som gjordes på uppdrag av JämO var mycket bristfällig och osaklig. Till skillnad från svarandeparten i Kumla-målet, AD 1995 nr 158, hade Örebro läns landsting även invändningar mot den metod som JämO använt sig av vid jämförelsen mellan barnmorskan och klinikingenjörernas arbeten.[1445]

Trots att arbetsdomstolen underkänner JämO:s bevisning i målet, framhåller domstolen att det inte längre finns någon bundenhet till kollektivavtalens värderingar av olika arbeten. Tillämpningen av jämställdhets-

[1442] AD 1996 nr 41 s. 311.

[1443] Protokollsbilaga till aktbil. 60 i mål A 153/95.

[1444] AD 1996 nr 41 s. 311. Detta blev påtagligt i det senare avgjorda Karlskogamålet, AD 1996 nr 79, där jämförelsepersonen endast besvarade frågor skriftligt i samband med arbetsvärderingen(bevisupptagningen).

[1445] A.a. s. aktbil. 60. Ledamoten Solveig Paulsson menade i den skiljaktiga meningen att landstingets kritik och underkännande av utredningen och dess resultat "saknar trovärdighet" Hon ifrågasatte också varför landstinget inte gjorde någon egen utredning och arbetsvärdering.

lagen skulle inte stå i överensstämmelse med EG-rätten om det inte vore "(m)öjligt att beakta andra arbetsvärderingar än de som arbetsmarknadens parter gjort och givit uttryck för i kollektivavtal". Domstolen uttalade vidare att: "Detta förutsätter med nödvändighet att man kan beakta en fristående värdering som avviker från de värderingar som gjorts av parterna i åtminstone ett av kollektivavtalen".[1446] Det är med andra ord inte uteslutet att arbetsvärdering kan användas som bevismedel i en process om lönediskriminering. Hur denna arbetsvärdering skall utföras uttalar sig domstolen inte uttryckligen om.

Rättssäkerhetsaspekten

I domskälen konstaterade arbetsdomstolen att det förhållandet att de löner som jämförs i målet är framförhandlade i kollektivavtal inte kan antas utesluta en tillämpning av lönediskrimineringsförbudet. Även om parterna har gjort en värdering som kan antas vara ett uttryck för de normer som gäller på arbetsmarknaden, kan dessa idag ifrågasättas och en fristående värdering kan göras med hänvisning till att EG-rätten också är svensk rätt. Rättsverkan av de svenska förarbetsuttalandena får vika för EG-domstolens praxis, om de generella normerna på arbetsmarknaden är direkt eller indirekt könsdiskriminerande. Men här hänvisade, trots detta påpekande, arbetsdomstolen vidare till uttalanden i äldre förarbeten som säger att arbetsmarknadsparternas "generella värderingar bör tillmätas stor betydelse".[1447] Det är av intresse att se vilken rättslig grund som domstolen stödjer sig på i detta försvar av de "generella värderingar" som kommer till uttryck i kollektivavtalen. Först konstaterade domstolen att det inte enbart handlar om respekten för ingångna avtal, utan att rättssäkerhetsaspekten är av stor vikt i sammanhanget. Domstolen tar begreppet rättssäkerhet som stöd för att legitimera sina tolkningar och intresseavvägningar i den uppkomna konflikten.[1448]

Den arbetsgivare som har slutit ett kollektivavtal om löner löper enligt domstolen risken att hamna i vad som brukar benämnas som en "moment 22 situation". Arbetsgivaren, är å ena sidan, enligt medbestämmandelagens regler bunden av kollektivavtalet. Motparten, den fackliga organisationen, kan om arbetsgivaren bryter mot avtalet kräva skadestånd för kollektivavtalsbrott. Väcks en talan om lönediskriminering kan, å andra sidan, arbetsgivaren riskera att få betala skadestånd om han eller

[1446] A.a. s. 306.

[1447] A.a. s. 306 f. Denna devis är tydligen så etablerad att AD inte längre anser sig behöva ange vilka förarbeten domstolen stödjer sig på. Jag antar att AD avser uttalanden i exempelvis prop. 1990/91;113 s. 89 och 110.

[1448] A.a. s. 306. "Rättssäkerhetsaspekten är nämligen av mycket stor vikt i detta sammanhang."

hon tillämpar ett diskriminerande kollektivavtal. I det här fallet, menar jag, att arbetsdomstolen för det första överdriver problemets räckvidd. Scenariot skulle i första hand kunna överensstämma med verkliga förhållanden i ett normallönesystem av den typ att normerna varken får överskridas eller underskridas. Denna typ av kollektivavtal är ytterst ovanliga på den svenska arbetsmarknaden.[1449] I ett minimilönesystem, med i många fall övergripande kollektivavtal som uppmanar till individuell lönesättning, kan kollektivavtalsbrottet i princip inte uppstå.[1450]

För det andra är förbudet mot lönediskriminering utformat som en tvingande regel, som ger enskilda arbetstagare möjlighet att föra processer angående könsdiskriminerande lönesättning. Förbudet mot lönediskriminering är utformat som en regel som tar sikte på den individuella rättvisan och ett avgörande i arbetsdomstolen har i första hand rättsverkan i förhållande mellan parterna i målet, arbetsgivaren och den som befunnits diskriminerad. Rättsföljden kan bli att ett anställningsavtal eller ett kollektivavtal helt eller delvis ogiltigförklaras – i den del som avtalet strider mot lagen.[1451] JämO hade även yrkat på att det lokala kollektivavtalet mellan landstinget och SHSTF skulle ogiltigförklaras. Domstolens argumentation får ses mot bakgrund av att en enskild doms verkan på det kollektiva planet inte är helt förutsebar. Regeln har en latent funktion och ett enskilt mål kan få konsekvenser för, som i det här fallet, alla barnmorskor (och klinikingenjörer) som berörs av det lokala kollektivavtalet.

Jag finner scenariot där den fackliga motparten stämmer arbetsgivaren, som betalat för mycket i lön till en arbetstagare, för kollektivavtalsbrott och där arbetsgivaren får bevisbördan för att arbetena är likvärdiga, som högst osannolikt. Mer sannolikt framstår hotet från arbetsgivarföreningen om en enskild medlem i arbetsgivarkollektivet obstruerar mot systemet. Arbetsgivaren kan i sådant fall riskera uteslutning ur organisationen. Det beskrivna moment 22 scenariot tar dock domstolen som grund för att i målet där barnmorskans arbetsuppgifter jämfördes med klinikingenjörernas göra en intresseavvägning. Med hänvisning till arbetsgivarens rättssäkerhet ställde domstolen särskilt stränga krav på bevisningen. Någon diskussion om individens rättssäkerhet i det kollektiva förhandlingssystemet för domstolen anmärkningsvärt nog ej.

[1449] Om minimilöneavtalets bakgrund se Victorin, 1973 s. 19 och 29.

[1450] Det kollektivavtal som gällde i barnmorskemålet, ÖLA 93, var av denna karaktär. Se avtalets 2 § "Därför skall lönen för enskild arbetstagare vara individuell och differentierad och bestämmas utifrån arbetstagarens bidrag till verksamhetsförbättringar, befattningens ansvarsnivå, svårighetsgrad och befogenheter samt arbetstagarens prestation och duglighet".

[1451] Om rättsverkningarna av en dom se vidare i 5.3.

> Enligt arbetsdomstolens mening måste det inte minst av rättssäkerhetsskäl ställas stora krav på en arbetsvärdering som åberopas i ett lönediskrimineringsmål till stöd för ett påstående om att vissa arbeten är likvärdiga när denna värdering avviker från de generella värderingar som kommer till uttryck i kollektivavtalens lönebestämmelser, särskilt gäller detta vid jämförelse av arbeten som är av helt skilda slag. Det krävs inte bara att värderingen är könsneutral utan också att den i övrigt är i möjligaste mån objektiv och genomförd på ett sådant sätt att den medger säkra slutsatser. Samtidigt står det klart att man inte kan uppställa så stränga krav på en fristående arbetsvärdering att det i praktiken blir omöjligt att påvisa att två arbeten är likvärdiga. Kraven får med andra ord inte vara så långtgående att lagens lönediskrimineringsförbud blir ineffektivt.[1452]

Av det citerade utdraget ur domskälen anser jag att arbetsdomstolen satt beviskraven mycket högt – det krävs "säkra slutsatser" för att de generella värderingar som finns på arbetsmarknaden skall kunna ifrågasättas.[1453] JämO hade i målet inte enbart bevisbördan för att just Kia Wetterbergs lön var diskriminerande, utan den totala bevisbördan bestod i att visa att den kollektiva och strukturella diskriminering som finns på arbetsmarknaden, och som kommer till uttryck i kollektivavtalen, existerar och att den strider mot 18 § JämL. Bevisningen i målet, arbetsvärderingen, bedömdes som osaklig medan sakligheten hos det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet aldrig kom att ifrågasättas. Det tål att diskuteras om svensk rättspraxis uppfyller EG-rättens effektivitetsprincip – är det över huvud taget möjligt att tillämpa principen om lika lön för likvärdigt arbete om de arbeten som jämförs är artskilda?[1454] Frågan som också kan ställas är om individuella rättigheter av denna karaktär kolliderar i så hög grad med det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet att en hopjämkning är omöjlig?

Hierarkin

Det finns många uppseendeväckande argument i domskälen i barnmorskemålet. Bland de mer anmärkningsvärda finner jag de upprepade hänvisningarna till den hierarki som existerar inom den offentliga sektorn. Arbetsdomstolen är kritisk till den valda arbetsvärderingsmetoden, då den inte tar hänsyn till vad andra fackliga organisationer som organiserar exempelvis undersköterskor och läkare har för synpunkter på arbetsvärderingen: "(d)vs. personal som ingår i samma hierarki som barnmorskorna". Utifrån arbetsgivarens synvinkel menade domstolen också att

[1452] AD 1996 nr 41 s. 306.

[1453] Jfr SOU 1993:7 s. 279, där utredaren konstaterar att arbetsvärdering inte kan bli strikt objektiv vilket också citeras i domskälen på sidan 303.

[1454] Effektivitet handlar här om måluppfyllelse.

lönestrukturen måste ses i ett vidare sammanhang. Arbetsdomstolen tillerkände yrkesgruppen läkare en särställning bland grupperna i lönestrukturen: "Enligt arbetsdomstolens mening kan man inte bortse från läkarnas invändningar mot beskrivningarna av barnmorskearbetet och även av det skälet framstår det som tveksamt om beskrivningarna kan läggas till grund för värdering av arbetet."[1455] Läkarna framstår här som part i målet och deras "invändningar" är av särskild vikt. Den fråga som arbetsdomstolen glömmer att ställa är om inte läkarna som yrkesgrupp kan ha något eget intresse i målet. I en avhandling, "Barnmorskan och läkaren", beskrivs relationen mellan barnmorskan och läkaren i ett historiskt perspektiv som en spegelbild av rådande genusordning.[1456] Konflikten mellan de två professionerna är således utforskad och känd.

Vid läsning av domen uppkommer också frågan vad det var som egentligen skulle prövas i målet? Sammanfattningsvis vill jag hävda att arbetsdomstolens uppgift var att bedöma om barnmorskan Kia Wetterbergs arbete var likvärdigt med de båda klinikingenjörernas – det vill säga – förelåg det en så kallad presumtion om lönediskriminering. Vad domstolen gör genom sin domskrivning och sitt domslut är att gardera sig för alla eventuella effekter som skulle kunnat uppstå om barnmorskans arbete befanns likvärdigt med klinikingenjörernas. Dessa garderingar tas sedan till grund för att ställa kravet om "säkra slutsatser" och därmed underkänna den av JämO initierade utredningens bevisvärde. Genom detta förfarande kan arbetsdomstolen undvika att ta ställning i sakfrågan. Om en barnmorskas arbete är likvärdigt jämfört med en klinikingenjörs är fortfarande en öppen fråga. Denna fråga kommer kanske att prövas i det nu pågående Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 66.

Jag har tidigare klassificerat Barnmorskemålet som ett svårt fall. För att lösa svåra fall kan den juridiska argumentationen byggas upp kring konsekvenserna av en systemförändring. De konsekvensorienterade grunder som jag funnit i domskälen är exempelvis hänvisningen till hierarkin inom sjukvården, till lönestrukturen och till förhandlings- och avtalssystemet. Arbetsvärderingen måste kunna medge "säkra slutsatser". Om det inte med säkerhet kan fastställas att artskilda arbeten är likvärdiga kan konsekvensen bli att förhandlings- och avtalssystemet hotas. Domstolen försöker här argumentera normrationellt då arbetsgivarens rättssäkerhet påstås vara i fara. I det här fallet rationaliserar domstolen och anför mycket tveksamma motiv för sina ställningstaganden.[1457] Samtidigt klär

[1455] AD 1996 nr 41 s. 310.

[1456] Se Öberg, Lisa, Barnmorskan och läkaren. Kompetens och konflikt i svensk förlossningsvård 1870–1920. 1996 s. 301.

[1457] Eckhoff, 1979 s 104. Enligt Eckhoff innebär rationalisering att domstolen anför bättre motiv än vad den har.

domstolen argumentationen i en juridisk dräkt som blir en variant av kejsarens nya kläder, emedan problemet inte kan anses existera. Arbetsgivare är idag inte bundna av normallöneavtal och kollektivavtalsbrottet kan således inte uppstå.

Argumentationen är också motsägelsefull, å ena sidan skall det vara möjligt att bevisa att artskilda arbeten är likvärdiga och å andra sidan kan artskilda arbeten inte vara likvärdiga om parterna på arbetsmarknaden bedömt dem som olika mycket värda. Detta är vad som i förarbetena kallas för "generella värderingar".[1458] Arbetsdomstolen misslyckas med att bygga upp en argumentationen som kan framstå som subsumtionslogisk och normrationell. De konsekvensorienterade grunderna är mycket tydliga i domskälen. Arbetsdomstolen döljer inte ens att det är konsekvenserna av en fällande dom som är motivet för argumentationen. Boel Flodgren menar att det nog finns "(f)og för att påstå att AD:s beslut i de svåra fallen i större utsträckning styrs av de förväntade samhälleliga konsekvenserna av besluten än av de texter som finns i rättskällorna, trots att besluten inte explicit utformas så att detta framgår."[1459] I Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, är domskälen mycket tydliga – konsekvenserna måste undvikas.

Arbetsdomstolen gör i sin argumentation i målet en intresseavvägning mellan arbetsgivarens, och den kollektiva motpartens, krav på fortsatt etablerad position inom förhandlings- och avtalssystemet och den enskilde arbetstagarens krav på rättvisa normer. Rent faktiskt följer domskälen svarandepartens synpunkter och invändningar i målet till punkt och pricka. Att arbetsdomstolen inte förmår att argumentera på ett annat sätt, och som en följd av detta underkänner bevisningen, får ses mot bakgrund av att de normskapande aktörerna är en del av den rättsskapande institutionen och som sådana bundna av sina egna etablerade normer. Avvägningen mellan parternas intressen görs till arbetsgivarpartens fördel, vilket medför att rättssäkerheten och systemet som sådant bevaras. Något kaos uppstår inte i landstingets lönehierarki.[1460]

[1458] AD 1996 nr 41.

[1459] Flodgren, Boel, Arbetsdomstolen som rättsbildare – Reflexioner kring några monumentalfall från arbetsdomstolen. 1983 s. 135. I Perspektiv på arbetsrätten Vänbok till Axel Adlercreutz.

[1460] Se för en jämförelse avhandlingens del II:3.5. Kerstin Hesselgrens motion från 1927 avslogs av riksdagen med motiveringen att en sådan förändring – att höja en kvinnas lön – skulle rubba hela lönesystemet på hospitalet.

3.5 Brytande av presumtionen – arbetsgivarens motbevisning

Om en presumtion om lönediskriminering har uppkommit, genom att arbetena bevisligen anses vara lika eller likvärdiga, går bevisbördan över till motparten. Av regeln följer att de presumtionsbrytande grunderna består i att det funnits skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet, eller att lönesättningen inte vare sig direkt eller indirekt har sin grund i kön. Dessa två led i andra stycket av 18 § är egentligen inte två led utan ett, i båda fallen skall arbetsgivaren kunna visa på sakliga omständigheter som förtar presumtionen om könsdiskriminering. Bevisningen handlar i båda fallen om att på ett övertygande sätt visa domstolen att arbetsgivarens grunder för de löneskillnader som uppstått för jämförelsepersonerna, inte har haft något samband med deras kön. Det handlar dock inte om att visa på att det har funnits något annat syfte, utan det som skall styrkas är de sakliga förutsättningar som legat till grund för lönesättningen. I det första ledet – sakliga förutsättningar – handlar det om inre faktorer som kan härröras till jämförelseobjekten. I det andra ledet – ej samband kön – handlar det om yttre faktorer som bryter det presumerade sambandet med kön. Av lagtexten framgår att såväl direkt som indirekt diskriminering kan motbevisas på dessa grunder.

3.5.1 Skillnader i sakliga förutsättningar

Begreppet sakliga förutsättningar används i jämställdhetslagen som en presumtionsbrytande grund, dels i samband med förbudet mot könsdiskriminering i samband med anställning och befordran, dels i samband med förbudet mot lönediskriminering. Återigen får vi konstatera att tolkningen av ett begrepp försvåras på grund av bristande definitioner. Vad som är sakliga förutsättningar för löneskillnader framgår inte av lagens förarbeten. Arbetsdomstolen hämtar i Kumlamålet, AD 1995 nr 158, vägledning från de förarbetsuttalanden som behandlar förbudet mot könsdiskriminering vid anställning.[1461] Förarbetsuttalandet leder till att sakliga förutsättningar skall ses som normer som är: ”(o)bjektiva i den mening att de ter sig förklarliga och i huvudsak rationella för en utomstående.”[1462] Om vi istället för meritvärdering i samband med en anställningstvist, tänker oss löneskillnader innebär detta att utanför begreppet sakliga förutsättningar, kan vi lämna alla löneförmåner som kan relateras till arbetsgivarens godtycke och subjektiva värderingar. Det som är god-

[1461] Se även AD 1997 nr 68.
[1462] Prop. 1978/79:175 s. 51.

tyckligt är oförklarligt. Det andra kriteriet är rationalitet. Det beslut som är ekonomiskt rationellt är sakligt om det inte är direkt eller indirekt könsdiskriminerande.

I förarbetena framställs ett sätt att pröva den rationella normens saklighet, genom att undersöka om normen även tillämpas i konkurrens med sökande av samma kön. Det finns två aspekter som bör läggas till detta förarbetsuttalande. För det första att 1979 års lag inte innehöll ett uttryckligt förbud mot indirekt diskriminering och för det andra att normer och värderingar vid anställningsbeslut och lönesättning är av olika karaktär. Det kan därmed ifrågasättas om uttalandet bör ges någon större betydelse vid rättstillämpning idag. Dessutom anges i propositionen att presumtionen i samband med diskriminering vid nyanställning skall vara stark, till skillnad från bedömningen av att presumtionen vid lönediskriminering inte skall anses vara särskilt stark.[1463]

Sakliga förutsättningar som presumtionsbrytande grund har kommit att tolkas som relaterade till den som utför arbetet. Det handlar i detta fall om arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet – meritvärdering.[1464] Dessa egenskaper eller förmågor skulle kunna vara förklaringen till att löneskillnaderna uppkommit. Dessa inre faktorer kan exempelvis vara längre anställningstid, större produktivitet, högre skicklighet eller högre kvalifikationer om faktorerna tillämpas på ett könsneutralt sett och har betydelse för arbetets utförande. Bevisupptagningen gällande sakliga förutsättningar har i första hand skett genom vittnesförhör med överordnade och jämförelsepersonerna.[1465]

I Kumlamålet, AD 1995 nr 158, prövade domstolen som yttre faktor marknadsrelaterad lönesättning och som inre faktorer ålder, personliga kvalifikationer och utförda prestationer, samt olika nivåer för inlösen av övertidsersättning. Jag vill påpeka att domstolen i målet anger två mål från EG-domstolen, Bilka Kaufhaus- samt Danfossmålet, i samband med prövningen av arbetsgivarens anförande av "sakliga förutsättningar".[1466] I sin motbevisning hävdade kommunen att när det gäller personliga kvalifikationer saknade den kvinnliga ekonomen visioner, kreativitet och drivande egenskaper. Dessa egenskaper hade den anställde socialekonomen visat sig inneha. Vad arbetsgivaren sökte vid anställningstillfället var en person med "hårda nypor". Detta var det främsta skälet till att

[1463] A a. s. 49.

[1464] A.a. 1978/79:175 s. 53.

[1465] Se exempelvis AD 1984 nr 140, AD 1995 nr 158 och AD 1996 nr 41.

[1466] Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz (1986) ECR 1607 samt 109/88 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.

löneskillnaden uppstod vid anställningstillfället och till att den bestod därefter. Ett ytterligare skäl var inlösen av övertidsersättning.[1467]

Arbetsdomstolen menade att Kumla kommun inte hade förmått visa att det fanns skillnader i arbetstagarnas personliga kvalifikationer för arbetet. Svaranden hade inte heller lyckats visa någon objektiv grund för skillnader i värderingen vid inlösen av övertidsersättning. I Mjölby-målet, AD 1997 nr 68, prövade arbetsdomstolen också frågan om personliga kvalifikationer och prestationernas betydelse för lönesättning. I detta mål rörde tvisten två kvinnliga gymnasielärare som ansåg att de var lönediskriminerade jämfört med en manlig kollega. Parterna var i målet överens om att arbetena var lika eller i vart fall likvärdiga och frågan var således om den individuella lönesättningen var objektivt grundad. Bertil fick när han anställdes som lärare en månadslön av 18 700 kr. Ingrid och Birgitta som hade varit anställda i tio år vid skolan hade då en månadslön som uppgick till 16 931 kr. Löneskillnaden minskade successivt genom revisionsförhandlingar och 1996 kvarstod 500 kr per månad.[1468]

Även i detta mål påpekade domstolen att lönediskrimineringsregeln inte är en materiell föreskrift om lika lön för lika arbete. Individuell lönesättning är tillåten och arbetstagare skall kunna premieras för sina personliga kvalifikationer, det vill säga det mervärde som de skapar. Även här hämtade domstolen stöd för argumentationen i äldre förarbetsuttalanden och i Journalistmålet, AD 1991 nr 62. Presumtionen var inte stark, det vill säga det kunde inte ställas höga krav på arbetsgivarens motbevisning.[1469] Arbetsdomstolen utgick även från EG-rättens proportionalitetsprincip och framhöll att det är den nationella domstolen som skall pröva bevisningen, utgående från om lönesättningen motsvarar verkliga behov i verksamheten och är adekvat och nödvändig för att uppnå det resultat som eftersträvas. Proportionalitetsprincipen används utan att arbetsdomstolen tagit ställning till om kvinnorna var direkt eller indirekt diskriminerade. Utifrån denna princip bedömde arbetsdomstolen de skäl som svaranden, arbetsgivaren, menade var sakligt grundade. Utan tvivel ökade detta förfarande möjligheten att göra intresseavvägningar.

Skälen för att Bertil fick en högre lön då han anställdes, jämfört med Ingrid och Birgitta, var dels att särskilda kvalifikationer i form av datakunskaper efterfrågades, dels att marknaden reglerade prissättningen av

[1467] Se s. 1142 i domen. Kommunen hade ursprungligen också angett ålder som ett sakligt skäl för lönesättningen. I domstolen åberopades inte längre denna grund (s. 1140).

[1468] I målet yrkade CF, Civilingenjörsförbundet, på ekonomiskt skadestånd för två olika perioder av löneskillnader samt på ett ideellt skadestånd à 50.000 kr per lönediskriminerad kvinna. Mjölby kommun bestred yrkandena men vitsordade de ekonomiska skadeståndbeloppens beräkning.

[1469] AD 1997 nr 68 s. 519.

dessa egenskaper. Bertil hade tidigare arbetat på den privata delen av arbetsmarknaden och krävde motsvarande lön. Intentionerna i det gällande kollektivavtalet ÖLA 93, Löneavtal 94, hade följts när lönen bestämdes. Lönen skall vara: "(i)ndividuell och differentierad och bestämmas utifrån arbetstagarens bidrag till verksamhetsförbättringar, befattningens ansvarsnivå, svårighetsgrad och befogenheter samt arbetstagarnas prestation och duglighet". Skillnaden i lönesättning motsvarade det "mervärde" som Bertil skapade. Arbetsgivarens skäl för att Bertils lön fortfarande var högre, efter revisionsförhandlingar, än de kvinnliga arbetskamraternas var att kollektivavtalet i sig är en "(o)bjektiv grund och visar att lönerna är rätt värderade". När det gällde de sakliga förutsättningarna menade kommunen att Bertil visserligen inte visade sig ha en förväntad pedagogisk skicklighet, men å andra sidan fanns hans datakompetens fortfarande kvar.[1470]

Arbetsdomstolens majoritet kom slutligen fram till att presumtionen om lönediskriminering hade brutits och därmed var löneskillnaden inte diskriminerande vid något av tillfällena för jämförelsen. Proportionalitetsbedömningen gav till resultat att: "Sammantaget anser arbetsdomstolen därför att det finns skäl att utgå från att kommunen grundade sitt beslut att anställa Bertil Eriksson på de kunskaper man hade om dennes utbildning och näringslivserfarenhet och att kommunen med dessa kunskaper utgick ifrån att skolan med honom skulle tillföras en höjd datakompetens och därigenom också nå förbättringar i skolans verksamhet. Den utredning som förebragts visar att kommunen också vid anställningstillfället måste anses ha haft fog för denna bedömning."[1471] Lönesättningen var en nödvändig och adekvat åtgärd för att kommunens behov av datakompetens skulle kunna tillgodoses. En ledamot, Solveig Paulsson, var skiljaktig. Hon menade att kommunen inte hade kunnat visa att det fanns sakliga skäl för lönesättningen. "Sakliga förutsättningar för att uppfylla kravet på en bra lärare är enligt min mening dels goda ämneskunskaper, dels pedagogisk förmåga att lära ut kunskaperna till eleverna. Vid lönesättning bör naturligtvis båda faktorerna vägas in."[1472]

Arbetsdomstolen använde EG-rätten som en kil när den slog in proportionalitetsprincipen i svensk rätt. I detta mål ställde domstolen åter dörren på glänt, och det räcker att arbetsgivaren är i god tro angående de förväntade mervärdet i en nyanställningssituation för att presumtionen skall brytas. Individuell lönesättning ger en möjlighet att premiera särskilda förväntade egenskaper och ett antaget marknadsläge. Arbetsgivarens goda tro stärktes också av det faktum att den fackliga organisationen,

[1470] A.a. s. 518. Här hänvisar svaranden till målet C 400/93 p. 44–47.
[1471] Se s. 524.
[1472] Protokollsbilaga till aktbil. 39.

Civilingenjörsförbundet, CF, inte tagit upp frågan om lönediskriminering i samband med de lokala löneförhandlingarna. Frågan om lönediskriminering hade inte gjorts till ett gemensamt intresse och CF ansåg att löneskillnaderna skulle rättas till utanför lönepottens ramar.

3.5.2 Marknaden som faktor för lönesättning

Det vanligaste bevistemat brukar vara att lönesättningen är marknadsrelaterad. Går det då att styrka marknadsfaktorerna och hur höga beviskrav ställer arbetsdomstolen? Ett problem är att marknadsmekanismens betydelse för lönesättningen inte är tillräckligt utredd och att de ekonomiska teorier som finns pekar åt olika håll. Efterfrågans och utbudets betydelse bedöms på olika sätt i förhållande till de löneskillnader som uppstår.[1473] Motbevisningen kan i detta fall synas höra hemma på ett annat plan än den bevisning som förs för att styrka att arbetena är lika eller likvärdiga.[1474]

De krav på arbetsgivarens presumtionsbrytande bevisning som fanns i 1979 års lag prövades enbart i Journalistmålet, AD 1991 nr 62.[1475] Målet gällde två journalister vid Sveriges lokalradio som otvistigt utförde lika arbete.[1476] Mannen anställdes nio månader senare än kvinnan och fick i samband med anställningen en högre lön än den kvinnliga journalisten. Löneskillnaden var under 13 månader 700 kr/månad. Lönerna var individuellt bestämda efter riktlinjer i ett kollektivavtal antaget av SAF och PTK för tjänstemannaområdet. Enligt avtalet skall lönesättningen vara individuell och differentierad efter kriterier som ansvar, svårighetsgrad i befattning samt personlig prestation och duglighet. Marknadskrafterna sades också, enligt kollektivavtalet, kunna påverka lönesättningen.

Målet har tolkats som om att arbetsdomstolen just tog fasta på marknadskrafternas påverkan på lönebildningen.[1477] I vart fall är det tydligt

[1473] Se avhandlingens avsnitt I:3.5 om ekonomiska teorier och löneskillnader.

[1474] Jfr Lindell, 1987 s. 320.

[1475] Lagens lydelse var vid denna tidpunkt:

2 § En arbetsgivare får inte missgynna en arbetstagare eller en arbetssökande på grund av hans eller hennes kön.

4 § Missgynnade på grund av kön föreligger även när en arbetsgivare

1. tillämpar sämre anställningsvillkor för en arbetstagare än dem som arbetsgivaren tillämpar för arbetstagare av motsatt kön när de utför arbete, som enligt kollektivavtal eller praxis inom verksamhetsområdet är att betrakta som lika eller som är likvärdigt enligt en överenskommen arbetsvärdering, om arbetsgivaren inte kan visa att de olika anställningsvillkoren beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet eller att de i varje fall inte beror på arbetstagarnas kön. (SFS 1979:1118)

[1476] Målet gällde inte likvärdigt arbete som felaktigt uppges i AD 1995 nr 158. Yrkandena bestod i krav på ekonomiskt och ideellt skadestånd (5000 kr).

[1477] Se exempelvis JämO:s handbok om lönediskriminering. 1995 s. 57.

att arbetsgivarens motargument bygger på att mannens lönekrav var ett utslag av marknaden.[1478] Vilka krav ställde då arbetsdomstolen avseende arbetsgivarens motbevisning? För det första påtalar domstolen att det, enligt förarbetena, inte rör sig om en allmänt sett stark presumtion, vilket innebär att kraven på arbetsgivarens motbevisning inte kan ställas alltför högt.[1479]

Vad domstolen sedan ser är två stycken individuella anställningssituationer utan relation till varandra. Domstolen ser inte sambandet dem emellan, utan godtar mannens förhandlingskrav som ett utslag av marknadskrafternas påverkan på lönebildningen. Marknadskrafterna förutsätts vara utan kön och en yttre omständighet som bryter presumtionen om könsdiskriminering.[1480]

> De omständigheter som sålunda förelåg till LRAB:s övervägande i det senare anställningsärendet är av sådan natur, att de vid individuell lönesättning enligt vedertagen praxis på arbetsmarknaden beaktas av seriösa arbetsgivare vid bedömning av frågan, om en arbetssökandes löneanspråk skall tillgodoses eller leda till att vederbörande inte anställs.[1481]

Dock menade domstolen att principiellt sett räcker inte detta som motfaktum, utan det måste i detta fall finnas även andra omständigheter som legat till grund för lönesättningen. Domstolen verkar mena att dessa omständigheter är den lönerevision som ej kom den nyanställda kvinnliga journalisten till del, när arbetsgivaren fattade sitt anställningsbeslut. Sammantaget innebar detta att arbetsgivaren hade lyckats visa att löneskillnaden inte hade sin grund i kön. I domen uttrycktes slutligen också att arbetsgivaren inte haft någon legal skyldighet att höja den kvinnliga journalistens lön på grund av att en jämförbar man fick högre lön. Lönediskrimineringsregeln är "(i)nte någon materiell föreskrift om lika lön till en kvinna och en man för lika arbete hos samma arbetsgivare".[1482]

En av domstolens partsledamöter redovisade en avvikande mening där hon menade att beviskraven ställts för lågt av majoriteten. I den skiljaktiga meningen citerades delar av ett uttalande av Lord Denning, domare i den brittiska Court of Appeal.

[1478] Att det var lätt att nå enighet om kvinnans lön måste då också vara ett utslag av marknaden, vilket medför att marknaden i sig inte är könsneutral.
[1479] Se prop. 1978/79:175 s. 76 ff. Krav på motbevisningen skall ta hänsyn till den praktiska betydelsen av lönesättning efter personliga kvalifikationer.
[1480] Marknaden var också ett stort nummer i den muntliga bevisningen i barnmorskemålet. Båda sidor kallade in akademisk expertis som uttalade sig om marknaden och lönesättningen.
[1481] AD 1991 nr 62 s. 365.
[1482] A.a. s. 362.

> En arbetsgivare kan inte undgå sina förpliktelser enligt lagen genom att säga: "Jag betalade honom mera därför att han begärde mera" eller "jag betalade henne mindre för att hon var villig att ta anställning för mindre." Om någon sådan ursäkt tilläts, skulle lagen vara en död bokstav. Dessa är i själva verket just skälen till att lönerna var ojämlika innan lagen kom till. De är just de omständigheter under vilka lagen avsetts få sin verkan. Inte heller kan arbetsgivaren undgå sina förpliktelser genom att ange skälen till att han gav efter för de yttre faktorerna. Som t.ex. genom att säga: "Han begärde den lönen därför att det var vad han hade i sitt tidigare arbete" eller han var den ende sökanden till tjänsten, så jag hade inte något val." I sådana fall kan arbetsgivaren slå sig för bröstet och säga: "Jag gav honom inte högre lön för att han var man. Jag gav honom den därför att han var den enda lämpliga personen som sökte tjänsten. Man eller kvinna gjorde ingen skillnad för mig." Detta är arbetsgivarens personliga skäl. Om något sådant skäl godtogs som ursäkt, skulle dörren stå vidöppen. Varje arbetsgivare som önskade undkomma lagen skulle promenera rakt genom den.[1483]

Jag anser att Lord Denning i detta anförande mycket väl sammanfattar problematiken med arbetsgivarens motbevisning – ställs beviskraven för lågt: "promenerar arbetsgivarna ut genom den vidöppna dörren."

Om vi jämför dessa krav på arbetsgivarens motbevisning med de krav som arbetsdomstolen ställde i Kumlamålet, AD 1995 nr 158, är frågan om den då gällande EG-rätten fick någon genomslagskraft i rättstillämpningen? Ställde arbetsdomstolen högre krav på arbetsgivarens motbevisning för att presumtionen skall anses genombruten än i tidigare mål?

I Kumlamålet uppstod löneskillnaden mellan stadsbyggnadsekonomen och socialekonomen på ett liknande sätt som i Journalistmålet. I båda fallen var lönen satt i samband med en nyanställningssituation där arbetsgivaren "(f)ör att få rätt man till rätt plats" betalade utöver det gängse priset för motsvarande arbetskraft.[1484] Efterfrågan påstods ha styrt lönesättningen, vilket gav upphov till löneskillnader och en presumtion om könsdiskriminering i lagens mening. I båda målen hävdade arbetsgivaren i sin motbevisning att det var denna typ av faktorer som styrt lönesättningen och att löneskillnaden således inte hade något samband med jämförelsepersonernas kön.[1485]

[1483] Citatet är hämtat ur AD 1991 nr 62 s. 355. Ursprungligen kommer det från Clay Cross Ltd v Fletcher, Court of Appeal, 1979, Storbritannien. Se Ellis, 1998 s. 126.

[1484] I journalistmålet, AD 1991 nr 62, uttryckte arbetsgivarparten att mannen hade "nyhetsnäsa" och i Kumlamålet, AD 1995 nr 158, handlade det om "hårda nypor", som grund för acceptansen av lönekravet.

[1485] I bevisningen i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, förekom också begreppet marknaden som grund för lönesättningen. Arbetsgivarens motbevisning prövades emellertid aldrig av domstolen.

I Kumlamålet, AD 1995 nr 158, redovisades domstolens ställningstagande i det tidigare Journalistmålet, AD 1991 nr 62, och nu framhölls att avgörande vikt hade fästs vid den omständigheten att en lönerevision hade förekommit mellan de båda anställningarna. Det var alltså vid en sammantagen bedömning som domstolen kommit fram till att motbevisningen räckte för att bryta presumtionen i det äldre målet. Domstolen fortsatte och redovisade också rättspraxis från EG-domstolen som "vägledande uttalanden". De principer som arbetsdomstolen menade skulle vara vägledande vid bedömning av arbetsgivarens motbevisning var att arbetsgivaren skulle visa att policyn för lönesättning var objektivt grundad och inte beroende av kön, att arbetsgivarens lönepraxis hade sin grund i verkliga behov, att de redovisade skälen var adekvata och nödvändiga för att arbetsgivaren skulle uppnå det resultat som eftersträvades – det vill säga proportionalitetsprincipen skulle tillämpas.[1486] Att EG-domstolen endast använt denna bevisbedömningsprincip i mål angående indirekt diskriminering påverkade inte arbetsdomstolens argumentation.

I ett senare stycke i domskälen tar arbetsdomstolen upp EG-domstolens syn på "marknaden" som en objektiv och godtagbar faktor för lönesättning. Slutsatsen som domstolen drar av Enderbymålet är att EG-rätten inte innebär "(n)ågot hinder mot att av marknadsskäl av nu beskrivet slag ge olika hög lön till en man och en kvinna som utför likvärdigt arbete". Det är den nationella domstolen som skall avgöra om det finns sakliga skäl för en arbetsgivare att på grund av efterfråge- eller utbudsfaktorer ge högre lön vid nyanställning jämfört med lönenivån för de redan anställda, konstaterade arbetsdomstolen som en konsekvens av Enderbydomen. Arbetsgivarens beslut måste dock prövas gentemot den så kallade proportionalitetsprincipen. Efter denna korta genomgång av EG-rättens principer för bevisbedömning i lönediskrimineringsmål konstaterade arbetsdomstolen att domen i Journalistmålet, AD 1991 nr 62 var "väl förenlig" med EG-rätten.[1487]

Frågan är om detta ställningstagande uppfyller EG-rättens krav på effektivitet i rättstillämpningen? Enligt min mening är så inte fallet. Rättspraxis från EG-domstolen kan inte enbart ses som "vägledande" för en nationell domstol. Arbetsdomstolen har en skyldighet att frångå tidigare gällande praxis om den strider mot EG-rätten. I Journalistmålet, 1991 nr 62, gjordes ingen egentlig prövning av arbetsgivarens motbevisning, i vart fall inte utifrån de krav på bevisad proportionalitet i arbetsgivarens handlande, som EG-domstolen ställer. Jämförelsen mellan de två målen haltar således.

[1486] AD 1995 nr 158 s. 1154. De mål som domstolen valt ut är Bilka Kaufhaus, C-170/84, Danfoss, C-109/88, Kowalska, C-33/98 och Enderby, C-127/92.
[1487] A.a. s. 1155.

Vilken prövning av arbetsgivarens motbevisning gjorde arbetsdomstolen i Kumlamålet, AD 1995 nr 158? Godtogs kommunens marknadsskäl som presumtionsbrytande grund? Av målet framkommer att det är just denna nyanställningssituation och behovet av "rätt person" som varit grunden för kommunens lönesättning. Detta förhållande utgör en del av motbevisningen. I domskälen gör arbetsdomstolen en grundlig genomgång av hur löneskillnaden uppstod under anställningsförfarandets gång. Domstolen konstaterade att den manlige ekonomen fick högre lön än den kvinnliga ekonomen, på grund av att han stämde med den bild som kommunens förhandlare hade av de personliga egenskaper som krävdes för arbetet. Domstolen fann det dock oklart om de egenskaper som förhandlarna "(i)akttog och uppskattade motsvarade det behov som kommunen verkligen såg".[1488] Det framkom heller inte av bevisningen i målet om det var en nödvändig och adekvat åtgärd att ge den manlige ekonomen högre lön, jämfört med exempelvis den redan anställda kvinnliga ekonomen.[1489]

Slutligen fann domstolen att arbetsgivaren inte hade lyckats visa att löneskillnaden motiverades av "sakligt grundade marknadsskäl". Arbetsdomstolen gjorde här, till skillnad från i Journalistmålet, AD 1991 nr 62, en adekvansbedömning av arbetsgivarens handlande. Den högre lönesättningen var inte en adekvat och nödvändig åtgärd. Enligt min mening ställer arbetsdomstolen högre krav på arbetsgivarens motbevisning i detta mål än vad domstolen gjorde i Journalistmålet. Det är därmed inkonsistent av domstolen att hävda att detta avgörande fortfarande har prejudikatvärde. Frågan om svag eller stark presumtion får därmed anses tillhöra det förgångna och kraven på arbetsgivarens motbevisning har som en följd av tillämpningen av EG-rätten höjts – "dörren står inte längre vidöppen".

Frågan om marknaden behandlades också, mycket kort, i Mjölbymålet, AD 1997 nr 68. Att den nyanställde manlige gymnasieläraren – med datakunskaper – hade erfarenhet av "anställningar i näringslivet" var enligt arbetsdomstolen ett sakligt skäl för lönesättningen. "Löneläget i näringslivet för arbetstagare med Bertil Erikssons bakgrund får antas generellt sett vara högre än för den grupp kommunanställda lärare som Ingrid Eke-Göransson och Birgitta Granath tillhörde."[1490] Arbetsdomstolen drog i målet generella slutsatser om marknaden och prövade inte i sak om detta förhållande var könsrelaterat. Den ledamot (arbetstagarledamot) som

[1488] AD 1995 nr 158 s. 1156 f.

[1489] Statistiskt sett finns det löneskillnader mellan just socialekonomer och andra ekonomer på marknaden. Socialekonomer, som ofta är kvinnor, har en förhållandevis lägre lön.

[1490] AD 1997 nr 68 s. 525.

var skiljaktig i sak ansåg att det syntes henne som om "(B)ertil Erikssons tidigare anställning i näringslivet varit den avgörande faktorn vid lönesättning." Att lönerna generellt sett är högre på det privata avtalsområdet än på det offentliga förtog dock inte ledamotens bedömning av att lönediskriminering förelåg i det enskilda fallet.[1491]

[1491] Protokollsbilaga till aktbil. 39.

4 Aktörer i processen

4.1 Inledning

Vilka är aktörerna i processen och vilken ställning har de? Jag avser att ta upp ta frågan om sakkunniga i mål om lönediskriminering, frågan om språk och kön i processen och arbetsdomstolens sammansättning. Är arbetsdomstolen en opartisk domstol?

4.2 Sakkunniga i arbetsdomstolen?

Av domskälen i Kumlamålet, AD 1995 nr 158 och Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, framgår att domstolen kräver en objektiv arbetsvärdering som bevismedel. I första hand ställs krav på ett partsgemensamt utarbetat arbetsvärderingssystem och en värdering som också utförts enligt detta vedertagna system. Som tidigare framhållits strider AD:s krav på att ett framförhandlat arbetsvärderingssystem skall finnas och användas i processen mot EG-rätten.[1492]

Frågan är i vilken utsträckning domstolen skulle kunna förordna en sakkunnig att utföra arbetsvärderingen? I exempelvis brittiska domstolar är det fullt möjligt att låta en av domstolen utsedd sakkunnig göra en undersökning av om arbetena är lika eller likvärdiga.[1493] Ett exempel som anges i förarbetena till jämställdhetslagen är det så kallade kokerskemålet. En oberoende expert utförde arbetsvärderingen i målet där en kokerskas arbetsuppgifter jämfördes med en snickares, en målares och en isoleringsmontörs arbeten. Domen som avkunnades av The House of Lords grundades på denna värdering.[1494]

Reglerna i Rättegångsbalkens kapitel 40 sätter inga hinder för arbetsdomstolens befogenhet att anlita en sakkunnig som utför en arbetsvärde-

[1492] Mål 61/81 Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.

[1493] SOU 1990:41 s. 251 f. I utredningen beskrivs innehållet i en brittisk uppsats som behandlar de oberoende experternas arbete. Av referatet framgår att det finns problem relaterade till processens form och expertens ställning.

[1494] Se bilagedelen till SOU 1993:7.

ring.[1495] Redan i 1990 års betänkande, Tio år med jämställdhetslagen, behandlades frågan om nödvändigheten av en förstärkning av arbetsdomstolen, genom experter i domstolen eller genom anlitandet av sakkunniga. Utredaren konstaterade att möjligheten att förstärka sakkunskapen redan fanns, men att det också vore önskvärt att denna möjlighet utnyttjades.[1496] Ett sakkunnigutlåtande utgör ett bevismedel som det står domstolen fritt att pröva värdet av.[1497] Arbetsdomstolen har ännu inte i något mål om lönediskriminering valt att utse sakkunniga, och eventuella ämbetsledamöter har inte heller utsetts med hänsyn till att försöka höja domstolens kompetens på rättsområdet. I Barnmorskemålet II, AD 1998 nr 66, yrkar JämO på att domstolen skall förordna en sakkunnig i målet. Frågan har ännu inte avgjorts då arbetsdomstolen beslutat att inhämta ett förhandsavgörande, angående frågan om vad som skall anses utgöra lön, från EG-domstolen.[1498]

I 1999 års utredning av jämställdhetslagen framhålls att det enligt den svenska rättsordningen är parterna som skall sörja för bevisningen. Utredaren kommer därefter till den något märkliga slutsatsen att om frågan gäller att utreda om två arbeten är likvärdiga skulle en utsedd expert: "(g)es en uppgift som normalt är domstolens, nämligen att värdera bevisningen". Den sakkunniges uppgift blir visserligen att värdera arbetsuppgifterna, men bevisningen skall naturligtvis domstolen värdera. Utredarens ställningstagande präglas av den tradition som rått i AD – expertisen finns redan i domstolen. Som tidigare nämnts har utredaren under många år tjänstgjort som domare i arbetsdomstolen, vilket kan förklara den negativa inställningen till bruket av sakkunniga. Utredaren hänvisar vidare till tidigare förarbetsuttalanden där det konstaterats att arbetsvärdering inte kan vara objektiv. Som exempel på objektiva sakkunniga nämns tekniker och medicinska experter. Slutligen anser utredaren att normalt sett är anlitande av utomstående experter olämpligt i mål om lönediskriminering.[1499]

I mål som gäller individers rätt att inte bli diskriminerade i arbetslivet borde processens inkvisitoriska karaktär minska, någon erfarenhet eller sakkunskap på detta område finns ännu inte i domstolen. Det finns också en formell sida på myntet – arbetsdomstolen skall döma i målet. Enligt min mening borde domstolen, såsom andra domstolar gör, hämta den

[1495] Se dock Ekelöf, 1990 s. 187. I dispositiva mål bör domstolen inte utse sakkunniga om parterna av ekonomiska skäl motsätter sig detta.
[1496] SOU 1990:41 s. 343.
[1497] 40 kap. 1 § RB.
[1498] Se mål C-236/98 Jämställdhetsmannen mot Örebro Läns Landsting 20000330.
[1499] SOU 1999:91 s. 135. Det äldre förarbetsuttalandet som nämns är från SOU 1993:7 s. 269.

sakkunskap som saknas utanför domstolens rum. Om rättsläget är oklart finns det dessutom en formell skyldighet och möjlighet att ställa tolkningsfrågor till EG-domstolen. AD:s "institutionella hybris" skulle därmed kunna minska.[1500]

Arbetsdomstolen ställer, som åskådliggjorts i analysen av Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, höga krav på kärandens bevisning, i form av arbetsvärdering, och en tolkning är att domstolen söker legitimera sina ställningstaganden i presumtionsbedömningen genom så kallad empirisk täckning. Kan verkligen kravet på empirisk täckning upprätthållas i denna typ av mål? Nya normer kan skapas empiriskt genom att en ny värdering sker, men domstolen måste i detta fall argumentera utifrån jämställdhetslagens syfte. Ett sätt att få en normativ grund för den juridiska argumentationen vore just att anlita expertis på arbetsvärderingsområdet. Kravet på empirisk täckning kan enligt min mening nås på sikt, men i nuvarande rättsläge kan detta krav inte upprätthållas.[1501]

4.3 Könsrelationer i processen

Parter i en tvist om skillnader i lön eller andra anställningsvillkor, enligt 18 § JämL, är arbetsgivaren och oftast en eller flera kvinnliga arbetstagare.[1502] Mellan parterna i en process om lönediskriminering råder det en ojämlik avtalsrelation där arbetsgivaren är den överordnade och arbetstagaren den underordnade. I arbetsrätten är denna relation accepterad som varande asymmetrisk. Ett uttryck för detta är den lagstiftning som kom till under 70-talet, med avsikt att skydda arbetstagaren mot godtyckliga beslut och åtgärder från arbetsgivarens sida, vilket exempelvis åskådliggörs genom kravet på saklig grund i lagen om anställningsskydd, 7 § LAS.[1503]

[1500] Fahlbeck, Reinhold, Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra. 1993 s. 97. I (red.) Nyström, Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Fahlbeck beskriver denna hybris som om att domstolen i sin domsskrivning "anser sig härska över argumenten". Vid jämförelse mellan HD och AD finner, Fahlbeck, att om den första framstår som Fru Justitia så framstår den andra som socialarbetaren.

[1501] Jfr Lindell, 1987 s. 331. "Jag har i detta sammanhang hävdat, att ifall en presumtion uppställs som saknar sannolikhetssamband(empirisk täckning) den p.g.a. sin handlingsdirigerande effekt kan komma att förändra handlingsvanorna i samhället och att den därmed med tiden kan komma att få empirisk täckning."

[1502] Två mål har prövats där manliga arbetstagare ansåg sig diskriminerade i samband med barns födelse enligt kollektivavtals löneutfyllnadsregler se AD 1985 nr 134 samt 1987 nr 132.

[1503] Glavå, 1999.

Den ojämlika könsrelationen tillkommer här och förstärker ytterligare underordningen.[1504] Avtalsrelationen är ojämlik då kvinnors arbete i ett historiskt perspektiv har värderats lägre enbart därför att arbetet har utförts av kvinnor. Den låga värderingen av prestationen gör att utbytet av avtalsrelationen blir 'felaktig' och att asymmetrin ökar på grund av den dubbla underordningen.

Processer avseende lönediskriminering har inte varit möjliga om det inte funnits en manlig arbetstagare att jämföra med. Förekomsten av en jämförelseperson har varit såväl rättsfaktum som bevisfaktum och processen i arbetsdomstolen har fokuserats på denna jämförelse.[1505] I viss mening blir även denna arbetstagare 'part' i processen, men då som jämförelseobjekt. En konflikt om diskriminerande lönesättning är en konflikt mellan tre parter.[1506] För att denna jämförelse skall kunna göras krävs ett deltagande från den enskilde mannens sida. Deltagandet består i att utgöra grund för en jämförelse, som i sig kan vara en mer eller mindre omfattande utredning beroende på vilken metod som används.

Relationen mellan kvinnan och mannen vars arbetsuppgifter jämförs är inte av avtalskaraktär och därför i stort sett osynliggjord. Med Hirdmans terminologi kan relationen liknas vid ett genuskontrakt och en analogi kan göras till den trepartsrelation som finns i samband med borgensförbindelser.[1507] Banken och gäldenären, ofta en man, och banken och borgensmannen, ofta en kvinna, står i ett avtalat förhållande medan det mellan kvinnan och mannen saknas ett avtal om borgensförbindelsen. Dessa osynliga genuskontrakt påverkar parternas ställning i processen och domstolens bevisbedömning. I lönediskrimineringsmål tillkommer problemet att det för att bevisning skall kunna föras krävs att en jämförelseperson är beredd att delta i processen – utan en man, ingen bevisning. Det finns till och med de feministiska forskare som menar att mannen som gynnats borde vara part i processen. Könskonflikten skulle i sådant fall ställas på sin spets.[1508] Å andra sidan skulle utbytesrelationen, konflikten arbetsgivare – arbetstagare eller kapital – arbete, komma i skymundan.

[1504] Dahlberg, Anita, Ett kvinnoperspektiv på juridiken – möjligheter och omöjligheter. 1985 s. 43. I Retfaerd 1985:31.

[1505] I remissvaret till utredningen, En översyn av jämställdhetslagen, 1999:91, föreslår diskrimineringsombudsmannen en ny formulering av diskrimineringsförbudet så att förekomsten av en faktisk jämförelseperson blir ett bevisfaktum bland andra. DOs remissvar Dnr 758-99.

[1506] Dahlberg, 1985 s. 44.

[1507] Se avhandlingens inledning I:3.3 om Hirdmans teorier om genussystemet.

[1508] Se SOU 1990:41 s. 181 f. samt SOU 1993:7 s. 276. Att det handlar om en reell könskonflikt visar de undersökningar som har gjorts när det gäller följderna för dem som gjort anmälningar om könsdiskriminering. En stor andel har blivit trakasserade av (manliga) arbetskamrater, arbetsgivare och fackliga företrädare.

Ett införande av ett nytt processuellt medel – grupptalan – skulle kunna leda till en kollektivisering av denna könskonflikt. I en grupprättegång där gruppanspråkets medlemmar inte individualiseras måste även objekten för jämförelsen bestå av en 'anonym' grupp arbetstagare. Konflikten kommer därmed inte att handla om de enskilda genuskontrakten utan om genussystemet i stort. Konflikten mellan arbetsgivare och arbetstagare – som en asymmetrisk relation – tydliggörs jämfört med en individualisering.

Arbetsdomstolens dömande verksamhet har kritiskt granskats av flera forskare.[1509] Jag menar att det finns all anledning att särskilt i lönediskrimineringsmål analysera vilka värderingar som domstolen ger uttryck för. Värderingarna kan i sin tur påverka bevisprövningen, det vill säga det krav som ställs på full bevisning. I mål om lönediskriminering, särskilt om det inte är den fackliga organisationen som för talan, kan det finnas en värdegemenskap mellan domstolens ledamöter. Den enskildes talan kan ses som ett hot mot den etablerade strukturen, med kollektivavtal som normerar lönerelationerna arbetstagare emellan. Det finns stora likheter mellan denna typ av mål och mål där oorganiserade arbetstagare hävdar sina rättigheter i det kollektiva systemet.[1510] I båda fallen är målantalet mycket litet och domstolens systembevarande argumentation uppenbar.

4.3.1 Språk och kön i processen

Vårt språk har betydelse var vi än befinner oss. Språket säger något om vem vi är, vilken nationalitet och klass vi tillhör och vilket kön vi har. En domstolsprocess bygger i stora delar på ett muntligt bevismaterial i form av hörande av parter, vittnen och sakkunniga.[1511] Först hörs parterna i målet därefter vittnena. Kvinnan talar således före mannen. Förhör kan hållas under vittnesförsäkran och det framgår av lagtexten, RB 37:2, att domstolen endast är intresserad av faktiska och för målet relevanta omständigheter. Det gäller att 'hålla sig till saken'.[1512]

En språkforskare, Suzanne Schlyter, studerade språkets betydelse för värdering av arbete vid ett av de första lönediskrimineringsmålen, Blankketteknikermålet, AD 1984 nr 140. Schlyter visade i sin studie att det är nödvändigt att domstolens ledamöter är medvetna om språkets betydelse. Hon fann att parternas företrädare, advokaterna, talade till sina klienter

[1509] Ett exempel är Flodgren, 1983. Ett annat exempel är är Rimsten, 1998.

[1510] Se Fahlbeck, 1993 s. 103 f.

[1511] RB 43:8

[1512] Se Schömer, 1999 s. 292. Schömer beskriver hur de två kvinnliga blankketteknikerna försökte föra en diskussion med rätten och advokaterna.

på olika språk, ett förhållande som kan ha påverkat domstolens bedömning i målet. Det pågår en språklig process i själva processen som har betydelse för bedömningen av bevisningen. Schlyter utgår från att resursstarka grupper, företrädesvis män, uttrycker sig på ett annat sätt än resurssvaga grupper, företrädesvis kvinnor. Mannens arbetsuppgifter är därmed inte nödvändigtvis mera värda än kvinnornas, men de framstår språkligt sett som att arbetena inte är lika. Mannen: talar längre, har en monologisk stil, har ett något mer komplext språk, framhäver själv sin insats, är intresserad av sak mer än människor, är aktiv och pådrivande. Mannen uppvärderar sina arbetsuppgifter. Kvinnan: talar mindre och kortare, har en dialog stil, har ett något enklare språk, förringar sig själv och sin insats, är intresserad mer av människor än av sak, är mottagande och lyssnande. Hon uppvärderar inte sina arbetsuppgifter.[1513]

Av Kumlamålet, AD 1995 nr 158, framgår det att arbetsdomstolen dragit lärdom av Blankettteknikermålet och den språkanalys som därefter gjordes.[1514] Domstolen beskriver i sina domskäl hur de båda jämförelsepersonernas, den kvinnliga ekonomen och den manliga ekonomen, uttryckt sig i domstolen. Värdet av den muntliga bevisningen jämförs också med arbetsgivarens motbevisning.[1515] Av ett annat rättsfall, Kyrkoherdemålet, AD 1997 nr 16, kan vi se en omvänd argumentation i de vittnesmål som framläggs inför domstolen – ett omvänt könsrollstänkande – kvinnan stämmer inte överens med normen. Målet rörde frågan om arbetsgivarens anställningsbeslut kunde betraktas som könsdiskriminerande. Kvinnan framstår som skrämmande, dominant och svår att samarbeta med, medan mannen har de egenskaper som efterfrågas – en samarbetsingenjör.[1516] Frågan om språk och kön i processen är komplext och bygger inte på någon inneboende logik. En kvinna som 'talar som en man' framstår även hon som avvikande i processen.

Eva Schömer gör en liknande analys av Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. Barnmorskans kraftfulla uppträdande i rätten blev, jämfört med den mer blygsamma klinikingenjören, en kontrast mot det faktum att deras arbetsuppgifterna åsatts olika värden. Barnmorskan och den arbetsvärde-

[1513] Schlyter, Suzanne, En man och en kvinna beskriver sitt arbete, Undersökning av språket i en jämställdhetsrättegång. 1986 s. 22 f. I (red.) Brunnberg, Kerstin, Rapport från en konferens om kvinnors och mäns språk och olika värde, Informationsskrift nr 6 ALC. Se även artikel i Lag&Avtal, 1997 nr 1 s. 20, där kvinnorna som var part i målet uttrycker sin förvåning över målets utgång. "Då tänkte man att det här blir enkelt. Det var ju så självklart ..."

[1514] JämO som förde kärandens talan hade också kallat en forskare till förhandlingen i AD med uppgift att tala om kvinnors och mäns olika förhållningssätt.

[1515] AD 1995 nr 158.

[1516] AD 1997 nr 16. Se Norrby, Ann, Inget lagbrott när man blev kyrkoherde. 1997 s. 11. I Lag&Avtal nr 2 97.

ring som experterna gjort definierades ut som alltför subjektiva. Då barnmorskan uppträdde som en "hel karl" i rätten var hon inte trovärdig.[1517] För barnmorskan hade det varit bättre om hon 'hållit sig på jorden'.[1518]

Av de fyra målen framgår tydligt att språket är av stor betydelse i en domstolsprocess där genusrelationen existerar samtidigt som den osynliggörs i processen och i utformningen av 18 § JämL.[1519] Språket är ett uttryck för de olika positioner som intas i maktrelationen mellan könen. Språket handlar inte om skilda väsen, om feminint och maskulint. Det handlar om hur vi talar och vilka villkor som ställs.[1520] I processen ställdes villkoret att kvinnorna skulle vara objektiva i sina framträdanden i rätten. Inte kommunicera med rätten, inte framhäva sig, inte vara stolta över sitt yrke, inte vara för mycket kvinna och absolut inte tala som en man.

4.3.2 Domstolens sammansättning – sakkunskap och kön

Arbetsdomstolen är en partsammansatt domstol där såväl arbetsgivarorganisationer som arbetstagarorganisationer har att ge förslag till ledamöter.[1521] "AD är en organisationernas domstol."[1522]

> I LRA:s kapitel 3 stadgas om AD:s sammansättning. Det finns tre grupper av ledamöter i AD: ämbetsmän, arbetstagarledamöter och arbetsgivarledamöter. I en huvudförhandling består domstolen normalt sett av sju ledamöter: en ordförande samt två ämbetsmannaledamöter, två arbetstagarledamöter och två arbetsgivarledamöter. Ordförande samt vice ordförande skall vara "lagkunniga" och den tredje ämbetsmannaledamoten tillsätts för sina kunskaper om förhållandena på arbetsmarknaden. Arbetstagar- och arbetsgivarledamöter tillsätts av de största organisationerna på arbetsmarknaden. Alla organisationer är därmed inte företrädda i AD. Ledamöterna i AD har tidsbegränsade förordnanden för en längsta tid av tre år. Här skiljer sig domstolen från övriga domstolar och från RF 11 kap 1 § 3 st. Enligt regeringsformen skall domstolens självständighet, enligt maktfördelningsläran, kunna garanteras genom att ordinarie domare är oavsättlig. Särregleringen i LRA

[1517] Schömer, 1999 s. 337. Schömer har dels närvarat under målet, dels haft bandupptagningarna som arbetsmaterial, se s. 293.

[1518] För att anknyta till jordemor; se om dikotomin himmel-jord del II:1.

[1519] Språket är naturligtvis intressant i alla processer.

[1520] Se Wahl, Anna, Molnet – att föreläsa om feministisk forskning. 1996 s. 36. I Kvinnovetenskaplig tidskrift 96 nr 3-4.

[1521] Se 3 kap 3 § 1 st LRA. Av övriga fjorton ledamöter utses fyra efter förslag av Svenska arbetsgivarföreningen, en efter förslag av Svenska kommunförbundet, en efter förslag av Landstingsförbundet, en såsom representant för staten som arbetsgivare, fyra efter förslag av Landsorganisationen i Sverige, två efter förslag av Tjänstemännens centralorganisation och en efter förslag av Sveriges Akademikers Centralorganisation.

[1522] Fahlbeck, 1993 s. 105.

har motiverats med att AD endast kan fungera om de etablerade organisationerna på arbetsmarknaden känner förtroende för ämbetsmännen. Sigeman och Flodgren har kritiserat detta förhållande och menar att det finns risk för att domstolens oberoende kan sättas i fråga.[1523]

Av 1928 och 1974 års förarbeten till lagstiftningen om arbetsdomstolen framgår det som odiskutabelt att parterna på arbetsmarknaden också skall delta i den dömande verksamheten.[1524] Utgångspunkten 1928 var dock en annan än 1974. Ursprungligen var arbetsdomstolens uppgift begränsad till kollektivavtalstvister där kunskap om arbetsmarknadens självreglering, såväl till form som till innehåll, får anses ha varit högst relevant. 1974 utvidgades domstolens befogenheter och idag kan målen handla om individens rättigheter gentemot avtalsparterna. Även här kan den rättsliga grunden vara ett kollektivavtal, men någon egentlig intressekonflikt behöver inte finnas bland domstolens ledamöter. Rättegångsbalkens jävsregler borde till exempel ha tagits i bruk i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, där Kommunförbundets representant, som också slutit kollektivavtalet, utsågs till ledamot av domstolen i målet.

Vilka är argumenten för och emot en partsammansatt domstol? Lindhagen påpekade i sin promemoria från 1946 att rättegången i AD kan verka "alltför inkvisitorisk". Han framhöll dock nödvändigheten av en stark processledning från domstolens sida, detta kunde motiveras med ledamöternas erfarenhet och sakkunskap, men om dessa egenskaper saknades skulle processledningen inskränkas. Lindhagen var uppenbarligen förespråkare för ett "starkt lekmannaelement" i domstolen. Vidare menade Lindhagen att målen hade en så allmängiltig karaktär att parternas inverkan på dömandet inte kunde undvikas.[1525] Dessa argument kan knappast ha samma betydelse i dag när domstolen i huvudsak sysslar med tvister som rör anställningsskyddslagens tillämpning. Klassisk kollektivavtalstolkning är inte längre arbetsdomstolens huvudområde, utan i dag avgör domstolen i stor utsträckning mål som rör individuella rättsanspråk som i första hand är grundade på lag. Anspråket på en ickediskriminerande lön är ett exempel. Domstolen har dock inte förändrats med anledning av detta. Vad som idag är att anse som domstolens huvuduppgift är omtvistat. Reinhold Fahlbeck menar att då den enskilda anställningsrättens grunder fortfarande är relativt outforskad borde domstolen prioritera detta område framför kollektivavtalstolkningen.[1526] Tore

[1523] Se Sigeman, Tore, Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? 1989 s. 201. I Juridisk Tidskrift 89-90 nr 2-3. Se Flodgren, 1983 s. 103 ff.
[1524] Prop.1928:39 s. 147 ff samt prop.1974:77 s. 246 ff.
[1525] Prop.1947:224 s. 23
[1526] Fahlbeck, 1993 s. 109.

Sigeman menar å sin sida att AD över huvud taget inte borde vara förstainstansdomstol i andra tvister än tolkning av kollektivavtal. Antalet mål till AD skulle därmed minska och domstolens prejudikatkaraktär skulle förstärkas.[1527]

Sverige är som tidigare nämnts ansluten till Europakonventionen om mänskliga rättigheter och sedan 1994 är konventionen inkorporerad som svensk lag. Konventionens artikel 6 innebär en rätt till en opartisk rättegång. I ett antal mål har Europadomstolen uttalat sig om huruvida partsammansatta domstolar kränker denna rättighet. I målet Langborger mot Sverige gällde rättsfrågan Langborgers önskan att undslippa en förhandlingsklausul och att få rätten att själv förhandla om hyran med fastighetsägaren. Målet prövades i bostadsdomstolen, som då var sammansatt av ledamöter från de intresseorganisationer som svarade för de kollektiva hyresförhandlingarna. Europadomstolen uttalade att den generellt sett inte ansåg att bruket av intresseledamöter behövde kränka rätten till opartisk rättegång, men i Langborgers fall fanns det en risk för att intressebalansen kunde rubbas och att kravet på opartiskhet inte kunde uppfyllas. Som en följd av Europadomstolens uttalande i Langborgermålet, där den partsammansatta bostadsdomstolen utsattes för kritik, ställdes frågan om arbetsdomstolens sammansättning på sin spets.[1528] Regeringen ansåg inte att en ändring av LRA var nödvändig, då intresseledamöterna i AD inte kan anses ha ett gemensamt intresse som är motsatt den ena partens i en tvist – intressebalansen ansågs därmed kunna upprätthållas.[1529] Redan på 50-talet avvisades krav om lagändringar med anledning av Europakonventionens artikel 6 och rättegångsbalkens regler ansågs täcka konventionskraven.[1530] Vid införlivandet av Europakonventionen i svensk lag togs problematiken med partsammansatta domstolar över huvud taget inte upp. Däremot uppmärksammades frågan om rätten till prövning av civila rättigheter och skyldigheter.[1531] Europadomstolen har prövat frågan om arbetsdomstolens opartiskhet. I målet Stallarholmen m.fl. mot Sverige som gällde en oorganiserad arbetsgivare, fann domstolen att artikel 6 inte var kränkt.[1532]

[1527] Sigeman, 1989-90 s. 202.

[1528] Se Danelius, 1998 s. 161. Se även Ehrenkrona, Carl Henrik, Europakonventionen och svensk rättsordning. 1999 s. 488 f. I Juridisk Tidskrift 1999 nr 4. Langborgermålet, Ser. A Vol. No.155, Bostadsdomstolen ansågs således inte opartisk. En lagändring företogs vilken innebar att i mål där intressekonflikter kunde uppstå skulle domstolen bestå av endast lagfarna domare. Bostadsdomstolen upphörde med sin verksamhet 1994.

[1529] Prop.1990/91:98 s. 32.

[1530] Prop.1951:165 s. 12.

[1531] Prop.1993/94 s. 41.

[1532] Se Danelius, 1998 s. 162. Mål 12733/87 Stallarholmens Plåtslageri och ventilation Handelsbolag m.fl. mot Sverige, D.R.66 s. 11.

Jag vill inte sträcka mig så långt som till att påstå att ledamöterna i AD är mer partiska och därmed jäviga i tvister om lönediskriminering, än i andra tvister, men en bifallande dom i Barnmorskemålet skulle inte ha varit systemimmanent.[1533] Den som dömer 'inifrån' systemet måste för att inte enbart verka systembevarande befria sig från detta perspektiv och våga ta ställning även i mål av denna omvälvande karaktär. Genom att dra in organisationerna i den dömande verksamheten sker en indefiniering av intressekonflikten mellan parterna och oheliga allianser kan uppstå gentemot exempelvis så kallade minoritetsorganisationer som SAC eller gentemot oorganiserade arbetsgivare.[1534] Det förefaller inte orimligt att jämföra den utanförstående arbetstagarens ställning i domstolen, i exempelvis målet, AD 1991 nr 100, med den ställning som barnmorskan hade i målet, AD 1996 nr 41. I båda fallen kan det finnas en värde- och intressegemenskap mellan domstolens ledamöter som kan leda till "institutionell diskriminering".[1535] I båda fallen är det grunderna för det kollektiva systemet som ifrågasätts utifrån ett krav på iakttagande av mänskliga rättigheter – rätten att inte bli diskriminerad. Denna rättighet är enligt min mening starkare än rätten att själv få förhandla om hyran för en lägenhet. I remissvaren till förslagen om lagstiftning mot diskriminering av etniska skäl, sexuell läggning samt funktionshinder framhåller JämO behovet av en översyn av AD:s sammansättning i mål med karaktären av skydd för mänskliga rättigheter. JämO:s uppfattning är att intresseledamöterna inte borde döma i denna typ av mål.[1536] Denna kritik har framförts av JämO vid upprepade tillfällen, men någon ändring av arbetsdomstolens domförhetsregler har inte gjorts. Jag anser att lämpligheten av partsammansättning kan ifrågasättas när grunden för kollektivavtalets normer skall bedömas utifrån en enskilds krav på en icke-diskriminerande lön.

Av de få fall som prövats framgår att kvinnliga ledamöter av domstolen hade avvikande meningar i Journalistmålet, AD 1991 nr 62 och i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. Frågan är vilken betydelse domstolsledamöternas kön har i denna typ av mål för bedömningen av bevisning och själva rättsfrågan? Arbetsdomstolen har för närvarande ett 80-tal ledamöter som kan inkallas, ca 30 av dem är kvinnor, men en stor andel av dem är suppleanter. Anita Dahlberg pekar på att AD i könsdiskrimine-

[1533] Jfr Rimsten, 1998 s. 135. Rimsten påpekar att partiskhet inte utesluter "korrekt juridisk argumentation".

[1534] Se Sigeman, 1989-90 s. 200. I Juridisk Tidskrift 89-90, nr 2-3. Se även Fahlbeck, Reinhold, Gustafsson mot Sverige – båda förlorade. I Lag&Avtal 1996 nr 6.

[1535] Jfr Fahlbeck, 1993 s. 103: Se även Mats El Kotts debattartikel "Måste ADs sammansättning prövas av EG-domstolen? I Lag&Avtal 1995 nr 6.

[1536] Se remissvar 980306 ärende 766/97 aktbil 2.

ringsmål använt sig av "muss-Frau-regeln". Av domstolsledamöterna har alltid minst en varit kvinna.[1537] I de fem första lönediskrimineringsmålen var den manliga dominansen i domstolen stark – 26 manliga ledamöter mot nio kvinnliga. I den senast avkunnade domen, Civilingenjörsmålet, AD 1997 nr 68, var majoriteten av domstolens ledamöter kvinnor – fyra kvinnliga ledamöter och tre män. Majoriteten av domstolens ledamöter var i målet överens om att arbetsgivaren hade lyckats bryta presumtionen.[1538] En ledamot Solveig Paulsson, Lärarförbundet, var skiljaktig och menade att arbetena var likvärdiga. Hon gjorde således en helt annan bedömning av bevismaterialet än de övriga domstolsledamöterna. Gjorde hon denna bedömning på grund av sitt kön? Enligt mitt förmenande är det mest intressanta i detta fall att en ledamot hade en diametralt annan uppfattning och för övrigt verkar ledamotens fackliga tillhörighet, privat eller offentlig sektor, ha större betydelse än ledamotens kön.[1539]

Sammanfattningsvis menar jag att könssammansättningen kan ha relevans för processen, men att problematiken kring jävsfrågan är mycket mer påtaglig.[1540] Danmark har tagit konsekvenserna av Europakonventionens krav på "fair trial" och genom en lagändring 1997 anpassades de danska processreglerna till artikel 6. Parter som inte är medlemmar i någon av de organisationer som utser intresseledamöter, har en möjlighet att få en rättegång utan intresseledamöter. Rättens ordförande dömer under dessa förutsättningar ensam.[1541] En liknande lösning skulle vara nödvändig för att svensk rätt skall uppfylla Europakonventionens krav på opartiska domstolar.[1542] I de fall där det kan antas att intresseledamöterna har ett gemensamt intresse som är motsatt parts i målet skulle målet enbart avgöras av ämbetsmannadomare.[1543] I lönediskriminerings-

[1537] Dahlberg, 1985 s. 34.

[1538] Frågan om arbetena var likvärdiga var otvistig.

[1539] Jfr Schömer, 1999 s. 324. Schömer konstaterar, med rätta, att svaret på denna fråga lär vi aldrig få reda på.

[1540] I NJA 1997 s. 235 prövades frågan om arbetsdomstolens intresseledamöters ställning i förhållande till jävsreglerna i. I ett mål i AD, angående skadestånd för brott mot 25, 26 och 38 §§ LAS, ansåg den ena parten att domstolen skulle begära ett förhandsavgörande från EG-domstolen angående frågan om domstolens sammansättning stred mot principen om oavhängighet och opartiskhet. Ledamöterna tillhörde de organisationer som förhandlat fram kollektivavtalet som medgav avvikelser från LAS regler. AD ansåg dock frågan vara acte clair. (Se AD 1996 nr 12) Frågan fördes, i form av domvilla alternativt resning, till HD. Hänvisning gjordes till Langborgermålet. HD fann att det inte fanns grund för resning eller domvilla, emedan jäv inte förelåg.

[1541] Den nya lagen, nr 183 af 12 mars 1997, trädde i kraft 970315. Källa Nordiskt nyhetsbrev EU & arbetsrätt, nr 2 1997.

[1542] Se även Aubert, 1976 s. 179. Tilliten till domstolen hör samman med dess oavhängighet.

[1543] Se Sigeman, 1989-90. Sigeman föreslår en dylik lagändring.

mål kan det starkt ifrågasättas om rättegången uppfyller artikel 6 i Europakonventionen. Istället för att, som föreslagits, föra över dessa mål till allmänna domstolar, kunde en ändring av LRA, liknande den danska, medföra en lösning av intresseledamöternas ifrågasatta opartiskhet. Att domstolen skall ha en jämn könssammansättning får för övrigt anses vara en självklarhet.

5 Rättsföljder och sanktioner

5.1 Allmänt om det arbetsrättsliga systemet

Det finns en strävan att bevara det arbetsrättsliga systemet som en enhet, vilket är påtagligt i påföljdssystemet. Inom systemet går en skiljelinje mellan rättsfrågor (tvisteförhandling) och intressefrågor (avtalsförhandling). En tvist om lönediskriminering och en tvist om arbetsgivarens underlåtenhet att vidta aktiva jämställdhetsåtgärder är en rättstvist.[1544] För rättstvisters lösning är medlen förhandlingar och domstolsavgöranden, eller under särskilda omständigheter skiljenämndsavgöranden.[1545] Påföljder kan vara skadestånd eller vitesförelägganden. Att viten döms ut är mycket sällsynt inom det arbetsrättsliga systemet.

5.2 Underlåtenhet att vidta aktiva åtgärder

Arbetsgivarens skyldighet att vidta aktiva jämställdhetsåtgärder i form av kartläggning av löner och upprättandet av jämställdhetsplaner är vitessanktionerade. Lagens målsättningsparagrafer, 1–2 §§, är däremot osanktionerade. Om part vägrar att samverka för att utjämna löneskillnaderna får detta lösas inom förhandlingssystemens ramar.

Finns det enligt lagen brister i arbetsgivarens jämställdhetsarbete kan jämställdhetsnämnden, JämN, vid vite förelägga arbetsgivaren att vidta åtgärder, exempelvis att kartlägga löneskillnaderna på arbetsplatsen, 35 § JämL. Framställan om brister i det aktiva jämställdhetsarbetet görs av JämO, 34 § JämL.[1546] I utredningen, En översyn av jämställdhetslagen,

[1544] Se dock Ryman, 1998 s. 790. Ryman menar att en tvist om likvärdigt arbete är en intressetvist och att den således ligger utanför AD:s jurisdiktion. Om Ryman med detta menar intressetvist i förhållande till begreppet rättstvist är oklart.

[1545] Se 1 kap. 3 § arbetstvistlagen. Skiljeklausuler är inte tillåtna i diskrimineringsfrågor. När en tvist väl uppkommit kan dock parterna välja att hänskjuta tvisten till en särskild skiljenämnd.

[1546] Fram till ändringar som gjordes i lagen 1994 kunde vite endast föreläggas arbetsgivare som inte reglerat dessa frågor i kollektivavtal. Se prop. 1990/91:113 s. 96. Se även prop. 1993/94:147 s. 37 f.

föreslås att fackliga organisationer som har kollektivavtal med arbetsgivaren också skall få en rätt att väcka talan om vitesföreläggande i JämN.[1547]

I de fall att en arbetsgivare vägrar att lämna ut uppgifter om sitt jämställdhetsarbete till JämO, kan myndigheten på egen hand fatta beslut om vitesföreläggande. JämO:s beslut kan överklagas till JämN och nämnden är sista instans i frågor om vitesföreläggande. Om vitesföreläggandet inte följs kan JämO väcka talan vid tingsrätt och domstolen kan efter en formell prövning döma arbetsgivaren att betala vitet, 44 § JämL.

Jämställdhetsnämnden har kritiserats för att vara inaktiv och dess existens ifrågasattes i samband med arbetet med 1991 års jämställdhetslag. Landsorganisationen, LO, var en av de remissinstanser som menade att nämnden borde avskaffas.[1548] Detta får ses mot bakgrund av att nämnden, tillsammans med JämO, inte utövade tillsyn över hela arbetsmarknaden vid denna tidpunkt, och att nämnden inte heller hade avgjort något ärende i sak.[1549] JämO och JämN kan numera förelägga alla arbetsgivare som bryter mot reglerna om de aktiva jämställdhetsåtgärder att vid vite vidta åtgärder.[1550] Som tidigare har redovisats har nämnden i vart fall avgjort ett ärende, men något beslut om vitesföreläggande har inte fattats.[1551]

5.3 Brott mot lönediskrimineringsregeln

5.3.1 Sanktioner

Vid brott mot 18 § kan såväl anställningsavtal som kollektivavtal helt eller delvis ogiltigförklaras. Domstolen dömer ut ett ekonomiskt och ett allmänt skadestånd, under förutsättning att part yrkat på denna påföljd. Att reparera skadan genom att sänka jämförelsepersonens lön är däremot inte möjligt. Diskrimineringen består i just den löneskillnad som fanns vid tidpunkten för brottet. Följande lagrum behandlar rättverkningar och påföljder vid brott mot lönediskrimineringsregeln:

> 23 § Ett avtal är ogiltigt i den mån det föreskriver eller medger sådan könsdiskriminering som är otillåten enligt 16–20 §§.
>
> 24 § Diskrimineras en arbetstagare på något sätt som är otillåtet enligt 18–20 §§ genom en bestämmelse i ett avtal med arbetsgivaren eller genom

[1547] SOU 1999:91 s. 111.

[1548] Jfr SOU 1990:41 s. 331 f. I utredningen förespråkades att nämnden skulle fortleva och att dess instruktioner borde utvidgas till att omfatta utlåtanden och rekommendationer i principfrågor.

[1549] Prop. 1990/91:113 s. 97.

[1550] Förordning (1991:1437) med instruktion för jämställdhetsnämnden.

[1551] Se kapitel 2.4 om lönekartläggningstvisten på företaget Scania CV AB.

att arbetsgivaren säger upp ett avtal eller vidtar en sådan rättshandling, skall bestämmelsen eller rättshandlingen förklaras ogiltig, om arbetstagaren begär det. Vad som nu har sagts gäller inte när 23 § är tillämplig.[1552]

26 § Om en arbetstagare diskrimineras på något sätt som är otillåtet enligt 18–20 §§, skall arbetsgivaren betala skadestånd till arbetstagaren för den förlust som uppkommer och för den kränkning som diskrimineringen innebär.

28 § Om det är skäligt kan skadestånd enligt 25, 26 eller 27 §§ sättas ned eller helt falla bort.

I direktiven till den senaste översynen av jämställdhetslagen fanns propåer om att undersöka jämställdhetslagens sanktionssystem jämfört med de krav som EG-rätten ställer. Utredningen behandlar framförallt skadeståndsfrågan.[1553]

5.3.2 Ogiltigförklaring och utfyllande verkan

Arbetsdomstolen har ännu inte i något lönediskrimineringsmål ogiltigförklarat ett kollektivavtal. I de båda målen, AD 1995 nr 158 och, AD 1996 nr 79, där domstolen kom fram till att diskriminering förelåg fanns det inget kollektivavtal som kunde anses föreskriva, medge eller innebära brott mot jämställdhetslagen. I det första målet hade Akademikerförbundet SSR vägrat teckna ett kollektivavtal med Kumla kommun som förbundet ansåg skulle stå i strid med lagen – lönen var således bestämd i ett enskilt avtal. I det andra målet hade det gamla kollektivavtalet, som låg till grund för lönesättningen, upphört att gälla. Frågan om ogiltigförklaring prövades i konsekvens med detta inte av domstolen. Något yrkande om ogiltigförklaring hade inte heller framställts. I Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, hade JämO yrkat att det lokala kollektivavtalet skulle ogiltigförklaras, men då presumtionen om lönediskriminering aldrig inträdde prövades inte detta yrkande.

Frågan om ett kollektivavtal är könsdiskriminerande och vilka rättsverkningar detta för med sig har prövats i målen AD 1985 nr 134 och AD 1987 nr 132. I det första målet gällde tvisten ett kollektivavtal som gav kvinnor rätt till löneutfyllnad vid föräldraledighet i samband med barns födelse och i det andra målet tvistade parterna om kollektivavtalsreglerad havandeskapslön. Rättsfrågan var om kollektivavtalen var könsdiskriminerande för berörda manliga arbetstagare.[1554] I båda målen framställdes

[1552] Paragrafen ändrades 1991 efter kritik från lagrådet. Lagrådet menade att paragrafernas utformning ledde till att det fanns två parallella rättsliga förfaranden i samma rättsfråga.

[1553] SOU 1999:91 s. 75 ff.

[1554] Jämställdhetslagens (1979:111) lydelse var enligt 5 § "Ett avtal är ogiltigt i den mån det föreskriver skillnader mellan kvinnor och män i frågan om anställningsvillkor eller på annat sätt tillåter sådant missgynnande på grund av kön som anges i 3 och 4 §§".

fastställelseyrkanden om att kollektivavtalsklausulen skulle förklaras ogiltig i det att den endast gav kvinnliga tjänstemän förmåner. Arbetsgivaren hävdade att kollektivavtalet i sin helhet skulle ogiltigförklaras, det vill säga att jämställdhet skulle uppnås genom att kvinnornas förmåner togs bort. Arbetsdomstolen avvisade arbetsgivarens invändning och uttalade att det "självfallet är uteslutet" att ogiltigheten också skulle omfatta den gynnade gruppens anställningsvillkor. Istället skulle jämställdhetslagen ha en utfyllande verkan på kollektivavtalet, vilket gav avtalet ett rättsenligt innehåll.[1555] Roland hade således rätt till särskild löneutfyllnad under den tid som han hade vårdat sitt barn.[1556]

Det andra målet, AD 1987 nr 132, gällde samma rättsfråga, men tillämpningen av ett helt annat kollektivavtal. Yrkandet bestod i att arbetsdomstolen skulle fastställa att tre manliga industritjänstemän hade rätt till havandeskapslön som en form av löneutfyllnad. I detta mål lägger arbetsdomstolen tyngdpunkten på parternas tolkning av kollektivavtalet. Argumentationen är mer normrationell än i det tidigare målet: "Att lagen på grund av sin tvingande natur får den i 1985 års dom beskrivna effekten på en diskriminerande kollektivavtalsbestämmelse utesluter inte, att man vid tolkning av ett kollektivavtal fäster avseende vid att parterna har enats om en avtalsbestämmelse utan att det därvid från någondera sidan påstods att bestämmelsen skulle var diskriminerande. Detta förhållande bör tala för ett i övrigt tänkbart tolkningsalternativ som inte innefattar könsdiskriminering."[1557] Parternas tolkning fick bestämma huruvida det förelåg könsdiskriminering och jämställdhetslagen fick ingen utfyllande verkan i detta mål.

5.4 Skadestånd

Inom det arbetsrättsliga systemet finns två typer av skadestånd: ekonomiska och ideella (allmänna). Syftet är att det ekonomiska skadeståndet skall kompensera den part som i en avtalsrelation lidit en ekonomisk förlust genom motpartens skadegörande handling. Ett ideellt skadestånd ersätter part för den kränkning av lag eller avtal som motpart gjort sig skyldig till. Det allmänna skadeståndet fyller också en preventiv funktion – det skall avskräcka från lag och avtalsbrott.

[1555] AD 1985 nr 134 s. 847. I domen hänvisas till prop. 1978/79:174 s. 180.
[1556] En ledamot var skiljaktig och motiverade sitt ställningstagande med att det inte kan utgöra könsdiskriminering att ge kvinnor särskilda förmåner i samband med havandeskap och barnafödsel. Rättsligt stöd hämtade ledamoten från prop. 1978/79:175 s. 128.
[1557] AD 1987 nr 132 s. 864.

5.4.1 Ekonomiskt skadestånd

Det ekonomiska skadeståndet är i mål om lönediskriminering relaterat till de faktiska löneskillnader som vid en eller flera olika tidpunkter befunnits utgöra diskriminering. Avgörande för det ekonomiska skadeståndets storlek är således tidsfaktorn och löneskillnadsfaktorn. I de flesta av lönediskrimineringsmålen har svarandeparten vitsordat beloppen för det yrkade ekonomiska skadeståndet som skäliga. I de två Barnmorskemålen, AD 1996 nr 41 och AD 1998 nr 68 ansåg svaranden, Örebro Läns landsting inte att beloppen var skäliga. I målen rådde tvist om hur begreppet lön skulle tolkas, vilket är av avgörande betydelse för beräkningen av det ekonomiska skadeståndets storlek. I målet AD 1998 nr 68 kommer denna fråga att prövas i en mellandom efter det att EG-domstolen svarat på de tolkningsfrågor som AD ställt.

Hur sätts gränserna för det ekonomiska skadeståndet? För det första finns det i 53 § JämL en direkt hänvisning till 38–39 §§ LAS. I 39 § LAS maximeras påföljden till att aldrig kunna överstiga 48 månadslöner. I 1999 års utredning menar utredaren att denna begränsning inte står i strid med EG-rätten av två skäl. Begränsningen avser endast den ekonomiska ersättningen och samma begränsning finns för andra typer av brott mot arbetsrättslig lagstiftning. Någon ändring föreslås därmed inte.[1558] För det andra är preskriptionstiderna desamma som i det arbetsrättsliga systemet i övrigt, vilket innebär att tiden från den skadegörande handlingen till talans väckande är mycket kort. I mål om lönediskriminering gäller preskriptionsfristerna i medbestämmandelagen med smärre förändringar.[1559]

5.4.2 Ideellt skadestånd

Det ideella skadeståndet skall enligt jämställdhetslagens äldre förarbeten ligga på samma nivå som vid kränkningar av anställningsskyddet och föreningsrätten.[1560] Vid bedömning av storleken på skadeståndet skall en prövning göras av omständigheterna i varje enskilt fall. Har arbetsgivaren haft uppsåt att kränka arbetstagarens kön? Har arbetsgivaren visat god vilja och försökt att höja lönen? I skadeståndsbedömningen kommer för första gången i mål om lönediskriminering arbetsgivarens avsikter in i

[1558] SOU 1999:91 s. 84.

[1559] 54 § JämL. Lönediskriminering är ett så kallat perdurerande (pågående) brott vilket leder till att den skadegörande handlingen oftast finns inom tidsgränsen.

[1560] Se Lavén/Laurén, 1992 s. 214. Författarna menar att på grund av att JämL inte i traditionell mening är arbetsrättslig lagstiftning faller kravet på rättssystematisk koppling till skadeståndsnivåerna i MBL och LAS. EG-rättens utveckling förstärker, enligt min mening, ytterligare denna uppfattning.

handlingen.[1561] En arbetsgivare som oavsiktligt fattat ett beslut som leder till indirekt diskriminering torde inte belastas med något högre skadeståndsföreläggande. Frågan om skadeståndet tas upp i 1999 års utredning. Skadeståndet skall till och med kunna jämkas till noll, enligt utredaren.[1562] Detta framgår även av direkt av lagens 28 §. Jämkningsregeln har 60 § MBL som förebild, men enligt förarbetena är möjligheterna till nedsättning av skadeståndet mer vidsträckta här än i övrig arbetsrättslig skadeståndsbedömning.[1563] I Karlskogamålet, AD 1996 nr 79, jämkade arbetsdomstolen skadeståndet till 20.000 kr. Skälen var att arbetsgivaren hade uppvärderat kärandens arbete och när domstolen "i efterhand" såg på vad som förekommit, hade kommunen endast gjort en missbedömning av vid vilken tidpunkt som jämförelsepersonernas arbeten blev likvärdiga.

Det högsta skadestånd som utdömts i ett lönediskrimineringsmål uppgick till 40.000 kr. I betänkandet, En översyn av jämställdhetslagen, menar utredaren, att skadeståndsbeloppen i mål om könsdiskriminering "(h)ar legat på en sådan nivå att skadestånden inte kan anses ha varit endast symboliska utan får tvärt om anses ha varit avpassade så att en preventiv effekt kunnat uppnås". Utifrån EG-rättens krav på att sanktionerna skall vara avskräckande för att ge ett effektivt skydd mot diskriminering kommer utredaren till slutsatsen att dessa krav är uppfyllda "(p)å ett tillfredsställande sätt".[1564] Jag kan inte instämma i denna uppfattning.

5.4.3 Delat skadestånd vid könsdiskriminerande anställningsbeslut

Av jämställdhetslagens 25 § 2 st. följer att om talan förs för fler än en arbetstagare skall vid konstaterad könsdiskriminering i en anställningssituation det allmänna skadeståndet delas. Utsätts flera arbetstagare för könsdiskriminering får de dela på det utdömda allmänna skadeståndet. Kränkningen är relaterad till händelsen – anställningsbeslutet – och inte till personen. Det könsdiskriminerande anställningsbeslutet kan som helhet ses som ett allvarligare brott mot jämställdhetslagen än om en arbets-

[1561] Se prop. 1978/79:175 s. 70. I förarbetena till den första jämställdhetslagen betonades lagens opinionsbildande syfte och det faktum att höga skadestånd kunde motverka detta syfte. Lagen har nu funnits i 20 år och att skadestånden skall hållas nere av detta skäl måste anses tillhöra det förgångna. I SOU 1990:41 föreslogs också att skadeståndsbeloppen borde höjas ordentligt eftersom de uppenbarligen inte hade haft någon avskräckande effekt. Regeringen avvisade denna tanke i propositionen 1990/91:113 s. 91.

[1562] SOU 1999:91 s. 80.

[1563] Prop. 1978/79:175 s. 70 f.

[1564] A.a. s. 84.

tagare kränkts. I princip skulle skadeståndet därmed kunna sättas så högt att det delade skadeståndet motsvarar skadeståndet då en arbetstagare drabbats av ett könsdiskriminerande anställningsbeslut. Någon motsvarande regel finns inte vid brott mot lönediskrimineringsregeln, 18 §.

I utredningen, 1999:91, föreslås att denna del av lagen skall upphävas. Istället skall gälla att det allmänna skadeståndet skall beräknas utifrån den kränkning som var och en blivit utsatt för. Det finns två skäl för denna ändring. För det första att den nuvarande regeln strider mot EG-rätten och för det andra att jämställdhetslagen på denna punkt skiljer sig från utformningen av skadeståndsreglerna i de tre nya diskrimineringslagarna.[1565]

5.5 Kollektivavtalsbrott

Det finns få kollektivavtal, som när det gäller jämställdhetsfrågor, är av en sådan karaktär att de kan anses skapa rättigheter och skyldigheter. Jämställdhetsavtalen är oftast så vagt formulerade att några kollektivavtalsbrott inte kan uppstå. I ett undantagsfall skulle dock en enskild medlem och den fackliga organisationen kunna stämma arbetsgivaren för ett kollektivavtalsbrott. Den rättsliga grunden är avtalet samt 54–61 §§ MBL. Ett jämställdhetsavtal kan också vara formulerat direkt utifrån lagens regler om aktiva åtgärder. Då jämställdhetslagen är tvingande uppstår en "konkurrenssituation" mellan skadeståndsreglerna i MBL och jämställdhetslagens regler om vitesföreläggande. Arbetsgivaren kan vid jämställdhetsbrott – teoretiskt sett – bli dömd att betala skadestånd för kollektivavtalsbrott och samtidigt föreläggas ett vite för brott mot lagen.[1566] I förarbetena till JämL påtalas dock att viteskravet då kan komma att jämkas.[1567]

Rättsverkningarna av jämställdhetsavtal har prövats vid två tillfällen av AD. I det första målet, AD 1990 nr 34, ansågs inte avtalet innebära någon skyldighet för arbetsgivaren att anställa kvinnliga byggnadsarbetare. Något kollektivavtalsbrott förelåg således inte. I det andra målet, AD 1991 nr 65, ansågs inte heller kollektivavtalet grunda någon skyldighet för arbetsgivaren och något skadestånd för kollektivavtalsbrott kunde inte dömas ut.

[1565] SOU 1999:91 s. 80.
[1566] Se SOU 1999:91 s. 113. Utredaren anser inte att den föreslagna talerätten för fackliga organisationer i JämN angående vitesförelägganden leder till alltför stor obalans.
[1567] Prop. 1993/94:147 s. 93.

6 Sammanfattande kommentar del IV

Sammanfattningen av denna del av avhandlingen gör jag utifrån två frågeställningar. Tillämpar arbetsdomstolen de gällande normerna, som gett upphov till löneskillnader mellan kvinnor och män, på ett icke-diskriminerande sätt? Hur argumenterar arbetsdomstolen i mål om lönediskriminering?

För det första kan vi konstatera att arbetsdomstolen i sin argumentation är mycket förarbetsbunden. Trots att jämställdhetslagen har ändrats vid upprepade tillfällen, och att EG-rätten har tillkommit som rättskälla, upprepar domstolen gång på gång uttalanden som gjorts i äldre förarbeten. Jag ger två exempel: det är parterna på arbetsmarknaden som genom sina "generella värderingar" bestämmer normerna för löneskillnaderna, och i en tvist om lönediskriminering kan det inte ställas några högre krav på arbetsgivarens motbevisning.[1568] Som tidigare påpekats är Sverige som medlem av den Europeiska Unionen bunden av en gemensam rättsordning, EG-rätten. EG-domstolens tolkning av likalöneprincipen ses som "vägledande uttalanden" och arbetsdomstolen uppfattar sig inte som bunden av tolkningarna av gemenskapsrättens principer om lika lön. Arbetsdomstolen tar i första hand till sig EG-rätten när den kan användas i samklang med det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet. Ett exempel är bruket av proportionalitetsprincipen som en ökad möjlighet till intresseavvägning i bedömningen av arbetsgivarens motbevisning.

För det andra är det påtagligt att förarbeten och AD:s domskäl utgår från att den objektiva normen är det som parterna på arbetsmarknaden kommit överens om. Som framgår av avhandlingens historiska del har värderingarna på arbetsmarknaden präglats av en manlig norm. När frågan om en presumtion om lönediskriminering föreligger – om två arbeten är att betrakta som lika eller likvärdiga – skall detta prövas utifrån de "generella värderingar" som finns på arbetsmarknaden. Dessa värdering-

[1568] Även arbetsdomstolens tidigare ordförande Hans Stark är i utredningen, SOU 1999: 91, mycket bunden till tidigare förarbetsuttalanden.

ar finns i kollektivavtalen och särskilt när rättsfrågan gäller likvärdigt (artskilt) arbete poängteras hotet mot arbetsgivarens rättssäkerhet. I Barnmorskemålet framstår denna del av argumentationen som normrationell.[1569] Domstolen rationaliserar och framför argument som över huvud taget saknar relevans. Ett ytterligare exempel på denna typ av argumentation är kritiken av den gjorda arbetsvärderingen. Rationaliseringen är här ologisk emedan bevisning inte kan framställas gemensamt av tvistande parterna.

Domstolens argumentation byggs även upp kring konsekvensorienterade grunder. Förväntade konsekvenser av ett nyskapande, en omvärdering av arbetsuppgifterna inom sjukvården, sätter gränser för tolkningen av begreppet likvärdigt arbete. Denna argumentation är mycket explicit och några försök att dölja att det är förväntade konsekvenser i lönestrukturen som påverkat arbetsdomstolens bedömning av bevisningen görs inte. Isärhållningen mellan könen kan genom denna argumentation upprätthållas.

Ett arbete kan bedömas som likvärdigt (snarlikt) om jämförelsen individualiseras och under förutsättning att systemet inte hotas. Något nytänkande krävdes inte av arbetsdomstolen i Kumlamålet och arbetena bedömdes som likvärdiga.[1570] Arbetsdomstolen skall pröva fakta i målet. I de svåra fallen är det uppenbart att det råder tvivel om fakta och vad domstolen gör är att gömma sig bakom bevisbördereglerna.[1571] Frågan är om det över huvud taget går att slå fast vad som är sant eller falskt? Det är käranden som har bevisbördan för en objektiv och könsneutral bevisning som leder till den säkra slutsatsen att arbetena är likvärdiga. Beviskraven som ställdes i Barnmorskemålet var höga. När arbetsgivarens motbevisning prövades i Mjölbymålet följde arbetsdomstolen förarbetsuttalanden och ställde inte särskilt höga krav på arbetsgivarens motbevisning. Det räckte att arbetsgivaren var i god tro angående mannens sakliga förutsättningar för arbetet, för att löneskillnaderna skulle vara legitima.[1572]

För det tredje visar domarna på det dikotoma förhållandet mellan kvinnors och mäns olika arbetsuppgifter. Detta framkommer i arbetsgivarens försök att bryta presumtionen om lönediskriminering. Kvinnor och män har olika sakliga förutsättningar för att utföra arbetsuppgifter. Män skapar genom sina särskilda förutsättningar ett högre mervärde och ett högre marknadsvärde. Mannen var IT-ansvarig, hade särskilda datakunskaper,

[1569] AD 1996 nr 41.
[1570] AD 1995 nr 158.
[1571] Aubert, 1976 s 208.
[1572] AD 1997 nr 68.

hade hårda nypor eller hade en nyhetsnäsa.[1573] I alla målen fördes också fram att marknaden på något sätt hade varit bestämmande för arbetsgivarens lönesättning. Lönesättningen hade därmed inget samband med kön. För övrigt räcker det att arbetsgivaren är i god tro när lönen bestäms i samband med nyanställning. Vid nyanställning omfattar arbetsgivarens prerogativ också rätten att i god tro ge män en högre ingångslön. Att skillnaderna i sakliga förutsättningar inte existerade i praktiken kan arbetsgivaren inte klandras för.[1574] I arbetsdomstolen återkommer också påpekandet att förbudet mot lönediskriminering inte är någon materiell föreskrift. Regeln avser endast könsdiskriminerande lönesättning, vilket skall bevisas.[1575]

För det fjärde ser jag ett knappt skönjbart mönster där den fackliga organisationens agerande i löneförhandlingarna påverkar arbetsdomstolens bedömning. Jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering är tvingande och ett kollektivavtal som befinns vara könsdiskriminerande kan ogiltigförklaras av arbetsdomstolen. Att den missgynnades fackliga organisation inte drivit kravet om att löneskillnaderna skall rättas till inom förhandlingssystemets ramar, anses av arbetsdomstolen tala för att arbetsgivaren har fog för sin lönesättning.[1576] När den fackliga organisationen vägrar att sluta lönediskriminerande kollektivavtal försätts arbetsgivaren däremot i ond tro. Det ensidiga arbetsgivarbeslutet kan då bedömas som stridande mot förbudet mot lönediskriminering.[1577]

Jag saknar för övrigt i dessa domar en tolkning av om diskriminering-en är direkt eller indirekt. Frågan om direkt eller indirekt diskriminering kan på grund av 18 § utformning prövas först i det andra ledet i samband med motbevisningen. Tillämpningen av regeln får karaktären av en avvägning där det även vid vad som skulle kunna klassificeras som direkt diskriminering, är plausibelt att påstå att marknaden är orsaken till löneskillnaderna. I praktiken tillämpar också arbetsdomstolen de regler för bevisprövning i mål om indirekt diskriminering som EG-domstolen utvecklat, i mål som skulle kunna utgöra direkt diskriminering. Kumlamålet, AD 1995 nr 158, är ett exempel på detta. Proportionalitetsprincipen gav arbetsdomstolen en möjlighet att pröva innehållet i arbetsgivarens motbevisning bestående av yttre faktorer. Detta kan vara skälet till att ingen jurist ifrågasatte förfarandet. Ett annat skäl kan vara ren okunskap. Hållbarheten i marknadsskälen kunde nu ifrågasättas och prövas. Av

[1573] AD 1995 nr 158, AD 1997 nr 68 och AD 1991 nr 62.
[1574] AD 1997 nr 68.
[1575] AD 1991 nr 62 och 1997 nr 68.
[1576] AD 1997 nr 68.
[1577] AD 1995 nr 158.

Mjölbymålet framgår att denna prövning blott blev en schimär.[1578] Tillämpningen av proportionalitetsprincipen öppnade istället upp dörren för möjligheten till ytterligare intresseavvägningar. Arbetsgivarens verksamhetsbehov och frågan om det var en nödvändig och adekvat åtgärd styrde bedömningen av bevisningen. Tillämpningen av denna bevisregel i mål avseende direkt diskriminering måste enligt min mening stå i strid med EG-rätten. Förbudet mot direkt diskriminering är i EG-rätten en pliktnorm och inte en avvägningsnorm.

Det fria förhandlings- och avtalssystemet har visat sig ineffektivt när det gäller att uppnå målet lika lön för lika och likvärdigt arbete. De jämställdhetsavtal som finns genererar inga rättigheter och ej heller några skyldigheter. Det "goda kollektivavtalet" finns inte på den svenska arbetsmarknaden.[1579] Samspelet mellan lagens två delar – mellan de aktiva åtgärderna och förbudet mot könsdiskriminering – har inte blivit verklighet annat än i undantagsfall.

Sammanfattningsvis finner jag att argumentationen i såväl förarbeten som arbetsdomstolens domskäl är präglad av normrationalitet i vid bemärkelse. Arbetsdomstolen är mycket bunden av de existerande värderingar av kvinnors och mäns arbeten som kommer till uttryck i förhandlingar mellan parterna och genom slutande av kollektivavtal. Stödet för att betrakta dessa värderingar som objektiva tar domstolen i förarbetena. Argumentationen är således av systembevarande karaktär. Detta tar i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, sig uttryck i mycket tydliga konsekvensorienterade grunder som stöd för den juridiska argumentationen. Skall lönestrukturen förändras är det en förhandlings- och avtalsfråga inom systemets ramar. Nyskapande verksamhet befattar sig arbetsdomstolen helst inte med.[1580]

[1578] AD 1997 nr 68 s. 525.

[1579] Dahlberg, 1996a s. 53.

[1580] Rimsten, 1998 s. 276. "Det ansågs t.ex. inte ankomma på den rättslige beslutsfattaren att medverka i ett "systemförändrandande" el dyl beslutsfattande."

V

FÖRHANDLINGS- OCH AVTALSSYSTEM PÅ EN KÖNSUPPDELAD ARBETSMARKNAD

"Det är fullständigt groteskt att tanter som läser sagor på dagis ska ha lika höga löner som deras män med hårda verkstadsjobb."[1581]

[1581] SAF-tidningen 1990(33):3. Ingemar Ståhls, professor i nationalekonomi, yttrande angående lönestrukturen. SAF:s konferens om löner 1990. Tack till Christer Thörnqvist som delade med sig av detta citat.

1 Inledning

Ersättning för lönearbete är av tradition en avtalsfråga på den privata delen av den svenska arbetsmarknaden och någon lagstiftning om minimilöner har inte funnits sedan år 1803. Arbetsgivare och arbetstagare skulle vara fria att i avtal besluta om kontraktets innehåll. De enskilda förhandlingsparterna fick med tiden en allt svagare ställning som normbildare när det kollektiva förhandlingssystemet utvecklades. Den svenska modellen har kännetecknats av en hög grad av traditionalism och pragmatism. Den kollektiva förhandlings- och avtalsfriheten har tjänat som ett 'heligt' fundament i denna modell.[1582] 1965 fick parterna på den offentliga delen av arbetsmarknaden fri förhandlings- och avtalsrätt – lönesättningen var innan dess i första hand en politisk fråga.[1583]

Övergripande centrala löneförhandlingar har förts utifrån styrkeförhållanden och det faktum att, om parterna inte kommer överens, stridsåtgärder kan komma att vidtas. Lönesättningen har i huvudsak varit en intressekonflikt och kollektivavtalet har varit det instrument som använts för att stadfästa resultatet av denna konflikt. Konflikten kan också ses som en klasskamp, en kamp mellan arbete och kapital, och en kamp som förts mellan män.

Den nordiska arbetsmarknadsmodellen, med sitt kollektiva förhandlings- och avtalssystem, har karakteriserats som manlig på det normativa planet.[1584] Den dominerande rättskällan – kollektivavtalet – beskrivs som "(o)ne of the most male-dominated sources of law".[1585] Frågan är vilka aktörer som bestämmer över det materiella innehållet i rättskällor-

[1582] Bruun, 1990 s. 25 f. Se även Elvander, Nils, Den svenska modellen. Löneförhandlingar och inkomstpolitik 1982–1986. 1988 s. 30 ff.

[1583] Furåker/Lindqvist, Arbetsrätten och formeringen av partsrelationer i den offentliga sektorn. 1993 s. 41. I Retfaerd 1993:62.

[1584] Nielsen, 1995 s. 7. "It is the Scandinavian experience that the legal progress and legal substance is influenced by gender matters and women's interests at an earlier stage than industrial procedures and practice. This is so in part because the collective bargaining process is male dominated".

[1585] Nielsen, Ruth, Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective. 1996 s. 19.

na? Förhandlingssystemet är en arena där skillnaden mellan kvinnors och mäns maktpositioner har varit mycket stor.[1586] Även kollektivavtalets rättsliga struktur förtjänar enligt min mening en analys. Kan formen för rättslig reglering – lag eller avtal – vara könskodad? Går det att anlägga genusaspekter på grunderna för förhandlings- och avtalssystemet?

Statsmakten har allt mer kommit att inträda som en aktiv och normskapande aktör på arbetsmarknaden. Under lågkonjunktur har parterna uppmanats att hålla löneökningarna nere och i budgetpropositioner anger regeringen den 'acceptabla' normen för kommande löneökningar. Målsättningen har varit stabilitet i lönebildningen. 1983 punkterades de samordnade centrala avtalsförhandlingarna och medlet för den solidariska lönepolitiken upphörde därmed att existera. På det lokala planet har mönstret varit förhandlingar utifrån fastslagna normer i de centrala avtalen. Förhandlingarna har då också förts under fredsplikt. Samtidigt har individuellt baserade inslag i lönesättningen blivit allt vanligare, särskilt inom branscher där det rått stor efterfrågan på kvalificerad arbetskraft. Lönespridningen har således ökat och den utjämning mellan kvinnors och mäns löner som var påtaglig på 70-talet har upphört.[1587] Idag anses lönebildningen vara instabil och därmed finns det dåliga förutsättningar för att ta itu med det som står högst upp på den politiska dagordningen nämligen att bekämpa arbetslösheten.[1588]

Det svenska systemet för arbetsmarknadsrelationer beskrivs och analyseras ofta som en del i den nordiska modellen. Innehållet i modellen har emellertid förändrats, dock relativt långsamt, på grund av ökad internationalisering och förändrade produktions- och styrkeförhållanden.[1589] En hög organisationsgrad har varit grundläggande för förhandlings- och avtalssystemets legitimitet och för kollektivavtalets starka ställning som regleringsinstrument. Trots höga arbetslöshetstal är organisationsgraden fortfarande mycket hög vid en internationell jämförelse. Till stor del beror detta på utformningen av den svenska arbetslöshetskassan. Under de senaste decennierna har nya fackliga medlemmar i första hand rekryterats bland offentligt anställda kvinnor.[1590]

[1586] Se Waldermarsson, Ylva, Kontrakt under förhandling – LO, kvinnorna och makten. 1992 s. 85 ff. I (red.) Åström/Hirdman, Kontrakt i kris.

[1587] Löfström, 1997b s. 19 f. Se not 12. Metall bröt sig ur samordningen som en konsekvens av att Kommunalarbetarförbundet var det största LO-förbundet efter 1978. Se även Ohlsson, 1993 s. 236. 1985 var 79 % av Kommunalarbetarförbundets medlemmar kvinnor.

[1588] Se SOU 1998:141 s. 27. Se även prop. 1999/2000:32 s. 17.

[1589] Bruun, 1990 s. 37. Se även Kettunen, Pauli och Gudmundsson, Gestur, Introduction, 1998 s. 11 f. I Fleming, Daniel m.fl. Global Redefining of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participation.

[1590] Kjellberg, Anders, Fackliga organisationer och medlemmar i dagens Sverige. 1997 s. 20. Såväl den fackliga som arbetsgivarnas organisationsgrad är hög. Se även Kjellberg,

Det övergripande syftet med detta avsnitt av avhandlingen är att utreda vilka processer som sammantaget bestämmer enskilda och kollektiva löner, och att sätta in normen om förbud mot lönediskriminering i denna kontext. Avsnittet är deskriptivt i den mening att jag beskriver förhandlings- och avtalssystemet i vid bemärkelse. Syftet är att pröva teserna om konflikten mellan individuell och kollektiv normering och mellan kollektivavtal och lag. Finns det förutsättningar och medel inom systemet för att förändra rådande könsrelaterade löneskillnader?

Anders, Facklig organisering och arbetsmarknad: marginalisering av ungdomar och invandrare? 2000 s. 72. I (red.) Tegle, Stig, Har den svenska modellen överlevt krisen? Organisationsgraden bland de som är 16–24 år har sjunkit med nästan tre procent från 1998-99 och var 1999 endast 46.7 procent jämfört med genomsnittet 80.6 procent.

2 Lönepolitik och lönestruktur

I den svenska forskningen och debatten kring könsrelaterade löneskillnader saknades länge slutsatser och tankar kring lönepolitikens betydelse för skillnader i kvinnors och mäns löner. Tillkomsten av de olika rapporterna under arbetet med Kvinnomaktutredningen har ändrat på detta förhållande.[1591] När det gäller de frågor som har ställts är det i första hand den solidariska lönepolitiken som kommit i blickpunkten. Forskningens resultat berör således den begränsade del av arbetsmarknaden som utgörs av LO:s och SAF:s avtalsområde. Sambandet mellan den solidariska lönepolitiken och kvinnors löner har ansetts vara mer eller mindre påtagligt.[1592] Vad är då lönepolitik och hur förhåller den sig till det kollektiva förhandlings- och avtalssystemet?

2.1 Lönepolitik

Lönepolitik aktualiserar såväl frågan om parternas som statens roll för lönebildningen.[1593] Det kan vara svårt att skilja mellan statlig lönepolitik, arbetsgivarnas lönepolitik och facklig lönepolitik – korporativism har kännetecknat arbetsmarknadspolitiken i Sverige.[1594] Någon direkt normerande statlig lönepolitik genom lagstiftning har inte förekommit under det senaste århundradet på den privata delen av arbetsmarknaden, utan lönesättningen har varit en avtalsfråga. Riksdagen har inte stiftat lagar om minimilöner och inte heller har den fattat direkta beslut om

[1591] Se exempelvis SOU 1997:136, Kvinnor och mäns löner – varför så olika och SOU 1997:87, Kvinnor, män och inkomster. Se dock Maier, Friederike, Löneskillnader mellan könen. 1999 s 111. I (red.) Gonäs, Plantenga och Rubery, Den könsuppdelade arbetsmarknaden – ett europeiskt perspektiv. Författaren menar att sambandet mellan bland annat lönepolitik och kvinnors och mäns löner inte har studerats tillräckligt.

[1592] Jfr Löfström, 1989 och Svensson, L, 1995.

[1593] SOU 1998:141 s. 27. Förutsättningar för lönebildningen är den ekonomiska politiken och även arbetsrätten. Särskilt betonas i betänkandet reglerna om medling och rätten att vidta stridsåtgärder.

[1594] Kjellberg, Anders, Sweden: Restoring the Model? 1998 s. 80. I (red.) Ferner/Hyman, Changing Industrial Relations in Europe.

taket för lönehöjningar.[1595] När det gäller lönebildningen har systemet dock inte alltid präglats av den höga grad av autonomi i förhållande till statsmakten som förespeglats.[1596] Genom propåer och regelrätta förhandlingar har arbetsmarknadens parter avkrävts ansvar för samhällsekonomin i syftet att uppnå stabilitet i lönebildningen. På sjuttiotalet förekom uppgörelser mellan regeringen och arbetsmarknadens parter – Hagauppgörelserna – där de fackliga organisationerna avgav löften om 'måttfullhet' i löneförhandlingarna. I gengäld skulle inkomstskatter och arbetsgivaravgifter sänkas. 1984 fördes samtalen i Rosenbad och kravet på parterna fastställdes till maximalt femprocentiga löneökningar. Även här gav regeringen morötter i form av skattesänkningar. Under nittiotalet, åren 1991–93, har den statliga inkomstpolitiken förts under benämningen Rehnbergavtalen. En grupp av erfarna förhandlare tillsattes av regeringen för att ta itu med löne- och prisutvecklingen. Den modell som arbetades fram har sedermera använts när nya löneavtal förhandlats fram med hjälp av medlare.[1597] Stabiliseringsavtal har i första hand slutits inom industrin.[1598] I det nittonde århundradets sista försök att påverka lönebildningen visade finansministern att lönepolitik är mer än förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter. I samband med presentationen av budgetpropositionen framhöll ministern att löneökningarna redan varit för höga och att de kommande utlovade skattesänkningarna inte kommer att genomföras om lönerna stiger ytterligare.[1599]

En anledning till statsmaktens intresse för lönebildningen är uppfattningen att för höga löneökningar leder till inflation.[1600] Förekomsten av löneglidning[1601] har setts som inflationsdrivande. Undersökningar visar att det kan finnas ett samband mellan systemet med centraliserade löne-

[1595] Se SOU 1990:63, s. 60. I Norge har lagstiftning förekommit under nittiotalet. Se Stokke, Torgeir Aarvaag, Lønnsforhandlingar og konfliktløsning Norge i ett skandinavisk perspektiv. 1998.

[1596] Due/Madsen, Varför är den danska avtalsmodellen annorlunda än den svenska? 2000 s. 15. I (red.) Tegle, Sten, Har den svenska modellen överlevt kridsen? Utvecklingstendenser i arbetslivet inför 2000-talet. Författarna menar att den svenska modellen har varit mycket mer beroende av statsmakten än den danska modellen.

[1597] Se Elvander, Nils, The Swedish Bargaining System in the Melting Pot. 1997 s. 19.

[1598] SOU 1998:141 s. 61 f. Regeringen har under de senaste 50 åren endast förelagt riksdagen fem lagförslag avseende ingrepp i löneförhandlingarna.

[1599] Prop. 1999/2000:100.

[1600] Merparten av svenska ekonomer har denna uppfattning. Sven Grassman var ett av de få undantagen. Se Grassman, Sven, Det plundrade folkhemmet. 1986. Ett annat exempel är Ljunggren, Sten, Lögnen om lönen: en bok om inflationens orsaker. 1985.

[1601] Se SOU 1990:63 s. 53. Löneglidning bestäms av marknaden. Jämför SOU 1998:141 s. 193. Löneglidning beskrivs som svaret på bristande legitimitet i lönebildningssystemet, vilket leder till korrigeringar i lokala förhandlingar.

förhandlingar och förekomsten av löneglidning.[1602] En decentralisering av förhandlingssystemet skulle således leda till minskad inflation.

Jämställdhetslagens regler om jämställdhetsplaner, krav på kartläggning av löneskillnader samt förbudet mot lönediskriminering, måste också ses som en del av den statliga lönepolitiken. Frågan är i hur stor utsträckning som denna lagstiftning påverkat lönestrukturen?[1603] Kravet på framförallt lika lön för likvärdigt arbete går stick i stäv med stabiliseringspolitiken och kampen mot löneglidningen. Omvärdering av kvinnors och mäns löner ställda i relation till varandra leder till krav på högre löner för de missgynnade. Den statliga lönepolitiken innehåller, enligt min mening, två motstridiga element och det är svårt att se hur stabilitet och förändring skall kunna rymmas inom samma ramar. Förändring kräver ett visst mått av kaos.[1604]

LO:s fackliga lönepolitik – den solidariska lönepolitiken – har utgått från rättvisekrav. Den solidariska lönepolitiken blev också en del av den svenska modellen och kan ses som en form av statlig inkomstpolitik.[1605] Relationerna mellan olika yrkesgrupper skulle vara rättvisa lönemässigt och arbetena skulle jämföras och värderas individuellt och rättvist.[1606] Det var det utförda arbetet som skulle värderas oavsett kontraktpartens betalningsförmåga.[1607] I denna del överensstämmer den solidariska lönepolitiken med de normativa innehållet i förbudet mot lönediskriminering. Skillnaden är dock att likalöneprincipen som den är utformad i lagen, och i andra rättskällor, handlar om en rättvisa inom företaget eller verksamheten, medan likalöneprincipen i den solidariska lönepolitikens tappning i första hand gäller jämförelser mellan företag och verksamheter.

Ett annat mer politiskt rättvisekrav var att omfördela resurserna mellan kapital och arbete. En så stor andel som möjligt av produktionsresultatet

[1602] SOU 1990:63 s. 63. En undersökning av Calmfors/ Forslund visade att löneökningarna hade blivit högre de år som en mer aktiv inkomstpolitik förts. Se också Calmfors, Lars, Wage Formation and Macroeconomic Policy in the Nordic Countries: A Summary. 1990 s. 11 ff.

[1603] Se Edin, P-A och Richardsson, Katarina, Solidarisk lönepolitik, lönespridning och löneskillnader mellan män och kvinnor. 1999 s. 14. Utredarna menar att lönediskrimineringen har minskat och särskilt för unga kvinnors del.

[1604] Vid ett seminarium anordnat av SAF på Blasieholmen, med jämställdhetsansvariga från förbunden, 1995, framkom en mycket stark oro för det kaos som förbudet mot lönediskriminering skulle kunna orsaka avseende lönebildningen.

[1605] Se Gustafsson, 1994 s. 173 f. Gustafsson ser den solidariska lönepolitiken som en del av de politiska riktlinjerna tillsammans med: full sysselsättning, generell välfärdspolitik och demokratisk korporativism.

[1606] Se LO, 1951.

[1607] Se Andersson, 1987 s. 19. "Ska det finnas löneskillnader ska det inte vara arbetsplatsens bärkraft som ska avgöra, utan arbetets art."

skulle tillfalla löntagarkollektivet.[1608] Det tredje benet i den solidariska lönepolitiken kan ses som ett smörjmedel i utvecklingen av marknadsekonomin. Den solidariska lönepolitiken var en del i de strukturförändringar som genomfördes på den svenska arbetsmarknaden under 50 och 60-talen. Marknadsekonomisk rationalitet skulle förenas med en jämlikhetsideologi.[1609] Gynnade blev i första hand de större företagen som kunde bära kostnaderna för de rättvisa lönerna. De företag som inte hade råd att betala rättvisa löner rationaliserades bort. Missgynnade blev lågavlönade arbetstagare, exempelvis inom tekoindustrin, som förlorade sina arbeten i samband med rationaliseringar.[1610] Den solidariska lönepolitikens metod och resultat har kritiserats av politiker och ekonomer.[1611] Hårdast har emellertid kritiken varit från de egna medlemsleden.[1612]

Under 90-talet har LO:s lönepolitik i första hand bestått av försök att bevara förhandlingssystemet. En väg har varit att försöka koordinera löneförhandlingarna på förbundsnivå utifrån ett fempunktsprogram. I programmet återfinns också den solidariska lönepolitikens grunder.[1613]

Från att ha varit medpart i tillämpningen av den rationella solidariska lönepolitiken övergick arbetsgivarföreningen successivt till en annan linje – lönesättningen skulle istället decentraliseras till företagen där den individuella bedömningen skulle ske utifrån kompetens, engagemang, ansvar och arbetsresultat. Kvinnors löner ansågs gynnas av denna politik. Från att tidigare ha varit passiv i frågan om en egen lönepolitik har SAF under 90-talet gått på offensiven och dömt ut det tidigare systemet.[1614] Det gamla förhandlings- och avtalssystemet och dess regleringsinstrument kollektivavtalet avvisades, i vart fall i retoriken, som varande omodernt och passé. Lönen skulle sättas i företaget och företagets "bärkraft" måste få påverka lönesättningen.[1615]

[1608] Meidner/Öhman, 1972 s. 9 f. Författarna menar att fördelningsfrågan som rör löntagarna emellan ställts i fokus. Den andra positionen har flyttats fram utan särskild facklig kamp.

[1609] Andersson, 1987 s. 19.

[1610] Se Andersson, 1986 s. 84 f.

[1611] Se exempel på kritik i Furåker, Bengt, Stat och arbetsmarknad. Studier i svensk rörlighetspolitik. 1979 s. 152 ff.

[1612] Ohlsson, 1993 s. 48.

[1613] Se Elvander, 1997 s. 32.

[1614] Se Marknad och mångfald – SAFs program för 90-talet. 1990. Jfr Victorin, 1973 s. 58. Då avhandlingen skrevs noterade Victorin att SAF inte hade några centrala lönepolitiska skrifter. Numera är denna brist åtgärdad.

[1615] SAF, Bra lönebildning – också för kvinnor. 1995 s. 6. Se även Thörnqvist, Christer. The Swedish Discours on Decentralisation of Labour Relations. 1998 s. 279. I Fleming, Daniel m.fl., Global Redifing of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participitation? En genomgång av SAF-tidningen 1990–93 visade att det fanns nästan 140 artiklar om decentralisering.

Nu består inte arbetsmarknaden enbart av ovanstående aktörer utan det finns också stora organisationer och arbetsgivare, med många medlemmar, i den offentliga sektorn som har en uttalad lönepolitik. TCO har som organisation värnat om den fria förhandlingsrätten och uttalat farhågor för en decentraliserad lönebildning.[1616] Inom LO insågs tidigt vikten av att få med även tjänstemännen i samordnade förhandlingar för att stärka effekterna av den solidariska lönepolitiken.[1617] På den statliga delen av arbetsmarknaden lade arbetsgivarparten fast sitt första lönepolitiska program 1985. Fram till dess var det framförallt på det statliga avtalsområdet som den solidariska lönepolitikens princip lika lön för lika arbete praktiserades.[1618]

2.1.1 Solidarisk lönepolitik och kvinnors löner

Hur har den solidariska lönepolitiken förhållit sig till det centralt styrda förhandlings- och avtalssystemet och till frågan om skillnader i kvinnors och mäns löner? I ett läge där debatten handlar om huruvida rättvisa löner kan uppnås bäst genom lag eller avtal – individuellt eller kollektivt – är det av intresse att studera de undersökningar som gjorts angående resultatet av den förda politiken eller strategin. Primärt var inte avsikten att utjämna just kvinnors och mäns löner, men då kvinnor dominerade många låglönegrupper fick politiken en positiv effekt på kvinnors relativlöner. Kravet på lika lön för lika arbete sammanföll med de normer som fanns i ILO-konventionen nr 100 och då denna till slut ratificerades 1962 fanns normen etablerad såväl politiskt som fackligt. Samverkande normbildning uppstod, vilket legitimerade principen lika lön för lika arbete.[1619]

Tillämpningen av den ekonomiska teori som den solidariska lönepolitiken bygger på ledde knappast till några positiva effekter för kvinnors anställningstrygghet. Strukturomvandlingarna drabbade i hög grad kvinnor.[1620] Mest framgångsrik har löneutjämningen varit inom den offentliga sektorn.[1621] Inom den solidariska lönepolitikens ramar förekom också riktade insatser mot de lägst avlönade. I exempelvis det centrala avtal

[1616] TCO, Vår kunskap formar Sveriges framtid. Lönepolitik för 90-talet. TCO kongress 89 s. 36 f.
[1617] Ohlsson, 1993 s. 109 och 224. I materialet finns ett exempel från Metalls kongress 1977 samt krav från Statsanställdas förbund 1973.
[1618] Sjölund, Maivor, Statens lönepolitik 1966–1988. 1989 s. 155.
[1619] Se Löfström, 1997b s. 18.
[1620] Baude, Annika m.fl., Den könsuppdelade arbetsmarknaden. Exempel från kvinnoforskningen vid arbetslivscentrum. 1985.
[1621] Andersson, 1987 s. 39.

som slöts mellan LO och SAF 1952 fick kvinnor ett generellt lönepåslag som var högre än männens.[1622] Den solidariska lönepolitiken var mest verkningsfull i att utjämna lönerna under 60- och 70-talen. Men det har ifrågasatts om förklaringen till höjda relativlöner för kvinnor enbart berott på tillämpningen av ideologin. Lars Svensson pekar på en rad faktorer som kan ha samverkat då löneskillnaderna minskade, exempelvis att nattarbetsförbudet upphävdes 1962 och att kvinnolönetarifferna försvann i slutet av 60-talet. Politik, ideologi och marknadskrafter samverkade. Ökad efterfrågan på kvinnors arbetskraft var det bindemedel som förenade komponenterna, vilket ledde till resultatet – löneutjämning.[1623]

2.1.2 Kvinnolönepotter en del av solidariteten?

Inom förhandlings- och avtalssystemet har sedan femtiotalet så kallade potter använts som medel för att höja de lägsta lönerna. Avsikterna med potterna har varit att utjämna löneskillnaderna och att minska lönespridningen.[1624] I avtalsrörelsen 1995 yrkade LO på att 120 kronor per månad skulle avsättas inom varje avtalsområde proportionellt i förhållande till antalet kvinnor. Samtidigt antogs ett handlingsprogram innehållande förslag till arbetsvärdering, kompetenshöjning och insamling av lönestatistik.[1625] Av förslaget 'bidde det en tumme'. Resultatet blev att det på delar av det offentliga avtalsområdet avsattes pengar till särskilda verksamhetspotter för att höja kvinnolönerna.[1626]

Även lokala förslag om lönepotter har förekommit. 1996 fick fackklubben på pappersbruket Stora Gruvön i Grums JämO:s etikpris. I samband med de lokala löneförhandlingarna önskade de manliga skiftesarbetarna dela med sig av den lokala lönepotten till de dagarbetande städerskorna. Arbetsgivaren motsatte sig förslaget, då dess genomförande hade kunnat leda till en bestående omfördelning och motiverade sin förhandlingsvägran med att städerskornas löner redan var rättvisa. Det lokala exemplet visar på problemet att gå utanför förhandlingsordningens ramar – givare och mottagare löd inte under samma kollektivavtal. Diskussioner har också förts på det lokala planet om att solidariskt avstå lön inom förhandlingssystemet som en ny kollektiv norm. Manliga arbetstagare har under dessa omständigheter ansett sig vara diskriminerade som grupp, då ingen arbetsvärdering hade gjorts som visade att arbetena verkligen

[1622] Meidner/Öhman, 1972, s. 26 och 18.
[1623] Svensson, L, 1997 39 f. I SOU 1997:136. Jämför med Edin/Richardsson, 1999 s. 3. Edin/Richardsson hyser samma uppfattning.
[1624] Meidner/Öhman, 1972 s. 19.
[1625] Fransson, 1995 s. 63.
[1626] Elvander, 1997 s. 32 och s. 49. Se även Sjölund, 1989 s. 81 f. och s. 133 f.

var likvärdiga.[1627] Kommunalarbetarförbundet anklagade arbetsgivaren, Ronneby kommun, för könsdiskriminering och frågan gick åter till central förhandling.[1628]

SAF som tidigare i centrala löneförhandlingar slutit avtal om särskilda lönepotter anser idag att särskilda lönepotter för kvinnor är ett dåligt instrument för att minska löneskillnaderna. Argumenten är att lönepotter enbart leder till tillfälliga och marginella förändringar och att kvinnor som får sig tilldelade särskilda potter inte får del av andra potter. Någon ny värdering av arbetsuppgifterna åstadkoms inte.[1629] Särskilda lönepotter på central nivå har också setts som orsaken till ökad löneglidning på lokal nivå.[1630]

2.2 Könsuppdelad lönestatistik och löneskillnader[1631]

Parterna på den svenska arbetsmarknaden för inom sina områden statistisk över lönesättningen. Statistiken kan vara uppbyggd på olika sätt och vara mer eller mindre detaljerad. Syftet med denna lönestatistik har varit att få fram underlag för kommande löneförhandlingar.[1632] För övrigt används lönestatistik i ekonomiska analyser och som allmän information.[1633] Riksdagen beslutade år 1994 att all offentlig statistik som rör uppgifter om individer skall vara könsuppdelad.[1634] Oavsett vilken typ av uppgifter som insamlas skall kön vara en övergripande och genomgående indelningsgrund, då syftet är att kunna granska statistiska data ur jämställdhetssynpunkt. Statistiska centralbyrån, SCB, har fått i uppdrag att utforma statistik över lönestrukturen på ett sådant sätt att analyser

[1627] Jfr Ohlsson, 1993 s. 157 f. I en motion, från Gustavsberg, till Fabriks kongress 1961 framhölls att det skulle vara orättvist att höja kvinnors löner på männens bekostnad särskilt där andelen kvinnor var hög. Arbetsvärdering sågs som ett hjälpmedel då den skulle visa att männens arbete inte var felvärderat.

[1628] Kommunalarbetaren, 1997 nr 5 s. 25.

[1629] SAF, Bra lönebildning – också för kvinnor. Om individuell lönesättning och kartläggning av löneskillnader. SAF 1995.

[1630] SOU 1990:63, s. 63.

[1631] Lönekartläggning behandlas i avsnitt IV:2.4. Årlig kartläggning av löneskillnader är en skyldighet enligt 9a § JämL och avsikten är att detta arbete skall vara skild från löneförhandlingarna. Se SOU 1999:91 En översyn av jämställdhetslagen. 1999 s. 106.

[1632] SOU 1990:63, s. 20.

[1633] A.a. s. 7 f. Kortperiodisk lönestatistik utförs av SCB med parternas källmaterial som bas.

[1634] Stastikförordningen 10 § "Individbaserad officiell statistik skall, när inte särskilda skäl talar däremot, vara könsuppdelad."

skulle kunna utföras av de könsrelaterade löneskillnader som existerar.[1635] Sverige har därmed tagit ett beslut som ligger i linje med ILO:s rekommendation nr 170.[1636] När det gäller lönestatistik förd av parterna på den privata arbetsmarknaden, är den inte längre i sin helhet könsuppdelad. SAF beslutade år 1971 att inte längre redovisa löner för privattjänstemän efter indelningsgrunden kön. Orsaken till detta var att organisationen ansåg att lönestatistiken hade missbrukats och blivit normerande.[1637] 1994 sade SAF också upp statistikavtalet med LO som ett led i decentraliseringspolitiken.

Som forskningsområde har löneskillnader mellan kvinnliga och manliga arbetstagare i första hand studerats av ekonomer och sociologer.[1638] Genom allt mer förfinade mätmetoder har forskarna försökt kvantifiera den skillnad som de menar skulle kunna benämnas som osaklig – som "direkt lönediskriminering". Dessa kvantitativa undersökningar gäller jämförelser mellan kvinnliga och manliga arbetstagare som utför samma typ av arbetsuppgifter. I Löneskillnadsutredningen, SOU 1993:7, konstaterades, att det fanns löneskillnader på mellan 1–8 procent som inte kunde förklaras på något annat sätt än att de hade sin grund i kön. Jämförelsen gällde här arbetstagare av olika kön vilka utförde lika arbete. Meyerson och Petersen har i en senare undersökning kartlagt löneskillnaderna mellan kvinnor och män som hade likartad befattning hos samma arbetsgivare under perioden 1970–1990. De fann att den "oförklarade" löneskillnad som återstod endast var 1,4 procent för arbetare och 5 procent för tjänstemän. Enligt deras mening är den direkta lönediskrimineringen inget stort problem på den svenska arbetsmarknaden.[1639] Edins och Richardssons undersökning från 1999 visar att den direkta lönediskrimineringen av unga kvinnor har minskat.[1640]

Genom att bearbeta SCB:s statistisk har de fackliga huvudorganisationerna visat att det finns stora skillnader i kvinnors och mäns inkoms-

[1635] Se regeringens skrivelse 1996/97:41. Regeringen avsatte 1997 2 miljoner för forskning grundad på SCBs statistik.

[1636] SOU 1993:7 s. 120. Sverige har ratificerat ILO:s konvention nr 160 om arbetsmarknadsstatistik. Konventionen och den nämnda rekommendationen antogs av ILO 1985.

[1637] SOU 1993:7 s. 262. Se även Bra lönebildning – också för kvinnor. Om individuell lönesättning och kartläggning av löneskillnader, SAF 1995, s. 8. I skriften ges uttryck för SAF:s syn på lönestatistikens funktion. Statistiken har använts "i normerande syfte" som en "riksprislista". Detta har varit negativt för särskilt kvinnliga tjänstemäns löneutveckling.

[1638] Som exempel kan nämnas arbeten av Åsa Löfström, Carl le Grand och Per-Anders Edin.

[1639] Meyerson, Eva och Petersen, Trond, Lika lön för lika arbete. En studie av svenska förhållanden i internationell belysning. 1997 s. 119. I SOU 1997:136.

[1640] Edin/Richardsson, 1999 s. 14.

ter.[1641] Inkomstskillnader är också i vid bemärkelse löneskillnader. Om inkomstskillnaderna har sin direkta grund i kön besvaras inte med denna form av statistikbearbetning. Kvinnors och mäns inkomstskillnader är beroende av storleken på lönen, men också av veckoarbetstiden. Andelen heltidsarbetande kvinnor ökade mellan åren 1987 och 1995 från 55 till 61 procent. Detta skulle kunna leda till minskade inkomstskillnader förutsatt att löneskillnaderna inte ökat. Statistiken visar dock att lönerna under samma period för heltidsarbetande män stigit med 7 procent, medan lönerna för heltidsarbetande kvinnor ökat med 5 procent.[1642]

För att kunna mäta storleken av löneskillnadernas vid jämförelse av likvärdiga arbeten krävs en mer finfördelad statistik än den officiella.[1643] En grundförutsättning för att kunna utjämna löneskillnader över huvud taget är, att det inom förhandlingssystemet finns kunskap om lönesättningen utanför det egna avtalsområdet.[1644] Endast om denna kunskap är synliggjord är det möjligt att förändra inom systemet. Jämförelser av likvärdigt arbete kräver också nya normer för värdering av kvinnors och mäns arbetsuppgifter.

Den fråga som jag ställer mig är, huruvida förändringar i förhandlings- och avtalssystemet påverkar behovet av könsuppdelad statistik? Om förhandlingssystemet blivit mer decentraliserat och lönen mer individuellt baserad, torde behovet av en annan form av kunskap om lönestrukturen öka. När lönen skall bestämmas i verksamheten utifrån till exempel arbetsvärdering, är kunskap om branschlöner inte tillräckligt som förhandlingsunderlag, utan båda parter måste ha kunskap om lönestrukturen på arbetsplatsen. Statistik blir i första hand en lokal angelägenhet – en fråga om att kartlägga lönestrukturen i verksamheten. I Kvinnomaktutredningens slutrapport betonas vikten av ett synliggörande av löneskillnaderna genom könsuppdelad statistik och för att göra detta möjligt föreslås det nya medlingsinstitutet att ha ett särskilt ansvar för lönestatistiken.[1645] I propositionen, Lönebildning för full sysselsättning, föreslås att årlig lönestatistik skall publiceras fördelad på ett 50-tal branscher och den skall vara könsuppdelad. Medlingsinstitutet skall vara ansvarig myndighet för den officiella lönestatistiken istället för SCB. Samtidigt betonas det att parterna bör träffa nya statistikavtal.[1646] Detta är av särskild vikt, då

[1641] Se exempelvis LO, Nelander/Lindgren, Löneinkomster för kvinnor och män. 1994. TCO, Välfärdsfakta. Den besvärande lönerelationen mellan kvinnor och män. Nr 4-5 1994.

[1642] SCB, 1996.

[1643] SOU 1993:7 s. 126.

[1644] Andersson, 1987 s. 97. "Jämförbar lönestatistik mellan kollektiv och yrken är därmed en nyckel för fortsatt löneutjämning."

[1645] SOU 1998:6 s. 196.

[1646] Prop. 1999/2000:32 s. 55 ff.

tillämpningen av jämställdhetslagen kräver att jämförelser görs mellan olika individer. I utredningen konstateras att tillämpningen av jämställdhetslagen kräver kännedom om relationerna mellan individers löner, men att ta ställning till om statistikuppgifter skall inhämtas från de lokala parterna, och om individuella löneskillnader skall analyseras, "(l)igger inte inom utredningens uppdrag".[1647]

Att det råder bristande kunskap om och ett dåligt intresse för att kartlägga löneskillnaderna mellan kvinnor och män finns det flera exempel på. Ett exempel är resultatet av 1995 års avtal inom verkstadsindustrin där parterna kom överens om att undersöka löneskillnaderna i branschen. Två år efter det att avtalet slöts hade endast 29 procent av de lokala facklubbarna lämnat in sina statistikuppgifter.[1648]

2.3 Lönestruktur

Att svenska kvinnors relativlöner steg under 60- och 70-talen framgår av ett stort antal rapporter. En förklaring till detta sägs vara förändringar i lönestrukturen. Struktur är ett ord som används i många sammanhang och som ofta får stå för något som är relativt beständigt – det tar tid att förändra strukturerna. Med lönestruktur avses "(h)ur olika egenskaper, såsom utbildningsnivå och arbetslivserfarenhet, ersätts på arbetsmarknaden".[1649] Begreppet lönestruktur säger något om hur vissa egenskaper hos arbetskraften har premierats och därmed något om löneskillnadernas grund. Lönestruktur är som begrepp deskriptivt. Det kan konstateras att lång arbetslivserfarenhet inte längre har samma effekt som egenskap och därmed automatiskt generar en högre ersättning för utfört arbete. Kvinnors relativlöner har därmed förbättrats, men inte för att deras egen arbetslivserfarenhet har ökat utan på grund av förändringar i lönestrukturen. En medveten lönepolitik förd i kollektiva förhandlingar av parterna kan ändra lönestrukturen och därmed skillnaderna mellan kvinnors och mäns löner. Två faktorer påverkar således lönestrukturen – lönepolitiken och

[1647] SOU 1998:141 s. 31. Regeringens proposition tar inte specifikt upp denna fråga, men menar att den statistik och de analyser som kommer att utföras av institutet kommer att förbättra parternas beslutsunderlag i förhandlingar. Ett skäl till detta kan vara att frågan om lönekartläggning utreddes i SOU 1999:91. Forskningsbasen LINDA kan kombineras med individuppgifter i SCB:s årliga lönestatistik. Se prop. 1999/2000:32 s. 62 och 70.

[1648] Larsson, Lars-Evert, Women's Wages within the Swedish Engineering Industry: A Historical Perspective, 2000 s. 2. I (red.) Mispelblom-Beyer/Thörnqvist, European Working Lives: Continuites and Change in Management and Industrial Relations in Scandinavia, France and the UK.

[1649] Edin/Richardsson, 1999 s. 2.

marknadskrafterna – huruvida förändringarna är ett resultat av den ena eller de andra är svårt att fastställa empiriskt.[1650]

Med internationella mått mätt är den svenska lönestrukturen sammanpressad, vilket med andra ord innebär att lönespridningen har varit låg.[1651] Hur stor betydelse detta har för skillnaden mellan kvinnors och mäns löner råder det delade meningar om. Det finns rapporter som visar att förändringar i lönestrukturen inte har lika stor betydelse för löneskillnaderna som tidigare undersökningar visat.[1652] En ökning av lönespridningen gynnar de arbetstagare som har de egenskaper som efterfrågas och värderas högt. I vissa avseenden, exempelvis utbildningens längd, har kvinnliga arbetstagare kommit att skilja sig allt mindre från manliga arbetstagare, frågan är dock om kvinnor kan och måste erhålla samma typ av humankapital som män och om denna norm måste vara bestämmande för lönestrukturen?[1653]

Min slutsats är att på en arbetsmarknad där lönerna har förhandlats fram utifrån de existerande organisationsgränserna, bransch för bransch och sektor för sektor, styrs lönestrukturen inte i första hand av hur arbetena värderas utan av föreställningen av hur avtalsområdet värderas. Samma typ av arbetsuppgifter ersätts olika, exempelvis beroende på om arbetet utförs inom det privata avtalsområdet eller inom det offentliga avtalsområdet. Lönestrukturen och förhandlings- och avtalssystemet är i sig systembevarande. En effekt av detta är att arbetskraftens fria rörlighet inskränks, en annan effekt är att stora löneskillnader uppstår och blir bestående.[1654] Dessa löneskillnader, och denna lönestruktur, är idag problematiska att legitimera för de avtalsslutande parterna.

[1650] A.a. Förklaringen som ges till detta faktum är att de ofta verkar i samma riktning.

[1651] Andersson, 1987 s. 15.

[1652] Edin/Richardsson, 1999 s. 13. Författarna jämför med Blau och Kahns komparativa undersökning från 1995.

[1653] Jonsson, Jan O., Hur skall vi förklara könsskillnader i utbildningsval? En empirisk prövning av hypoteser om rationella val och könsrollsmodeller. I SOU 1997:137 s. 16 ff.

[1654] Se Andersson, 1987 s. 37. "En lönestruktur som styrs av organisationsgränser, men utan hänsyn till arbetsvärdering, leder därför ofta fram till en mer olika lön för samma och likvärdigt arbete." Andersson använder orden kartellstyrd löneutveckling.

3 Den svenska förhandlingsmodellen på en könsuppdelad arbetsmarknad

3.1 Inledning

I en bok om den nordiska modellen kommer författarna med påståendet att den nordiska fackföreningsrörelsens är så stark att lagar om jämställdhet blir verkningslösa om de inte understöds av fackföreningarna.[1655] Frågan är således på vilket sätt och i vilken grad lagstiftning som förbjuder lönediskriminering på grund av kön kan integreras i förhandlingssystemet: Kan integrationen ske inom kollektivavtalssystemets ramar – kan nya normer skapas inom systemet? Finns det nödvändiga förutsättningar och medel?

Löneförhandlingar betecknas som avtalsförhandlingar. Det tidigare kollektivavtalet kan ha upphört att gälla och ett nytt löneavtal skall slutas. Parterna kan också tvista om hur ett avtal skall tolkas eller om det till exempel strider mot förbudet mot lönediskriminering. Tvisteförhandlingar kan då föras. I juridisk mening är de konflikter som uppstår mellan parterna att definiera som intressetvister respektive rättstvister. Reinhold Fahlbeck ser en karakteristisk skillnad i det att rättstvister i första hand avser individuella fall och att intressetvister i första hand gäller "generell reglering".[1656] Min kommentar är att detta förhållande fortfarande gäller, men att i den grad som löneförhandlingarna individualiseras förlorar intressetvisterna sin kollektiva och generella karaktär.

De förhandlingsregler som finns avseende avtalsförhandlingar har som främsta syfte att förhindra och fördröja stridsåtgärder. När det gäller tvisteförhandlingar är proceduren och parternas skyldigheter och rättigheter reglerade i Lagen om medbestämmande, MBL, och i kollektivt avtalade förhandlingsordningar.[1657] Syftet bakom uppkomsten av förhand-

[1655] Halvorsen/Nielsen, 1990 s. 265.
[1656] Fahlbeck, Reinhold, Praktisk arbetsrätt. 1987 s. 76.
[1657] 64–68 §§ MBL. Schmidt, Folke, Facklig arbetsrätt. 1997 s. 21.

lingsordningar är det ömsesidiga intresset av snabba lösningar. Systemet har vuxit fram avtalsvägen i huvudavtal och kollektivavtal.[1658] Om tvisten leder till rättslig prövning gäller arbetstvistlagen, LRA. Innan en tvist prövas i arbetsdomstolen skall parterna ha genomfört och avslutat tvisteförhandlingar.[1659]

3.2 Form och ordning för konflikter

När en tvist uppstår finns det mellan kollektivavtalsparterna en fixerad form och ordning för hur konflikten skall lösas inom systemet. Kan parterna inte komma överens, avgör i sista hand arbetsdomstolen i frågan om rättstvister. Styrkeförhållanden – i sista hand stridsåtgärder – avgör utgången av en intressetvist. Intressetvister – där lönefrågan är oreglerad – prövas över huvud taget inte av arbetsdomstolen.

Utgångspunkten för löneförhandlingarna har varit att det är parterna som tar initiativ till förhandlingar, formulerar problemen och väljer taktik och strategi. Den rättsliga grunden har varit förhandlings- och avtalsfriheten. Den fria förhandlings- och avtalsrätten bygger på äganderätten å ena sidan och föreningsrätten å den andra sidan.[1660]

Normen – fri förhandlingsrätt – förekommer på olika rättsliga nivåer. Den finns exempelvis i ILO:s konvention nr 98 och i EG-fördragets artikel 118 punkt 6.[1661] På nationell nivå understöds förhandlingsrätten av 10 § MBL. Rätten att förhandla är inte bara fri utan motparten är skyldig att träda i förhandling – förhandlingsrätten är ömsesidig.[1662] Denna allmänna förhandlingsrätt är det rättsliga stödet vid såväl avtalsförhandlingar som tvisteförhandlingar.[1663]

Förhandlingsordningen kan styra och i olika hög grad detaljreglera avtalsförhandlingarna.[1664] Saltsjöbadsavtalet, som slöts 1938 mellan LO och SAF, är uppsagt men genom överenskommelser äger vissa centrala delar fortfarande giltighet. Syftet med avtalets förhandlingsordning är att fördröja parternas användande av stridsåtgärder. Striktare förhandlingsordningar har enligt Rehnbergsmodellen börjat användas inom exportindu-

[1658] Fahlbeck, 1989 s. 33.
[1659] 4 kap. 7 § LRA.
[1660] Christensen, 1996 s. 530. Avtalsfriheten ser Christensen som ett självständigt normativt grundmönster i det marknadsfunktionella mönstret.
[1661] Se SOU 1998:141 s. 37 ff. I betänkandet finns en redogörelse för skyddet av förhandlingsrätten.
[1662] Bergqvist, Olof och Lunning, Lars, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentar. 1986 s. 157 ff.
[1663] Fahlbeck, 1987 s. 77.
[1664] Se Schmidt, 1997 s. 237.

strins avtalsområde och liknande avtal har även slutits på handeltjänstemännens område.[1665] Parterna inom industrins avtalsområde tecknade 1997 ett samarbetsavtal om lönebildningen som även innehåller nya förhandlingsregler. Framförallt innebär dessa avtal att rätten till stridsåtgärder inskränks och att förhandlingssystemet fått en ny aktör – den opartiske medlaren.[1666] I den offentliga sektorn finns ett antal avtal som anger ramarna för förhandling och konflikt. I första hand innehåller dessa avtal regler för hur samhällsfarliga konflikter skall stävjas.[1667]

För att främja lönebildningen och för att medla i arbetstvister har ett nytt Medlingsinstitut inrättats.[1668] Genom ändringar i medbestämmandelagen (2000:166) ges Medlingsinstitutet en vidare roll än vad Förlikningsmannaexpeditionen hade. Institutet skall verka aktivt för stabilitet på arbetsmarknaden genom att agera redan i ett tidigt skedde av den uppkomna tvisten. Tvångsmedling kan tillgripas om det finns risk för stridsåtgärder eller om de redan trätt i kraft. Om parterna redan har ett registrerat avtal om förhandlingsordning med regler om medling, gäller inte medbestämmandelagens nya regler om medling. De nya reglerna trädde i kraft den första juni 2000.[1669]

Vid löneförhandlingar förhandlar parterna för varje avtalsområde separat – någon jämförelse över gränserna av likvärdigt arbete förekommer således inte. Detta har blivit än mer påtagligt då samordningen har upphört. Inom den solidariska lönepolitikens ramar, eller den centraliserade förhandlingsstrukturen, fanns i vart fall en möjlighet till omfördelningar inom förhandlingssystemet. Lokal lönepolitik ger mindre utrymme för förändringar i lönestrukturen.

Inom SAF:s avtalsområde är medlemsföretagen förbjudna att förhandla över gränserna.[1670] Jämförelser av kvinnors och mäns löner kan därmed i samband med förhandlingar endast utföras inom ett kollektivavtalsområde. Förhandlingar förs, och avtal sluts, i ett rum för barnmorskan och i ett annat rum för klinikingenjören. Arbetsdomstolens uppgift blev i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, att jämföra det som parterna bestämt

[1665] Due/Madsen, Varför är den danska avtalsmodellen annorlunda än den svenska? 2000 s. 27. I (red.) Tegle, Stig, Har den svenska modellen överlevt krisen? Författarna ser Rehnbergavtalet som en "recentralisering av förhandlingssystemet via politisk intervention".

[1666] Se SOU 1998:141 Medling och lönebildning. 1998 s. 54 f. Medlaren har rätt att kalla parterna, ingripa och leda förhandlingsarbetet och skjuta upp varslade stridsåtgärder. Därmed har så kallade tröga ventiler införts. Syftet är att hålla nere löneökningarna och undvika kostsamma konflikter.

[1667] A.a. s. 59 f. Lagen om offentlig anställning (1994:260) inskränker också rätten till stridsåtgärder på den offentliga sektorn.

[1668] Lag (2000:163).

[1669] Se prop. 1999/2000:32 s. 70 ff. Nya lagrum är 47a och 47b §§ MBL.

[1670] SOU 1998:6 s. 196.

som varande artskilt. Domstolen kom fram till att när en jämförelse skall göras som strider mot kollektivavtalssystemets ramar och normer måste denna kunna medge "säkra slutsatser".[1671]

Systemet innebär att förhandlingar genomförs efter ett mönster som omöjliggör att nya värderingsnormer uppkommer och den etablerade positionen är således ohotad. Frågan är dock om inte förhandlingsordningens form kan användas för att motverka lönediskriminering? Det första steget mot att förändra de värderingar som finns på arbetsmarknaden av kvinnors och mäns arbete är ett synliggörande. Det andra steget är att kontrollera att förändringar sker i systemet, enligt jämställdhetslagens intentioner, och att de kollektivavtal som sluts inte befäster löneskillnader som har sin grund i kön, eller att nya könsrelaterade skillnader uppstår. Inom systemet med förhandlingsordningar kan kontrollstationer inrättas på central och/eller lokal nivå. Den könssegregerade kollektivavtalsstrukturen kan dock medföra starka begränsningar i möjligheten till jämförelser.

3.3 Könsarbetsdelningens struktur och funktion

Arbetsdelning har studerats ur olika perspektiv utan att (makt)relationen mellan könen har fokuserats i någon större bemärkelse.[1672] Den könsbestämda arbetsdelningen, könsarbetsdelningen, bygger på två grundläggande strukturer: För det första uppdelningen av kvinnor och män i olika sfärer: en reproduktionssfär och en produktionssfär och för det andra arbetsdelningen inom produktionssfären som är såväl vertikal som horisontell. Arbetsspecialiseringen mellan kvinnor och män avseende hemarbete kontra marknadsarbete har minskat avsevärt, men någon motsvarande förändring har inte skett på arbetsmarknaden.[1673]

Den könssegregerade arbetsmarknaden kan studeras utifrån två typer av segregering. Vertikal segregering innebär att det, där kvinnor och män arbetar inom samma verksamheter, sker en hierarkisk uppdelning efter kön. Kvinnor och män intar inte samma befattningar och positioner – kvinnor är således typiskt sett underordnade män i de fall att de arbetar inom samma verksamheter.[1674] Den vertikala segregeringen brukar sym-

[1671] Se del IV:3.4.3.2 och Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41.

[1672] Baude, Annika m.fl, Kvinnoarbetsliv. 1987 s. 62 f. Marx, Dürkheim och Weber studerade arbetsdelningen ur ett 'sociologiskt' perspektiv som en samhälleligt strukturerande princip – medan forskare med utgångspunkt tagen i organisationsteorierna har studerat arbetsdelningen utifrån arbetsprocessen i företaget.

[1673] Jonung, 1997 s. 48. I SOU 1997:137.

[1674] Detta konstaterades på 70-talet i SOU 1975:43 s. 125 "Kvinnor rekryteras oftast till arbetsuppgifter där lönesättningen är låg och befordringsmöjligheterna små. Det är män

boliseras med bilden av "glastaket", att det finns ett osynligt hinder för kvinnors möjligheter att avancera.[1675] Devisen: Män väljer män – ett uttryck för en broderskapets logik, bildar ett synbart mönster av interaktioner på arbetsplatser.[1676] Genom positiv särbehandling av män blir den vertikala könssegregeringen bestående. Horisontell segregering i arbetslivet består i att kvinnor och män arbetar inom olika yrken, branscher eller sektorer. Männen arbetar i mycket hög grad på den privata delen av arbetsmarknaden. Kvinnor arbetar i dag i stort sett till lika stor del i privat (47 %) som offentlig (53 %) regi. En förändring har skett sedan 1970 då en större andel av kvinnorna arbetade i den privata sektorn (58 %). 1970 arbetade 79 procent av männen i den privata sektorn. Någon större förändring har inte skett för männens del motsvarande siffra var 1999 80 procent.[1677]

Inom arbetsmarknaden finns det arbetsområden som är starkt könskodade.[1678] Denna könsarbetsdelning leder å ena sidan till löneskillnader och å andra sidan till att löneskillnaderna upprätthåller strukturerna. Ulla Wikander menar att mäns ständiga överordning har varit det konstituerande draget i arbetsdelningen mellan könen. Det finns "(v)arken särpräglade kvinnoarbeten eller mansarbeten men en ständigt återskapad relation mellan kvinnor och män i en arbetssituation."[1679] I en av Nordiska rådet initierad studie av den könsuppdelade arbetsmarknaden konstaterades inledningsvis, att visserligen har könsuppdelningen sina rötter långt tillbaka i tiden, men detta innebär inte att den kan ses som "(u)ttryck för en historisk eftersläpning". Könssegregeringen är en "aktivt verkande process" på dagens arbetsmarknad trots omorganisation och förändrade produktionsformer.[1680] Könssegregeringen på arbetsmarknaden har inte minskat under 90-talet utan arbetsmarknaden ser idag i stort sett ut som den gjorde på 60-talet. Kvinnor arbetar i första hand fortfarande inom sektorn för service och omsorg och inom vissa delar av sektorn har kvinno-

---

som innehar ledande befattningar och når befordran." I 90-talets rapporter till Kvinnomaktutredningen kommer forskarna fram till att könssegregeringen består. Se exempelvis SOU 1997:137.

[1675] SOU 1997:137 s. 2.

[1676] Lindgren, Gerd, Broderskapets logik, Kvinnovetenskaplig tidsskrift, 96:1. Se även Hultin/Szulkin, 1999 s. 458. I artikeln finns angivet ytterligare litteratur angående"social networks".

[1677] SCB, 2000 s. 3.

[1678] Se SOU 1997:137 där de olika rapporterna tar upp just könssegregering på arbetsmarknaden. Se även Roman, Christine, Lika på olika villkor. Könssegregering i kunskapsföretag. 1994.

[1679] Wikander, 1988 s. 230.

[1680] Dahlerup, Drude, Kan arbejdsmarkedets kønsuppdeling brydes? 1986 s. 9. I (red.) Dahlerup, Køn sorterer Kønsopdeling på arbejdspladsen.

dominansen även ökat något. Statistik från SCB bekräftar uppfattningen att den svenska arbetsmarknaden är mycket könssegregerad.[1681]

Det finns ett flertal undersökningar som visar graden av könsarbetsdelning och enligt svenska forskare skulle den svenska arbetsmarknaden vara en av världens mest könssegregerade.[1682] En av orsakerna till att könssegregeringen trots allt består kan vara det faktum att män som arbetar inom kvinnodominerade yrken förlorar relativt sett mer i lön än vad kvinnor gör.[1683] Idag kan vi konstatera att arbetsdelningen mellan könen har gått så långt att det är svårt att finna kvinnor och män som utför lika arbete, därav kommer också kravet på lika lön för likvärdigt arbete – en 'anpassningsstrategi' till rådande förhållanden. Arbetsmarknadens struktur har påverkat lagstiftningen samtidigt som den också sätter upp gränser för jämförelser i mål om lönediskriminering.[1684] Förklaringen till denna arbetsdelning finns också att söka i den konkurrens som uppstod när kvinnorna kom ut på männens arbetsmarknad och därmed konkurrerade med låga löner. Den manliga positionen hotades. Lösningen har varit en könsbestämd arbetsdelning som resulterat i att positionen kunnat skyddas och löneskillnaderna legitimeras – kvinnor och män utför artskilda arbeten. Arbetsdelningen är ett uttryck för det genussystem, de maktförhållanden, som bestämmer kvinnors och mäns villkor i samhället.[1685]

Esping-Andersen har utformat en modell för analys av den kapitalistiska välfärdsstaten. Förhållandena på arbetsmarknaden är centrala när tre grundtyper av välfärdstater/modeller studeras – den socialdemokratiskt orienterade modellen, den korporativistiska välfärdsstaten och den

[1681] Enligt SCB, 2000, var de fem vanligaste kvinnojobben år 1998:
1. Vård och omsorgspersonal.
2. Försäljare och demonstratörer(i detaljhandeln).
3. Sjuksköterskor.
4. Övrig kontorspersonal.
5. Förskollärare och fritidspedagoger.
Det mest kvinnodominerade yrket 1999 (97 %) var kontors- och läkarsekreterare.
De fem vanligaste mansjobben var 1998:
1. Ingenjörer och tekniker.
2. Säljare, inköpare och mäklare.
3. Byggnadshantverkare.
4. Fordonsförare.
5. Vård och omsorgspersonal.
Det mest mansdominerade yrket 1999 (100 %) var motorfordonsmekaniker och motorfordonsreparatör.

[1682] Se exempelvis Nermo, Magnus, Yrkessegregering efter kön – ett internationellt perspektiv. I SOU 1997:137 s. 82 ff.

[1683] Hultin/Szulkin, 1997 s. 286. I SOU 1997:136.

[1684] Se del III:4.8.3 och del IV:3.3.3. Jämförelsen begränsas till arbetsgivarens verksamhet. Rättspraxis visar att även kollektivavtalsområden sätter upp gränser för jämförelser.

[1685] Se avhandlingen avsnitt I:3.3 om genussystem som teori.

liberala välfärdsstaten. Exempel på dessa tre olika typer av välfärdskapitalism är Sverige, Tyskland och USA.[1686] Vad jag finner intressant hos Esping-Andersen är hans slutsatser om kvinnors ställning på arbetsmarknaden och framförallt analysen av den könssegregerade arbetsmarknaden. "Akilleshälen" i den svenska modellen är att den välfärdsskapande offentliga sektorn kräver höga skatteuttag och det med hjälp av den solidariska lönepolitiken har varit nödvändigt att hålla lönerna nere i denna sektor.[1687] Den svenska arbetsmarknaden är enligt Esping-Andersen extremt könssegregerad med i första hand heltidsarbetande män i den privata sektorn och deltidsarbetande kvinnor inom den offentliga delen av arbetsmarknaden.[1688] Om jag uppfattar Esping-Andersen rätt bygger hans tes på att den offentliga sektorn är en tärande sektor, vilket leder till det rent logiska resonemanget att då den offentliga sektorn inte kan generera sina egna kostnader blir den en låglönesektor. Därmed uppstår särskilt låga löner i denna sektor, vilket även skulle ha skett om arbetskraften i denna sektor i första hand bestått av män. De låga lönerna beror således inte på någon form av könsdiskriminering. Något förslag på hur problemet skall lösas har Esping-Andersen inte.

Den könssegregerade arbetsmarknaden ger ett segmenterat könsuppdelat förhandlingssystem. För att nya normer skall kunna skapas krävs såväl förändringar i förhandlingssystemet som en minskning av könssegregeringen. Könsarbetsdelningen leder till att fackföreningar, vars medlemmar arbetar i den offentliga sektorn, är starkt kvinnodominerade. Trots att vi inte längre har några fackföreningar som enbart organiserar kvinnor – detta framgår av stadgarna – kan vi på grund av arbetsmarknadens könssegregerade struktur ändock karakterisera fackföreningar, som exempelvis Kommunalarbetarförbundet och Vårdförbundet, som kvinnofackföreningar.[1689] Dessa fackföreningar är könsmärkta precis som det arbete som deras medlemmar utför. Förhandling och avtalsslutande sker könsuppdelat – olika kollektivavtal sluts för kvinnliga respektive manliga medlemmars räkning. Vad får detta för effekter i löneförhandlingarna? Ett antagande är att kvinnodominerade fackföreningar har haft en svagare förhandlingsposition på arbetsmarknaden, vilket också visar sig i resultatet av löneförhandlingar. På den svenska arbetsmarknaden har exportindustrin av tradition setts som den löneledande och som riktkarl i lönerörelserna, medan det av de fackliga organisationerna i den offentliga sektorn har förväntats följsamhet, återhållsamhet och ansvarstagande. Exportindustrin har alltid omhuldats. Den offentliga sektorn har setts

[1686] Esping-Andersen, 1990 s.
[1687] A.a. s. 224.
[1688] Esping-Andersen, 1996 s. 13.
[1689] I Danmark finns det fortfarande fackföreningar som har kön som organisationsprincip.

som nödvändig, men samtidigt som alltför kostsam och som en allt för stor del av den totala arbetsmarknaden.[1690]

I 1995 års avtalsrörelse prövade nämnda organisationer att använda strejkvapnet för att uppnå en förbättring för sina lågavlönade medlemmar. Framförallt sjuksköterskefackets aktioner hade en klar anknytning till att lönekraven hade sin grund i kön. För första gången i en avtalsrörelse sades det rakt ut att lönekraven tog sin utgångspunkt i en diskrimineringssituation – sjuksköterskornas ordförande Eva Fernvall menade att medlemmarna var lönediskriminerade i strid med gällande lagstiftning, inte för att de tillhörde de lågavlönades skara utan just för att de var kvinnor. Kravet på en lön som inte var diskriminerande – en rättvis lön – blev i sjuksköterskestrejken en intressekonflikt.[1691] Istället för att primärt handla om skillnaden i lön mellan en enskild kvinna och man – en rättstvist – fick lönediskrimineringsfrågan kollektiv karaktär. Det var kollektivet kvinnor som framstod som diskriminerande och den strukturella diskrimineringen blev tydlig. Tydligt framstod också att konflikten, trots att den rörde den offentliga delen av arbetsmarknaden, var en klassisk konflikt mellan arbete och kapital.

3.4 Decentralisering inom förhandlingssystemet

1906 års decemberkompromiss blev resultatet av SAF:s strävan efter att söka en kollektiv motpart på central nivå. I decemberkompromissen kom arbetsgivarens prerogativ – rätten att leda och fördela arbetet – att skyddas i utbyte mot att LO fick föreningsrätten erkänd. Efter detta avtal fanns en etablerad kontakt på högsta förhandlingsnivå som senare resulterade i det gemensamma normerandet av villkoren på den svenska arbetsmarknaden, genom slutandet av huvudavtal. 1938 års Saltsjöbadsavtal blev startpunkten för en anda av samförstånd.

Att centralisera förhandlingssystemet var ursprungligen ett arbetsgivarkrav och genom att sluta centrala löneavtal kunde sedermera den lokala fackliga rörelsen beläggas med fredsplikt. Att få kontroll över organisationen på lokal nivå låg också i LO:s intresse. 1952 slöts det första centrala löneavtalet mellan LO och SAF, ett avtal som tillkom med ekonomiska motiv från båda parternas sida och som välsignades av den socialdemokratiska regeringen. I praktiken krävde SAF samordnade

[1690] Elvander, Nils, Den svenska modellen. Löneförhandlingar och inkomstpolitik 1982–1986. 1988 s. 46 f. Ett uttryck för denna uppfattning var den debattartikel som Bo Södersten, då SULF-ordförande, skrev i DN den 4 april 1995.

[1691] Se Ryman, 1998 s. 790. Ryman menar att det alltid är en intressekonflikt när grunden är ett krav på lika lön för likvärdigt arbete.

löneförhandlingar för att ingå ett indexavtal.[1692] SAF kunde därmed hålla nere lönekraven och LO fick ett forum och en avtalsform för en mer solidarisk fördelning av löneutrymmet. Under de följande tre decennierna, med undantag för åren 1953–56, möttes LO och SAF i centrala löneförhandlingar och begrepp som den svenska modellen och solidarisk lönepolitik myntades och blev kända över hela världen. Nils Elvander menar att det går att göra en distinktion mellan hur begreppet "den svenska modellen" uppfattades utanför Sverige och den roll som den svenska modellen spelade i Sverige – "(a)s an ideal" respektive "(a)s a reality".[1693] Parterna normerade avtalsvägen förhållandena på arbetsmarknaden ända fram till 70-talets lagstiftningsexplosion, då staten trädde in som ny aktör på den arbetsrättsliga arenan.[1694] I samma tidsskede steg de fackliga organisationerna som företrädde medlemmar på den offentliga delen av arbetsmarknaden fram som nya och starka aktörer. De nya aktörerna var TCO och SACO, men också Kommunalarbetarförbundet som 1978 blev LO:s största förbund.

Löneförhandlingarna på den offentliga delen av arbetsmarknaden har sin särskilda karaktär. Som arbetsgivare har 'det offentliga' haft ett moraliskt sett större krav på sig att leva upp till principen om lika lön för lika arbete. Skillnaderna mellan kvinnors och mäns löner har därmed inte varit lika stora som i den privata sektorn.[1695]

Den forskning som bedrivits om förhandlings- och avtalssystemen på arbetsmarknaden går under beteckningen "industrial relations". I denna typ av forskning är det i första hand den privata delen av arbetsmarknaden som ställts i fokus.[1696] I ett arbete som handlar om lönediskriminering skulle det vara önskvärt att ändra på detta förhållande, men inom avhandlingens ramar ryms inte mycket mer än att göra läsaren uppmärksam på förhållandet.[1697] Förhållandena på arbetsmarknaden har förändrats i många avseenden. Arbetsmarknaden har blivit allt mindre homogen och

[1692] Ohlsson, 1993 s. 268.

[1693] Elvander, 1997 s. 11.

[1694] Schiller, Bernt, Samarbete eller konflikt. 1988 s. 67 ff.

[1695] SOU 1998:141 s. 98 f. Se även Le Grand, Carl, Löneskillnaderna i Sverige: Förändring och nuvarande struktur. I (red.) Fritzell/Lundberg, Vardagens villkor: Levnadsförhållanden i Sverige under tre decennier, 1994.

[1696] Få undantag finns. Ett exempel är Kirsten Bregns bidrag om förändringar i lönesystemen på den danska offentliga arbetsmarknaden i antologin Global Redifinig of Working Life. Se Bregn, Kirsten, Competence and Public Pay Systems, i Fleming, Daniel et al, Global Redifining of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participation, 1998.

[1697] Jag lämnar dock inte denna fråga utan återkommer till den i ett annat forskningssammanhang. Inom projektet NordFram III studerar jag tillsammans med Christer Thörnqvist kollektivavtalssystemet i den nordiska modellen och empiriska studier är planerade att utföras av kollektivavtal i såväl privat som offentlig sektor.

detta faktum var tydligt under 1995 års avtalsrörelse. Nya fackliga grupper, i första hand i den offentliga sektorn och till övervägande del bestående av kvinnliga medlemmar, ställde krav på löneökningar i storleksordningen 35 procent på tre år. Efter det att medlingsförsöken misslyckats vidtog organisationerna stridsåtgärder i olika former. Sjuksköterskestrejken varade i sju veckor och det direkta slutresultatet var magert i förhållande till aktionens omfattning.[1698] Det är således inte längre självklart att den manlige metallarbetaren är riktkarl i lönerörelsen och samordnade löneförhandlingar har inte längre någon stabil horisontell grund att stå på när organisationsstrukturen blivit mer heterogen. De offentliganställdas fackliga organisationer har sedan 70-talet krävt sin rätt att verka på ett "självständigt avtalsområde", samtidigt som det har varit svårt att komma ifrån jämförelsen med lönerna på den privata arbetsmarknaden.[1699]

I slutet av 80-talet bildade privata och offentliga arbetsgivare en offensiv ideologisk front mot den centrala lönebildningen som modell.[1700] Sedan 1990 har SAF:s styrelse inte deltagit i centrala förhandlingar utan målsättningen har varit att styra ner förhandlingarna till lägsta nivå – till företaget. I praktiken har formerna för förhandlingarna decentraliserats till förbundsnivå, vilket gör att det är för tidigt att utropa att den svenska modellen är död och begraven.[1701] De samordnade löneförhandlingarna har splittrats upp, detta gäller hela arbetsmarknaden, och löneförhandlingarnas centrala nivå är numera förbundsnivån. De avtal som sluts på förbundsnivå kan ge mer eller mindre åt de lokala parterna att förhandla om. Grundläggande är dock förhållandet att de lokala parterna beläggs med fredsplikt. Samordningen av förhandlingssystemet har av tradition följt industriförbundsprincipen och således varit horisontell. I löneförhandlingarna på 90-talet har nya förhandlingsvänner funnit varandra utifrån yrkesförbundsprincipen. Samarbete över organisationsgränserna har förekommit mellan organisationer som SHSTF(Vårdförbundet) och Läkarförbundet, Kommunalarbetarförbundet och SKTF och mellan de SACO- och TCO-förbund som organiserar lärare. Nils Elvander ser detta som en naturlig konsekvens av de djupgående strukturella förändringar

[1698] Elvander, 1997 s. 43 f. Det angivna kravet kom från SHSTF (Vårdförbundet).

[1699] Sjölund, 1989 s. 50 f.

[1700] A.a. s. 14. Elvander ser i första hand strukturella förändringar som orsaken till konvulsioner i förhandlingssystemet. En sådan förändring var huvudorganisationernas försvagade ställning. Framförallt SAF präglades av interna motsättningar.

[1701] Se Thörnqvist, 1998 s. 272. SAF:s ordförande Ulf Laurin uttalade att den svenska modellen var död. Förbundsnivå är dock enligt mitt förmenade central nivå och i första hand måste innehållet i avtalen studeras och värderas. Hur mycket bestäms på förbundsnivå genom stupstocksregler och dylikt? Värt att notera är dock att LO-förbunden i 1997 års avtalsrörelse samordnade sina lönekrav. Se även Elvander, 1997 s. 11.

som kännetecknar dagens arbetsliv.[1702] Jag ser också något annat. Dessa nya formella förhandlingskonstellationer uppkommer i den offentliga sektorn där decentraliseringen av förhandlingssystemet i hög grad är ett faktum. I den offentliga sektorn finns sedan lång tid tillbaka en tradition av att i första hand samarbeta och organisera sig utifrån yrkesförbundsprincipen.[1703]

SAF har som arbetsgivarföreträdare varit den part som framträtt som ideologiskapande aktör av ett nytt förhandlingssystem, medan det har varit de offentliga arbetsgivarna som har genomfört decentraliseringen i praktiken. Decentraliseringen i förhandlingssystemet startade redan under den borgerliga regeringen i slutet på 70-talet. Politiken stadfästes i det lönepolitiska program som 1985 presenterades av en socialdemokratisk minister. Utvecklingen mot ett lönesystem som byggde på "flexibilitet, decentralisering och delegering", skulle fortsätta.[1704] I exempelvis det avtal som Kommunalarbetarförbundet slöt i 1993 års avtalsrörelse fick de lokala parterna mer än 50 procent av lönesumman att fördela efter förhandlingar. Förhandlingsparterna i den offentliga sektorn har också decentraliserats organisatoriskt sett.[1705] Även i 1995 års avtalsrörelse lyckades de offentliga arbetsgivarna bättre än de privata avseende decentralisering av förhandlings- och avtalsnivån. Det mest framträdande resultatet var att lönerna för de enskilda medlemmarna till stor del skulle fördelas efter lokala förhandlingar.[1706]

Idag står det klart att förhandlingssystemet har decentraliserats successivt såväl på den privata som den offentliga delen av arbetsmarknaden, men frågan är: Hur gick det till och vilka var skälen? Vad hände med den solidariska lönepolitiken och vilken betydelse har förändringen av förhandlingssystemet för kvinnors löner och tillämpningen av förbudet mot lönediskriminering? Under 80-talet började nya begrepp att användas, inte enbart på den svenska arbetsmarknaden utan i stort sett i hela västvärlden – decentralisering – blev begreppet som i motsatts till centralisering kom att prägla diskussionsfältet. Decentralisering som systemförändrande, något nytt och nödvändigt och centralisering som systembevarande, något gammalt och tryggt – dylika argument har omväxlande hörts i debatten.[1707]

[1702] Elvander, 1997 s. 51.

[1703] Fransson, Susanne, Collective and Individual Strategies – Women's and Men's Wages. 2000. Se även avhandlingens avsnitt II:3.3.

[1704] Se Sjölund, 1989 s. 52 f. och s. 67.

[1705] Elvander, 1997 s. 39 f.

[1706] A.a. s. 44 och 50.

[1707] Se Thörnqvist, Christer, The Decentralization of Industrial Relations: The Swedish Case in Comparative Perspective. 1999 s. 82 f. European Journal of Industrial Relations. Vol. 5 1999.

Det råder ingen tvekan om att SAF är den pådrivande och ideologiskapande aktören i denna fråga och att de fackliga organisationerna, framförallt LO, försvarat den svenska modellen och den solidariska lönepolitiken. På olika sätt och med växlande framgång har LO försökt att koordinera de förbundsvisa förhandlingarna.[1708] Frågan är varför arbetsgivarorganisationen lämnade det centrala förhandlingsbordet? Christer Thörnqvist har i en historisk och komparativ studie kommit fram till att skälen för SAF:s förändrade inställning i första hand var ideologiska. Det handlar om den klassiska konflikten mellan arbete och kapital. SAF hade förlorat problemformuleringsprivilegiet i samband med utarbetandet av det arbetsrättsliga regelverket på 70-talet och detta förhållande rådde det medvetenhet om inom organisationen. En ideologisk offensiv startades för att ta tillbaka ordets makt från fackföreningsrörelsen, men syftet var också att ändra på styrkeförhållandena vid avtalsbordet – decentralisering skulle försvaga fackföreningarna. Inom det centrala förhandlings- och avtalssystemet hade de fackliga organisationerna vuxit sig så starka att SAF inte längre ansåg sig tjäna på ett centraliserat förhandlingssystem.[1709] Framförallt ansågs styrkeförhållandena ha förändrats till fackföreningarnas fördel när det gällde bruket av stridsåtgärder. Decentraliseringskrav och krav på begränsningar i de fackliga organisationernas rätt att vidta stridsåtgärder löper parallellt såväl i arbetsgivarföreningens argumentation som i den övriga ekonomiska och politiska debatten.[1710] SAF:s argumentation i decentraliseringsdebatten kan också ses som ett försök att återta den position arbetsgivarna hade innan medbestämmandelagens tillkomst.

Förutom det ideologiska motivet fanns det ytterligare två motiv för decentralisering, nämligen ekonomiska och organisatoriska. Decentralisering av förhandlingssystemet skulle sätta stopp för likalöneprincipen och för nivelleringen av lönerna. Från SAF:s sida hävdades att ökade löneskillnader och ökad konkurrens mellan enskilda arbetstagare leder till ökad produktivitet och flexibilitet.[1711]

Det fanns tydliga genussignaler i den retoriska debatten – lönerna i den offentliga sektorn var för höga i förhållande till industriarbetarlönen.[1712] Privatiseringskraven är ytterligare ett led i denna retorik och det har visat sig att de kollektivt avtalade anställningsvillkoren försämrats i samband med privatisering av kommunal och statlig verksam-

[1708] Elvander, 1997 s. 25.
[1709] Thörnqvist, 1999 s. 82 f.
[1710] Se ex. Calmfors, Lars, DN-debatt 960619.
[1711] Se Thörnqvist, 1998 s. 287. Thörnqvist menar att den gamla parollen lika lön för lika arbete har bytts ut mot ord som kompetens, kvalifikationer och flexibilitet.
[1712] Se det inledande citatet till detta avsnitt.

het.[1713] SAF får också som organisation ökad kontroll över lönebildningen vid privatisering. I själva verket är det lönestrukturen som angrips och förändringar i förhandlingssystemet kan således leda till förändringar av strukturen. Det är ett faktum att skillnaden mellan kvinnor och mäns löner ökat inom vissa sektorer under de senaste decennierna.[1714] Decentraliserad lönebildning leder över huvud taget till ökade löneskillnader och till lönespridning.[1715] Hur ökad lönespridning påverkar just kvinnors löner, med utgångspunkt tagen i humankapitalteori, beror på vilka (arbetsmarknads)egenskaper kvinnor har. En undersökning visar att unga kvinnors relativlöner har ökat mer än lönerna för kvinnor i genomsnitt. Förklaringen som ges är att unga kvinnors egenskaper allt mer kommit att likna de manliga kollegornas. Lönespridning på branschnivå påverkar lågavlönade kvinnors löner i allmänhet negativt.[1716] Generellt sett leder decentraliserad lönesättning till större löneskillnader mellan kvinnor och män.[1717]

När makten över lönesättningen decentraliseras ökar möjligheten att premiera enskilda grupper eller individer i samband med lokala förhandlingar eller arbetsgivarbeslut. Utrymmet för diskriminering ökar när lönen inte är centralt fastställd. Empirisk forskning visar att "maktstrukturens könssammansättning" har betydelse för lönesättning. Såväl nivån på vilken lönesättningen fastställs som könet på beslutsfattaren är avgörande för kvinnors löner. Kvinnor har jämförelsevis lägre löner på arbetsplatser med en mansdominerad maktstruktur än när det finns färre män i maktställning. Chefernas kön påverkar dock inte mäns löner.[1718] Någon undersökning om hur könssammansättningen hos motparten, de fackliga förhandlarna, påverkar kvinnors och mäns löner har inte genomförts.

[1713] Se artikel av Margareta Edling, Anställd sitter osäkert när företag byter ägare, i Lag& Avtal 1993 nr 9 s. 28. Artikeln rör bussförare som fick försämrade anställningsvillkor efter övergång till Swebus.

[1714] Edin/Richardsson, 1999 s. 9.

[1715] Thörnqvist, 1998 s. 271. Empiriskt visas detta av Blau och Kahn i en artikel med titeln Wage Structure and Gender Earnings Differentials: An Internationel Comparison. 1996 s. 29 f. Economica 96:63.

[1716] Se Edin/Richardsson, 1999 s. 10 och 14.

[1717] Maier, 1999 s. 103 f.

[1718] Hultin/Szulkin, 1997 s. 168. I SOU 1997:136. Undersökningen omfattade både den privata och offentliga sektorn. Maktpositionen avsåg endast chefer, vilket innebär att aspekten att den fackliga företrädaren har en maktposition vid lönesättning saknas.

3.5 Individuell lönesättning i ett kollektivt system

Lönesättningen för privattjänstemännen har alltid varit individuell och att reglera en viss del av lönen på individuella grunder blir allt vanligare även för offentligt anställda. I viss mån förekommer detta även inom LO:s avtalsområde i övrigt.[1719] Vad består den individuella lönesättningen av? Den individrelaterade lönesättningen kan röra hela (teoretiskt sett) eller delar av den direkta (penning)lönen, pensionsförmåner eller så kallade fringe-benifits eller sidoförmåner.

I enlighet med SAF:s nutida lönepolitiska skrifter nås det optimala förhållandet om lönen bestäms individuellt i företaget efter enskilda förhandlingar med varje, som SAF uttrycker det, medarbetare.[1720] SAF:s syn på en rationell lönebildning skiljer sig här inte nämnvärt från den som Taylor och Fayol i början på 1900-talet utarbetade för storindustrin. Dessa teorier byggde på att produktionen kan ses isolerat från samhället för övrigt. Som förebild för industriarbetets organisering fanns framförallt den väldisciplinerade och hierarkiskt organiserade armén. Industrin och tjänstesektorn organiserades efter ett hierarkiskt mönster med underordnade och överordnade i ett system med inbyggda krav på lojalitet. Denna hierarki har också kännetecknat lönestrukturen. Taylor önskade, liksom SAF gör, uppnå konsensus med sina (med)arbetare – men detta skulle ske utan fackföreningens medverkan – genom att tala "med en man i sänder".[1721] Taylors system för organisering av arbetet kan i och för sig påstås vara könsneutralt, emedan lönesättningen grundas på rationella analyser av varje arbete och arbetstagare. Förutsättningen för detta är dock att systemet tillämpas könsneutralt, det vill säga att värderingen inte utgår från könskodade egenskaper och att hierarkierna inte är könsrelaterade. Senare forskning har visat att det existerar en vertikal könssegregering och att många arbetsuppgifter är könsmärkta.[1722] Med kunskap om dessa förhållanden är frågan om det rationella systemet endast kan ta

[1719] Fürst, Gunilla, När kvinnor utvecklar nya lönemodeller. 1997 s. 327. I SOU 1997:135. Se Bregn, Kirsten, Økonomisk styring af offentligt ansattes adfærd gennem nye lønsystemer: Muligheder og begrænsninger – med skolelærere som eksempel, 1999 s. 22. Bregn uttrycker i sin konferensrapportatt det är en "international bølge" att se individuell lönesättning som ett universalmedel för att öka effektiviteten på den offentliga sektorn.

[1720] Se exempelvis SAF, Marknad och mångfald – SAFs program för 90-talet. 1990. Begreppet medarbetare har även använts i AD. Se AD 1992 nr 81 och den skiljaktiga meningen. Målet rörde en gränsdragningstvist och de skiljaktiga ledamöterna menade att uppdelningen i arbetare och tjänsteman var otidsenlig och att medarbetarbegreppets införande skulle innebära att begreppen förenades.

[1721] Taylor, 1920 s. 28.

[1722] Westberg-Wohlgemuth, 1996 s. 163.

hänsyn till de normer som redan existerar? I sådant fall leder systemet till ytterligare cementering av rådande könshierarkier. Per definition könsneutrala utgångspunkter för individuell lönesättning kan ge upphov till indirekt individuell könsdiskriminering och till kollektiv och/eller strukturell diskriminering. Samtidigt är individuell lönesättning mer anpassat till de grundläggande liberala principer som förbudet mot lönediskriminering bygger på – lika fall skall behandlas lika.

Undersökningar av förhållandena på de brittiska och danska arbetsmarknaderna visar att kvinnor kommer sämre ut i informella än i formella lönesystem. De informella systemen leder till en oklar konkurrenssituation, vilket ökar löneskillnaderna mellan kvinnor och män.[1723] De undersökningar som har gjorts gällande skillnaden mellan kvinnors och mäns löner har i första hand rört lika arbete och direkt lön. Lönestatistiken medger inte några andra jämförelser. Vad individuell lönesättning innebär för kvinnors löner är således fortfarande höljt i dunkel. En indikation på resultatet fås vid studier av bruket av sidoförmåner, vilka är individuellt relaterade och reglerade i hög grad. Inom kvinnomaktutredningen genomfördes en undersökning av icke-kontanta anställningsförmåner. I rättslig mening kan dessa förmåner omfattas av begreppet lön.[1724] Exempel på de förmåner som ingick i undersökningen var fri bostad, tjänstebil för privat bruk, fri telefon i bostaden, subventionerat varuinköp och subventionerad lunch. Resultatet av undersöknigen visar att bruket av sidoförmåner ökar löneskillnaderna mellan kvinnor och män totalt sett. Segregering och diskriminering anses vara den främsta orsaken till att män i högre grad än kvinnor får anställningsförmåner.[1725]

Att förhandlingssystemet i olika hög grad har decentraliserats har redan konstaterats och frågan är i vilken utsträckning detta lett till ökad individuell lönesättning? Det kan uppfattas som ett axiom att decentralisering av förhandlingssystemet leder till individuell lönesättning. Metall, som var det första LO-förbund som 1983 slöt ett avtal på förbundsnivå innan den centrala uppgörelsen var klar, gav samtidigt uttryck för att organisationen inte kunde tänka sig att individuella medlemmars arbete bedömdes och värdesattes. Istället var det arbetslaget, kollektivet, som skulle värderas på företagsnivå.[1726] Redan i 1980 års avtal mellan LO och SAF finns embryot till individuell lönesättning i form av "(d)e icke

[1723] Se Rubery, J och Fagan, C, Wage Determination and Sex Segregation in the EC. 1995. Se även Asplund, R m.fl., The male-female wage gap in the Nordic countries. 1995. I (red.) Westgard-Nielsen, Wage Differentials in the Nordic Countries.

[1724] Se del III:4.8.2 och IV:3.3.1 om begreppet lön.

[1725] Granqvist, 1997 s. 173 ff. I SOU 1997:136.

[1726] Thörnqvist, 1999 s. 81. Se Ohlsson, 1993 s. 119. Avtalet sågs som ett svek mot den solidariska lönepolitiken.

nivåpåverkande lönehöjningarna".[1727] I Metalls avtal på 90-talet har individen ställts i fokus. Lönesättningen skall var "(d)ifferentierad efter individuella eller andra grunder". Kriterier för individuell lönesättning anges och systematisk arbetsvärdering framhålls som en god grund för bedömning.[1728]

Som tidigare har påpekats har decentraliseringen av förhandlingssystemet genomförts i större utsträckning i den offentliga sektorn än på den privata. Utvecklingen sköt fart i samband med avtalsrörelsen 1995.[1729] Individuell lönesättning har således kommit att påverka kvinnor i vården mer än deras män i verkstadsindustrin. Längst har arbetsgivaren på det statliga avtalsområdet gått och i enlighet med 1995 års avtal för statsanställda skulle tarifflönerna och fördelningen av lönepotten förhandlas fram på lokal nivå. Som del av den totala lönen är den individuella och differentierade lönen ofta av ringa storlek. I exempelvis det avtal som slöts gällande Kommunalarbetarförbundets medlemmar för år 1996 skulle 4,1 procent av lönesumman fördelas efter individuella kriterier. Inom förbundets avtalsområde är det i första hand de kvinnodominerade sektionerna som utvecklat nya lönemodeller. Kvinnor inom vård- och omsorgsyrkena har visat det största intresset för att utveckla nya lönesystem. Frågan är: Varför detta intresse? Svaret, som ges i en undersökning av Gunilla Fürst, är att dessa grupper har sett en chans till en uppvärdering av arbetet och en möjlighet till en gynnsammare löneutveckling. Syftet har således inte i första hand varit differentiering utan att kollektivt flytta fram positionerna.[1730] Denna strategi får anses stå i strid med syftet med individuell lönesättning, som i vart fall inte är att i allmänhet höja lönerna.[1731]

[1727] Se Ohlsson, 1993 s. 139. Det fanns olika uppfattningar om detta nya inslag i löneavtalen, å ena sidan att det var ett brott mot den solidariska lönepolitiken och å andra sidan att det gynnade de lågavlönade.

[1728] Kollektivavtal mellan Sveriges Verkstadsförening och Svenska Metallindustriarbetarförbundet 1998/1999 § 3 Löneprinciper s. 7. Jämfört med 1993/1994 års avtal (s. 89) har avtalstexten preciserats.

[1729] Elvander, 1997 s. 39.

[1730] Fürst, 1997 s. 327 ff. I SOU 1997:135. Undersökningen avser åren 95–97.

[1731] Jfr med Bregn, 1998 s. 306.

3.6 Arbetsvärdering inom förhandlings- och avtalssystemet

I vilka former har värdering av arbetsuppgifter utförts inom förhandlings- och avtalssystemet? All lönesättning måste bygga på att någon eller några värderar arbetet och den som utför arbetet. Värderingen kan vara mer eller mindre systematisk och mer eller mindre subjektiv. Arbetsvärdering kan användas för att värdera hela arbetsuppgiften eller en del av den. Utgångspunkten kan vara en viss generell minimilön och därutöver kan olika ersättningar ges beroende på värderingen. Värderingssystemet kan fastställas av en partsammansatt grupp eller av arbetsgivaren mer eller mindre ensidigt. I första hand har arbetsvärdering setts som ett verktyg för arbetsgivarens strävan efter att få ett underlag för en lönesättning som kan uppfattas som rättvis.[1732] En annan sida av värdering av arbetet är de val som individer gör när de väljer arbete.[1733]

Det finns ett flertal mer eller mindre avancerade arbetsvärderingssystem. Dessutom finns det olika former av meritvärderingssystem.[1734] Ett arbetsvärderingssystems huvudsakliga ändamål är att mäta värdet av arbetet, medan ett meritvärderingssystem mäter den enskilde arbetstagarens utförande av arbetsuppgifterna. Meritvärdering är således inte i lika hög grad en förhandlings- och avtalsfråga.[1735] I det av parterna utarbetade arbetsvärderingssystemet för fabriksyrken framhålls dock att arbetsvärderingen och den lönemässiga tillämpningen av resultatet skall hållas åtskilda.[1736]

Idag anförs synpunkter från olika håll om behovet av arbetsvärdering, men även en del skeptiska röster har hörts mot systematisk arbetsvärdering, framförallt från arbetsgivarhåll.[1737] Arbetsvärderingssystem kan verka "konserverande" av arbetets värdering och i sig bli normerande.[1738] Men det finns de som tror på möjligheten att använda arbetsvärderingssystem i högre grad än idag. Den partsammansatta arbetsrättskommissionens ordförande, Tony Hagström, gick till med så långt att han 1995 föreslog att ett arbetsvärderingssystem skulle utarbetas för hela

[1732] Ericsson, Thomas, Systematisk arbetsvärdering. Ett lönesättningsinstrument i närbild. 1991 s. 54. Jfr Victorin, 1973 s. 48.

[1733] Se Andersson, 1987 s. 85.

[1734] Om olika arbetsvärderingssystem se Cedersund/Kullberg, 1996. System som beskrivs är Haymetoden, LO:s svårighetsskala, BVT m.m.

[1735] Victorin, 1973 s. 53 f. Enligt Victorin så användes meritvärderingssystem i ringa omfattning fram till 70-talet.

[1736] Arbetsvärdering fabriksyrken. 1990. SAFs allmänna arbetsgivarförbund och Svenska fabriksarbetarförbundet.

[1737] SAF, 1995 s. 6.

[1738] Se Victorin, 1973 s. 51.

arbetsmarknaden. I detta sammanhang är det i första hand arbetsvärdering som instrument för lönesättning inom förhandlingssystemet som är relevant och frågan är högst aktuell. Allt fler löneavtal anger att lönesättningen skall vara differentierad och individuellt baserad.[1739]

Om vi anlägger ett historiskt perspektiv på arbetsvärdering inom förhandlingssystemet finner vi att arbetsvärdering för första gången användes systematiskt i Sverige vid Surte glasbruk år 1947. Systemet hade utarbetats i företaget och syftet var att öka lönedifferentieringen. Partsgemensamma system utvecklades först i mitten av 50-talet och 1957 omfattades endast cirka tre procent av LO:s medlemmar av systematisk arbetsvärdering. På tjänstemannaområdet var systematisk arbetsvärdering än mer sällsynt. Jag har inte funnit några undersökningar av i hur hög grad systematisk arbetsvärdering förekommer på dagens arbetsmarknad.[1740] Thomas Ericsson betonar i sin avhandling att LO, i vart fall på central nivå, ställde sig positiv till systematisk arbetsvärdering.[1741]

Den solidariska lönepolitikens tankemodell som utvecklades under 50-talet var ursprungligen att arbetena på individuell nivå skulle mätas och jämföras med hjälp av arbetsvärderingssystem.[1742] Hur dessa system skulle se ut och hur de skulle användas inom förhandlingssystemet var man inte på det klara över.[1743] Senare har Rudolf Meidner konstaterat att arbetsvärdering som instrument för lönesättning inte passade in i förhandlingssystemet. Meidner ifrågasatte också "rationell arbetsvärdering" utifrån att värderingen kan ge upphov till stora individuella löneskillnader och därmed till en ökad lönespridning.[1744] En rationell arbetsvärdering kunde också ha hotat de etablerades position och gett upphov till splittringar inom fackföreningsrörelsen, vilket kan vara ytterligare en anledning till att de fackliga organisationerna valde att inte vara pådrivande i denna fråga.

[1739] Se exempelvis avtalet mellan Kommunförbundet och Kommunalarbetsförbundet, Löneavtal 98 (ingår i HÖK 98) och Metalls avtal 1999/2000.

[1740] Ericsson, 1991 s. 64. Det fanns enligt Ericsson inte heller någon dylik undersökning för 80-talet.

[1741] A.a. s. 78.

[1742] Se Ohlsson, 1993 s. 114. I ett handlingsprogram från 1981 års Metallkongress framgår att ett system med värdering av olika arbetsuppgifter ingår som ett nödvändigt led i den soldariska lönepolitiken. Men det fick inte bli alltför styrande. Parterna på lokal nivå har då inte något att förhandla om. I en motion underströks att ett arbetsvärderingssystem vore särskilt viktigt för kvinnors löner. För övrigt tycks arbetsvärdering i första hand ses som ett instrument för att ge metallarbetarna rättvisa löner i förhållande till industritjänstemännen (s. 124).

[1743] Meidner/Öhman, 1972 s. 20. Några försök att uppfylla denna del av den solidariska lönepolitiken har enligt Meidner aldrig gjorts.

[1744] A.a. s. 30.

Utifrån ett könsperspektiv startar frågan om arbetsvärdering först då principen om lika lön för lika arbete oavsett kön kommer upp på dagordningen. Inom verkstadsindustrin insåg arbetsgivarparten på 50-talet, att principen förr eller senare måste accepteras. En nivellering av lönerna framstod som otänkbar och för att bevara arbetsgivarens rätt till differentierad lönesättning infördes arbetsvärderingssystemet MTM genom ett avtal med Metall år 1957. MTM var ett instrument för att rationalisera och värdera monotona arbetsuppgifter och i första hand var det kvinnors arbeten som kom att mätas. Löneskillnaderna mellan kvinnor och män inom verkstadsindustrin ökade därmed.[1745] 1965 försvann de könsbestämda lönetarifferna inom LO:s avtalsområde. Inom verkstadsindustrin uteblev till stor del den väntade positiva effekten för kvinnors löner på grund av att ackorden samtidigt trappades upp.[1746]

Som instrument för att motverka lönediskriminering blev systematisk arbetsvärdering i praktisk tillämpning aktuell först under 80-talet. Det finns ett samband med tillkomsten av jämställdhetslagens krav på lika lön för likvärdigt arbete, men också ett samband med ökad individuell lönesättning. Detta är tydligt i det senaste Verkstadsavtalet.[1747]

Det finns idag inga gemensamma arbetsvärderingssystem som är vedertagna och prövade av de olika parterna på arbetsmarknaden. I första hand har systematisk arbetsvärdering börjat användas under 90-talet på den offentliga delen av arbetsmarknaden. Avsikten har varit att synliggöra osakliga löneskillnader och att värdera arbetsuppgifterna utifrån bestämda kriterier.[1748] På det kommunala avtalsområdet har emellertid möjligheten till jämförelser minskat – de manliga kommunalarbetarna är en "krympande skara". Strukturella förändringar i form av bolagisering har medfört att särskilda löneavtal sluts för dessa verksamheter och att könsuppdelningen förstärkts inom den offentliga sektorn.[1749]

Frågan är om systematisk arbetsvärdering kan integreras i förhandlingssystemet och om förändringar krävs i själva systemet? Arbetsvärdering har kritiserats för att det använts av arbetsgivare som instrument för att dölja att priset på arbetskraften bestäms av styrkeförhållandet mellan parterna. Det finns i praktiken inget objektivt mått för vad ett arbete är värt. Priset på arbetskraften styrs av olika sociala, ekonomiska och poli-

[1745] Larsson, 2000 s. 6.
MTM betyder Metod-Tid-Mätning.
[1746] Ohlsson, 1993 s. 99.
[1747] Kollektivavtal mellan Sveriges Verkstadsförening och Svenska Metallindustriarbetarförbundet 1998/1999 § 3 Löneprinciper s. 7.
[1748] Se exempelvis Projektet i Linköpings kommun, Örebro läns landsting, Partille kommun, utarbetandet av IDA-systemet osv.
[1749] Fürst, 1997 s. 344. I SOU 1997:135.

tiska faktorer.[1750] Genom arbetsvärdering kan arbeten jämföras med varandra, men de poängtal som en värdering leder till är inte matematiska värden utan värderingar. Arbetsvärdering är således ingen exakt vetenskap. Arbetsvärderingsprinciper kan, om medvetenhet saknas om detta, ge en schimär av att lönen är rättvis. Frågan är: Rättvis i förhållande till vad? De försök och projekt som har utförts har i huvudsak relaterat till rättvisa i förhållande till en annan grupp arbetstagare av motsatt kön inom den offentliga sektorn. Ett allt större bruk av arbetsvärdering som metod för lönesättning möjliggör en allt mer individuell lönesättning. Frågan är hur detta påverkar förhandlingssystemet: Var kommer rätten till stridsåtgärder in om lönen är individuell och fastställd utifrån arbetsvärderingsprinciper? Hur utvecklas den grundläggande konflikten mellan arbete och kapital?

[1750] Victorin, 1974 s. 13.

4 Kollektivavtal – rättsverkan och former

4.1 Inledning

Centrala kollektivavtal har varit det dominerande rättsliga regleringsinstrumentet när parterna på arbetsmarknaden har avtalat om lönesättningen. Arbetsgivarnas organisationer är de som hårdast drivit kravet om att avtalssystemet är föråldrat och måste luckras upp.[1751] Detta hänger samman med den arbetsgivaroffensiv som pågick i hela västvärlden under 1980- och det tidiga 1990-talet. I de flesta länder decentraliserades också avtalssystemet avsevärt. Trots detta minskade inte kollektivavtalens täckningsgrad. Lika många löntagare omfattades av kollektiva avtal i början av 90-talet som i början av 80-talet, alla andra förändringar till trots.[1752] I Sverige omfattas drygt 80 procent av alla arbetstagare av kollektivavtal.[1753] En hypotes är att även om täckningsgraden är lika hög, kan det materiella innehållet mycket väl ha försämrats sett ur arbetstagarnas synvinkel. Ju mindre avtalet reglerar, desto större möjlighet ges den enskilde arbetsgivaren till individuella, flexibla lösningar, och till individuell lönesättning.

Kollektivavtalet är ett rättsligt regleringsinstrument och en särskild avtalstyp som bygger på förhandlingar, där utgångspunkten är två jämbördiga avtalsparter.[1754] Generella löneökningar har ansetts medföra att

[1751] I denna debatt har framförallt nationalekonomer deltagit. Se exempelvis Lars Calmfors i DN 960619. Calmfors hävdar att "Tiden har rusat förbi kollektivavtalet."

[1752] Traxler, Franz, Collective Bargaining and Industrial Change: A Case of Disorganization? 1996 s. 274. I European Sociological Review.

[1753] Kjellberg, 1997 kap. 2. Organisationsgraden och täckningsgraden är idag på ungefär samma nivå. Så har det dock inte alltid varit och i LO:s utredning, Fackföreningsrörelsen och den fulla sysselsättningen, från 1951 s. 28, poängterades täckningsgradens avgörande betydelse för organisationen: "Det är emellertid felaktigt att enbart mäta den fackliga organisationens styrka genom medlemsantalet. Sitt reella inflytande synes fackföreningsrörelsen bäst ådalägga genom att direkt och indirekt normera villkoren på arbetsmarknaden för såväl organiserade som oorganiserade löntagare".

[1754] Bruun, Niklas, Kollektivavtal och rättsideologi. 1979 s. 159 f. Bruun kallar denna utgångspunkt för paritetsideologi.

alla arbetstagares anställningsavtal, oberoende av arbetstagarnas organisationstillhörighet, har getts samma innehåll. Kollektivavtalet har en normerande verkan. Någon allmän rättsgrundsats om lika lön för lika arbete har inte funnits i svensk rätt.[1755] Kravet på likabehandling för de oorganiserade/utanförstående har inte haft någon rättslig grund, då den negativa föreningsrätten inte har varit skyddad i svensk lag. Avtalsfrihet har gällt som princip i relationen oorganiserad/utanförstående arbetstagare och arbetsgivare.[1756]

Förbudet mot könsdiskriminering och kravet på likabehandling är en intervention i de kollektivt etablerade positionerna. Jämställdhetslagen skiljer sig i hög grad från annan arbetsrättslig reglering på så sätt att lagen ställer krav på att resultatet av löneförhandlingarna – det materiella innehållet – skall vara fritt från könsdiskriminering.[1757] Lagen är tvingande i denna del och kollektivavtal, som strider mot förbudet mot könsdiskriminering kan ogiltigförklaras. Inom systemet måste därmed ett nytt icke-diskriminerande avtal förhandlas fram.[1758]

4.2 Kollektivavtalets form och rättsverkningar

Är det möjligt att anlägga ett könsperspektiv på kollektivavtalets rättverkningar och funktioner? Min uppfattning är att det vart fall kan vara värt ett försök.[1759] De rättsverkningar som har betydelse i sammanhanget är kollektivavtalets bindande, tvingande och normerande verkan. Frågan är hur dessa rättsverkningar förhåller sig till tillämpningen av förbudet mot lönediskriminering? Det brukar framhållas att kollektivavtalssystemet inte är anpassat eller står i samklang med jämställdhetslagens regler. Principen pacta sunt servanda – avtal skall hållas – sätts ur spel när det materiella innehållet kan ifrågasättas rättsligt. Tillämpningen av förbudet mot könsdiskriminerande anställningsvillkor hotar den grundläggande avtalsrättsliga principen att avtal skall hållas.

[1755] AD 1984 nr 79 s. 221. Jag vill påpeka att när målet avgjordes fanns det en rättsgrundsats om lika lön för lika arbete i 4 § JämL vilket arbetsdomstolen inte tycks ha funderat över.

[1756] Se AD 1991 nr 100.

[1757] SOU 1998:141, s. 63.

[1758] Se avhandlingen avsnitt IV:5.3.2.

[1759] Det finns få arbetsrättsliga arbeten som har sett på den kollektiva arbetsrätten ur ett köns- eller genusperspektiv. Se del I:5.

Kollektivavtalet är en "säregen avtalstyp".[1760] Kollektivavtalet är ett så kallat sui generis, ett avtal som inte kan sorteras in under någon annan känd avtalstyp. Kollektivavtalet har givits särskilda rättsverkningar som inga andra avtalstyper besitter.[1761] Men precis som vid ingående av andra avtal krävs det någon form av anbud och accept – en process som leder till avtalsslut. I verklig bemärkelse är kollektivavtalet ett förhandlingsavtal.[1762] För att ett kollektivavtal skall anses vara ingånget och bindande krävs avsikt att sluta avtal från båda parternas sida. Brister det i avtalsviljan hos någondera av parterna har ett kollektivavtal inte ingåtts, istället kan det då vara frågan om så kallad ensidig arbetsgivarreglering, exempelvis ordningsföreskrifter. Som undantag kan nämnas den typ av kollektivavtal som benämns hängavtal. Hängavtalet är ett osjälvständigt kollektivavtal, som hämtar sitt innehåll från ett redan befintligt kollektivavtal.[1763] Avtalsslutandet kan här tyckas ensidigt då den oorganiserade arbetsgivaren genom underskrift förbinder sig att följa det redan 'färdiga' kollektivavtalet. I svensk rätt finns en legaldefinition. I 23 § MBL definieras formkraven – alla krav måste var uppfyllda för att kollektivavtalets rättsverkningar skall inträda. Vi har sålunda två begrepp att behandla, formkrav och rättsverkningar. Låt oss börja med det första.

4.2.1 Formkraven

Kollektivavtalet är en typ av formalavtal. De formkrav som ställs upp i 23 § MBL är absoluta och någon frihet att disponera över formkraven finns inte. Brister det i formkraven kan det ingångna avtalet vara ett 'vanligt' avtal – ett konsensualavtal.

Då kollektivavtalet har mycket avgörande rättsverkningar för såväl arbetsgivare som arbetstagare ställer de flesta rättsordningar krav på skriftlighet.[1764] Kollektivavtal kan således inte ingås muntligt.

Kollektivavtalet är en avtalsform som bygger på den i industrisamhället tydliga partsrelationen mellan arbete och kapital. Utgångspunkten för partsrelationen är en paritetsideologi – en tanke om jämbördiga avtalsparter. Grunderna för den liberala avtalsläran – jämbördiga kontraktsparter – upprätthölls när det nya rättsinstitutet inlemmades i rättsordningen.[1765]

[1760] Nyström, Birgitta, Kollektivavtalet – en säregen avtalstyp. 1998 s. 234 ff. I vänbok till Axel Adlercreutz, Variationer på ett obligationsrättsligt tema.
[1761] Bruun, 1979 s. 165.
[1762] Se Grönfors, Kurt, Avtalsgrundande rättsfakta. 1993 s. 65.
[1763] Nyström, 1998 s. 238.
[1764] Det kan vara ett skriftligt avtal undertecknat av båda parter eller ett justerat protokoll. Protokollsanteckningar kan ses som en del av kollektivavtalet.
[1765] Bruun, 1979 s. 163 f.

I botten av paritetsideologin ligger den könsrelaterade rättsliga konstruktionen av rättssubjektet, av arbetstagaren.[1766] Som ett formkrav uppställs, att part på ena sida är arbetsgivare eller arbetsgivarorganisation och på den andra sidan en arbetstagarorganisation. För att över huvud taget kunna sluta ett kollektivavtal måste det finnas kollektiva motparter.[1767] En enskild arbetstagare kan aldrig vara part i ett kollektivavtal.

Det sista formkravet rör själva innehållet i kollektivavtalet. I ett kollektivavtal kan parterna avtala om hela det område som anses röra förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. Kollektivavtalet kan innehålla bestämmelser som rör förhållandet mellan parterna, mellan arbetsgivare och arbetstagare, som kollektiv eller förhållandet mellan arbetsgivare och en enskild arbetstagare. För att giltigt avtal skall komma till stånd krävs behörighet att sluta avtal i frågan. Behörigheten att sluta avtal följer av organisationernas stadgar. När det gäller den fackliga organisationen finns det begränsningar i avtalsfriheten avseende medlems redan intjänade rättigheter. I sådant fall krävs medlems samtycke.[1768] Även inom arbetsgivarorganisationerna följer behörigheten att sluta avtal av organisationens stadgar. Befogenheten att sluta avtal är också reglerad. Ett medlemsföretag inom SAF som sluter ett löneavtal som strider mot det allmänna arbetsgivarintresset kan erläggas att betala böter eller tvingas att begära utträde ur organisationen.[1769]

4.2.2 Avtalsbundenhet och kollektivavtalets tvingande verkan

Kollektivavtalen på den svenska arbetsmarknaden utgår från konstruktionen att såväl parter som medlemmar i organisationerna är bundna av avtalen och att avtal som sluts i strid med kollektivavtalets innehåll anses som ogiltiga. Kollektivavtalet binder således även den så kallade tredje man. Den som inte har status som part eller medlem kan aldrig bli bunden av ett kollektivavtal, men avtalet kan ha en normerande funktion.[1770] Allmängiltigförklaring av ett kollektivavtals rättsliga status är inte möjlig i Sverige, men i praktiken gäller riksavtalens normer för alla arbetstagare i en bransch.[1771]

[1766] Se Fransson, 2000b.

[1767] Se del II:3.3.3. Historiskt sett har fackliga organisationer bildade av och för kvinnor saknat denna ställning.

[1768] Se exempelvis Schmidt, 1997 s. 197.

[1769] SAF:s stadgar 40 § 1998.

[1770] Schmidt, 1994 s. 116.

[1771] Fahlbeck, 1989 s. 93. Om allmängiltigförklaring av kollektivavtal se Ahlberg/Bruun, 1996.

Medlemsbundenheten innebär att arbetstagare och arbetsgivare genom inträde i en organisation får såväl rättigheter som skyldigheter grundade på avtalet.[1772] För arbetstagarna fyller kollektivavtalets materiella innehåll ut anställningsavtalet och blir en del av detta. För arbetstagarens bundenhet krävs, att ytterligare två villkor är uppfyllda: Arbetstagaren får inte vara bunden av ett annat kollektivavtal och måste också arbeta inom avtalets tillämpningsområde. Bundenheten är strikt civilrättslig och består även då medlem lämnat sin organisation och gäller till dess att avtalet upphör att gälla.[1773]

Kollektivavtalets tvingande verkan, formulerad i 27 § MBL, innebär att avtal som står i strid med kollektivavtalet är ogiltiga. Detta kan gälla exempelvis löneavtal som sluts mellan av kollektivavtalet bundna enskilda arbetstagare och arbetsgivare, eller ett avtal som slutits mellan de lokala parterna. Såväl kollektivavtalets bindande, tvingande och normerande verkan är till sin funktion av systembevarande karaktär. Dessa rättverkningar anses leda till rättssäkerhet för parterna, men kan också leda till rättsförluster för enskilda. I Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, framhöll arbetsdomstolen arbetsgivarens rättssäkerhet som argument för att ställa särskilt höga krav på bevisningen.[1774] Rättssäkerheten uppfattar jag här som ett krav på förutsebarhet. Den arbetsgivare som ingår kollektivavtal om löner utifrån de generella värderingar som finns på arbetsmarknaden, det vill säga inom det gällande kollektivavtalssystemets ramar, skall kunna känna sig trygg i att de framförhandlade avtalen gäller. Rättssäkerhetskravet blir här ett uttryck för principen att avtal skall hållas.

Som organisation är SAF uppbyggd kring en stark styrelse och medlemsföretag som bryter mot stadgarna kan som nämnts uteslutas.[1775] Sluts lokala avtal som står i strid med gällande kollektivavtal på riksnivå bryter dessa inte enbart mot medbestämmandelagens regler utan också mot organisationens kodex.

[1772] Definition av facklig organisation finns i 6 § MBL.
[1773] 26 § MBL.
[1774] Se del IV:3.4.3.2.
[1775] Se Källström, Kent, Lokala kollektivavtal. Om lokala parters rättsliga ställning inom fackliga organisationer. 1979 s. 25.

4.3 Kollektivavtalet som en dispositiv rättsregel[1776]

Vilken betydelse har kollektivavtalet för den oorganiserade eller utanförstående arbetstagarens anställningsvillkor?[1777] Kollektivavtalets grundidé är att anställningsvillkoren skall regleras generellt. I kollektivavtalets form kan dock parterna avtala om en arbetstagares anställningsvillkor.[1778] Mellan arbetsgivaren och den arbetstagare som valt att avstå från medlemskapet råder vad som benämns som avtalsfrihet. I princip kan dessa parter träffa ett enskilt avtal om exempelvis lönen som är såväl bättre som sämre än kollektivavtalets normer. Under förutsättning att avtalslagens regler uppfyllts är detta avtal bindande för båda parter.[1779] Vilken lön skall då den oorganiserade/utanförstående erhålla om inget avtalats mellan parterna? De arbetstagare som inte tillhör den avtalsslutande organisationen är "(v)arken berättigade eller förpliktigade av kollektivavtalet".[1780] Om inget annat har avtalats skall dock även dessa arbetstagares anställningsavtal hämta sitt innehåll från kollektivavtalet. Detta brukar uttryckas som att kollektivavtalets normer fyller ut avtalet eller tolkas in i avtalet. Kollektivavtalet anses ha en normerande verkan.[1781] Om kollektivavtalet har en generell karaktär har arbetsdomstolen menat att det kan presumeras att arbetstagaren och arbetsgivaren haft viljan att lönen skall följa kollektivavtalets normer.[1782] Ett annat och bättre sätt att uttrycka detta förhållande på, är att beskriva kollektivavtalets generella reglering av anställningsvillkoren som en dispositiv rättsregel.[1783] Om inget annat avtalats hämtar den oorganiserades/utanförståendes anställningsavtal sitt innehåll från kollektivavtalet. Finns det inget kollektiv-

[1776] Glavå/Töllborg, 1990 s. 91.

[1777] Se Fahlbeck, Reinhold, Om diskriminering av utanförstående arbetstagare. 1983. I Perspektiv på arbetsrätten Vänbok till Axel Adlercreutz. Arbetstagaren brukar betecknas som oorganiserad respektive utanförstående. Reinhold Fahlbeck använder genomgående termen utanförstående. Jag menar att det finns en väsentlig skillnad i att vara oorganiserad eller organiserad men i en annan fackförening än den som sluter kollektivavtal med arbetsgivaren. Konkurenssituationen mellan två fackliga organisationer tillkommer i det senare fallet. Då utanförstående kan uppfattas som omfattande enbart oorganiserade använder jag inte enbart detta begrepp.

[1778] Fahlbeck, 1987 s. 91.

[1779] Se Schmidt, 1994 s. 116.

[1780] Fahlbeck, 1987 s. 91.

[1781] Se AD 1977 nr 62, 1978 nr 163, 1989 nr 67 och 1990 nr 91.

[1782] AD 1984 nr 79. HD argumenterade på samma sätt i NJA 1967 s. 513.

[1783] Glavå/Töllborg, 1990 s. 91. "Istället för att i det enskilda fallet laborera med fiktioner om partsvilja och liknande vore det mer adekvat att tala om att denna princip ger uttryck för en dispositiv rättregel."

avtal och har någon överenskommelse om viss lön ej träffats, gäller som allmän rättsgrundsats att skälig lön skall betalas.[1784]

Det finns ytterligare en part i målet – den fackliga organisationen. Att teckna ett avtal om lön som står i strid med gällande kollektivavtal kan bli kostsamt för arbetsgivarparten, emedan dylikt förfarande är att se som ett kollektivavtalsbrott gentemot den fackliga motparten. Arbetsdomstolen har i kollektivavtalet som sådant intolkat en skyldighet för arbetsgivaren att tillämpa kollektivavtalet även på de arbetstagare som inte tillhör den avtalsslutande organisationen.[1785] Skadeståndsskyldighet enligt medbestämmandelagen kan uppkomma om den fackliga organisationen väcker talan. På en arbetsmarknad präglad av hög arbetslöshet måste de fackliga organisationerna värna om kollektivavtalets normerande verkan för att motverka låglönekonkurrens, vilket kan gynna de arbetstagare som inte har några på kollektivavtalet existerande rättigheter.

I avtalsförhandlingar förhandlar den fackliga organisationen uttryckligen för sina medlemmars räkning såväl avseende generella som individuella lönepåslag. I det fall att det finns en lokal lönepott är den matematiskt sett framräknad på antalet medlemmar.[1786] Min slutsats är att om det lokala lönepåslaget ses som individualiserat fyller kollektivavtalets normerande verkan ingen funktion. Under dessa förutsättningar kan arbetsgivaren ha uppfattningen att det i praktiken inte går att förhandla med alla oorganiserade/utanförstående var för sig, samt att det inte finns något att förhandla om – lönepotten är redan fördelad. Kollektivt framförhandlad lönesättning som klassificeras som individuell leder därmed till löneskillnader mellan organiserade och oorganiserade.

Om en manlig medlem har högre lön än en oorganiserad/utanförstående kvinna som utför lika eller likvärdigt arbete kan detta vara ett kollektivavtalsbrott, och eventuellt en kränkning av den negativa föreningsrätten, under förutsättning att det inte är frågan om ett individuellt lönepåslag som fackföreningen förhandlat fram åt enskilda medlemmar. Får, i exemplet, kvinnan lägre lön på grund av att hon är oorganiserad/utanförstående, beror inte löneskillnaden på hennes kön, utan på frågan om hon är medlem eller inte. Presumtionen om lönediskriminering kan dock vara uppfylld, men den bryts av det faktum att medlemstillhörigheten genererat mannens högre lön. Det finns med andra ord inget samband mellan kön och lönesättning.[1787]

[1784] Göransson, H, 1988 s. 396.

[1785] Se exempelvis AD 1977 nr 49 och 1984 nr 79.

[1786] Se Sjölund, 1989 s. 134. Sjölund beskriver hur potterna låses till bestämda fackliga organisationer.

[1787] Se Nielsen, 1995 s. 69.

Att rättsligt skydda den negativa föreningsrätten – rätten att vara oorganiserad – har i första hand varit ett arbetsgivarkrav.[1788] Frågan har fått ökad aktualitet i samband med ett mål i Europadomstolen, Gustafsson./. Sverige och ett mål i arbetsdomstolen, AD 1998 nr 17, Kellermanmålet. I båda fallen gällde frågan arbetsgivarens rätt att stå utanför kollektivavtalssystemet, en fråga som tangerar den negativa föreningsrätten.[1789] Syftet med de olika diskrimineringsförbud som finns är att ge individen ett rättsskydd mot kränkande särbehandling – särbehandling som kan ha sin grund i kön, ras, nationalitet, organisationstillhörighet et cetera. Idag finns det en norm om förbud mot diskriminerande lönesättning som kan härledas ur olika rättskällor såsom EG-fördraget och en princip om negativ föreningsrätt i artikel 11, Europakonventionen om mänskliga rättigheter. Genom att konventionen antagits som svensk lag år 1995, är den negativa föreningsrätten, rätten att vara oorganiserad, skyddad.[1790] Frågan är hur detta påverkar de rättsliga grunderna för individens rätt till lika lön för lika arbete, som en rättighet oavsett medlemsstatus?

4.4 Vem tolkar avtalet vid lönetvister?

De stränga formkraven sammanhänger med kollektivavtalets speciella rättverkningar. Kollektivavtalet binder inte enbart de parter som ingått avtalet utan också medlemmarna i respektive organisationer. Den viktigaste av rättverkningarna är att den som är bunden av kollektivavtal också är bunden av fredsplikt. Kollektivavtalet är också en förutsättning för att stora delar av den svenska lagstiftningen om medbestämmande skall träda ikraft mellan parterna. Arbetsgivare får skyldigheter och fackliga organisationer får rättigheter genom de rättsregler som rör medbestämmande i arbetslivet. De organisationer som inte har slutit kollektivavtal med motparten lämnas i stort sett utanför demokratiseringen av arbets-

[1788] Sigeman, Tore, Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser. 1998 s. 21. Lag&Avtal 98 nr 6. Källström, Kent, Gustafsson-domen skapar temporär lösning. 1999 s. 20. Lag&Avtal 99 nr 5. Se även Flink, Ingvar, Strejkbryteriet och arbetets frihet. En studie av svensk arbetsmarknad fram till 1938. 1978 s. 119.

[1789] Se Källström, Kent, Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund. 1999 s. 13 ff. Se även Sigeman, Tore, Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt. En probleminventering rörande skyddet mot organisationstvång i arbetslivet. 1999 s. 36 ff. Båda uppsatser finns i (red) Agell, Anders, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Gustafssonmålet i perspektiv.

[1790] Johansson, Annamaria, Arbetsdomstolen skapar ny rätt. 1998 s. 17. Lag&Avtal 98 nr 7. Johanssons tolkar AD:s dom 1998 nr 17, Kellermanmålet, i den mening att artikel 11 gäller i förhållandet mellan enskilda rättssubjekt.

livet.[1791] Vid brott mot kollektivavtal följer av den svenska medbestämmandelagen, att allmänt skadestånd kan dömas ut för själva kränkningen av avtalet.

En del av medbestämmandet är 35 § MBL om rätten att tolka löneavtalet vid betalningstvister. Regeln innebär att när det uppkommer en rättstvist mellan arbetsgivaren och kollektivavtalsmotparten är arbetsgivaren skyldig att omedelbart kalla till förhandling. Om arbetsgivaren försummar detta, inträder en rätt för den fackliga organisationen att tolka avtalet. Arbetsgivaren blir således skyldig att betala den lön som gäller i enlighet med den fackliga organisationens tolkning, under förutsättning att kravet är skäligt.[1792] Vilken betydelse kan reglerna om tolkningsföreträde ha vid en tvist som rör könsdiskriminerande löneavtal? Regeln gäller vid rättstvister och den rättsliga grunden är här löneavtalet samt 18 § JämL. Förbudet mot lönediskriminering är i och för sig inte en materiell rättsregel i vanlig mening, men utifrån att regeln ses som uttryck för en rättighet – en lönesättning fri från könsdiskriminering – menar jag att rekvisitet rättstvist är uppfyllt.[1793] Kan den fackliga organisationen använda rätten till medbestämmande ur ett könsperspektiv? Svaret på denna sista fråga är ja, men under förutsättning att lönekravet inte är oskäligt. I detta fall är det dock stor risk att genuskonflikten osynliggörs.[1794]

4.5 Kollektiva löneavtal – normal- och minimilön

Formen för hur lönen skall betalas kan vara reglerad i kollektivavtal i enlighet med olika lönesystem. Lönesystem kan vara rationella utifrån skäl som ekonomi och effektivitet. Aspekter som rättvisa och solidaritet kan också utgöra grunden för lönesystem. Inom löneterminologin finns exempelvis begrepp som ackordslön, timlön, månadslön och prestationslön, men det jag avser att behandla är olika typer av normerande löneavtal.[1795] Den fråga jag ställer är om formen för avtalet har någon betydelse för

[1791] Då EG-rätten ser på de fackliga organisationerna som i första hand arbetstagarnas representanter har kollektivavtalets betydelse för rätten till medbestämmande minskat. Genom implementering av direktiven om kollektiva uppsägningar och anställningsskyddet vid företagsöverlåtelse har arbetsgivarens primära förhandlingsskyldighet utsträckts till en skyldighet att primärförhandla med alla arbetstagarorganisationer om någon kollektivavtalsmotpart ej finns. Se 13 § 2 st MBL.

[1792] Schmidt, 1997 s. 216 f.

[1793] Jämför med 9 § FML.

[1794] Se AD 2000 nr 42.

[1795] Se Victorin, 1973 s. 33 ff. I avhandlingen beskrivs olika löneformer och då särskilt ackordet.

skillnaden mellan kvinnors och mäns löner och tillämpningen av likalöneprincipen.

Det finns olika typer av normallöneavtal. I ett normallöneavtal kan lönen vara fixerad till ett bestämt belopp som varken får underskridas eller överskridas. Alla avvikelser från kollektivavtalets normer blir då kollektivavtalsbrott. Normallöneavtal är idag mycket ovanliga på den svenska arbetsmarknaden och hör till den centralistiska lönebildningsmodellen. När ett normallöneavtal slutits lämnas föga åt de lokala parterna att avtala om. Normallöneavtal kan ha en mycket formell struktur och helt utesluta individuella avvikelser. Under förutsättning att inga särskilda kvinnolönetariffer finns och att arbetsuppgifterna inte är könskodade, kan ett formellt löneavtal leda till mindre löneskillnader. Skillnaden mellan kvinnor och mäns löner är lägre i formella system än i informella.[1796] Normallönesystem har också setts som ett skydd mot diskriminering av oorganiserade/utanförstående arbetstagare.[1797]

Minimilönen har sin grund i inkomsttryggheten och särskilt vid ackordsarbete var en garanterad minimilön ett krav från de fackliga organisationerna. På den privata delen av arbetsmarknaden var lönen knuten till det arbete som utfördes, medan lönen för tjänstemannen var knuten till tjänsten. Tjänsten avlönades även om det inte fanns något arbete att utföra.[1798] Minimilönens dominerande ställning som avtalstyp idag får snarare ses som ett uttryck för kraven på flexibilitet och individualisering. Systemet med minimilönesättning kan leda till indirekt diskriminering, då män får mer i individuella tillägg.[1799] Anställningsförmåner utöver den avtalade minimilönen, exempelvis tjänstebil, har visat sig vara betingade av kön och leder till ökade löneskillnader mellan kvinnor och män.[1800] Rättsligt sett kan ett minimilönesystem vara svårt att tränga igenom och bevisproblem kan uppstå i samband med en process om påstådd lönediskriminering.[1801]

[1796] Asplund, R m.fl, The male-female wage gap in the Nordic countries. 1995. I (red.) Westgard-Nielsen, Wage Differentials in the Nordic Countries. Rubery, J och Fagan, C, Wage Determination and Sex Segregation in the EC. 1995. Social Europe Supplement 4/94.

[1797] Se AD 1984 nr 79 s. 221.

[1798] Se Victorin, 1973 s. 19 och 29.

[1799] Nielsen, 1995 s. 39. "The general pattern is that male-dominated groups get more additional payments than predominatly female groups, a fact wich makes it likely that this wage system serves as a cover for indirect discrimination".

[1800] Se Granqvist, 1997 s. 173 ff. I SOU 1997:136.

[1801] Nielsen, 1992a s. 165. I detta fall är exemplet hämtat från Danfossmålet.

4.6 Kollektivavtalens materiella innehåll

Kollektivavtal finns på olika nivåer och vanligtvis väljer forskaren att studera riksavtalen enbart och inte de lokala kollektivavtalen. Olika skäl kan dock finnas för detta urval och ett av skälen är att innehållet kan vara detsamma. Anita Dahlberg har utarbetat en rapport med titeln Jämställdhet i kollektivavtal Några exempel. Undersökningen är inte heltäckande och omfattar i första hand huvudavtal och förbundsavtal, men då avtalen är mycket likartade anser utredaren att en heltäckande studie "(i)nte skulle tillföra mycket i sakfrågan".[1801]

I huvudavtalen om samverkan mellan arbetsgivare och den fackliga organisationen finns angivet att parterna skall samarbeta för att eliminera de könsrelaterade löneskillnaderna och att analyser av löneskillnaderna skall göras. I avtalet mellan Kommunförbundet och Kommunalarbetarförbundet anges att "Arbetsgivare, arbetstagare och arbetstagarorganisationer har ett gemensamt ansvar för att löneskillnader mellan kvinnor och män inte beror på kön".[1803] I förbundsavtalen förekommer riktade lönepotter i olika former för kvinnodominerade grupper.[1804] Mer direkta anvisningar till förhandlingsparterna på lokal nivå finns i exempelvis Verkstadsavtalet och Industritjänstemannaavtalet. Om det framgår av löneanalysen att det finns löneskillnader som är "omotiverade" skall de justeras i samband med förhandlingar. I avtalet poängteras att lönesättningen skall vara individuell och differentierad, dock skall samma principer gälla när kvinnors och mäns arbetsuppgifter värderas.[1805] Mer specifikt är ett lokalt avtal, Folksams tjänstemannaavtal, där följande står: "De lokala parterna ska särskilt beakta reglerna i jämställdhetslagen vad avser krav på att kartlägga osakliga löneskillnader mellan kvinnor och män. Den individuella fördelningen ska ske på sådant sätt att eventuella löneskillnader tydligt minskar under avtalsperioden." En särskild lönepott avsattes även för att minska "osakliga löneskillnader". I löneavtalen på det kommunala avtalsområdet skulle vid 1996 och 1997 års lönerevision ett särskilt löneutrymme beräknat på lönesumman för gruppen tillsvidareanställda, fackligt anslutna kvinnor avsättas i syfte att höja lönen

[1802] Dahlberg, 1996b s. 4.

[1803] Löneavtal 98 (ingår i HÖK 98). Kommunalarbetarförbundets avtalstexter finns att tillgå via organisationens hemsida.

[1804] Om lönepotter i allmänhet se: Victorin, 1973 s. 84 f.

[1805] Se Kollektivavtal mellan Sveriges Verkstadsförening och Svenska Metallindustriarbetarförbundet 1998/1999 § 3 Löneprinciper s. 7.

för de kvinnodominerade grupperna. Lönepåslaget i sig skulle vara könsneutralt inom gruppen.[1806]

Den tidigare beskrivna problematiken blir här tydlig. En oorganiserad/utanförstående kvinna som utför lika eller likvärdigt arbete jämfört med en man är inte lönediskriminerad i den del av löneskillnaden som beror på att hon inte får del av en kollektivt framförhandlad och individuellt fördelad lönepott. Huruvida skyddet för den negativa föreningsrätten täcker denna situation är ännu inte prövat.

Är då det kommunala avtalet indirekt diskriminerande gentemot tidsbegränsat anställda kvinnor? Avtalet i sig är inte könsdiskriminerande. Såväl kvinnor som män gynnas om de är tillsvidareanställda, men det är i första hand kvinnor som missgynnas emedan de inte får del av det extra lönepåslaget. Gruppen tidsbegränsat anställda kvinnor är i allmänhet större än gruppen tidsbegränsat anställda män. Frågan är dock om den missgynnade kvinnodominerade gruppen är väsentligt större än den manligt dominerade gynnade gruppen?[1807]

[1806] Löneavtal 98 mellan Kommunförbundet och Kommunalarbetarförbundet s. 23. Vårdförbundet fick exempelvis 1,3 % de båda åren. Se Elvander, 1997 s. 41. I arbetsgivarens bud om verksamhetspotter låg ursprungligen att dessa skulle beräknas och fördelas oavsett medlemskap.

[1807] Lundström, 1999 s. 239. Lundström är mycket skeptisk inför den rättsliga möjligheten att tillämpa förbudet mot indirekt diskriminering.

5 Stabilitet eller förändring – en sammanfattning del V

Den fråga som jag avslutningsvis avser att besvara är om det i det svenska förhandlings- och avtalssystemet finns förutsättningar och medel för att förändra de nuvarande könsrelaterade löneskillnaderna, det vill säga kan fördelningskonflikten lösas inom systemets ramar och med systemets metoder?[1808] Jag besvarar frågeställningen utifrån tre ansatser: för det första utifrån allmänna förutsättningar, exempelvis den statliga lönepolitiken, för det andra utifrån det könssegregerade förhandlingssystemet och för det tredje med utgångspunkt tagen i kollektivavtalet som rättsskälla. Finns det i kollektivavtalets natur en potential för förändring eller är det ett systembevarande instrument?

Lönepolitik – stabilitet och förändring

Den solidariska lönepolitiken är intressant som ideologi då den utgår från samma princip som förbudet mot lönediskriminering – lönen skall vara rättvis. Historiskt sett har det visat sig vara svårt för dem som har en etablerad position att avstå från sin rätt. Kritik mot den solidariska lönepolitiken har hela tiden funnits inom LO. I de förbund som hade en stor andel kvinnliga medlemmar var männen också mycket skeptiska till likalöneprincipen.[1809] Längst i tillämpningen av principen lika lön för lika arbete gick staten som arbetsgivare. Bilden har dock förändrats och idag är det dominerande inslaget i parternas uttalade lönepolitik att rättvisa löner skall sättas efter individuell bedömning på lokal nivå. Likalöneprincipen har sålunda flyttats från en kollektiv och central nivå till en individuell och lokal nivå.

Statsmaktens lönepolitik har alltid kännetecknats av en strävan efter stabilitet och 90-talets Rhenbergavtal är ett uttryck för statens intervention i ett förhandlingssystem i förändring. Samtidigt för regeringen fram

[1808] Jag avser här i första hand fördelningskonflikten mellan arbete-arbete och inte mellan kapital-arbete.

[1809] Se Ohlsson, 1993. Boken är en systematisk genomgång av material från LO-kongresser. Inom exempelvis Metall höjdes inga röster mot likalöneprincipen.

– på det ideologiska planet – att löneskillnaderna mellan kvinnor och män måste minska. Jämställdhet skall vara ett område där Sverige profilerar sig under sitt ordförandeskap i EU. Interventionen på det praktiska planet har dock varit svag, vilket kan bero på svårigheten att förena en politik som bygger på stabilitet med en politik som bygger på förändringar av lönesystemets grundvalar.

Förhandlingssystemet som en spegelbild av arbetsmarknaden

Förhandlingssystemet är en spegelbild av den könsuppdelade arbetsmarknaden. Organisationsgränserna sätter stopp för jämförelser och förhandlingar sker i skilda rum och under skilda förutsättningar. Föreställningen att arbete som utförs på den privata delen av arbetsmarknaden är mer värt, såväl i pengar som i status, än det som utförs inom den offentliga sektorn, är djupt rotad i Sverige. Det handlar sålunda dels om gränser (de institutionella ramarna), dels om föreställningar och värderingar.

Förhandlingssystemet präglas idag av spänningar mellan krav på stabilitet och förändring, mellan centralisering och decentralisering. Ett uttryck för ökad stabilitet i systemet är beslutet om ett nytt medlingsinstitut. Statsmakten får genom den nya lagstiftningen en större möjlighet att påverka resultatet av parternas förhandlingar. En möjlighet som skulle kunna användas i ett jämställdhetssyfte.[1810] Det är utan tvekan så att förhandlingssystemet har decentraliserats under de senaste 25 åren. Framförallt är det inom den kvinnodominerade offentliga sektorn som de centrala parterna släppt ifrån sig makten att fastställa lönerna. Lönesättningen har också blivit allt mer differentierad, men den är fortfarande kollektivt framförhandlad. Inom den offentliga sektorn är ramarna, de lokala verksamhetspotterna, fasta och fördelning kan endast ske mellan grupper eller individer. Detta kan var en förklaring till att individuell lönesättning tillämpas i mycket högre grad här än inom den privata sektorn, där en fördelning mellan arbete och kapital kan ske. Den privata arbetsgivaren har i förhandlingar på lokal nivå helt andra förutsättningar och torde därför vara mindre intresserad av individuell lönesättning. Ovanstående är också en systemförklaring till varför de könsrelaterade löneskillnaderna är högre på den privata delen av arbetsmarknaden – männen kan premieras.

Frågan är då om det i förhandlingssystemet finns möjlighet att förändra löneskillnaderna utan att arbetsmarknadens könsstruktur förändras? Jag menar att det måste vara möjligt att förändra de föreställningar som är grunden för förhandlingsresultatet och att det huvudsakliga problemet är de vattentäta skotten mellan avtalsområdena. Att bryta upp den könssegregerade arbetsmarknaden är ett mål i sig, men inte en nödvändig förutsättning för ett förhandlingssystem utan könsdiskriminerande lönesättning.

[1810] Se prop. 1999/2000:32.

Kollektivavtalet kameleont och heffaklump

Kollektivavtalet har liknats vid en kameleont, som en rättskälla som kan ändra färg efter sin omgivning.[1811] Jag instämmer i denna beskrivning av kollektivavtalet som ett i grunden flexibelt regleringsinstrument. Men jag anser samtidigt att det "goda kollektivavtalet" är svårt att forma. Kollektivavtalet kan liknas vid en heffaklump.[1812]

Min slutsats är att kollektivavtalet inte i sig kan könsbestämmas, utan att det är omgivningen och innehållet som ger det en ställning som "(o)ne of the most male-dominated sources of law".[1813] Kollektivavtalets innehåll har förhandlats fram i en manligt präglad miljö utifrån manligt präglade värderingar, och innehållet är en spegelbild av detta förhållande. Om miljön ändras kan kollektivavtalet innehållsmässigt ändra såväl färg som kön och användas för att förändra löneskillnaderna mellan kvinnor och män. Det bör dock poängteras att kollektivavtalet som rättskälla genomsyras av stabilitet, om vi ser till kollektivavtalets formkrav och dess rättsverkningar. Principen avtal skall hållas och det till kollektivavtalet hörande sanktionssystemet understödjer parternas rättssäkerhet och minskar den materiella förändringspotentialen.

Kollektivavtalet är en regulator av priset på arbetskraften och borde ge uttryck för olika fördelningskonflikter på arbetsmarknaden. Kollektivavtalets normer är ett uttryck för olika arbetstagares marknadsvärde, men framförallt ett uttryck för olika förhandlingsområdens marknadsvärde. I kollektivavtalets normer avseende lönen skiljde det cirka 3 000 kr mellan barnmorskans och klinikingenjörernas lön som jämfördes i AD 1996 nr 41. Marknaden är präglat av föreställningar om kön. Mäns arbete värderas generellt sett högre och detta är ett empiriskt faktum. Om kollektivavtalet ger ett uttryck för marknaden, blir det systembevarande och frågan är om marknadens värderingar kan förändras genom en mer metodisk (om)värdering av arbete? Ändras kollektivavtalets fördelningsnyckel genom tillämpning av systematisk arbetsvärdering eller genom att utgå från det samhälleliga värdet av arbetsuppgifter, kan kollektivavtalet användas som medel för systemförändringar. Det gäller att fånga heffaklumpen och forma den efter nya rättvisa värderingar och att skapa det "goda kollektivavtalet".

[1811] Fahlbeck, Reinhold, Collective Agreements, A Crossroad Between Public Law and Private Law. 1987 s. 14. "The collective agreement remains elusive. To some extent, the reason seems to be that it assumes different shapes in different surroundings."

[1812] En heffaklump är ett androgynt fantasidjur som förändrar färg och form och som är mycket svårt att fånga. I vart fall för Nalle Puh. Se http://hem.passagen.se/kaxi01/andradjur.html

[1813] Nielsen, 1996a s. 19.

VI

LÖNEDISKRIMINERING – EN SAMMANFATTANDE ANALYS

Men hur skall vi då ställa
frågan?
Och först och främst,
vilka är vi som
vågar ställa den?
Männen är både domare
och part i målet:
kvinnorna likaså.
Var finns en medlande
ängel? [1814]

[1814] Beauvoir, Simone, Det andra könet. 1995 s. 22.

1 Syfte och frågor – en rekapitulering

I denna avslutande del är min ambition att göra en sammanfattning av avhandlingens resultat. Samtidigt är avsikten att på ett mer systematiskt sätt besvara de frågor som ställts under arbetets gång och framförallt de frågeställningar som finns i avhandlingens inledande del. Först gör jag en beskrivning av fenomenet lönediskriminering i vid bemärkelse utifrån avhandlingens teoretiska ramar – teorin om genussystemet och teorin om normativa grundmönster. I de normativa grundmönstren lägger jag in kategorin kön för att öka förklaringsvärdet och för att visa på de konflikter som finns i rätten och mellan olika normsystem. I nästa kapitel sammanfattar jag analysen av arbetsdomstolens och EG-domstolens tolkning av förbudet mot lönediskriminering. Analysen är argumentationsinriktad och jag följer de frågor som jag ställde i avhandlingens inledande del. Denna analys bygger på undersökningen av EG-domstolens och arbetsdomstolens domar i avhandlingens del tre och fyra. Syftet med denna analys är att visa hur domstolarna legitimerar sina ställningstaganden i mål om lönediskriminering.

För att hjälpa läsaren återger jag de frågor som jag ställde i inledningen av avhandlingen. De övergripande frågorna som jag ställde var: Finns det i förbudet mot lönediskriminering en inneboende konflikt mellan individuella och kollektiva normer? Vilka medel och möjligheter till förändring finns inom förhandlings- och avtalssystemet? Hur har normen om lika lön för lika och likvärdigt arbete tolkats och tillämpats i domstolarna? De mer specifika frågor som jag ställde utifrån de tre argumentationsmodellerna var:

1) Vilka grunder – normativa eller konsekvensorienterade – kan utläsas ur domskälen?
2) Kan vi i domstolarnas argumentation se spår av normrationalitet och målrationalitet?
3) I vilka fall använder sig domstolarna av intresseavvägningsmodellen? Vems intresse värnar domstolen?

4) Finns det skillnader i valet av argumentationsmodell beroende på målets svårighetsgrad?
5) Hur förhåller sig valet av argumentationsmodell till bevisbörde- och bevisvärderingsregler?

Avslutningsvis reflekterar jag mera fritt över fenomenet lönediskriminering och kring frågan om konflikten lag och kollektivavtal och olika strategier för att uppnå målet jämställda löner. Jag lyfter också fram förhållandet mellan EG-rätten och nationell rätt och visar på den diskrepens som finns och de brister som existerar sett ur ett effektivitetsperspektiv. I denna del förhåller jag mig till regeringens proposition om ändringar i jämställdhetslagen och ställer frågan: Vad bör göras?[1815]

[1815] Jfr Eckhoff s. 107 och s. 112. Eckhoff menar att denna fråga sällan ställs.

2 Lönediskriminering i ett genusteoretiskt perspektiv

Inledning

Ekonomisk jämställdhet i form av icke-diskriminerande lönesättning är grundläggande för att jämlika genuskontrakt skall kunna förhandlas fram mellan kvinnor och män. Lönediskriminering är den materiella basen för kvinnors underordning.[1816] Om förbudet mot lönediskriminering i sin tillämpning leder till att kvinnor och män får samma möjligheter till ekonomisk försörjning, blir detta ett starkt incitament för att könsarbetsdelningen förändras och att genuskontrakten på arbetsmarknaden och i hemmen omförhandlas och förändras. Åtskillnaden mellan den privata och den offentliga sfären kommer därmed att minska och slutligen upphöra. Enligt min mening finns det i dagens normsystem en potential för förändring, men för att kunna vara ett medel för förändringar måste rätten sättas in i ett socialt sammanhang. Kön måste synliggöras i rättstillämpningen. Ett av syftena med denna avhandling har varit att synliggöra hur kön görs och tolkas på arbetsmarknaden och i rätten.

Den nuvarande jämställdhetslagen har genom sin uppbyggnad och definition av diskriminering som en fråga om jämställdhet kommit att dölja genuskonflikten. Det är bara i situationer när kvinnor kan jämföra sig med män som de kan anses vara diskriminerade enligt lagen. Detta uttrycks numera som att de befinner sig i en "likartad situation".[1817] Mannen, den manlige arbetstagaren, frånvarande eller närvarande, sätter gränsen för vad som är diskriminering i det enskilda fallet. Denna fokusering på jämförelsesubjektet leder till att syftet med diskrimineringen döljs och att begreppet jämställdhet, liksom begreppet jämlikhet, endast

[1816] Göransson, A, 1983 s. 213.

[1817] Se SOU 1999:91 s. 51 och prop. 1999/2000:143 s 33. Begreppet är hämtat från EG-rätten och från de tre nya svenska diskrimineringslagarna: Lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskrminering i arbetslivet, Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder och Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning..

kan omfatta likheter. Min undersökning av EG-domstolens domar visar att även EG-rätten utgår från detta likhetsparadigm.[1818]

Det finns idag ett stort antal rapporter, utredningar och avhandlingar som empiriskt belägger genusteorins betydande förklaringsvärde. Genusteorin får anses stå på en mycket stabil empirisk grund. I avhandlingens historiska del har jag redogjort för de studier som gjorts av kvinnors och mäns skiftande arbetsvillkor från medeltid till modern tid. Materialet har varit omfattande, men slutsatserna har varit överensstämmande – kvinnor och män lever i skilda världar och deras arbeten värderas olika.[1819]

Diskrimineringens logik

Yvonne Hirdman beskriver genussystemet utifrån två bärande logiker. Den ena är isärhållandets logik, eller som Eva-Maria Svensson benämner det avskiljandets logik.[1820] Detta skulle också kunna uttryckas som *diskrimineringens logik*.[1821] Kvinnor och män hålls isär eller skiljs ut som en konsekvens av könstillhörighet, såväl på det individuella som det kollektiva planet. Den könsuppdelade arbetsmarknaden medför att kvinnor och män inte utför samma arbetsuppgifter och inte heller konkurrerar på samma marknad. Förhandlings- och avtalssystemet är till sin karaktär en fullständig spegelbild av förhållandena på arbetsmarknaden. I den privata och den offentliga sektorn finns olika kollektivavtalsområden som sätter gränser för jämförelser av arbetsuppgifters värden och för lönesättningen. Det finns också en skarp gräns mellan avlönat och oavlönat arbete. Det oavlönade arbetet skiljs ut från såväl bruttonationalprodukten som familjeekonomin. Det 'osynliga' arbete som till övervägande del utförs av kvinnor åsätts inget ekonomiskt värde.

Formellt och reellt sett har värderingen av kvinnors och mäns arbeten hållits isär. Ett exempel är de skilda lönetarifferna som fanns i kollektivavtalen. Ett annat exempel är det tidigare könskodade statliga befattningssystemet.[1822] Lönesättningen idag är "kartellstyrd" och arbetsuppgifter värderas efter organisationsgränser.[1823] Reellt sett värderas ett arbete högre om det utförs på den privata delen av arbetsmarknaden där anhopningen av manlig arbetskraft pressar upp priserna. Kvinnor arbetar idag

[1818] Se del III.

[1819] Göransson, A, 1998 s. 6. Vi har nu så många empiriska studier av olika perioder och sammanhang att man kan se mönster, variationer och skillnader och fundera över vad de betyder."

[1820] Svensson, E-M, 1997 s. 53. "Det som är avskiljt från teorier, begrepp och rätten är till stor del det som historiskt kopplats ihop med det kvinnliga."

[1821] Ordet diskriminering kommer från latinets discrimino, vilket betyder avskilja.

[1822] Se avhandlingens del II:3.5.

[1823] Andersson, 1987 s. 37:3.5.

nästan i lika hög grad i privat som i offentlig sektor, men kvinnor och män utför olika arbetsuppgifter.[1824] Den svenska arbetsmarknaden är extremt könssegregerad och det finns sedan lång tid en "klar förståelse" av könskodningen av arbetsuppgifterna. "Själva arbetet är en viktig arena för att konstruera kön".[1825]

Även i domstolarnas tolkning och tillämpning av likalöneprincipen är isärhållningen mellan könen tydlig. Kan en jämförelse över huvud taget låta sig göras mellan himmel och jord? Kan en barnmorskas arbetsuppgifter jämföras med en klinikingenjörs eller kan psykoterapeuter som utför samma arbetsuppgifter, men har olika utbildning, anses utföra lika arbete? När domstolarna tolkar och tillämpar likalöneprincipen är argumentationen präglad av diskrimineringens logik och föreställningen om kvinnor och män leder till att de inte anses vara jämförbara.[1826]

Mannen som norm

Normen, det typiska på arbetsmarknaden, är och har varit en man. Kvinnors arbete har jämförts med denna norm och det har ansetts vara annorlunda, avvikande och det har ifrågasatts. Skall kvinnor överhuvudtaget lönearbeta? Vilken är egentligen kvinnans primära uppgift?[1827] Det framgår med all tydlighet att det genom tiderna ansetts vara mannens huvuduppgift att lönearbeta. I välfärdssamhället utvecklades detta till en lönearbetsideologi som också kom att omfatta kvinnorna. Men ideologins praktiska utformning ser inte likadan ut för kvinnor som för män. Kvinnors arbeten anses vara atypiska till formen, de består i hög grad av deltidsarbete och tidsbegränsade anställningar. Kvinnors inkomster skulle också kunna sägas vara atypiska jämfört med normen. Kvinnors genomsnittslöner är bevisligen lägre än mäns.[1828]

Den manliga normen kommer till uttryck i tolkningen och tillämpningen av EG-fördragets likalöneprincip och jämställdhetslagens förbud mot lönediskriminering. Diskriminering är relaterat till en jämförelse mellan individer eller grupper av olika kön. Kvinnor och mäns arbetsuppgifter skall som huvudregel jämföras och värderas i förhållande till varandra. Även här blir mannen normen – kvinnor är inte diskriminerade på grund av kön i sig utan relaterat till en gynnad man.[1829] Det finns ett

[1824] SCB, 2000.

[1825] Göransson, A, 1998 s. 21.

[1826] Se AD 1996 nr 41, Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511. Se även mål C-218/98 Oumar Dabo Abloaye m.fl. mot Régie nationale des usines Renault SA. 1999.

[1827] Se avhandlingens del II:4.4.

[1828] Se SCB, 2000.

[1829] Se Mål 129/79 Machartys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275. Se avhandlingens del III:4.8.4.

undantag och det är diskriminering i samband med graviditet och barnafödande – mannen är i detta fall inte kompatibel och normen existerar inte.[1830]

Normen på arbetsmarknaden är heltidsarbete. Denna heltidsnorm har ytterligare förstärkts genom den kodifiering som gjordes i lagen om anställningsskydd hösten 1996.[1831] Deltidsanställda har enligt LAS 25 a §, under bestämda förutsättningar, en förtursrätt till utökad arbetstid om arbetsgivarens arbetskraftsbehov ökar. Lagtexten är inte utformad så att denna mertidsföreträdesrätt är någon rättighet för de deltidsanställda, utan istället är utgångspunkten arbetsgivarens behov. Dels måste arbetstagaren ha tillräckliga kvalifikationer för arbetsuppgifterna, dels är förutsättningen att "(a)rbetsgivarens behov av ytterligare arbetskraft tillgodoses".[1832] En arbetsgivare som bryter mot denna nya regel gör sig skyldig till brott mot anställningsskyddslagen, men beslutet att inte utöka den deltidsanställdas arbetstimmar skulle också kunna strida mot förbudet mot könsdiskriminerande arbetsledning.[1833]

Normen för att erhålla övertidsersättning är heltidsarbete. Endast den som arbetar heltid – lönearbetstid – har enligt huvuddelen av de svenska kollektivavtalen idag rätt till övertidsersättning. De svenska kollektivavtalen ändrades på 70-talet av rättviseskäl – den som var deltidsanställd ansågs gynnad av övertidsreglerna.[1834] Argumentation utifrån en social kontext leder till att denna norm kan ifrågasättas som varande diskriminerande. Normen för kvinnliga arbetstagares genuskontrakt är inte heltids lönearbete utan någon form av deltidslönearbete. Från denna utgångspunkt kan vi argumentera för att reglerna om övertidsersättning diskriminerar gruppen deltidsanställda i förhållande till de heltidsanställda. Att det inte står i strid med artikel 119 (141) har EG-domstolen slagit fast. Någon könsdiskriminering förelåg inte då även män behandlades lika enligt kollektivavtalet om de arbetade deltid.[1835]

[1830] Se avhandlingens del III:4.9.1.

[1831] SFS. 1996:1424. Denna lagändring trädde i kraft 1 januari 97. Se prop 1996/97:16 samt lagrådsremissen 1996-09-13.

[1832] Prop. 1996/97:16 s. 45. Se AD 2000 nr 51. Av domen framgår att tolkningen av begreppet tillräckliga kvalifikationer är central för regelns tillämpning.

[1833] 19 § JämL.

[1834] Se SOU 1976:6 samt 1976:7. Se även Nielsen 1979 s. 99, 105 och s. 209.

[1835] Mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727. Se avhandlingens del III:4.9.3.1. Se även AD 2000 nr 42. Målet gällde tolkning av kollektivavtalets, AB 95, bestämmelser angående övertidsersättning i samband med utbildning.

Rangordningens logik

Jag har funnit det meningsfullt att till teorien om genussystem lägga till en tredje logik – rangordningens logik. Det hierarkiska i teorin förstärks därmed. Kvinnor och män förhåller sig inte bara till varandra utan hierarkiskt utformade rangordningar finns också inom könen som grupp sett. Klass och etnisk tillhörighet är två grunder för rangordning och civil status är en annan. Gifta män har exempelvis högre inkomster än ogifta.[1836] Tidigare var detta klart uttalat på grund av mannens uppgift som familjeförsörjare, medan det idag handlar om civil status.[1837] Ett annat exempel på denna rangordningens logik är lönearbetsideologin. Den som inte har ett arbete exkluderas och utesluts från delar av välfärdssamhällets ersättningssystem. Att ha ett arbete är idag inte bara en fråga om försörjning utan också en fråga om status.

Rangordningens logik kommer också till uttryck i olika kvinnliga och manliga gruppers förhållande till rätten till arbete och till likalöneprincipen. Det var i första hand de unga arbetslösa männen som motsatte sig gifta kvinnors rätt till förvärvsarbete på trettiotalet.[1838] I diskussionen om den solidariska lönepolitiken och principen om lika lön oavsett kön var det i de fackliga organisationer som inte var kraftigt mansdominerade, som männen kände sig hotade. Hotet bestod inte enbart i att hierarkin kvinnor och män kunde komma att förändras, utan också i att hierarkin bland de manliga arbetstagarna kunde förändras. Samma rangordningens logik uppträder idag när kvinnor 'tar över'ett yrke. Trängseln av kvinnor inom exempelvis domaryrket hotar manliga domares löneposition i förhållande till andra grupper av jurister. Rangordningens logik kommer också till uttryck i de kommuner där arbetsvärderingsprojekt lett till konkreta förslag om förändringar.[1839]

Rangordningens logik kommer också till uttryck i domstolarnas argumentation. Arbetsdomstolen anger i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, hierarkin inom sjukvården som en grund för sin argumentation. Samma argument användes i riksdagen 1927 när motionen om Signe Dahlströms lön prövades.[1840] Rangordningen måste upprätthållas. När EG-domstolen tolkade begreppet lika arbete rangordnade den utbildningen till läkare högre än psykologutbildningen och det utförda arbetet som psykoterapeuter var inte lika arbete.[1841]

[1836] Se Richardsson, Katarina, Familjeförhållanden och löneutveckling. 1997 s. 227. I SOU 1997:136. "Den manliga äktenskapspremien är ett mycket robust empiriskt reultat."

[1837] Se Hageman/Åmark, 1999 s. 185.

[1838] Se avhandlingens del II:4.4.

[1839] Se TCO, Fånge eller fri – vem har makten över kvinnolönen. 1995 s. 21 f.

[1840] Se avhandlingens del II:3.5.

[1841] Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511.

Genuskontraktens utveckling

Genuskontrakten kan studeras på olika nivåer och som uttryck för olika värden. Kontrakten är på alla nivåer utvecklade utifrån olika maktpositioner. Innehållet i genuskontrakten bestäms av människor i olika tider och i olika rum, och de ges ett materiellt innehåll.[1842] Genuskontrakten på den ideologiska, den institutionella och den individuella nivån kan överensstämma, men det kan också råda diskrepens. Rätten kommer ofta i efterhand, och ibland för sent, som förstärkare av ideologin. Ett exempel är 1944 års lagstiftning om hembiträden som trädde i kraft när kvinnor inte längre efterfrågade denna typ av arbetsuppgifter.[1843] Diskrepansen kan också finnas inom en nivå exempelvis den institutionella. Lagstiftning och kollektivavtal kan ge uttryck för olika värderingar.

På den individuella nivån har kvinnor och män i olika hög grad möjligheten att förhandla fram genuskontrakt i förhållande till de övergripande idé- och normsystemen. När husmoderskontrakten gällde som ideal var det möjligt och nödvändigt för många kvinnor att sluta andra genuskontrakt än det ideala. Ideal och verklighet överensstämde inte alltid. Det dubbla kontraktet – med make, arbetsgivare och stat – var och är verkligheten för flertalet kvinnor och män. Genuskontraktet på den individuella nivån karakteriseras av en arbetsfördelning mellan kvinnor och män. Män ses fortfarande idag som de primära familjeförsörjarna och kvinnors primära uppgift är att vårda man och barn. Lönearbetet utförs till stor del på deltid, vilket är karakteristiskt för kvinnors genuskontrakt. Dessa kontrakt är de mest grundläggande för de inkomstskillnader som existerar och för den ekonomiska ojämlikheten mellan kvinnor och män.[1844]

[1842] Se Göransson, A, 1998 s. 8." Göransson uttrycker detta som att: "Makten att tala – att bestämma mening – är situerad i tiden och rummet. Den har en social bärare."
[1843] Se avhandlingen del II:4.3.
[1844] Se SOU 1998:6.

3 Normativa grundmönster och kön

Inledning

Vad finns det idag för rörelser i rätten? Vilka normativa grundmönster finns det som rör fenomenet lönediskriminering? Jag använder mig av den teori och de begrepp som Anna Christensen utvecklat för att beskriva och analysera hur rättsreglerna förhåller sig till samhällets underliggande normer.[1845] Med underliggande normer menar jag de värderingar som görs av kvinnors och mäns arbeten. I de normativa grundmönstren lägger jag till begreppet kön som kategori. Syftet är att synliggöra könets betydelse för utvecklingen av de normativa grundmönstren. Min uppfattning är att det finns olika normativa grundmönster som är relaterat till kön. Rörelserna mellan de olika polerna i rätten är dock inte könsspecifika, men de kan ge upphov till könspecifika mönster. Jag använder således modellen för att visa att rätten inte är ett enhetligt och motsägelsefritt system.

Skydd för etablerad position

Den manlige arbetstagaren kan sägas ha en etablerad position på arbetsmarknaden. Själva arbetstagarbegreppet har manliga förtecken och arbetstagare kan anses ha en etablerad position i förhållande till den som inte har ett arbete, men de manliga arbetstagarna har också en etablerad position i förhållande till de kvinnliga. Detta kommer till uttryck i att män generellt sett har en starkare ställning på arbetsmarknaden. Positionen är tydlig i såväl resultatet av individuella avtal som kollektivavtal. Män är i högre grad tillsvidareanställda, heltidsanställda och de har i genomsnitt högre lön och bättre anställningsförmåner än kvinnor. Även när en man utför samma arbete som en kvinna kan han erhålla högre lön.[1846] Kön och etablerad position på arbetsmarknaden har ett direkt empiriskt

[1845] Christenen, 1996 s. 574.

[1846] Se SOU 1993:7 och Meyersson/Petersen, 1997. I SOU 1997:136. Ett annat exempel är fördelningen av sidoförmåner. Se Granqvist, 1997. I SOU 1997:136.

belagt samband. Christensen ställer som krav på existensen av skydd för etablerad position att "(s)tällningen har uppnåtts på ett rättsenligt sett".[1847] Detta kan naturligtvis diskuteras idag, men i ett historiskt perspektiv har den manlige arbetstagaren haft en "rättsenlig" position. Skydd för etablerad position är som Christensen uttrycker det ett "konservativt grundmönster".[1848] Detta gäller även förhållandet mellan kvinnor och män på arbetsmarknaden.

Som ett exempel på skydd för etablerad position ser Christensen den deltidsanställdes rätt till utökad arbetstid vid nyanställning. Den anställdas etablerade position skyddas i förhållande till den arbetslösas.[1849] Denna regel återfanns i kollektivavtal över hela LO:s avtalsområde och innebar att arbetsgivaren vid nyanställningsbehov i första hand skulle "tilläggsanställa" redan deltidsanställda. Från och med den 1 januari 1997 är denna regel kodifierad i lagen om anställningsskydd.[1850]

Vad är bakgrunden till denna reglering? Är syftet verkligen att skydda de anställdas rättigheter gentemot de som söker arbete – skydd för etablerad position? Det normativa grundmönstret har färger, ett spektrum av färger. De deltidsanställa är i praktiken till största delen kvinnor och regeln är, enligt min uppfattning, ett uttryck för vad Christensen benämner som: Rättvis fördelning. Mannens etablerade position som heltidsanställd är inte längre skyddsvärd och rörelsen går mot polen rättvis fördelning, i detta fall.[1851] Arbete, såväl produktivt som reproduktivt, skall fördelas rättvist mellan könen utan förekomst av diskriminering.

Rättvis fördelning

Bakom likalöneprincipen så som den utformats i ILO:s konvention 100, EG-fördragets artikel 141 (f.d. 119) och jämställdhetslagens 18 § ligger en liberal rättvisetanke – de som utför lika arbete skall erhålla lika mycket i lön. Lika fall skall behandlas lika. Detta är ett formellt rättvisemönster. Lönen skall fördelas rättvist och även vid likvärdigt arbete finns detta mönster. I detta fall rör det sig om ett mer reellt rättvisemönster. Det medel som anvisas är i första hand arbetsvärdering. Rörelsen när det gäl-

[1847] Christensen, 1996 s. 528.

[1848] A.a. s. 529.

[1849] Jämför Prop. 1990/91:113 s. 22 f. Där kvinnors "atypiska" arbetsvillkor relateras till männens typiska och ej till de som är arbetslösa. Deltidsanställda är också deltidsarbetslösa och har en svagare anknytning till arbetsmarknaden än vad männen har.

[1850] Se 25 a § LAS. Lagrådsremissen 1996-09-13. En arbetsrätt för ökad tillväxt.

[1851] Ser vi till arbetstidsfrågan i stort är mönstret ett annat, och jag kan hålla med Christensen när hon hävdar att de fackliga organisationerna i första hand tillvaratar de anställdas rättigheter – som ett skydd för en kollektiv etablerad position. Se Christensen, Anna, Arbetstiden och jobben. DN 960909.

ler lönesättningens grunder går mot en rättvis fördelning utifrån 'objektiva måttstockar'. Rörelsen går också från en kollektiv rättvis fördelning till en individuell rättvis fördelning. Metoder och strategier förändras från kollektiva kampmetoder till mer individuella kompetensstrategier. På den svenska arbetsmarknaden har modellen för fördelningen mellan kapital och arbete i form av lön varit ett fritt förhandlings- och avtalssystem. Den överenskommelse som LO och SAF slöt på 60-talet om att ta bort de särskilda könsbestämda lönetarifferna är ett exempel på kollektiv fördelning. Ett annat exempel är den solidariska lönepolitikens mål att utjämna löneskillnaderna mellan olika branscher.[1852]

Rättvis fördelning som normativt mönster har blivit allt mer individuellt. Dels på grund av rättsreglernas intervention i förhandlings- och avtalssystemet, dels på grund av den ökade decentraliseringen och individualiseringen av lönesättningen. Tydligast är denna förändring från ett kollektivt till ett individuellt fördelningsmönster i den offentliga sektorn. Systemet för lönesättning på den av kvinnliga arbetstagare dominerade delen av arbetsmarknaden är således numera mönsterbildande. En rättvis fördelning av löneutrymmet skall ske efter en individuell värdering. Värdekonflikten mellan arbetstagare kan därmed öka medan konflikten kapital–arbete kommer i skymundan.

Marknadsfunktionellt mönster

Det marknadsfunktionella mönstret är enligt Christensen dynamiskt och består av äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten.[1853] Tillkomsten av likalöneprincipen 1957, artikel 119 i Romfördraget, hade samband med det marknadsfunktionella mönstret. Marknaden – de franska arbetsgivarna – oroade sig för att en gemensam arbetsmarknad skulle kunna ge upphov till ojämlik konkurrens. Den som betalade de lägsta kvinnolönerna skulle få konkurrensfördelar. Idag har likalöneprincipen fått karaktären av en konstitutionell princip med såväl en ekonomisk som social dimension.[1854] Rörelsen i rätten har gått från ett marknadsfunktionellt mönster till ett mönster där rätten att inte bli diskriminerad betonas. Samtidigt har principen utvecklats till en avvägningsnorm där stor hänsyn tas till marknadens funktion. Mycket tydligt kommer denna rörelse till uttryck i EG-domstolens utveckling av Bilka-testet som senare kodifierats i bevisbördedirektivet. Indirekt diskriminering skall prövas utifrån om förfarandet är lämpligt och nödvändigt utifrån arbetsgivarens verksamhetsbehov. Marknaden kan vara en objektiv faktor som bryter

[1852] Se avhandlingens del V:2.1.1.
[1853] Christensen, 1996 s. 529.
[1854] Christensen, 1999 s. 15. Se avhandlingens del III:4.1.

sambandet mellan missgynnande och kön.[1855] Lagstiftningen har fyllts ut med vad som kan liknas vid en arbetsgivarventil.[1856]

Det fria avtalet kan ses som ett särskilt grundmönster. Den fria förhandlings- och avtalsrätten kommer i konflikt med allt mer intervenerande lagstiftning som exempelvis likalöneprincipen. Mellan dessa två normativa grundmönster finns det en mycket stark "politisk laddning".[1857] Detta kommer också till uttryck i den senaste översynen av jämställdhetslagen, vid en jämförelse mellan utredarens förslag och argumentation och innehållet i regeringens proposition. Det fria förhandlings- och avtalssystemet ställs mot individens krav på en rättvis fördelning av löneutrymmet.[1858]

Diskrimineringsförbuden som ett nytt grundmönster

Jag anser att diskrimineringsförbuden kan ses som en ny form av grundmönster i rätten, men jag menar samtidigt att förbudet mot könsdiskriminering är ett särskiljt urskiljbart grundmönster. De övriga diskrimineringsförbuden karakteriseras av att de skyddsvärda grupperna är minoriteter i samhället. Så är icke fallet med kvinnor (eller män).

Förbudet mot diskriminering är som normativt grundmönster både konservativt och dynamiskt. Konservativt i den mening att det ger ett skydd åt den som faller in i diskrimineringsmatrisen. Begreppet kön har exempelvis tolkats snävt av EG-domstolen i Grant-målet. Att innefatta sexuell läggning i könsbegreppet hotade den heterosexuella hegemonin.[1859] Grundmönstret är samtidigt dynamiskt i det att det också kan leda till förändringar i rådande värderingar på arbetsmarknaden. Positionerna kan förändras. Den dynamiska karaktär hos förbudet mot diskriminering brukar ibland betonas som främjande för marknadsekonomin.[1860] Denna dynamik kan också hota stabiliteten på arbetsmarknaden och leda till kaos i lönebildningen.[1861]

Förbudet mot diskriminerande lönesättning hör numera till de mänskliga rättigheterna som en grundläggande rätt till en rimlig och rättvis lön – en lön som det går att försörja sig på. Rörelsen i rätten går från ett

[1855] Direktiv 97/80 artikel 2 p. 2. Se mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.

[1856] Se Källström, 1979 s. 208.

[1857] Jfr Christensen, 1996 s. 531. Christensen menar att det finns en "stark politisk laddning" inom det normativa fältet benämnt den sociala dimensionen.

[1858] Se SOU 1999:91 och prop. 1999/2000:143.

[1859] Se mål C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621. Se avhandlingens del III:4.8.6.

[1860] Se om etnisk diskriminering prop. 1997/98:177.

[1861] Med kaos menar jag oförutsebarhet och förändring.

marknadsfunktionellt mönster till ett icke-diskrimineringsmönster där marknaden avkrävs att bortse från det avvikande – det vill säga avvikelser från normen. Även om marknaden hävdar att kvinnor som arbetskraft medför högre kostnader än män, skall detta inte få påverka värderingen av det utförda arbetet. Värderingen skall vara objektiv, vilket språkligt sett uttrycker en motsägelse. Ett bättre uttryck är att värdediskrimineringen skall upphöra. Kön är inte längre rättsligt relevant vid lönesättning. Enligt svensk lag gäller detta även den som är olik i sexuell läggning, etnisk tillhörighet och funktionshinder.[1862] I EG-rätten sker nu än tydlig utveckling av detta normativa grundmönster. Rådets direktiv, 2000/43, om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung är ett exempel.

[1862] Lag (1999:133), Lag (1999:130) och lag (1999:132). Se Henning, Ann, Lagstiftning och rättstillämpning i Sverige. I Diskriminering i arbetslivet – normativa och deskriptiva perspektiv, 1999 s. 59. Henning ser diskrimineringsförbuden som en intervention och som ett försök att "på administrativ väg förändra tillhörighetsföreställningarna".

4. Hur legitimeras tolkning och tillämpning?

Inledning

Utifrån Hirdmans och Christensens teorier om genussystem och normativa grundmönster har jag i första hand beskrivit det som brukar kallas för discoveryprocessen. De begrepp, eller verktyg, som finns i teorierna är inte tillräckliga för att analysera justifieringsprocessen.[1863] Alla analyser och analysverktyg har sina brister. Ett problem med mitt metodval har varit svårigheten att skilja mellan tolkning och argumentation. Att detta hade varit önskvärt och tillfört framställningen ytterligare skärpa är inte osannolikt.

Jag har karakteriserat jämställdhetslagens och EG-fördragets förbud mot lönediskriminering som en intervenerande norm på arbetsmarknaden, där syftet är dels ekonomiskt, dels socialt.[1864] Likalöneprincipen eller förbudet mot lönediskriminering är till sin karaktär en intervenerande norm och ett svar på en "internsystemkonflikt". Normkonflikter har uppstått på arbetsmarknaden mellan det ekonomiska och det sociala systemet.[1865] Intervenerande normer kan vara av olika karaktär: såväl pliktnormer som avvägningsnormer.[1866] Förbudet mot lönediskriminering kan karakteriseras som både och, avgörande är hur begreppen direkt och indirekt diskriminering definieras. Om käranden kan bevisa att direkt lönediskriminering föreligger måste arbetsgivaren i sin motbevisning kunna exculpera sig – handlandet hade inte sin grund i kön. För att kunna göra sambandet antagligt måste det kunna visas att ett missgynnande har skett och att någon av motsatt kön som utför ett arbete som är lika eller likvärdigt har gynnats. Rättsfakta är bevisfakta och en avvägning kan därmed komma att göras i bevisbedömningen.

[1863] Se Glavå 1999, s. 64 ff. Se Svensson, E-M, 1997 s. 94.
[1864] Se avhandlingens del III:4.1.
[1865] Hydén/Anderberg, Rätten i förvandling. 1995 s. 239. I (red) Bertilsson, Margareta, Rätten i förvandling. Jurister mellan Stat och marknad.
[1866] Hydén, Håkan, Ram eller lag. 1984 s. 22.

Vad som bedöms vara "lika" och "likvärdigt" arbete är i första hand ett normativt problem och i andra hand ett kunskapsproblem. Kunskap måste dock ligga till grund för ett beslut som blir normerande. I denna del är regeln ofullständigt normerad.[1867] Min hypotes har varit att denna ofullständiga normering leder till avvägningsrationalitet där grunderna för domstolens beslut blir såväl normbetingade som konsekvensbetingade.[1868] Stämmer då denna tes?

Förbudet mot indirekt diskriminering har jag karakteriserat som en ren avvägningsnorm. Avvägningsnormer karakteriseras av att de innehåller en eller flera så kallade avvägningsmarkörer. Någon tydlig markör (sakliga skäl) finns inte i den svenska lagtexten, men väl i bevisbördedirektivets definition av indirekt diskriminering. Markörerna kommer i bevisregeln – "en väsentligt större andel", "lämplig" och "nödvändig". Hur intressena skall viktas anges inte i regeln. Min uppfattning är att denna viktning görs i målformuleringen. Syftet med regeln skall styra avvägningen mellan de olika intressena. Frågan är: Låter sig domstolarna i den juridiska argumentationen styras av målformuleringarna eller av andra intressen? Hur framträder konflikten mellan de rättsliga normerna (lag) och normerna på arbetsmarknaden (kollektivavtal) i domstolarnas argumentation?

Vilka grunder – normativa eller konsekvensorienterade – kan utläsas ur domskälen?

Jag har valt att börja med att analysera grunderna för domstolarnas argumentation för att därefter fortsätta med att besvara frågeställningarna angående vilken argumentationsmodell som används. Naturligtvis kan det diskuteras vad som kommer först: grunden för argumentationen eller valet av argumentationsmodell. Jag har valt att först behandla grunderna för att detta verkar mest logiskt. Grunder ser jag som något som ligger bakom argumentationen trots att de kan röra något framåtriktat, som framtida konsekvenser av ett beslut. Olika typer av grunder kan understödja en och samma typ av argumentation.

Konsekvensorienterade grunder kan vara av olika karaktär och styrka. Eckhoff menar att konsekvensorienterade grunder är skäl som har till syfte att: "(v)isa att handlingarna får övervägande goda verkningar".[1869] För det första kan grunderna utgå från en ändamålstolkning. Domslutet motiveras med lagens syfte och i domskälen kan en argumentation föras utifrån vilka konsekvenser detta beslut kan få. Argumentationen blir då målrationell. Jag har med hänvisning till EG-rätten kallat dessa grunder

[1867] Jfr Eckhoff, 1979 s. 110.
[1868] Jfr Glavå, 1999 s. 627.
[1869] Eckhoff, 1979 s. 105.

för *effektivitetsorienterade*. Ett exempel är målet Enderby där EG-domstolen menade att effektiviteten i tillämpningen av likalöneprincipen skulle kunna urholkas om regeln begränsades till jämförelser inom samma kollektivavtalsområde.[1870] Ett annat exempel är EG-domstolens tolkning av begreppet lön i målet Jämställdhetsombudsmannen.[1871]

För det andra kan de konsekvensorienterade grunderna medföra att ett avsteg görs från lagtexten för att undvika olämpliga konsekvenser av en dom och för det tredje används grunder som är konsekvensorienterade för att lösa de svåra fallen.[1872] I det sista fallet kan skälet vara att domstolen försöker undvika vissa (onda) konsekvenser av ett domslut. De konsekvensorienterade grunderna kan komma till uttryck mer eller mindre explicit för att understödja argumentationen.

Avsteg från lagtexten gjordes i Blanketteknikermålet, AD 1984 nr 140. Arbetsdomstolen menade att en bokstavstolkning av lagen skulle få till följd att regeln inte skulle kunna tillämpas om lönerna var kollektivavtalsreglerade och kriterier för arbetsvärdering saknades. Lagtexten ändrades därefter på grund av de konsekvenser som en bokstavstolkning kunde antas leda till.[1873]

Ett annat exempel på starkt konsekvensorienterade grunder har jag funnit i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. Arbetsdomstolen var uttryckligen konsekvensorienterad i grunderna för sin argumentation. Domstolen hänvisade till de konsekvenser som nya normer – bedömningen av likvärdigt arbete – skulle kunna få för lönestrukturen inom sjukvården, för lönehierarkin, för förhandlings- och avtalssystemet det vill säga för stabiliteten på arbetsmarknaden. I detta mål är det tydligt att arbetsdomstolen styrdes mer av förväntade konsekvenser än av syftet med jämställdhetslagen.[1874] Utan tvekan var det så att arbetsdomstolen hade ett mål med sin argumentation och att detta var att inte ingripa i normsättningen på arbetsmarknaden.

Vad är en normativ grund för juridisk argumentation? Eckhoffs definition är att avsikten med normativa grunder är att: "(v)isa att handlandet överensstämmer med vissa allmänt godtagna normer".[1875] Den normativa grunden kan var formell eller informell och mer eller mindre uttrycklig. En normativ grund som är återkommande i arbetsdomstolens argumentation är de "generella värderingar" som finns i kollektivavtalen på arbets-

[1870] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.
[1871] Mål C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting 2000-03-30.
[1872] Rimsten, 1998 s. 66.
[1873] Se prop. 1990/91:113.
[1874] Jfr Flodgren, 1983 s. 135.
[1875] Eckhoff, 1979 s. 105.

marknaden, vilket innebär att de värderingar som gjorts av parterna i förhandlingar är en normativ grund för arbetsdomstolens argumentation. Normativa grunder används för att stödja argumentationen i de fall när lagstiftningen är ofullständigt normerad. Vad är egentligen likvärdiga arbeten? Normen finns redan på arbetsmarknaden och under förutsättning att den inte är könsdiskriminerade utgör den en grund för den juridiska argumentationen. Samma typ av grunder hade arbetsgivarledamöterna som avgav en avvikande mening i Blankettteknikermålet, AD 1984 nr 140. De menade att grunderna för tolkningen av lagtexten är de normer som finns på arbetsmarknaden. De normativa grunderna kan således tjäna som stöd för systemimmanent argumentation.

Kan vi i domstolarnas argumentation se spår av normrationalitet och målrationalitet?

EG-domstolens argumentation i mål angående könsdiskriminering präglas av frågan om kvinnor och män över huvud taget är jämförbara. Befinner de sig i en likartad situation? Denna bedömning av jämförbarheten blir också en grund för justifieringen. I exempelvis målet Helmig argumenterade EG-domstolen normrationellt när den kom fram till att det inte fanns något samband mellan kön och en kollektivavtalsklausul om övertidsersättning, som missgynnade deltidsanställda om de arbetade utöver den avtalade arbetstiden. Kvinnor och män var jämförbara om de arbetade mer än heltid och kollektivavtalet missgynnade även män som arbetade deltid. EG-domstolens argumentation framstår som mycket logisk.[1876] Samma typ av formalistiska argumentation för EG-domstolen i målen Birds Eye Walls och Grau-Hupka. Kvinnor som avviker exkluderas från likalöneprincipens tillämpningsområde.[1877] Enligt min mening måste dock ett logiskt resonemang bygga på verkliga förutsättningar när likalöneprincipen skall tolkas. Jag menar att argumentationen i dessa mål är exempel på rationalisering och ett uttryck för konflikten mellan de kollektivt avtalade normerna och lagstiftningen om lika lön oberoende av kön.

EG-domstolens argumentation präglas också av föreställningen om vad kvinna och man är. Begreppet kön i artikel 119 (141) tolkades i Grant-målet till att inte omfatta sexuell läggning. Argumentationen var normrationell och domstolen menade att legalitetsprincipen begränsade möjligheten att låta könsdiskriminering omfatta något annat än den heterosexuella jämförelsen. I EG-rätten fanns inga regler som förbjöd diskriminering som hade samband med sexuell läggning. Lika fall hade också behandlats lika av arbetsgivaren. Kollektivavtalet var lika diskrimine-

[1876] Mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.
[1877] Se avhandlingens del III:4.8.8.

rande för homosexuella män som för lesbiska samboende par. Därmed var kollektivavtalet som enbart gav heterosexuella arbetstagares partners reseförmåner inte diskriminerande![1878]

När EG-domstolen svarade på frågan om arbetstagare som utför identisk verksamhet också utför lika arbete, i artikel 119 (141) mening, argumenterade EG-domstolen utifrån de normer som finns på arbetsmarknaden. Olika typer av yrkesutbildning, och de förväntade kvalifikationer och kompetenser som arbetsgivaren kan räkna med att han eller hon betalar för, medförde att psykoterapeuterna med psykolog- respektive läkarutbildning inte ansågs utföra lika arbete – trots att de utförde exakt samma arbetsuppgifter.[1879] Begreppet lika arbete tolkades utifrån marknadens normer. Grunderna var normativa, men domstolen döljer de konsekvensorienterade grunder som finns bakom tolkningen. Min uppfattning är att domstolen i detta mål verkade klart systembevarande.

I EG-rätten sätts ändamålet med rättsreglerna som den främsta tolkningsgrunden.[1880] EG-domstolens möjlighet att argumentera målrationellt borde således vara vidsträckt.[1881] Hur stämmer då detta antagande i mål angående likalöneprincipen? Jag anser att EG-domstolen i mål angående tolkning av likalöneprincipen har varit mycket sparsam med målrationella argument. Målrationella argument finns naturligtvis i de mycket principiella mål där likalöneprincipens direkta tillämplighet och direkta effekt slagits fast, och likaså i tolkningen av begrepp som arbetsgivare och arbetstagare.[1882] Men när det gäller föreställningen om värdet av kvinnors och mäns arbeten är den målrationella argumentationen ett undantag. Jag har funnit ett uttryckligt exempel i Enderbymålet.[1883] Frågan var om artikel 119 (141) omfattade en jämförelse av kvinnors och mäns löner enligt olika kollektivavtal. EG-domstolen utgick här från syftet med regeln och svaret var att en dylik begränsning skulle leda till kringgående av regeln. I det här fallet argumenterade domstolen målrationellt.

Undersökningen av arbetsdomstolens domskäl i mål om lönediskriminering visar att argumentationen är mycket förarbetsbunden och att de grunder för argumentationen som hämtas från förarbetena har normativ karaktär. Vilken rättskällelära utgår då arbetsdomstolen från? Olle Rimsten ifrågasätter i sin avhandling om arbetsdomstolens dömande

[1878] C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621.

[1879] Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511.

[1880] Se Wiklund, 1997 s. 117.

[1881] Se Sandgren, 1995 s. 1045. Sandgren beskriver Ekelöfs teleologiska metod som en "ändamålsorienterad" rättsvetenskap.

[1882] Se del III:4.

[1883] Se mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.

över huvud taget präglas av någon särskild rättskällelära, emedan hans undersökning visar att det inom domstolen finns olika uppfattningar i rättstillämpningsfrågor. "Lagstiftarorientering" dominerar som metod och att arbetsdomstolen är förarbetsbunden råder det ingen tvivel om.[1884]

Att arbetsdomstolen legitimerar sina domslut utifrån äldre förarbetsuttalanden kan ifrågasättas. Jämställdhetslagen har ändrats vid flera tillfällen och det finns också senare förarbetsuttalanden som domstolen borde beakta i rättstillämpningen. EG-rätten har också tillkommit som rättskälla, en rättskälla som arbetsdomstolen skall beakta. Domstolen må vara fri att välja argument, men knappast att välja mer eller mindre obsoleta rättskällor. Eller som Robert Påhlsson uttrycker det: "Jag anser i princip att rättstillämparen har en skyldighet att mot denna bakgrund göra rättspolitiska överväganden. Det finns t.ex. i normalfallet ingen anledning att beakta äldre förarbetsuttalanden som inte överensstämmer med modern rättsuppfattning."[1885]

Sammanfattningsvis har jag funnit att argumentationen i huvudsak är normrationell i såväl arbetsdomstolen som i EG-domstolen. I mål angående lönediskriminering kommer initiativet från parterna och inte från domstolen. Domstolens roll är på det nationella planet att vara konfliktlösande. Uppgiften är att lösa konflikten och inte att uppfylla ett visst mål i sig. Av denna anledning blir argumentationen i huvudsak normrationell.[1886] EG-domstolen har dock en annan uppgift – att tolka gemenskapsrätten – men när tolkningen avser begreppen kön, diskriminering och lika och likvärdigt arbete är argumentationen i första hand normrationell. Domstolen tar här på sig rollen att verka konfliktlösande och systembevarande.

I vilka fall använder sig domstolarna av intresseavvägningsmodellen? Vems intresse värnar domstolen?

Jag har analyserat tolkningen av begreppen direkt och indirekt diskriminering och menar att denna tolkning är av betydelse för valet av argumentationsmodell. Hur domstolarna, medvetet eller omedvetet, klassificerar likalöneprincipen som norm avspeglas i argumentationen. EG-domstolens tolkning av begreppen, den senare kodifieringen i direktivet om bevisbördan i könsdiskrimineringsmål, 97/80, styr valet av argumentationsmodell i de nationella domstolarna. Definitionen av indirekt diskriminering är i EG-rätten såväl en materiell rättsregel som en bevis-

[1884] Rimsten, 1998 s. 304. Att arbetsdomstolen också anser sig vara bunden av sin egen prejudikatbildning är ett annat känt faktum.

[1885] Påhlsson, Robert, Levnadskostnader. Gränsdragningsproblem vid beskattning av förvärvsinkomster. 1997 s. 126. Påhlssons uttalande gäller tolkning av skattelagstiftning.

[1886] Se Aubert, 1976 s 171 ff. samt s 201.

regel.[1887] Enligt regeln skall två avvägningar göras, för det första mellan kollektivet kvinnor och kollektivet män. Den ena gruppen har gynnats och den andra har missgynnats, men det finns bara ett samband med kön om väsentlighetskriteriet är uppfyllt. Här sker den första avvägningen mellan exempelvis deltidsanställdas och heltidsanställdas intressen. Det krävs statistiska uppgifter som visar att väsentligt fler kvinnor än män missgynnas. Att göra indirekt diskriminering till en fråga utan kön är också en avvägning mellan arbetsgivarens och de deltidsanställdas intressen. Om väsentlighetskriteriet uppfylls måste arbetsgivaren i sin motbevisning bryta sambandet mellan kön och missgynnade. Här sker den andra avvägningen mellan arbetsgivarens verksamhetsbehov och den missgynnades rätt till likabehandling. Om beslutet är lämpligt och nödvändigt är det inte frågan om könsdiskriminering, enligt tolkningen av artikel 119 (141), när de som avviker från normen missgynnas. Missgynnandet har rättfärdigats. Denna avvägning mellan olika intressen skall göras i de nationella domstolarna som kan använda proportionalitetsprincipen för att ställa krav på arbetsgivarens bevisning, men också för att beakta konsekvenserna av ett visst domslut. Principen ger uttryck för att arbetsgivarens rättssäkerhet skall skyddas och därmed framgår det hur intresseavvägningen bör utformas.[1888] I sin praktiska tillämpning blir principen en arbetsgivarventil.

Eftersom ingen distinktion gjorts mellan direkt och indirekt diskriminering i den svenska lagstiftningen riskerar normen att i sin helhet bli en avvägningsnorm i rättstillämpningen. Kumla-målet, AD 1995 nr 158, borde ha klassificerats som ett fall av direkt diskriminering och prövningen av bevisningen skulle ha gjorts utifrån om det direkta sambandet med kön bröts. Att pröva om den direkta lönediskrimineringen kunde rättfärdigas hade kunnat leda till att en avvägning gjordes i arbetsgivarens intresse. Marknaden hade exempelvis kunnat rättfärdiga lönesättningen. Detta var vad arbetsdomstolens avvägning ledde till i Mjölbymålet, AD 1997 nr 68. Arbetsgivarens motbevisning prövades utifrån EG-domstolens tolkning av bevisprövningen i mål angående indirekt diskriminering. De individuellt avtalade löneskillnaderna befanns vara sakliga då arbetsgivaren var i god tro angående verksamhetsbehovens tillfredsställande.

Ett annat exempel på att arbetsdomstolen tycks se förbudet mot lönediskriminering som en avvägningsnorm är argumentationen i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. Frågan om arbetsgivarens behov av att ingångna avtal hålls av den fackliga motparten görs till ett rättsligt argument.

[1887] Se avhandlingens del III:4.9.3.

[1888] Se mål C-399/92 Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.

Det är inte arbetsdomstolen utan parterna själva som skall bestämma innehållet i löneavtalen. Arbetsgivarens krav på rättssäkerhet ställs mot individens möjlighet att få avtalet prövat som varande diskriminerande. Kravet på formell rättssäkerhet framträder här som ett ideal på arbetsmarknaden och döljer att det i själva verket är det materiella innehållet i löneavtalen och därmed stabiliteten på arbetsmarknaden som skyddas.[1889]

Ett annat uttryck för arbetsdomstolens bedömning av lönediskrimineringsregeln som norm sett är de återkommande uttalandena om att regeln inte är en materiell föreskrift. Det finns alltid en möjlighet för arbetsgivaren att bryta den så kallade presumtionen, oavsett om diskrimineringen är direkt eller indirekt, genom att visa att det fanns sakliga skäl för lönesättningen. I denna del har arbetsdomstolen lagt in ett godtrosrekvisit – det räcker att arbetsgivaren är i god tro rörande den gynnades förmåga att tillfredsställa de av arbetsgivaren eftersökta egenskaperna.[1890]

Som begreppet indirekt lönediskriminering kommit att tolkas har förutsebarheten för arbetsgivaren ökat. Det råder ingen tvekan om vems intressen som skyddas i de nationella domstolarna, när sambandet mellan kön och atypiska anställningsvillkor hamnar i skymundan. Resultatet kan till och med bli att kvinnors anställningsvillkor försämras, när det blir tillåtet att missgynna dem som avviker från normen.[1891] Genom att ett visst handlande fastställs som icke-diskriminerande ger den rättsliga prövningen legitimitet åt arbetsgivarens missgynnade av normavvikare.

Finns det skillnader i valet av argumentationsmodell beroende på målets svårighetsgrad?

Som tidigare sagts är ett svårt fall ett fall där domstolen saknar vägledning från lagstiftaren, eller från tidigare domstolsavgöranden, och där domstolen för att besvara rättsfrågan måste skapa något nytt. Om rättsfrågan inte kan besvaras med hjälp av dessa källor, måste argumentationen hämta sitt innehåll från något annat normsystem än det rättsliga. Förhandlings- och avtalssystemet och marknaden är exempel på stödsystem i tolkning och tillämpning av likalöneprincipen.

Har EG-domstolen prövat några svåra fall? Frågan är måhända något onödig då jag antytt att acte clair doktrinen och frågan om svåra fall är sammanlänkade. Alla mål som avgörs i EG-domstolen borde därmed kunna klassificeras som svåra. Anledningen till att tolkningsfrågor ställs av de nationella domstolarna är att tolkningen av gemenskapsrätten inte

[1889] Jfr Ryman, 1998 och SOU 1999:91.
[1890] AD 1997 nr 68.
[1891] Se Christensen, 1999 s. 23.

är acte claire. Jag exemplifierar med tre mål, målet P. mot S., Lisa Grant-målet, och målet om psykoterapeuterna, Wiener Gebietskrankenkasse.[1892] Två olika rättsfrågor prövades i målen: Vad omfattas av EG-rättens begrepp könsdiskriminering och vad omfattas av begreppet lika arbete i artikel 119 (141)? Varför bedömer jag dessa mål som svåra och hur argumenterade EG-domstolen i målen? För det första fanns det avseende frågan om kön ingen vägledning från lagstiftaren och för det andra var båda frågorna i sin kontext kontroversiella. Om EG-domstolen skulle utvidgat könsbegreppets innehåll och om EG-domstolen hade ansett att arbetena var lika, hade domarna inneburit ett brott mot gällande genusordning.

Vilken argumentationsmodell valde domstolen? I målet P. mot S., som handlande om tolkningen av begreppet kön i likabehandlingsdirektivet, görs en jämförelse mellan den transsexuella före och efter könsbytet. Det var själva könsbytet, från man till kvinna, som var grunden för diskrimineringen och när man blev kvinna, var hon diskriminerad i förhållande till en man som ej bytt kön. EG-domstolen fann här normen – mannen – som grund för jämförelsen. Argumentationen är normrationell. I Grant-målet var argumentationen strikt normrationell och domstolen använde sig av legalitetsprincipen och principen lika fall skall behandlas lika. Någon skyddande lagstiftning fanns inte och arbetsgivaren diskriminerade alla arbetstagare som inte stämde in i den heterosexuella strukturen i lika hög grad. I målet om tolkningen av begreppet lika arbete, målet Wiener Gebietskrankenkasse, utgick domstolen från arbetsgivarens och marknadens fastslagna värderingar. Det fanns redan en norm på arbetsmarknaden som fastslagit att psykologers arbete och utbildning värderas mycket lägre än läkares. Ett brott mot denna norm hade varit synnerligen systemfrämmande.

Jag har klassificerat Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, som ett svårt fall där domstolen saknade vägledning vid bedömningen av bevisningen. Barnmorskemålet var det första mål i svensk domstol där frågan om en jämförelse av arbeten över kollektivavtalsgränser ställdes. Arbetsdomstolen försökte i detta mål att argumentera normrationellt. Kvalitén på argumentationen var dock svår att upprätthålla, då domstolen hämtade mycket allmänt normativt hållna grunder från äldre förarbeten till stöd för argumentationen. Domstolen utgick också från föreställningen att arbetsvärderingen alltid skall utformas av en partsammansatt grupp. Argumentationen där arbetsdomstolen uttryckligen anför rättssäkerhetsskäl är av normrationell karaktär, men haltande. Det hot som domstolen påstår

[1892] Mål C-13/94 P. mot S. Cornwall County Council (1996) ECR I-2521. Mål C-249/96 Lisa J. Grant mot South West Trains Ltd (1998) ECR I-621. Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511.

finns mot arbetsgivarens ingångna löneavtal existerar inte i dagens mer individuellt präglade förhandlings- och avtalssystem. Det domstolen gör kan beskrivas som fasadlegitimation.[1893]

Jag finner att domstolarna i de svåra fallen avstått från att vara nyskapande och att argumentationen präglas av normrationalitet. Principer som rättssäkerhet och legalitet används i systembevarande syfte. Gällande föreställningar och värderingar av kvinnors och mäns arbeten kan därmed upprätthållas.

Hur förhåller sig valet av argumentationsmodell till bevisbörde- och bevisvärderingsregler?

Arbetsdomstolen skall pröva fakta i målet utifrån tillämplig lagstiftning. I de svåra fallen är det uppenbart att det råder tvivel om fakta och vad som är lika eller likvärdigt arbete blir en fråga om bevisning.[1894] Frågan är om det över huvud taget går att slå fast vad som är sant eller falskt i detta fall? Det är käranden som har bevisbördan för att objektivt och könsneutralt framlägga bevisning, som leder till den säkra slutsatsen att arbetena är likvärdiga. Beviskraven som ställdes i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, när frågan om likvärdigt arbete skulle prövas, var mycket höga. När arbetsgivarens motbevisning prövades i Mjölbymålet, AD 1997 nr 68, följde arbetsdomstolen förarbetsuttalanden och ställde inte särskilt höga krav på arbetsgivarens motbevisning. Det räckte att arbetsgivaren var i god tro angående mannens sakliga förutsättningar för arbetet, för att löneskillnaderna skulle anses vara legitima.

Om gängse bevisvärderingsteorier skall följas leder detta till att utsagan – arbetsvärderingen i barnmorskemålet – antingen var sann eller falsk. Som Bengt Lindell uttrycker det i sin avhandling: "Till den juridiska bevisvärderingen har, kan man säga, överförts ett empiriskt ideal om mätbar exakthet och opersonlig objektivitet".[1895] I ett mål där frågan om lika eller likvärdigt arbete prövas är det inte bara arbetets, objektiva, innehåll som skall fastställas, utan käranden skall även kunna styrka arbetets värde jämfört med ett annat arbetes värde. Det mätinstrument – arbetsvärdering – som står till buds vid framtagning av bevisningen är inte någon exakt vetenskap med vars hjälp ett arbetes rätta värde kan fastställas.[1896] En arbetsvärdering består av värderingar av arbetets innehåll och frågan som måste ställas i processen är: Kan denna typ av värderingar

[1893] Eckhoff, 1979 s. 109 f.

[1894] Aubert, 1976 s. 208. "Det er mulig for domstolen å søke dekning bak regler om bevisbyrde når tvilen om fakta blir meget åpenbar".

[1895] Lindell, 1987 s. 174.

[1896] Jfr SOU 1990:41 s. 253 samt SOU 1993:7 s. 279. Se även bilagedelen till SOU 1993:7.

vara sanna eller falska?[1897] En arbetsvärdering kan vara mer eller mindre sann, mer eller mindre objektiv, mer eller mindre könsneutral, och det kvarstår för domstolen att ta ställning till om de normer som finns på arbetsmarknaden är könsdiskriminerande och således måste omvärderas.

Frågan om bedömningen av lika och likvärdigt arbete är inte enbart ett kunskapsproblem, utan i hög grad en normativ fråga. I Kumlamålet, AD 1995 nr 158, framstår arbetsdomstolens bevisprövning som saklig och neutral, men i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, rämnar idealet och argumentationen blir synnerligen, och explicit, systembevarande. Den ideala normrationella argumentationen understöds av de högt ställda beviskraven, men den uttrycker också fiktionen att det går att fastställa vad som är rätt.[1898]

Sammanfattningsvis kan det konstateras att processen i arbetsdomstolen präglas av bedömningen av om arbetena är lika eller likvärdiga, det vill säga av konflikten mellan individens krav på omvärderingar och det kollektiva systemets fastslagna värderingar. Argumentationen i AD är huvudsakligen normrationell och de processuella reglerna och deras tillämpning avspeglas i förhållandet att de används inom ett system där normer om arbetets värdering är kollektivt reglerade av arbetsmarknadens parter. Grunderna för argumentationen är konsekvensorienterade och för att legitimera de höga beviskraven argumenterar domstolen normrationellt. Samtidigt legitimerar de höga beviskraven den juridiska argumentationen och domstolen gömmer sig bakom presumtionskonstruktionens bevisbördefördelning. Eftersom de förväntade konsekvenserna är omvälvande, ställdes särskilt höga krav på bevisningen. Frågan om kön spelade också en mycket undanskymd roll och hölls som presumerad omständighet utanför bevistemat.

EG-domstolens svar på frågor angående bevisreglerna i könsdiskrimineringsmål har präglats av en tydlig könsdikotomi. Avgörande är frågan om det finns ett orsakssamband mellan handling/åtgärd och kärandens biologiska kön. Argumentationen är även här normrationell och de processuella reglernas utformning avspeglar ett system där kvinnan är det andra könet. Någon historisk tolkning med hänvisning till förarbeten och kollektivavtal förekommer inte och tolkningen har beskrivits som dynamisk.[1899] EG-domstolen tillerkänner dock marknaden en värderande roll

[1897] Lindell, 1987 s. 177 f. Lindell menar att enligt verifikationsprincipen måste värderingar utskiljas från utsagor. Han menar dock att dikotomin fakta-värderingar inte är möjlig att fullständigt upprätthålla.

[1898] Jfr Eckhoff, 1979 s. 112.

[1899] Se exempelvis Prechal/Burrows, 1990 s. 20. Författarna menar att EG-domstolen varit innovativ och understödjande. Domstolen har visat en vilja att utveckla begrepp som har gett reell mening åt den vaga likabehandlingsprincipen. Se även Lundström, 1999.

där utbud och efterfrågan avgör priset på arbetskraften, men marknadens pris kan prövas med principen om proportionalitet.[1900] EG-domstolen har intagit en mer självständig ställning i förhållande till parterna på den europeiska arbetsmarknaden och till kollektivavtalets ställning.[1901] Effektivitetsprincipen används av domstolen för att ställa krav på utformningen och tillämpningen av de nationella processreglerna. Argumentationen är även målrationell när krav ställs på effektiva rättsmedel i den nationella processen.[1902]

Rättsliga normer och marknadens normer

Syftet med att genomföra argumentationsanalysen har varit att visa hur konflikten mellan lag och kollektivavtal, mellan en individuell rättighet och kollektiva normer, och genusordningen, föreställningen om kvinnor och män, kommer till uttryck i den juridiska argumentationen.

Argumentationsanalysen visar att rättskulturen i domstolarna i första hand kännetecknas av en strävan efter normrationalitet.[1903] Eckhoff menar att domstolarna är mer normrationella än vad lagstiftaren uttryckt.[1904] Detta kan vara ett skäl till valet att stödja sig på vissa äldre förarbetsuttalanden av typen "generella värderingar". Argumentationens kvalitet är i vissa fall undermålig och framstår som uppenbart ologisk. Detta menar jag är tydligt i Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41.

Valet av argumentationsmodell är beroende av målets svårighetsgrad och i hög grad av om en ny norm skulle komma i konflikt med den etablerade genusordningen. I de svåra fallen tvingas domstolen att hitta argument för att förändra eller för att bevara utan direkt ledning av rättskällorna. Grunderna för arbetsdomstolens argumentation i Barnmorskemålet var starkt konsekvensorienterade och visar på konflikten mellan den individuella rättigheten och förhandlings- och avtalssystemets grunder. Förhandlingsrätten skall vara fri och avtal skall hållas. EG-domstolen framstår inte som lika konsekvensorienterad, vilket kan förklaras

---

Karin Lundström är i sin analys av EG-domstolens domar av en helt annan uppfattning och kommer till slutsatsen att domstolen är en reaktionär kraft som motverkar syftet med lagstiftningen på jämställdhetensområde.

[1900] Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535. p. 8-12.

[1901] Ju mer parterna kommer in i lagstiftningsprocessen desto mer måste dock domstolen ta hänsyn till deras tolkningar. Än så länge är det bara tre direktiv som kommit till avtalsvägen.

[1902] Se avhandlingens del III:4.12.

[1903] Se Westberg, Peter, Domstols officialprövning. 1988 s. 307. Westberg menar att domstolarna har en argumentationsfrihet som är mer eller mindre outtalad.

[1904] Eckhoff, 1979 s. 106.

av att domstolens uppgift är att tolka EG-rätten och inte att avgöra själva sakfrågan. Genom att utveckla förbudet mot indirekt diskriminering till en avvägningsnorm har EG-domstolen gett ett ökat utrymme för de nationella domstolarnas möjlighet att göra intresseavvägningar.

Arbetsdomstolens och EG-domstolens juridiska argumentation är systembevarande, men kan det tyckas på olika grunder. Den dikotoma könshierarkin präglar i första hand EG-domstolen tolkning av likalöneprincipen – är kvinnor och män över huvud taget kompatibla? Att mannen är normen framgår här tydligt. Det könssegregerade förhandlings- och avtalssystemet och dess normer och värderingar av kvinnors och mäns arbete präglar arbetsdomstolens argumentation. I arbetsdomstolens argumentation är frågan om kön och genus på grund av presumtionsregelns karaktär helt dold, men generella värderingar är i sak den könsdikotoma strukturen på arbetsmarknaden, den vertikala och horisontella arbetsdelningen som kommer till uttryck i det könsuppdelade förhandlings- och avtalssystemet. Isärhållningens eller diskrimineringens logik kommer här till uttryck. Domstolarnas justifiering av diskrimineringens logik upprätthåller stabiliteten på arbetsmarknaden och det oförutsägbara – i form av nya värderingar av kvinnors och mäns arbete – befattar sig domstolarna inte med.

5 Vad bör göras?

Inledning

Idag råder det ingen tvekan om att det råder konsensus om att löneskillnader som har samband med kön är orättvisa och skall åtgärdas. Målet är klart men vägen dit är ännu inte utstakad. Jag har visat att det finns en konflikt mellan likalöneprincipen och förhandlings- och avtalssystemet och att denna konflikt kommer till uttryck i domstolarnas juridiska argumentation. Kan de olika normsystemen jämkas samman? Vilka strategier och medel finns för att uppnå det angivna målet jämställda löner? Jag ser två tydliga strategier. Den första är att skärpa lagstiftningen och att använda olika legalstrategier på arbetsmarknaden, såväl individuellt som kollektivt. Den andra är att överlåta åt parterna på arbetsmarknaden att inom förhandlings- och avtalssystemets ramar avtala bort den könsdiskriminerande lönesättningen.

Under det sista året av mitt avhandlingsarbete har förbudet mot lönediskriminering utretts och ett lagförslag om förändringar av jämställdhetslagen har lagts fram.[1905] Enligt direktiven till utredningen var uppgiften att undersöka om jämställdhetslagen stod i överensstämmelse med EG-rätten samt de tre nya diskrimineringslagarna. Uppdraget skulle genomföras med särskilt beaktande av att det är arbetsmarknadens parter som har det huvudsakliga ansvaret för lönebildningen.[1906] Utredningen, SOU 1999:91, och propositionen, 1999/2000:143, bygger på de två ovan beskrivna strategierna. I utredningen är det tydligt att utredaren, Hans Stark f.d. domare i AD, anser att så få ingrepp som möjligt bör göras i förhandlings- och avtalssystemet och i parternas rätt att normera lönesättningen. I propositionen föreslås skärpningar av lagen. Syftet är att tvinga de kollektiva parterna att förhandlingsvägen agera och avskaffa könsrelaterade löneskillnader.[1907]

[1905] Propositionen lades den 31/5 2000. Riksdagen skall ta ställning till lagförslaget i slutet av oktober. Då är detta manus redan lämnat för tryckning.

[1906] Dir. 1998:60 och tilläggsdirektiv 1998:98.

[1907] Lagförslaget innebär en förändring av "skyddsnivå, terminologi och struktur". Se prop. 1999/2000:143 s. 1. Jag kommer inte att kommentera lagförslaget i detalj då detta ännu inte är antaget av riksdagen.

Jag avser att behandla tre principiella frågeställningar som kommer till uttryck i de ovan nämnda förarbetena: För det första föreställningen om EG-rättens ställning i förhållande till nationell rätt: Vilket utrymme har de nationella domstolarna i sin tolkning och tillämpning av likalöneprincipen? För det andra frågan om vad som är möjligt att bevisa: Hur kan det bevisas att två arbeten är likvärdiga? För det tredje: Finns det en motsättning i valet av strategi för att minska löneskillnaderna mellan kvinnor och män?

EG-rättens ställning i förhållande till nationell rätt

Jag har i avhandlingen 'per disposition' behandlat EG-rätten som en egen rättsordning skild från nationell rätt. EG-fördragets artikel 141 är dock *direkt tillämplig* och har *direkt effekt* i svenska domstolar. EG-rätten skall således vara svensk rätt. Jag har genom att undersöka nationell rätt visat att det finns en skillnad mellan EG-domstolens tolkning av likalöneprincipen och arbetsdomstolens tolkning av förbudet mot lönediskriminering i 18 § JämL. Diskrepansen är tydlig och inte enbart beroende av att den svenska lagstiftningen är utformad på ett annat sätt än EG-fördragets artikel 141. I senare mål har arbetsdomstolen uttryckligen beaktat, "hämtat vägledning från", EG-rätten och tolkat EG-rätten med utgångspunkt tagen i det svenska förhandlings- och avtalssystemet.

Jag vill poängtera att EG-domstolens uppgift inte är att pröva och värdera bevisningen, utan att fastställa vilka principer och normer som skall gälla i mål om könsdiskriminering. Som tidigare visats kan denna tolkning av EG-rätten leda till att en faktisk prövning i realiteten sker och att utrymmet för den nationella domstolens rättstillämpning blott blir av marginell karaktär.[1908]

EG-domstolen har i sin tolkning av artikel 119 (141) kommit fram till att särskilda bevisregler skall användas av nationella domstolar i mål om lönediskriminering. Dessa bevisregler har därefter huvudsakligen kodifierats i bevisbördedirektivet, 97/80. EG-domstolen skiljer på fall av direkt och indirekt diskriminering. Vid direkt diskriminering gäller andra bevisregler än vid indirekt diskriminering. I båda fallen gäller att käranden inte behöver visa att arbetsgivaren haft uppsåt att diskriminera, likaså finns inget krav på att visa på oaktsamhet från arbetsgivarens sida. Bevisbördedirektivet visar med all tydlighet att något subjektivt rekvisit inte finns, utan att det är fakta som skall läggas fram som ger anledning att anta att det föreligger könsdiskriminering i det enskilda fallet.[1909] Den som påstår att direkt eller indirekt diskriminering föreligger, skall göra

[1908] Se avsnitt III och VI:2.

[1909] Se direktiv 97/80 artikel 4.

antagligt att det finns ett samband med kön och den missgynnande handlingen.

Vid direkt diskriminering skall det finnas ett direkt samband mellan kön och missgynnade – diskriminering har skett på grund av kön (based on sex).[1910] Detta är vad jag kallat för ett objektivt kausalsamband. Då det räcker att göra sambandet antagligt kan könsdiskriminering, enligt min uppfattning, göras sannolik även om någon jämförelseperson inte existerar. EG-domstolen har vart fall inte uttalat att det finns ett absolut krav på en jämförelseperson i bevishänseende. Frågan om en jämförelseperson får ses som ett bevisfaktum, men det utesluter inte annan bevisning. Det är helt klart att det utifrån EG-rätten går att argumentera för att kön i sig kan utgöra grund för diskriminering.[1911] I det fall att det finns en person som gynnats, skall denna för att kunna användas vid en jämförelse vara av motsatt biologiskt kön och befinna sig i en likartad situation. Den likartade situationen skall bestå i utförandet av lika eller likvärdigt arbete. Frågan om metod och beviskrav vid likvärdigt arbete har ännu inte ställts på sin spets. Klart är dock att de nationella domstolarna är skyldiga att tillse att det finns lämpliga rättsmedel och att effektivitet i rättstillämpningen uppnås.[1912]

Frågan om EG-rätten ställer upp ett krav på en konkret jämförelse har behandlats i såväl utredningen som i propositionen. I utredningen framställs detta som ett absolut krav, medan det i propositionen uttalas att lönediskriminering liksom andra typer av diskriminering kan göras antagligt även om en jämförelseperson saknas. Att tolkningen av EG-domstolens domar i detta fall skiljer sig åt är uppenbart. I propositionen konstateras att EG-rätten tillåter att den nationella rätten underlättar kärandens bevisbörda i mål angående könsdiskriminering. Detta framgår uttryckligen av bevisbördedirektivet. Således föreslår regeringen att direkt könsdiskriminering ska kunna bevisas även om en konkret jämförelse inte kan göras. Sambandet med kön och den missgynnade handlingen skall kunna göras antagligt, utan att det existerar en jämförelseperson.[1913] När kön i sig kan anses utgöra grund för lönediskriminering försvinner också kravet på likartad situation.[1914] Frågan om lika och likvärdigt arbete försvinner som bevistema och den rättsfråga som skall prövas är om missgynnandet har ett samband med kön. Risken finns då att domstolens ledamöter ställer högre krav på bevisningen än när diskriminering kan

[1910] I prop. 1999/2000:143 s. 40 uttrycks detta som "ett samband med kön".
[1911] Se avhandlingens del III:4.8.6.
[1912] Se avhandlingens del III:4.12.
[1913] Jfr SOU 1999:91 s. 55 och prop. 1999/2000:143 s. 37 f. Se direktiv 97/80. Jämställdhetslagen kommer därmed att överensstämma med övrig diskrimineringslagstiftning.
[1914] Jfr prop. 1999/2000:143 s. 33.

bevisas i relation till en arbetstagare av motsatt kön. Något stöd för dylikt förfarande finns emellertid inte i förarbetena.[1915]

De två målen, Kumlamålet, AD 1995 nr 158, och Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, visade att arbetsdomstolens ledamöter ansåg sig bundna av 20 år gamla förarbetsuttalanden samtidigt som domstolen strävade efter att uppfylla de principer om objektivitet, proportionalitet och effektivitet som EG-domstolen har utvecklat. Konflikten blev uppenbar. I mål om lönediskriminering har domstolen ingen större nytta av sin kunskap om principer för kollektivavtalstolkning och inte alltid heller av erfarenheter av förhandlings- och avtalssystemets funktion. Argumentationen var klart normrationell och byggdes upp med stöd av förarbetsuttalanden om att de generella värderingarna som finns på arbetsmarknaden fortfarande är giltiga (såvida de inte är könsdiskriminerande). Förarbetena till 1979 års jämställdhetslag är idag ålderstigna och deras rättskällevärde skall ifrågasättas. Tolkningen av rätten på ett område som är synnerligen föränderligt måste i första hand göras tidsbundet.

Den normrationella argumentationen byggdes även upp kring principer som arbetsgivarens rättssäkerhet gällande ingångna kollektivavtal.[1916] Rättssäkerhetsproblemen överdrevs i detta fall.[1917] De facto ställdes höga krav på kärandens bevisning och låga krav på arbetsgivarens motbevisning. Reglerna om bevisbörda och bevisvärdering fyllde en icke avsedd funktion och användes på ett sådant sätt att de utgjorde ett stöd för den normrationella argumentationen.[1918] Rättstillämpningen blev systembevarande.

Jag uppfattar det som att EG-domstolen uttalat att det skall ställas förhållandevis höga krav på arbetsgivarens motbevisning i fall av styrkt direkt diskriminering.[1919] Om sambandet mellan kön och missgynnande är uppenbart återstår inte mycket att göra i bevishänseende. Det är därför av stor betydelse om diskrimineringen klassificeras som direkt eller indirekt. Någon särskild metod för att pröva motbevisningen i fall av direkt diskriminering har EG-domstolen inte utvecklat.

I översynen av jämställdhetslagen finner utredaren att 18 § JämL uppfyller EG-rättens krav och att den enda ändring som bör ske är att be-

[1915] Se prop. 1999/2000:143 s. 40.

[1916] Se Prop.1978/79:175. Se om arbetsgivarens rättssäkerhet i motiven samt i lagrådsremissen.

[1917] Se avhandlingens del IV:3.4.3.2. Jfr Rimsten, 1998 s. 136 f. Rimsten ser en risk med en orientering mot förarbeten vid tolkning av lagtext: "I något så när komplicerade fall skulle resonemang grundade på förarbetsuttalanden kunna tjäna som täckmantel för en konsekvensorientering med utrymme för godtycke eller partiskhet".

[1918] Jfr Aubert, 1976 s. 205 och s. 211.

[1919] I enlighet med bevisbördedirektivets, 97/80, ingress är det slutligen den nationella domstolen som avgör vilka krav som skall ställas på bevisningen.

greppet indirekt diskriminering definieras i lagtexten. Presumtionskonstruktionen anses stå i överensstämmelse med EG-rätten.[1920] JämO har å andra sidan under en längre tid hävdat att bevisreglerna för lönediskrimineringsmål inte är i paritet med EG-rätten.[1921] Denna uppfattning kommer nu också till uttryck i regeringens proposition. Förslaget innebär ett avskaffande av presumtionsregeln och en ny konstruktion av förbudet mot lönediskriminering. Det är framförallt gällande frågan om direkt diskriminering, och frågan om hur diskriminering skall kunna bevisas, som de båda förarbetena skiljer sig åt. Det råder en skillnad i uppfattningen av hur begreppet definieras och i hur höga beviskrav som skall ställas. I propositionen framställs direkt diskriminering som en pliktnorm medan direkt diskriminering i utredningen definieras som en avvägningsnorm.[1922] Min undersökning av arbetsdomstolens rättspraxis visar att frågan om diskrimineringen är direkt eller indirekt har osynliggjorts i rättstillämpningen och att argumentationen har kännetecknats av avvägningsrationalitet. Detta är synnerligen tydligt i Kumlamålet, AD 1995 nr 158, och Mjölbymålet, AD 1997 nr 68, där domstolen tillämpar EG-rättens proportionalitetsprincip. Min uppfattning är att presumtionsregelns konstruktion är synnerligen olämplig när en rättsregel innefattar två olika typer av diskriminering. Begreppen måste definieras och det måste klart och tydligt framgå att direkt diskriminering inte kan göras ursäktlig, genom att arbetsgivarens verksamhetsbehov anses legitimera ett missgynnade. Har det direkta sambandet med kön gjorts antagligt kan ingen intresseavvägning göras i domstolen.

Enligt de äldre förarbetena till jämställdhetslagen behövde det i lönediskrimineringsmål inte röra sig om någon särskilt stark presumtion.[1923] Arbetsdomstolen har tolkat detta som om att några höga beviskrav inte kan ställas på arbetsgivarens motbevisning.[1924] Enligt utredaren, Hans Stark, räcker det att "(a)rbetsgivaren allmänt sett kunde visa på ett icke könsdiskriminerande mönster i lönerna och anställningsvillkoren på arbetsplatsen".[1925] I regeringens proposition framkommer en helt annan uppfattning: När direkt diskriminering gjorts antaglig skall arbetsgivaren *styrka* att något samband med kön inte finns. När indirekt diskriminering gjorts antaglig skall arbetsgivaren *visa* att syftet med beslutet kan motiveras objektivt och att åtgärden är lämplig och nödvändig för att uppnå

[1920] Se SOU 1999:91 s. 73.

[1921] Se exempelvis JämO:s augustiskrivelser till regeringen. Diskrimineringsombudsmannen är i sitt remissvar till SOU 1999:91 också av denna uppfattning. Se Dnr 758-99.

[1922] Se SOU 1999:91 s. 31 och prop. 1999/2000:143 s. 31.

[1923] Se prop. 1978/79:175 s. 76 f.

[1924] Se AD 1991 nr 62 och AD 1997 nr 68.

[1925] SOU 1999:91 s. 64.

syftet med beslutet. Därmed kommer äldre förarbetsuttalanden om bevisbörda och beviskrav att förlora sin ställning som rättskälla och. "Den viktigaste rättskällan vid tolkning och tillämpning av bevisreglerna är EG-domstolens avgöranden".[1926] Rättspraxis från EG-domstolen är således en rättskälla som inte enbart bör beaktas utan skall beaktas.

I ingressen till direktivet om bevisbördan i mål om könsdiskriminering anges att det är den nationella domstolen som bestämmer hur höga krav som skall ställas på bevisningen.[1927] Direktivet anger vem som skall bevisa vad och hur arbetsgivarens motbevisning skall prövas, men inte när exakt som bevisbördan går över på motparten och vice versa. Frågan är då hur stort tolkningsutrymme som de nationella domstolarna teoretiskt sett har och praktiskt sett tar.[1928] Den andra frågan finns redan åskådliggjord i analysen av AD:s praxis i avhandlingens del IV. Jag har visat att arbetsdomstolen tolkar EG-domstolens tolkningar av artikel 119 (141) utifrån ett mycket nationellt perspektiv.

Min uppfattning är att när det gäller bevisfrågorna är den nationella domstolens tolkningsutrymme relativt begränsat, på grund av medlemsstatens skyldighet att i enlighet med EG-fördraget vara lojal med gemenskapsrätten, och att tillse att effektivitet uppnås i rättstillämpningen. EG-domstolens tendens att stundtals gå utöver sin tolkningsuppgift kan också begränsa den nationella domstolens tolkningsutrymme i ett specifikt mål, vilket är ett faktum som kan leda till att de nationella domstolarna undviker att ställa tolkningsfrågor i de svåra fallen för att inte riskera att bli bundna av nya tolkningar och principer.

EG-domstolen upprätthåller inte alltid distinktionen mellan tolkning och tillämpning. I de fall domstolen uttalar sig om beviskraven blir dessa normer en del av EG-rätten och begränsar därmed den nationella domstolens egen bedömning.[1929] I tillämpning av likalöneprincipen är frågorna särskilt sammanlänkade emedan rättsfakta och bevisfakta är symbiotiska. Genom att uttala sig om hur begreppet lika arbete skall tolkas kan EG-domstolen samtidigt uttala sig om hur indirekt diskrimine-

[1926] Prop. 1999/2000:143 s. 57 f. och s. 55.

[1927] Se avhandlingens del III:4.6.

[1928] Se Prechal/Burrows, 1990 s. 204 ff. I denna bok finns ett intressant avsnitt där författarna går igenom nationella domstolars avgöranden i mål där tolkningsbesked inhämtats från EG-domstolen. Som kuriosa kan nämnas att det första Marshall-målet ledde till att brittiska domstolar uppfattade det som om att, det var deras uppgift att restriktivt definiera arbetsgivare som statliga. Glasgows universitet ansågs inte vara en statlig arbetsgivare. Vad författarna vill påpeka är att EG-domstolens ibland svårtolkade svar eller principiella uttalanden, kan leda skillnader i de nationella domstolarnas rättstillämpning ("very serious anomalies").

[1929] Se Wiklund, 1997 s. 469.

ring kan justifieras.[1930] Samtidigt ges genom proportionalitetsprincipens utveckling, i mål om indirekt diskriminering, den nationella domstolen en vidsträckt möjlighet att avgöra om arbetsgivaren får ha ansetts uppfyllt kravet på sakliga skäl för att premiera en viss kategori av arbetstagare.

Sammanfattningsvis kan sägas att de två förarbetena ger uttryck för olika synsätt avseende EG-rättens ställning i förhållande till nationell rätt. Utredningens förslag är en anpassning av EG-rätten i förhållande till nationell rätt. Nationell rätt blir således EG-rätt genom de tolkningar som framförallt gjorts av arbetsdomstolen.[1931] Avsikten med regeringens proposition är att göra EG-rätten till svensk rätt genom att definiera begreppen direkt och indirekt diskriminering, genom att ta bort presumtionsregeln och införa en bevisregel och genom att reglera bevisbördans fördelning och kraven på bevisningen. Därtill går lagförslaget ett steg längre, i det att det skall fastslås att det enligt svensk rätt inte krävs en faktisk jämförelseperson för att kunna bevisa förekomsten av lönediskriminering. Det finns ett utrymme i EG-rätten för att avskaffa detta krav, men det kan inte heller anses strida mot EG-rätten att behålla kravet på en konkret jämförelse i mål angående lönediskriminering. Genom att ta bort kravet blir jämställdhetslagen mer enhetlig i denna fråga. Detta innebär också att de fyra svenska diskrimineringslagarna kommer att överensstämma i denna fråga.[1932]

Kan löneskillnaderna värderas bort?

Kan ett arbete ha ett värde i sig?[1933] I regeringens proposition föreslås att diskriminering skall kunna konstateras utan att någon jämförelseperson existerar och i detta fall ställs frågan på sin spets: Vad är då en icke-diskriminerande lön? Här finns då ingen man att jämföra med, utan vi måste söka en annan norm att relatera till. Lönen måste för att anses vara diskriminerande vara orättvis ställt i relation till något. Att ta bort kravet på jämförelseperson ligger i linje med att se diskrimineringsmönstret som en ny normativ struktur. Det är idag en mänsklig rättighet att få en

[1930] Se mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse 19990511.

[1931] Se SOU 1999:91.

[1932] Det råder samstämmighet i betänkandet och propositionen angående övrig könsdiskriminering exempelvis vid anställning. Det framgår av bl.a. Dekkermålet att EG-rätten inte uppställer något krav på jämförelseperson vid brott mot likabehandlingsprincipen. Se avhandlingens del III:4.9.1.

[1933] Om värden se: Aubert, 1981 s. 17. Se Edström, 1994 s. 21.

skälig lön som det går att försörja sig på.[1934] Det är *rätten* till lika lön oavsett kön och inte förbudet mot diskriminering, som är grunden för att ta bort kravet på en jämförelseperson.[1935]

Kan då löneskillnaderna mellan kvinnor och män värderas bort i löneförhandlingar och i domstolar? Vad är de olika aktörernas roll i frågan om diskriminerande lönesättning? Svaret är inte givet utan det är beroende av hur vi klassificerar fenomenet lönediskriminering, som typ av konflikt. För det första rör det sig om en genuskonflikt, vilket jag visat i avhandlingens historiska del. Kvinnors och mäns genuskontrakt skiljer sig åt, vilket leder till att löneskillnader uppstår och bevaras. Under det senaste århundradet har lönen på den svenska arbetsmarknaden varit en kollektiv förhandlings- och avtalsfråga. Det finns tre grundläggande fördelningskonflikter i löneförhandlingssystemet: kapital–arbete, arbete–arbete och kapital–kapital.[1936] Lönediskriminering aktualiserar i första hand de två första typerna av konflikter. Dessa konflikter kan också beskrivas som intresse-, värde- och målkonflikter. Frågan om intresseavvägningar och värdekonflikter griper i detta fall in i varandra.[1937] Inom det rättsliga systemet klassificeras konflikter på arbetsmarknaden som intressetvister eller rättstvister. Rättstvister kan domstolen avgöra medan intressetvister skall lösas av parterna.

Vad är egentligen processens funktion i mål angående lönediskriminering? Vad är det för typ av konflikter som domstolen löser?[1938] Mål angående lönediskriminering är civilrättsliga mål där den som missgynnats stämmer den som fattat beslutet, arbetsgivaren, inför domstol. Domstolens roll blir här att lösa en konflikt som utgör en rättstvist och inte att skapa nya värderingar utifrån målsättningen med lagen. Som tidigare visats tenderar den juridiska argumentationen att därmed bli normrationell. I juridisk mening är detta en rättstvist, men frågan om hur arbetet skall värderas har en tydlig intressekaraktär. Frågans värde- och intressekaraktär avspeglas i att den juridiska argumentationen hämtar stöd i konsekvensorienterade grunder. Domstolens funktion har blivit att bevara och inte att förändra förhållandena på arbetsmarknaden.

[1934] Se avhandlingens inledning del I. I förslaget till ny finsk arbetsavtalslag kap 2 § 11 finns följande formulering: "*Kollektivavtal om minimilön saknas* Om inget kollektivavtal som är bindande enligt lagen om kollektivavtal eller inget allmänt bindande kollektivavtal skall tillämpas i en anställning och arbetsgivaren och arbetstagaren har avtalat om vederlag för arbetet, skall till arbetstagaren betalas en sedvanlig och skälig lön för det arbete han eller hon utför." Citerat efter Bruun, Niklas, Metoder att motverka låglönekonkurrens i Finland. En rapport till Nordiskt arbetsrättsligt möte 2000.

[1935] Se prop. 1999/2000:143 s. 39.

[1936] Sjölund, 1989 s. 142.

[1937] Se Edström, 1994 s. 43 f.

[1938] Se Aubert, 1976 s. 171 ff samt s. 201.

Tanken om att domstolen skall kunna fastställa att två arbeten är lika eller likvärdiga bygger på en dikotomisk föreställning om att det finns något som är rätt eller fel, sant eller falskt och objektivt eller subjektivt. Fenomenet lönediskriminering existerar otvivelaktigt och målet en ny icke-diskriminerande lönesättning är fastslaget. Men där i mellan krävs något som kan liknas vid en magisk box[1939] med vilken parterna och domstolarna kan lösa värdekonflikten. För närvarande innehåller denna låda verktygen lönekartläggning och arbetsvärdering. Jag har en ambivalent inställning till att göra frågan om jämförelsen av kvinnors och mäns arbeten, lika, snarlika eller artskilda, till ett rent kunskapsproblem. Samtidigt inser jag att det kanske inte finns något val. Om arbetsvärdering skall bli ett allt mera styrande verktyg för lönesättning, måste det bygga på fiktionen att vi genom bestämmandet av vissa parametrar anser oss uppnå ett godtagbart resultat såväl i processen, som inom förhandlings- och avtalssystemet.

Jag menar att denna grundläggande fråga – om värderingen av arbetsuppgifterna – i första hand är en normativ fråga och ett uttryck för en intressekonflikt mellan den missgynnade arbetstagaren och arbetsgivaren, men också mellan den missgynnade(kvinnan) och den gynnade(mannen).[1940] Frågan om vilka arbeten som är lika eller likvärdiga är också en värdekonflikt av mer ideologisk karaktär.[1941] Jämförelsen av likvärdiga arbeten ställer frågan på sin spets – det handlar inte längre om formell jämställdhet utan om reell jämställdhet. I processen blir denna konflikt mellan kravet på systemförändring och motkravet på bevarande av systemet och den etablerade positionen ett tydligt mönster. Att ställa höga krav på bevisningen genom att argumentera normrationellt som arbetsdomstolen gjorde i barnmorskemålet, AD 1996 nr 41, (likvärdigt arbete) och som EG-domstolen gjorde i målet Gebietskrankenkasse, C-309/97 (lika arbete) leder till att de strukturella mönster som finns på arbetsmarknaden bevaras. Barnmorskan och klinikingenjörernas arbeten var artskilda och det krävdes säkra slutsatser för att de skulle kunna bedömas som likvärdiga. Psykoterapeuternas utbildning – psykologi respektive medicin – medförde att de trots det faktum att de utförde identisk verksamhet inte ansågs utför lika arbete. Den position som de manliga yrkeskategorierna skapat upprätthölls genom dessa båda avgöranden och den intressekonflikt – genuskonflikt – som finns mellan yrkesgrupperna osynliggjordes i domstolarnas argumentation.

[1939] Uttrycket har jag hämtat från min kollega Lena Gipperth.

[1940] Se Ryman, 1998 s. 790. Ryman hävdar att arbetsdomstolen över huvud taget inte skall befatta sig med mål som bygger på att arbeten är likvärdiga.

[1941] Jfr Edström, 1994 s. 47.

I 1999 års betänkande avvisades tanken på att sakkunniga skulle kunna bidra till domstolens utredning av om arbetena är lika eller likvärdiga. De sakkunniga skulle få en värderande uppgift.[1942] I propositionen påpekas att arbetsvärdering innehåller två delar: dels fakta, dels värderingar. Sakkunnighetsutlåtanden skulle framförallt vara till hjälp för domstolen i de svåra fallen, men det är fortfarande domstolen som gör helhetsbedömningen och som avger domslutet.[1943] Enligt min mening skulle anlitandet av sakkunniga öka möjligheten för domstolen att bygga upp en juridisk argumentation. Sakkunnighetsutlåtandet skulle kunna utgöra normativa grunder till stöd för argumentationen.

Gunhild Kyle ställde 1979 i sin bok Gästarbeterska i manssamhället frågan: "Hur skall man t.ex. kunna jämföra lönen för ett stadsbud och en sjuksköterska, en förvaltningstjänsteman och en fabriksdirektör, en svarvare och en universitetsprofessor? Därefter konstaterade hon vidare att: "Den "omedvetna" värdeskala som fungerar har lett till negativa resultat för kvinnorna".[1944] Om vi ser frågan i ett historiskt perspektiv behövs det för att förändra en ny medveten värdeskala inom förhandlings- och avtalssystemet. Var går då gränsen för denna nya värdeskala och vilka metoder står till buds?

De ändringar av lagstiftningen som nu föreslås får ses i ljuset av arbetsdomstolens tolkning och tillämpning av förbudet mot lönediskriminering och de funktionella spänningar som där kommit till uttryck.[1945] Men, lagförslaget får framförallt ses mot bakgrund av att parterna på arbetsmarknaden under 90-talet inte förmått att minska löneskillnaderna mellan kvinnor och män.[1946] Om parterna på arbetsmarknaden kan komma överens om vilka arbeten som är lika eller likvärdiga, blir denna fråga otvistig i domstolen. Regeringens lagförslag ser jag som ett uttryck för att denna värdekonflikt i första hand skall lösas av parterna. Parterna på arbetsmarknaden har inte skapat egna verktyg och handlingsplaner och därför måste lagstiftaren ingripa.[1947]

Den del av lagförslaget som riktar sig till parterna är utformat som en skärpning av arbetsgivarens ansvar för att genom aktiva jämställdhetsåtgärder minska de könsrelaterade löneskillnaderna. I propositionen föreslås att arbetsgivaren i samråd med arbetstagarna, det vill säga den lokala fackliga motparten, genom lönekartläggning skall granska lönesystemet

[1942] SOU 1999:91 s. 135.
[1943] Prop. 1999/2000:143 s. 57.
[1944] Kyle, 1979 s. 72.
[1945] Rimsten, 1998 s. 276. Till skillnad från EG-domstolen anser sig arbetsdomstolen inte ha som uppgift att skapa ny rätt utan överlämnar detta till lagstiftaren.
[1946] Se SCB, 2000.
[1947] Se Dahlberg, 1996b.

och arbetstagarnas löner. En handlingsplan för jämställda löner skall också upprättas som en del av jämställdhetsplanen.[1948] Det är denna del av lagförslaget som gett upphov till samfälld kritik från arbetsgivarhåll. Lagförslaget ses som ett ingrepp i lönebildningen: dels då de kriterier som skall användas när arbeten skall jämföras införs som en definition av likvärdigt arbete, dels på grund av den nya lönekartläggningsregeln som ställer krav på jämförelse och analys av kvinnodominerade och mansdominerade gruppers löner i arbetsgivarens verksamhet och dels på grund av kravet på en årlig konkret handlingsplan. Arbetsgivaren skall vidta åtgärder med anledning av den genomförda analysen. Lagförslaget framställdes av arbetsgivarföreträdare i en debattartikel som kontraproduktivt för kvinnors löner. För det första menade debattörerna att "all erfarenhet" visat att kvinnor tjänat på den individuella lönesättningen, för det andra att objektiv arbetsvärdering inte existerar, för det tredje att efterfrågeeffekter på lönesättningen skulle försvinna vid arbetsvärdering och för det fjärde att lagförslaget inte är praktiskt genomförbart.[1949] Dessa synpunkter måste naturligtvis tas på allvar och de visar att arbetsgivarna anser att lagförslaget är en mycket kraftig inskränkning i den fria förhandlings- och avtalsrätten och i arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Kritiken visar också hur olika synen är på lönebildningen. Arbetsgivarföreträdarna avvisar bestämt några försök till en återgång till den centralistiska modellen och framhåller det individualiserade lönesystemet som metod för jämställda löner.

Jag avser inte att göra någon genomgång av denna del av lagförslaget, utan konstaterar att regeringen i sin proposition ger uttryck för att arbetsgivarna inte har tagit frågan om lönediskriminering på allvar. I lagförslaget ges direkta och detaljerade anvisningar om hur arbetsgivarna skall gå till väga för att nå målet jämställda löner – den magiska boxen (lönekartläggning, arbetsvärdering och handlingsplan) skall användas i samråd med den fackliga motparten.

Jag kan urskilja flera problemområden som kan uppkomma när arbetsvärdering görs till ett medel för att lösa värde- och intressekonflikter. För det första kan konflikten mellan olika arbetstagare skärpas såväl individuellt som kollektivt när nya arbetsvärderings- eller meritvärderingssystem utformas och används på en arbetsplats. Genuskonflikten som finns inom förhandlingssystemets ramverk blir tydlig då nya värderingar skall göras och nya löner skall sättas. Denna konflikt är enligt min mening

[1948] Se prop. 1999/2000:143 s. 105 ff.

[1949] Se DN 000725 Kvinnorna förlorar mest på lagen. Artikeln var undertecknad av Göran Tunhammar, Bigitta Isaksson-Pérez, Markus Gustafsson och Anders Hagman. Se även remissvaren i prop. 1999/2000:143.

oundviklig om tanken är att kvinnors och mäns löner skall bli jämställda. Det är fullständigt klart att den som har en etablerad position inte lämnar den ifrån sig frivilligt för att skapa en mer rättvis fördelning. Ett annat problemområde är att arbetsmarknaden är könsuppdelad och att utrymmet för att höja löner kan vara större i den privata än i den offentliga sektorn. Frågan om jämställda löner är således i hög grad ett politiskt problem. Ett ytterligare problemområde är konfliktmönstren på arbetsmarknaden. Då lönen har varit en avtalsfråga har medlet för att uppnå förbättringar för arbetstagarna i första hand varit stridsåtgärden. Det nya lagförslaget leder till en juridifiering av ett område som parterna värnat om som sitt eget. Nya kampmetoder kan uppkomma när konflikten mellan arbete och kapital inte blir lika tydlig och i samband med att partsgemensamma arbetsvärderingssystem används för att skapa rättvisa löner. En fokusering på fördelningskonflikten mellan arbetstagare av olika kön, eller med könskodade arbetsuppgifter, kan förändra konfliktmönstren.

Legalstrategi eller förhandlingsstrategi?

Om vi ser på frågan om löneskillnader mellan kvinnor och män i ett historiskt perspektiv finner vi exempel på olika strategier och kampmetoder. Kvinnor och män har också som grupper olika konfliktmönster. Detta avspeglar sig framförallt i relationen till strejken som medel för att uppnå högre löner. Kvinnodominerade organisationer har inte använt strejkvapnet i lika höga grad som manligt dominerade organisationer.[1950] Av avhandlingens historiska avsnitt framgår att kvinnor har kunnat konkurrera med männen genom sina låga löner. Detta har varit en förhållandevis defensiv strategi som handlat om att över huvud taget ha rätt till en egen inkomst. En något mer offensiv legalstrategi var att hävda att principen lika lön för samma arbete skulle gälla oavsett kön. Denna princip rymdes inom den solidariska lönepolitiken, som dock i första hand handlade om att kvinnor i lojalitet med männen fick del av de centralt beslutade låglönesatsningarna i form av särskilda lönepotter. På 1990-talet sker en förändring i dessa mönster: dels användes strejken som medel för att förbättra kvinnolönerna, dels användes legalstrategier uttalat och dels frångicks principen om likhet. Kvinnors och mäns arbeten skulle kunna jämföras även om de var olika. Begreppet likvärdigt arbete i förbudet mot lönediskriminering förutsatte en ny värdering och gav upphov till nya strategier och nya konfliktmönster. Det är inte bara den direkta könsdiskrimineringen utan också den värdediskriminering som finns på arbetsmarknaden som numera angrips av kvinnodominerade fackliga orga-

[1950] Se Thörnqvist, Christer, Arbetarna lämnar fabriken. 1994 s. 175 ff.

nisationer. Bakgrunden är att det fortfarande existerar en omfattande könssegregering på arbetsmarknaden, att mäns genomsnittslöner är högre än kvinnors och att det finns ett samband mellan de i yrket verksammas könssammansättning och lönenivån.[1951]

Hur förhåller sig då legalstrategier och förhandlingsstrategier till varandra, det vill säga finns det en motsättning mellan lagstiftning och kollektivavtal som medel för att uppnå målet jämställda löner? I ett historiskt perspektiv har parterna på arbetsmarknaden, såväl arbetsgivarorganisationer som arbetstagarorganisationer, värnat om den fria förhandlings- och avtalsrätten i just lönefrågan. Denna konflikt mellan arbete-kapital, intresse- och värdekonflikten, har enligt parterna inte varit en rättsfråga där politiker och domare bör ingripa. EG-rätten har dock gjort lönefrågan till en rättslig fråga i hög grad. De kvinnodominerade fackliga organisationerna i den offentliga sektorn har också gjort lönefrågan till en rättslig fråga, som en del i en offensiv strategin för att förbättra medlemmarnas anställningsvillkor. Jag menar att detta är en *likvärdighetsstrategi* som innehåller nya element, som kan förändra konfliktmönstren på arbetsmarknaden. På 90-talets arbetsmarknad präglad av kvalitativ konkurrens är det utifrån begreppet kompetens som mer individuella lönestrategier utvecklas.

Det finns två kollektiva motparter på arbetsmarknaden: arbetsgivarparten och den fackliga motparten. Jag har redan redovisat arbetsgivarsidans syn på det nya lagförslaget och ämnar nu att avslutningsvis utveckla mina tankar om de fackliga organisationernas strategier, (in)ställning och ansvar i arbetet för att uppnå målet jämställda löner. Jämställdhetslagen lägger ansvaret för att uppfylla kravet på aktiva jämställdhetsåtgärder på arbetsgivaren, men arbetet skall bedrivas i samråd med den lokala fackliga motparten. Det finns två möjligheter för de fackliga organisationerna att använda sig av lagstiftningen: för det första genom att samarbeta med arbetsgivaren och för det andra att stämma arbetsgivaren för brott mot lagen. Min undersökning visar att den fackliga organisationens aktivitet i lönediskrimineringsfrågan har haft betydelse för arbetsdomstolens bedömning i en enskild tvist. Är den fackliga organisationen inte aktiv i avtalsförhandlingarna legitimeras löneskillnaderna mellan kvinnor och män. Agerandet inom förhandlings- och avtalssystemets ramar är således av betydelse för utvecklingen av rättspraxis.[1952]

Utredningen och propositionen utgår från olika tankesystem. Utredningen präglas av synen på förhandlings- och avtalssystemet som skilt

[1951] Le Grand, 1997, s. 45. I SOU 1997:136. Le Grand uttrycker detta som tre empiriska generaliseringar.
[1952] Se avhandlingens del IV:6.

från den rättsliga sfären. Propositionen ger uttryck för något nytt – legalstrategier och förhandlingsstrategier skall integreras. Regeringens proposition innehåller förslag till ändringar av jämställdhetslagen som ger de fackliga organisationerna nya möjligheter att agera, för att minska löneskillnaderna mellan kvinnor och män. Av tradition har den individuella lönen, framförallt i den privata sektorn, varit kringgärdad av hemlighetsmakeri. Förslaget om att arbetsgivaren skall ge den fackliga motparten den nödvändiga information som organisationen behöver för att kunna samverka i analysen av löneskillnaderna och i upprättandet av en handlingsplan för jämställda löner, ger ett förhandlingsunderlag men också ett nytt ansvar. Förslaget är kontroversiellt då det innebär att den fackliga organisation som har kollektivavtal med arbetsgivaren kan få insyn i alla arbetstagares individuella löner oavsett organisationstillhörighet.[1953] Av remissvaren till lagförslaget framgår att det råder delade uppfattningar om huruvida detta skulle strida mot Europakonventionens artikel 8.[1954] Jag avser inte att här ge mig in i denna debatt, utan konstaterar att de fackliga organisationerna åläggs ett stort ansvar, vilket i och för sig inte är unikt i det svenska medbestämmandets värld.[1955]

Vad jag finner mer intressant är: Hur kommer organisationerna att använda denna information? Ges de fackliga organisationerna denna insyn måste de också ta ansvar för de arbetstagare som inte är medlemmar i organisationen, i annat fall kan andra löneskillnader än de direkt eller indirekt könsrelaterade uppstå. Det finns en risk för att oorganiserade arbetstagare kan komma att diskrimineras.

Vilken inställning har då de fackliga organisationerna till att agera i jämställdhetsfrågor? Av den undersökning som jag har gjort framgår att mycket få mål förts till arbetsdomstolen gällande könsdiskriminering och särskilt gäller detta tvister angående lönediskriminering. Det är också ett faktum att kollektivavtalet inte använts som medel för att uppnå jämställdhet. Det "goda kollektivavtalet" existerar inte.[1956] Den fråga som jag ställer är: Varför ställer inte de fackliga organisationerna krav på jämställdhetsplaner i kollektivavtalets form? Regeringens proposition innehåller ett lagförslag som innebär att arbetsgivaren skall vara skyldig att utifrån den analys som gjorts av lönestrukturen upprätta en handlingsplan

[1953] Informationen skyddas av reglerna om tystnadsplikt och sekretess i MBL och sekretesslag.

[1954] Se prop. 1999/2000:143 s. 84. SAF och Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet anser att detta kränker den personliga integriteten och artikel 8 i Europakonventionen.

[1955] Det bör poängteras att AD:s tolkning av 19 § MBL inte innefattar denna typ av information. Se exempelvis AD 1995 nr 73.

[1956] Dahlberg, 1996b.

där utgångspunkten är att de könsrelaterade löneskillnaderna skall utplånas inom loppet av tre år.[1957] En facklig strategi borde vara att försöka få till stånd kollektivavtal i denna fråga, i syfte att binda arbetsgivaren och för att skapa incitament för att även kunna använda legalstrategier vid brott mot avtalet.

Min uppfattning är att det inte finns någon konflikt mellan legalstrategier och förhandlingsstrategier, utan tvärtom att de olika medlen förstärker varandra och är nödvändiga för att nå framgång i frågan om könsrelaterade löneskillnader. Den solidariska lönepolitikens era är förbi och kvinnors ställning präglas inte längre av underordning och lojalitet, och de accepterar inte längre de begränsningar som finns i det kartellpräglade förhandlings- och avtalssystemet. Om en förändring skall ske måste gränser kränkas och fri rörlighet över kollektivavtalsområden tillåtas. Det könssegregerade förhandlings- och avtalssystemet fortsätter i annat fall att legitimera de löneskillnader som finns idag. De fackliga strategierna måste också förändras för att förhindra att intrasystemkonflikter, där kvinnliga medlemmars krav på förändring ställs mot manliga medlemmars krav på bevarande av den etablerade positionen, leder till försvagningar av den kollektiva positionen.[1958]

Avslutningsvis två frågor. Grupptalan och opartisk rättegång

I regeringens proposition framställs EG-rättens krav på effektivitet som skäl för de föreslagna ändringarna av jämställdhetslagen. Jag vill avslutningsvis ta upp två frågor som inte behandlas i de två förarbetena, nämligen frågan om opartisk rättegång och det processuella medlet grupptalan. Arbetsdomstolen är skyldig att tillförsäkra den som väcker talan i mål om könsdiskriminering tillgång till effektiva rättsmedel. Kravet på effektiva rättsmedel består också i att få talan prövad av en opartisk domstol, det skall finnas en möjlighet att genomdriva rättsanspråket i nationell domstol och likvärdighetsprincipen skall tillämpas. En talan som har sin grund i gemenskapsrätten skall behandlas enligt samma processuella regler som en likartad talan grundad på nationell rätt.[1959] Sammanfattningsvis kan sägas att det processuella systemet inte får diskriminera den som grundar sin rättssak på EG-rätten. Det kan ifrågasättas om arbetsdomstolen uppfyller kravet på en opartisk rättegång, framförallt i de fall som lönen är kollektivavtalsreglerad och då den missgynnade är oorganiserad. I Danmark har denna fråga lösts i första hand för att uppfylla artikel 6 i Europakonventionen. En liknande lösning vore lämplig även i det svenska processuella systemet.

[1957] Se prop. 1999/2000:143 s. 80.
[1958] Se Fransson, 2000b.
[1959] Se avhandlingens del III:4.12.

Frågan om grupptalan i det svenska rättssystemet utreddes 1994.[1960] Tiden borde idag vara mogen för att återigen ta upp denna fråga till behandling. Avseende frågan om lönediskriminering finner jag att 1994 års utredning ligger i linje med regeringens proposition om ändringar i jämställdhetslagen. Ett nytt processuellt medel skulle öka effektiviteten i rättstillämpningen och samtidigt verka tvisteförebyggande. Risken för grupprättegångar skulle ytterligare öka parternas vilja att med stöd av lagstiftningen och inom förhandlings- och avtalssystemet sluta kollektivavtal där kvinnor och mäns arbeten värderas utifrån andra grunder än kön. Genuskontrakten skulle därefter kunna omförhandlas.

[1960] SOU 1994:151.

Summary in English

The purpose of this dissertation is to investigate how the labour market creates and interprets gender. The goal is to analyse the *phenomenon wage discrimination,* its norms, principles and practices as they relate to gender. The aim is to discuss these norms and their application contextually. Gender systems theory and normative model theory form the framework for this study. Argumentation analysis models are the tools used to study how the courts legitimise interpretations of the principle of equal pay. The primary questions of interest are:

- Is there within the prohibition of wage discrimination an internal conflict between individual and collective norms?
- How are norms concerning equal pay for equal or comparable work interpreted and applied in the courts?

The dissertation is composed of six parts. The introductory section, *The framework for the study*, is a description of the subject, wage discrimination. The premise of the discussion is that the right to non-discriminatory wages is a human right. The second section of the dissertation, *Women and men's working conditions from an historical perspective*, is a survey working conditions for women and men from the early Middle Ages until the 1990s. Section three *The principle of equal pay on an international and regional level*, is primarily, an investigation of the European Court of Justice (ECJ) interpretation of Article 119 (141). Section four, *The ban against wage discrimination in the Law of Equal Opportunity*, is a study of the norms, interpretations and practices of the Law of Equal Opportunity, at the national level. This disposition was chosen in order to reveal the discrepancy between national law and EC-Law. In section five, *Negotiation and collective agreement systems in a gender-differentiated labour market*, the prerequisites for change within the framework of the system are studied. The study concludes with, *Wage discrimination – a comprehensive analysis.*

The method used in this dissertation is characterised as critical legal dogmatic. The method is based on Thomas Wilhelmsson's observation

that: a theory of law as a value free (objective) critical legal dogma is an illusion. That judges and other decision-makers have relative large amounts of freedom within the legal system. That traditional legal dogma is implicitly built upon conservative social values, a desire to build ones own personal conduct upon values and ideals understood as more liberal. Understanding that by use of critical legal dogmatic, society may change direction towards these ideas and a larger confidence than in traditional dogmatic forms to the more fertile inter-disciplinary project to infiltrate social science theory and experience in legal dogma. The dissertation also follows the Nordic Women's legal traditions developed by Tove Stang Dahl and other scholars. The study consists of legal sources such as preparatory work, legislation, case law, international conventions and collective agreements.

In my argumentation analyse, I assume that the courts use three types of argumentation models: the norm rational model, the goal rational model and the balance of interest model. Typically, the models are used in legal decision-making with reference to obligatory norms, end-and-means norms, and adjustment norms. The purpose of norm rational argumentation is to preserve the system, as it is – systems immanence. The goal rational model expresses the possibility for change within the system. The base is consequence oriented, which implies valuation of goals as if they are good. The purpose of adjustment rational argumentation is that in the individual case balance the interest of the different parties in the case. The foundation may be consequence oriented or rule oriented. In the context of this work, the models are seen typically as system preserving or system changing, which is a relative crude descriptive tool. Although system preservation or system change may be perceived as dichotomous, it is not hierarchical and argumentation models may be used to both protect norms and norm systems but also to change them.

The purpose of this analyse is to show how the courts legitimise their positions in cases concerning wage discrimination. What are the true grounds for legal argumentation and judicial decisions? How are conflicts between law and agreement reflected in the courts argumentation? I ask the following questions: 1) what grounds – normative or consequence oriented – can be interpreted from court findings? 2) Can we find in court argumentation, traces of norm rationality and goal rationality? 3) In which cases do the courts use balance of interest models? In whose interest are the courts most interested in balancing? 4) Are there differences in the choice of argument depending upon the difficulty of the case? 5) How is the choice of model related to the burden of proof- and rules governing the value of evidence?

Wage discrimination in a gender perspective

Gender conflicts are hidden within the present Law of Equal Opportunity due to the construction and definition of discrimination as a question of equality. It is only in situations when women can compare themselves with men that they are discriminated according to the law. Today, this is expressed as if they are in a "similar situation." A man, a male worker, absent or present, establishes the boundaries for what is discrimination in the individual case. This focusing on the comparative object results in the purpose of discrimination becoming hidden, and to the concepts of equal opportunity and equality only being capable of including identities. My investigation of European Court of Justice decisions show that even EC-law emanates from this identity paradigm.

Yvonne Hirdman describes a gender system based on two fundamental principles. One, *men are the norm* and two *the separation of the sexes.* Another way of expressing these principles is as the *logic of discrimination.* As a consequence, of their biological sex women and men are held separate from each other on an individual as well as at the collective level. In both law and practice, the value of women and men's work have been kept apart. An example is the gender determined wage tariffs, found in earlier collective agreements. Today, the setting of wage rates are "cartel controlled" and work tasks are valued after organisational boundaries. In practice, a work task is valued higher if it is performed in the private sector where the accumulation of male labour presses up prices. Today, women work in nearly the same extent in the private as in the public sector, but women and men perform different tasks. The Swedish labour market is extremely sex segregated and there exists a long tradition of sex coding of work tasks. Work is an arena where sex is constructed.

Even in the courts interpretations and application of the principle of equal pay, the separation of the sexes is obvious. Is it possible to compare heaven and earth? Can the work of a midwife's be compared to that of clinic engineer's or can psychotherapist who perform the same task, but with different educational backgrounds, be regarded as actually performing the same work? When courts interpret and apply the principle of equal pay, the argumentation is characterised by the logic of discrimination and ideological conceptions of women and men leads the courts to conclude that men and women are non-comparable.

The norm, the typical in the labour market is and always has been a man. Women's work has been compared to this norm and has been regarded as different, deviant and questionable. Should women be allowed to work at all? It is clear, that historically wage work has been men's primary task. In the Welfare State this wage ideology, has developed to encompass women. However, the practical design of the ideology is not

the same for men and women. Women's work is regarded as atypical in form, it consist to a high degree of part-time and seasonal employment. One could also say that women's income is atypical in comparison with the norm. The average female income is much lower than the average male income.

The qualification norm for over-time compensation is full-time work. Only those who work full-time – contract wage time – have according to the majority of Swedish collective agreements, the right to overtime compensation. Argumentation based on a social context led to this norm being called into question as discriminatory. The norm within the present gender contract is not fulltime employment for female wage earners but some form of part-time work. From this point, we can argue that regulation of over-time discriminates part-time workers. The European Court of Justice has decided that this does not conflict with Article 119 (141). In *Helmig,* no sex discrimination existed even when men were treated equally if they worked part-time.

To gender system theory I would like to add a third logic – *orderings logic*. With this third logic, hierarchy within the theory of gender systems is strengthened. Women and men must not only be cognisance of each other but also of the hierarchical order between the sexes as groups. Class and ethnicity are two bases for ordering, civil status is another. Married men, for example have higher wages than unmarried men do. Historically, this was clearly articulated in men's duty as breadwinners; today ordering is primarily based on civil status. Another example of this ordering logic is the ideology of waged work. An unemployed individual is excluded and eliminated from certain aspects of the welfare state's compensation system. Today, employment is not only a question of economic subsistence but also a question of status. The ordering logic is also expressed in difference male and female group's relationships to employment and the principle of equal pay. It was in the first hand, young unemployed men who opposed the rights of married women to employment in the 1930s. In discussions concerning the solidaristic wage policy and principles of equal pay regardless of sex, it was in trade unions that were not male dominated that men felt threatened. The threat was not only that hierarchical relations between women and men could change, but also even hierarchy among male workers would be called into question. The ordering logic is expressed in the courts argumentation. In *Midwife, AD 1996 no 41*, the Labour Court names hierarchy in the health sector as grounds for its argumentation. The ordering logic must be preserved.

Gender contracts may be studied on different levels and as expressions of different values. The contract is developed on different levels

from different positions of power. The content of the gender contract is decided by individuals in different times and spaces, and thus is given different material content. The gender contract on an ideological, institutional and individual level may converge, but is equally likely to diverge. The law comes in second place, and sometimes too late, as an amplifier of ideology. An example is the 1944 legislation to regulate the conditions of domestic servants, which became effective precisely when women no longer sought this type of employment. On an individual level women and men have in varying degrees possibilities to negotiate a gender contract in relation to the comprehensive idea and norm system. When the housewife contract was the ideal, it was possible and necessary for many women to negotiate other gender contracts than the ideal. Ideology and practice were not in accord. The double contract with husband, employer and the State – was and is a fact for many women and men. The gender contract at the individual level is characterised by the division of labour between women and men. Even today, men are primary wage earners in the labour market and women primary caregivers within the household. For women, wage work is primarily part-time activity, a special characteristic of the women's gender contract. The contracts form the bases for the existing income differences and for economic inequality between men and women.

Normative basic patterns and sex

In what direction is the legal system moving today? Which normative patterns are used to articulate the phenomenon of wage discrimination? I use the theory and concepts developed by Anna Christensen to describe and analyse how rules of law are positioned in regard to society's underlying norms. With underlying norms, I mean valuations of women and men's work. In these normative patterns, I use gender as a category. In my opinion, many different kinds of normative patterns are related to gender. Oscillation between the different poles within the legal system are not gender specific however, they may give impetus to gender specific patterns. Therefore, I use the model to show that the legal system is neither homogenous or contradiction free.

The concept 'employee' has male connotations, an employee may be seen as having an *established position* to protect in relation to an individual outside the labour market, but male employees also have established positions in relation to female employees. This is expressed in the way men in general have a stronger position in the labour market. Men are more likely to have tenure, to be fulltime employed with higher average wages and better working conditions than women do. The correlation between gender and established position in the labour market has been

proven in empirical studies. *Protection for established position* is a 'conservative pattern'. Today, it is not men's established positions that are worthy of protection instead the movement within the legal system is toward the pole of more equitable distribution. Work, both productive and reproductive, shall be equitably distributed between the sexes without discrimination.

Within the principle of equal pay as it is formulated in ILO's Convention 100, EC-Treaty, Article 141 (formerly 119), as well as the Law of Equal Opportunity, 18 paragraph lies a liberal idea history. Those that perform the same work shall receive the same wages. Identical cases shall be treated identical. This is the standard pattern of justice. Wages shall be fairly distributed. This is also the standard pattern in discussions of comparable work. In this case, the concern is a more practical pattern of justice. In the first hand, the method used is work evaluation. Movement concerning the present system of wage rates is turning towards a *just distribution* based on 'objective standards of measurement'. The movement is from collective justice towards an individual equitable distribution. Methods and strategies have changed from those of collective struggle to more individual competence strategies. In the Swedish labour market, the model for determining wages is a free negotiation and agreement system between capital and labour. The agreement which LO and SAF met in the 1960s to remove gender differentiated wage tariffs is an example of collective distribution. Another example is the goal of solidaristic wage policy to equalise wages differences between different industrial branches.

Just distribution as a normative pattern has become more individual. Partially because of the intervention of legal rules in the negotiation and agreement system, and partially because of the increased decentralisation and individualisation in wage setting. Most obvious is the change from collective to individual distribution patterns in the public sector. The system for wage setting in female dominated sectors of the labour market form the basic pattern. A just distribution of available wage margin is determined after individual evaluation. Consequently, value conflicts increase between employees while the capital-labour conflict becomes less obvious.

The *market functional basic pattern* is dynamic. It consists of the right to private ownership, free contract rights and free enterprise. Enactment of the principle of equal pay in 1957 Article 119 in the Rome Convention, was a result of the development of the market functional basic pattern. Today, the principle of equal pay is characterised as a constitutional principle with both an economic and a social dimension. The legal system has turned from a functional market pattern to a pattern where the right

to not be discriminated is highlighted. At the same time, the principle has developed into an adjustment norm where much attention is paid to the interest of the functioning of the market. This is obvious in the Court of Justice development of the proportionality principle, which was later codified in the burden of proof directive. Indirect discrimination is tested based on whether the process is convenient and necessary given employer's organisational requirements. The market may be an objective variable that breaks the connection between unfair treaty and gender. The legislation has been complemented with what resembles a safety valve for employers.

Prohibition against discrimination is like a new fundamental normative pattern both conservative and dynamic. It is conservative in the sense that it gives protection to those who fall within the discrimination matrix. The concept of gender was narrowly interpreted by Court of Justice in *Grant*. To include sexual orientation in the concept of gender is seen as a threat to heterosexuality's hegemony. The fundamental pattern is at the same time dynamic in the sense that it can lead to changes in existing values in the labour market. It is possible for positions to change. The dynamic characteristics of the law against discrimination are usually seen as emphasising and promoting the interest of the market economy. In wage setting, the law against discrimination is now included among human rights as a fundamental right to a just wage. The demand is that the market disregard differences – divergence from the norm. Even if the market claims that woman, as labour is associated with higher cost than men are, this should not influence the value of the work performed. Evaluation must be objective, which linguistically expresses a contradiction. Gender is no longer relevant with wage setting, and according to Swedish law neither is sexual orientation, ethnicity or physical disability. In EC-Law, there is now a clear development towards this fundamental normative pattern. The Directive, 2000/43/EEC, concerning the equal treatment of individuals regardless of race or ethnicity is an example of this.

How are interpretations and applications legitimised?

The principle of equal pay can be characterised as an intervention norm and simultaneously an answer to an "internal system conflict." Norm conflicts have arisen in the labour market between economic and social systems. Intervention norms may have a range of characteristics: both obligatory norms and adjustment norms. The law against wage discrimination may be characterised as both. The decisive element is how concepts direct and indirect discrimination is defined. I have characterised the prohibiting of indirect discrimination as a pure adjustment norm. Adjust-

ment norms are characterised by the fact that they contain one or more adjustment features.

Consequence oriented grounds may have different characteristics and strengths. Consequence oriented grounds are arguments whose purpose is to show that the policy for the most part, have good effects. In the first place, the grounds may emanate from an objective interpretation. Court decisions are justified based on the intentions of the law consequently, in court findings an argumentation showing the consequences of the court decision can be presented. The argumentation becomes goal rational. I have with reference to EC-Law, called these grounds for *efficiency oriented.* An example is *Enderby,* where the Court of Justice found that effectiveness in applications of the principle of equal pay would be undermined if the rule were limited to comparisons within the same collective agreement area.

In the second place, consequence oriented grounds bear with them a departure from the law text in order to avoid the inappropriate consequences of a verdict. Thirdly, consequence oriented grounds are used to solve the most difficult cases. In this case, the reason may be that the court wants to avoid certain (evil) consequences of a court verdict. Consequence oriented grounds may be expressed more or less explicit in order to support an argumentation. I have found an example of strong consequence oriented grounds in *Midwife, AD 1996 no.41.* The court pointed to the consequences such new norms – assessment of comparable work – would have on the wage structure in the health care sector, i.e. for stability in the labour market. In this case, it was clear that the Labour Court was more guided by expected consequences than by the intentions of the Law of Equal Opportunity.

The purpose of *normative grounds* is to show that the arguments agree with certain generally accepted norms. Normative grounds may be formal or informal and more or less explicit. A normative ground frequently in the Labour Courts argumentation is the "general values" found in collective agreements in the labour market. This implies that the valuations made by partners in negotiations are the normative ground for Labour Courts argumentation. Normative grounds are used to support argumentation in those cases where legislation is not fully regulative. What precisely is comparable work? Norms already exist in the labour market and under the condition that they do not support gender discrimination, they form the bases for judicial argumentation. Therefore, normative grounds may serve as support for system immanent argumentation.

The Court of Justice argumentation in cases concerning gender discrimination is characterised by questions of whether it is at all possible to compare women and men. Are they in a comparable situation? This

assessment of comparability also becomes a justification ground. For example in *Helmig*, the Court of Justice argued norm rational when it decided that there was no correlation between gender and a collective agreement clause concerning overtime compensation, which discriminated part-time employees. Women and men were comparable if they worked more than fulltime and even men who work part-time were discriminated in collective agreements. The Court of Justice argumentation appears very logical. The same type of formal argumentation is carried out by Court of Justice in *Birds Eye Walls* and *Grau-Hupka*. Women who deviate from the norm are excluded from applications of the principle of equal pay. However, in my opinion, a logical discussion must be built on real conditions when the principle of equal pay is interpreted. It is my opinion that argumentation in these cases are examples of *rationalisation* and an expression for conflict between collective agreed norms and the principle of equal pay.

Court of Justice argumentation is characterised by conceptions of what women and men should be. The term gender in Article 119 (141) interpreted in *Grant* does not include sexual orientation. Argumentation was norm rational and the decision of the court was that the principle of legality narrowed the possibility of including anything other than heterosexual comparisons in gender discrimination. In EC-Law, there are no rules that forbid discrimination based on sexual orientation. Identical cases were treated identically by employer. Homosexual men and lesbian cohabiting couples were equally discriminated in collective agreement.

When the Court of Justice answered questions as to whether employees who perform identical activities also perform the same work, according to the intentions in Article 119 (141), the arguments were based on the norms existing in the labour market. As a result of differences in professional training and the qualifications and competencies that employers could be expected to pay for, psychotherapists – trained as psychologists respective medical doctors were not regarded as performing the same work even when they performed the exact same task. The term comparable work is interpreted based on norms existing in the market. The grounds are normative, however, consequence oriented grounds are concealed behind the courts interpretation. In this case, it is clear that the Court of Justice acted in the interest of preserving the status quo.

I believe that the Court of Justice in cases concerning interpretations of the principle of equal pay has been restrictive with goal rational arguments. Certainly, goal rational arguments are found in principal cases where the direct application and direct effects of the principle of equal pay is established. Goal rational arguments are also used when interpreting the concepts employer and employee. However, when it comes to

conceptions of the value of women and men's work, goal rational argumentation is the exception. I have found an explicit example in *Enderby*. The question was if Article 119 (141) allowed comparisons of women and men's wages within different collective agreements. The Court of Justice began by considering the purpose of the rule and the answer was that such a limitation would lead to circumvention of the rule. In this case, the court argued *goal rational*.

Investigation of the Labour Courts decisions shows that argumentation is very closely tied to preparatory work and that the grounds selected from preparatory work has a normative character. That the Labour Court legitimises its decisions based on propositions in older preparatory work can be called into question. The Law of Equal Opportunity has been changed on several occasions and there are preparatory propositions of more recent date that the court could use in its legal practice. EC-Law is an additional legal source, a legal source that the Labour Court should take into consideration. The Labour Court may well be free to choose their argument, but it certainly does not have the freedom to consider obsolete legal sources.

In summary, I have found that argumentation is primarily *norm rational* in both the Labour Court and Court of Justice. In cases concerning wage discrimination the initiative comes from labour market partners and not from the courts. The role of the court at the national level is to solve conflicts and not to fulfil a specific goal in itself. For this, reason the Labour Court's argumentation is for the most part norm rational. The Court of Justice has another function – to interpret common law – however when interpretations concern the concept of gender, discrimination, equal and comparable work the argumentation is in the first hand norm rational. The Court of Justice takes the role to solve conflicts and preserve the status quo.

How the Courts, conscious or unconscious, classifies principle of equal pay as prescriptive is reflected in argumentation. Court of Justice interpretation of the concept, the latter codified in the directive on burden of proof in the gender discrimination cases 97/80, steers the choice of argumentation model in the national courts. The definition of indirect discrimination in EC-Law is both a material legal rule and an evidence rule. If the decision is appropriate and necessary then it is not a question of gender discrimination, according to the interpretation of Article 119 (141). Discrimination is justified. This adjustment between different interest must be made in the national courts, which can use the principle of proportionality to place demands on employer's submission of evidence but also to pay attention to the consequences of a certain court decision. The principle expresses how the legal rights of employers may be pro-

tected and how interest adjustments should be formulated. In its practical application, the principle of proportionality functions as a safety value for employers.

Since no distinction is made between direct and indirect discrimination in Swedish legislation, there is the risk that the entire norm becomes an adjustment norm in legal application. *Kumla, AD 1995 no 158*, should have been classified as a case of direct discrimination and the evidence should have been tested based on whether the direct relation with gender was broken.

A test of whether direct wage discrimination could be justified would have lead to an adjustment in the interest of employers. Market conditions, for example, could justify wage setting. This was what the Labour Court's adjustment norm led to in *Mjölby, AD 1997 no 68*. Individually negotiated wage differences were found unbiased when employers acted in good faith to satisfy the operational needs of their businesses. Another example is that the Labour Court seems to understand the prohibition of wage discrimination as an adjustment norm is the argumentation in *Midwife, AD 1996 no 41*. The demand for formal rule of law is conceived as an ideal in the labour market and therefore, conceals the fact that in reality it is the material content and therefore, stability in the labour market that is protected.

Given the manner, in which indirect discrimination is interpreted, predictability of outcome in favour of employers has increased. There is no doubt as to whose interest is protected in the national courts when the relation between gender and atypical employment conditions are hidden in the background. The result may be that women's employment conditions deteriorate when it is possible to discriminate against those who deviate from the norm. By acting in a certain way, non-discrimination is established which gives legal inquiry legitimate to employer's discrimination of deviants from the norm.

A difficult case is one where a clear course of direction, from legislators, or from older court verdicts is lacking and where the court in order to answer the legal question must establish something new. If legal questions can not be answered with help of known sources then argumentation is collected from some other norm system than the judicial. Negotiation- and collective agreements and the market are examples of support systems in interpretation and application of principle of equal pay.

All cases decided in EC-courts should be classified as difficult. The reasons why questions of interpretation are asked at the national level are that interpretation of the common laws are not *acte clar*. I will exemplify with three cases, *P. vs S.*, *Grant* and the case with the psychotherapist, *Wiener Gebietskrankenkasse*. Two different legal questions were tested

in the cases: What is included in EC-Law's concept gender discrimination and what is included in the concept comparable work in Article 119 (141)? In *P. vs S.*, which concerned an interpretation of the concept gender in equal opportunity directives, a comparison is made between a transsexual before and after a sex change operation. It was the sex change operation, from man to woman that formed the bases for discrimination. When the man became a woman, she was discriminated in relation to a man who had not changed sex. The Court of Justice found that the norm –the man – was the bases of comparison. Argumentation was norm rational. In *Grant*, argumentation was strictly norm rational, and the court used the principle of legality and the principle equal cases shall be treated equal. In the case concerning the interpretation of the concept of comparable work, the *Wiener Gebietskrankenkasse*, the point of departure for the Court was the interest of the employer and the markets established values. There already existed a norm in the labour market that established that a psychologist's work and training had a low value than doctors had. A violation of this norm would have been particularly alien to the system.

I have classified *Midwife, AD 1996 no 41*, as a difficult case where the court lacked guidance in their judgement of the evidence. The Midwife case was the first case in a Swedish Court where the question of comparing work task over collective agreement boundaries was asked. In this case, the Labour Court attempted to argue norm rational. However, the quality of the argumentation was difficult to sustain when the court collected very general normative held grounds from older preparatory work to support its argumentation. The Labour Court was of the opinion that work evaluations should always be formulated by a group composed of all partners in the labour market. Argumentation where the court expressly gave reasons such as security of legal rights is of norm rational character, but barely. The threat against employers that the Labour Court perceived against employer negotiated wage agreements does not exist in the more individual negotiation and agreement system of today. What the court did can be described as facade legitimisation. I find that the court in the most difficult cases waived the chance to be creative and the argumentation reflects norm rationality. Principles such as security of legal rights and legality are used in a system protective manner. Existing conceptions and valuations of women and men's work are preserved.

The Labour Court shall test the facts in the case based on the application of the law. In the most difficult cases, it is apparent that doubt about the facts concerning what is equal or comparable work becomes a question of proof. The question is necessary to prove what is true and what is

false in this case? The burden of proof lies with the plaintiff. The plaintiff shall present the evidence objectively and gender neutrally, which will without a doubt lead to the conclusion that the work task are comparable. The burden of proof which was applied in *Midwife, AD 1996 no 41*, when the question of comparable work was tried was very high. When the employer's counter evidence was proven in *Mjölby AD 1997 no 68*, the Labour Court followed the proposition presented in the preparatory work and did not set especially high demands on employers rebuttal evidence. It was enough that the employer had acted in good faith for the wages differences to be considered legitimate.

In summary, we can conclude that the process in the Labour Court is characterised by the opinion that if work tasks are equal or comparable, that is, characterised by conflict between individual demands for re-evaluation and the collective systems established values. Argumentation in the Labour Court is primarily norm rational. Litigatory rules and their application are reflected in the relationship that partners in the labour market apply them within a system where norms concerning work valuation is collectively regulated. The base for argumentation is consequence oriented. To legitimise, the high burden of proof the court argues norm rational. At the same time, the demands for high burden of proof legitimises the judicial argumentation and the Labour Court hides behind presumptive constructions of the burden of proof. Since the expected consequence is revolutionary, special high demands are placed on evidence. The question of gender played a secondary role and held a presumptive circumstance outside of the evidence theme. The Labour Court's implementation of principle of proportionality has lead to direct discrimination becoming excusable. EC-Law rules of evidence have strengthened the possibility for employers to favour male employees with individual wage setting. According to Swedish legal praxis, it is enough that the employer acts in good faith.

The Court of Justice answer to questions concerning the burden of proof rules in gender discrimination cases is characterised by an obvious gender dichotomy. Decisive is the question of if there is a correlation between legal measures and the plaintiff's biological sex. Argumentation is even here norm rational, and the formulation of litigation rules is a reflection of a system where woman is defined as the other. However, Court of Justice grants the market a judgmental role where supply and demand decides the price of labour. The market price can be tested with the principle of proportionality. Court of Justice has taken a more independent position in relation to partners in the European labour market and to collective agreements position. The principle of efficiency is used by the courts to set demands for the formulation and application of nation-

al litigation rules. Argumentation is even goal rational when demands for effective legal remedy in national litigation.

The purpose of argumentation analyse has been to show how conflict between law and collect agreement, between individual rights and collective norms, gender order, and conceptions of women and men are expressed in judicial argumentation. Argumentation analyses shows that the legal culture in the courts on the one hand is characterised by an ambition to attain norm rationality. The Labour Court exhibits more norm rationality that which is required by legislators. This may the reason why the Labour Court chose to support certain older preparatory work such as "general values." The quality of argumentation is in many ways inadequate and stands as openly illogical. This in my opinion is obvious in *Midwife, AD 1996 no. 41.*

The choice of argumentation analyse depends on the difficulty of the case and in what degree a new norm would come into conflict with the established gender order. In difficult cases, the court is forced to find arguments to change or retain the status quo without the support of legal sources. The grounds for the Labour Courts argumentation in the Midwife case was strongly consequence oriented and reveal a conflict between individual rights and the rights to negotiation- and collective agreement. Court of Justice on the other hand is not equally consequence oriented, which may be explained by the courts task to interpret EC-Law and not to decide the issue. By developing the prohibition of indirect discrimination as an adjustment norm, the Court of Justice has opened the possibilities for the national courts to make interest adjustments.

The Labour Court and the Court of Justice judicial argumentation preserves the status quo but on different grounds. The dichotomous gender hierarchy characterises the Court of Justice interpretation of the principle of equal pay. Is it possible to compare women and men? That man is the norm is obvious. The gender segregated negotiations- and collective agreement system and their norms and values of women and men's work characterise the Labour Courts argumentation. Conflict between law and collective agreement is obvious. In the Labour Court's argumentation the question of sex and gender based on the character of presumptive rules is completely hidden. However, "general values" is actually the gender dichotomous structure in the labour market, the vertical and horizontal division of labour, which is expressed in the gender, divided negotiation- and collective agreement system. Separation or discriminations logic is expressed here. The court's justification of the logic of discrimination supports stability in the labour market and the unforeseen – in form of new valuations of women and men's work – are not the concern of the courts.

Källförteckning

Offentligt tryck

SOU

1902	1902 års löneregleringskommittés betänkande. XXVII. Förslag till grunder med tillämning af hvilken infödda svenska kvinnor må kunna af Konungen utnämnas och befordras till vissa befattningar. Stockholm 1911.
1923:38	Kvinnliga befattningshavares avlöning.
1923:62	Betänkande angående ordnandet av kvinnliga befattningshavares avlönings- och pensionsförhållande m.m. 1921 års lönekommitté.
1930:17	Betänkande med förslag till Allmänna avlöningsreglementet för ordinarie tjänsteman tillhörande civila statsförvaltningen. 1928 års lönekommitté.
1937:16	Hembiträdesutredningens betänkande I. Betänkande och förslag om utbildning av hembiträden.
1938:15	Betänkande angående "Landbygdens avfolkning" avgivet av befolkningskommissionen.
1939:15	Hembiträdesutredningens betänkande II. Betänkande med förslag till lag om reglering av anställnings- och arbetsförhållandena inom det husliga arbetet.
1938:47	Gift kvinnas förvärvsarbete.
1945:4	Huslig utbildning.
1953:18	Lika lön för män och kvinnor i det statliga lönesystemet.
1974:83	Generalklausul i förmögenhetsrätten.
1974:100	Internationella överenskommelser och svensk rätt.
1975:1	Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgivet av arbetsrättskommittén.
1975:43	Kvinnor i statlig tjänst.
1975:58	Målet är jämställdhet. En svensk rapport med anledning av FN:s kvinnoår.
1976:6	Deltidsanställdas villkor. En utredning från delegationen för jämställdhet mellan män och kvinnor.

1976:7	Deltidsarbete.
1976:71	Roller i omvandling.
1978:38	Jämställdhet i arbetslivet. Lag om jämställdhet.
1979:56	Steg på väg. Nationell handlingsplan för jämställdhet utarbetad av jämställdhetskommittén.
1979:89	Kvinnors arbete. Om hemarbetande kvinnors situation, kvinnors försörjning, barns omsorg och mäns delaktighet i det oavlönade arbetet. En rapport från Jämställdhetskommittén.
1987:19	Varannan damernas. Slutbetänkande från utredningen om kvinnorepresentation.
1990:41	Tio år med jämställdhetslagen – utvärdering och förslag.
1990:44	Demokrati och makt i Sverige. Maktutredningens huvudrapport.
1990:63	Svensk lönestatistik. Betänkande från 1987 års lönekommitté.
1993:7	Löneskillnader och lönediskriminering. Om män och kvinnor på arbetsmarknaden.
1993:8	Bilaga till löneskillnadsutredningen.
1993:32	Ny anställningsskyddslag. Delbetänkande av 1992 års arbetsrättskommitté.
1994:151	Grupprättegång. Del A, B och C.
1995:15	Könshandeln. Betänkande av 1993 års Prostitutionsutredning.
1995:104	Skattereformen 1990–1991.
1995:110	Viljan att veta och viljan att förstå.
1996:26	Genusperspektiv i forskningen.
1996:43	Jämställdheten i EU. Spelregler och verklighetsbilder. Två expertrapporter till EU 96-kommittén.
1996:56	Hälften vore nog – om kvinnor och män på 90-talets arbetsmarknad.
1997:87	Kvinnor, män och inkomster. Jämställdhet och oberoende.
1997:113	Mot halva makten elva historiska essäer om kvinnors strategier och mäns motstånd.
1997:114	Styrsystem och jämställdhet. Institutioner i förändring och könsmaktens framtid.
1997:115	Ljusnande framtid eller ett långt farväl? Den svenska välfärdsstaten i jämförande belysning.
1997:135	Ledare, makt och kön.
1997:136	Kvinnors och mäns löner – varför så olika?
1997:137	Glastak och glasväggar? Den könssegregerade arbetsmarknaden.

1997:153 Arbetskraftens fria rörlighet – trygghet och jämställdhet.
1998:6 Ty makten är din ... Myten om det rationella arbetslivet och det jämställda Sverige.
1998:141 Medling och lönebildning.
1999:76 Maktdelning Demokratiutredningens forskarvolym 1.
1999:91 En översyn av jämställdhetslagen.
2000:3 Välfärd vid vägskäl. Utveckling under 1990-talet. Delbetänkande av Kommissionen Välfärdsbokslut.

Departementsserien

Ds Ju1975:7 PM till frågor om lagstiftning mot könsdiskriminering.
1993:8 Kvinnors arbetsmarknad 1990-talet – återtågets årtionde?
1993:77 EG-domstolen och jämställdheten. En rättsfallsöversikt.
1996:26 Genusperspektiv i forskningen.

Propositioner

1925:2 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående vissa ändringar i avlöningsreglementet den 19 juni 1919 för tjänstemän vid postverket, telegrafverket, statens järnvägar och statens vattenfallsverk m.m.
1926:183 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om upphävandet av legostadgan för husbönder och tjänstehjon den 23 november 1833 m.m.
1926:184 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående omklassificering av postkontoren samt telegrafverket och statens järnvägars stationer.
1928:39 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om kollektivavtal och till lag om arbetsdomstol.
1939:114 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om förbud mot arbetstagares avskedande i anledning av trolovning eller äktenskap m.m.
1944:217 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till hembiträdeslag.
1951:165 Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen angående godkännande av Sveriges anslutning till Europarådets konvention angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

1962:70	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen rörande ratifikation av Internationella arbetsorganisationens konvention (nr 100) angående lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde, m.m.
1973:90	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.
1974:77	Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till ny lag om rättegången i arbetstvister, m.m.
1975/76:81	Förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område m.m.
1975/76:105	Förslag till arbetsrättsreform m.m.
1975/76:173	Om kvinnor i statlig tjänst.
1975/76:209	Om ändring i regeringsformen.
1978/79:175	med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m.
1979/80:56	med förslag till lag om jämställdhet.
1987/88:105	om jämställdhetspolitiken inför 90-talet.
1990/91:113	Olika på lika villkor om en ny jämställdhetslag, m.m.
1993/94:147	Jämställdhetspolitiken. Delad makt delat ansvar.
1994/95:19	Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.
1994/95:99	Förändringar i arbetslöshetsförsäkringen.
1997/98:177	Ny lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet.
1999/2000:32	Lönebildning för full sysselsättning.
1999/2000:100	2000 års ekonomiska vårproposition
1999/2000:143	Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Utskottsbetänkanden och motioner

InU 1975/76:42

1995/96:AU14 Riksdagens revisorers förslag angående insatser att främja jämställdheten i arbetslivet

1996/97: AU snabbprotokoll 24/10 96.

Motion nr 90 AKII, 1927, Bertha Wellin.

Motion nr 82 AKI, 1927, Kerstin Hesselgren.

Motion nr 62 AKI och protokoll nr 19 samt motion nr 124 AKII, 1946, samtliga kvinnliga riksdagsledamöter.

Regeringens skrivelser

1996/97:41 Jämställdhetspolitiken.

Remissvar till SOU 1999:91
DO 980306 ärende 766/97 aktbil 2.
Jämo Dnr 758-99.

EG-kommissionen
COM (93) 388 1.9. 1993 Uttalande om rimlig lön.
COM (94) 6 23.06.1994. Memorandum on equal pay for work of equal value.
COM (96) 336. Code of practice.

Litteratur

Abrahamsson, Olle, EU-medlemskapets influenser på dömandet. I SvJT nr 9, 1999 s. 843.

Abukhanfusa, Kerstin, Kvinnor i välfärdssamhället. I (red.) Kyle, Gunhild, Handbok i svensk kvinnohistoria. Sthlm: Carlssons förlag,1987.

Acker, Joan, Doing Comparable Worth: Gender, Class, and Pay Equity. Pennsylvania: Temple University Press, 1989.

Adlercreutz, Axel, Kollektivavtalet. Studier över dess tillkomsthistoria. Lund: CWK Gleerup, 1954.

– Arbetstagarbegreppet. Stockholm: Norstedt & Söners förlag, 1964.

Ahlberger, Christer, Vävarfolket Hemindustrin i Mark 1790–1850. Göteborg: Institutet för lokalhistorisk forskning skriftserie nr 1, 1988.

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumping. Sthlm: Juristförlaget, 1996.

Allgård, Olof, och Norberg, Sven, EU och EG-rätten: Europeiska unionen, institutionerna, de fyra friheterna, konkurrensreglerna, politikerområdena, EMU. Sthlm: Norstedts juridik, 1999.

Andersen, Agnete, Nielsen, Ruth och Precht, Kirsten, Ligestillingslovene med kommentar. 3 udgave. København: Jurist og Økonomforbundets forlag, 1996.

Andersen, Agnete, Opfølgning av Nairobiplanen – resultater i forhold til det sociale topmøde. I (red.) Ketscher, Kirsten, Lindgård, Jytte & Nielsen Ruth, Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.

Andersson, Dan, Vad säger marknaden om solidarisk lönepolitik? Lönepolitisk debatt, Sthlm, LO: 1987.

Andersson, Gudrun, Myndig eller omyndig? Kvinnans rättsliga och samhälleliga ställning under stormaktstiden. I Granström, Görel m.fl, Från stormaktstid till rösträttsstrid. Uppsala: IUSTUS förlag, 1996.

– Kvinnans underordning: axiom eller öppen fråga? I Historisk tidskrift 1997 nr 3.
Andersson, Sten m.fl, Textilen som försvann. En studie av strukturomvandling, arbetarrörelsen och det nya Norrköpings framväxt. Norrköping: Kommunen,1986.
Andersson, Torbjörn, EG-rätten och den svenska processrätten. I Juridisk tidskrift nr 4, 1998.
Arteus, Irene, Kvinnans rätta bestämmelse. Ideal och verklighet i 1800-talets svenska småstäder. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Asplund, R m.fl, The male-female wage gap in the Nordic countries. I (red.) Westgard-Nielsen, Wage Differentials in the Nordic Countries. Amsterdam: North Holland, 1995.
Aubert, Vilhelm, Rettens sosiale funksjon. Oslo: Universitetsforlaget, 1976.

Beauvoir, Simone, Det andra könet. Sthlm: Norstedts förlag 1995.
Becker, Gary S., The essence of Becker. I (red.) Febrero, Ramon och Schwartz, Pedro S. Hoover. Stanford: Institution Press,1995.
Berggren, Anna-Maria, Motstånd inom universitetsvärlden. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
– Marknaden i ett historiskt genusperspektiv. I Lönepolitik och kvinnors löner, FRN rapport 97:4. Sthlm: Forskningsrådsnämnden,1997.
Berglund, Kerstin, Den kvinnliga rätten vid sitt första skifte. I AD STUDIUM ET AD LABOREM INCIVITAT Elsa Eschelsson, de lege årgång 7. Uppsala: IUSTUS, 1997.
Bernitz, Ulf, Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyr. I JT nr 2, 1994–95.
Bernitz m.fl., Europaperspektiv 1999. Årsbok för Europa forskning inom ekonomi, juridik och statskunskap. Sthlm: Nereniu&Santérus, 1999.
Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, Europarättens grunder. Sthlm: Norstedt Juridik, 1999.
Bergqvist, Olof, Laurén, Reidunn och Lunning, Lars, Jämställdhet i arbetslivet. Kommentar till den nya lagstiftningen. Sthlm: Liber förlag, 1980.
Bergqvist, Olof och Lunning, Lars, Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer. Sthlm: Liber förlag,1986.
Bexhed, J-M, Om kravet att begära förhandsavgörande från EG-domstolen – Vängby och EG-rätten. I Juridisk tidskrift nr 4 1998–99.
Bjurman, Eva Lis och Olsson, Lars, Barnarbete och arbetarbarn. Sthlm: Nordiska muséet, 1979.

Bladh, Christine, Att överleva i en stad i kris – den gifta stockholmskan och försörjningen. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Blanpain, Roger och Nyström, Birgitta, EG/EU arbetsrätt och arbetsmarknad. Sthlm: Fritzes förlag, 1994.
Blau, Francine D., och Kahn, Lawrence M., Wage Structure and Gender Earnings Differentials: An Internationel Comparison. Economica 96:63. 1996.
Bolding, P-O, Bevisbörda och beviskrav. Lund: Juridiska föreningen i Lund, 1983.
Braverman, Harry, Arbete och monopolkapital. Arbetets degradering i det tjugonde århundradet. Andra uppl. Sthlm: Rabén&Sjögren,1989.
Brækhus, Hege, Mor kan ikke bli syk. Om uførepensjon etter folketrygdloven – i et kvinnerettslig perspektiv. Oslo: Universitetsforlag, 1996.
Bregn, Kirsten, Competence and Public Pay Systems. I Fleming, Daniel mfl, Global Redifining of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participation. Nord 1998:12. Copenhagen: Nordic Council of Ministry, 1998.
– Økonomisk styring af offentligt ansattes adfærd gennem nye lønsystemer: Muligheder og begrænsninger – med skolelærere som eksempel. Stencil 1999.
Bruun, Niklas, Kollektivavtal och rättsideologi. En rättsvetenskaplig studie av de rättsideologiska premisserna för inlemmandet av kollektivavtalet och kollektiva kampåtgärder i finsk rättsordning efter 1924. Vammala: Juridica, 1979.
– Arbetslivets juridifiering – perspektiv på den finska utvecklingen. I JFT1987, s. 136–152.
– Hur förnya arbetsrätten? I Arbetsmarknad & Arbetsliv, årg 1, nr 2. Sthlm: Arbetslivsinstitutet, 1995.
– Fackliga och medborgerliga rättigheter i EU – krav på utveckling av EUs fördrag. Sthlm: TCO, 1996.
– Metoder att motverka låglönekonkurrens i Finland. En rapport till Nordiskt arbetsrättsligt möte 2000.
Bruun, Niklas och Koskinen, Pirkko, Jämställdhetslagen, Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1987.
Bruun, Niklas m.fl, Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden. Lund: Liber förlag, 1990.
Bruun, Niklas, Nielsen, Ruth och Töllborg, Dennis, Koncernarbetsrätt i Norden. Sthlm: Nerenius&Santérus, 1992.
Bruun, Niklas och Wilhelmsson, Thomas, Rätten, moralen och det juridiska paradigmet. I SvJT 1983 s 701.

Calleman, Catarina, Kvinnors anställningsskydd. 1991.
– En har fått nytt jobb, en blir kanske återanställd och en blev lyckligtvis med barn. 1995. I (red.) Nordborg, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
– Turordning vid uppsägning. Skrifter från Rättsvetenskapliga institutionen vid Umeå universitet No 2/1999. Umeå: Umeå univers., 1999.
Calmfors, Lars, Wage Formation and Macroeconomic Policy in the Nordic Countries. Sthlm: SNS Förlag och Oxford University Press, 1990.
Carlsson, Christina, Kvinnosyn och kvinnopolitik: en studie av svensk socialdemokrati 1880–1910. Lund: Arkiv, 1986.
Cedersund, Elisabeth och Kullberg, Chistian, (red.), Arbetsvärdering: teori, praktik, kritik. Solna: Arbetslivsinstitutet, 1996.
Christensen, Anna, Ideologikritik contra dogmatik. I (red.) Hydén, Håkan, Rätten som instrument för social förändring. Om legalstrategier. Lund: Liber Förlag, 1982.
– Kvinnorätten och lagpositivismen. I Retfaerd nr 33, 1986. (Citerad 1986a)
– Wage Labour as Social Order and Ideology. I Two Esssays from the Futures Study. Sthlm: Sekreteriatet för framtidsstudier, 1986. (Citerad 1986b)
– Konflikt eller harmoni. Två normativa strukturer. Ur Politisk filosofi. Rättigheter. Sthlm: Stehag, 1988.
– Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster. I TFR 1996 nr 4 s 519.
– Rätten i ett samhälle i förändring. I (red.) Strömholm, Stig, Svensk rättsvetenskap 1947–1997. Sthlm: Norstedt Juridik, 1997.
– Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen. I Europaperspektiv, (red.) Bernitz/Gustavsson/Oxelheim. Sthlm: Nerenius & Santérus, 1999.
Cramér, Per, Neutralitet och europeisk integration. Sthlm: Norstedts Juridik, 1998.

Dahl, Tove Stang, Kvinners ret til pengar – et husmorretlig perspektiv. I (red.) Haukaa, Runa m.fl, Kvinneforskning: bidrag til samfunnsteori. Festskrift til Harriet Holter. Oslo: Unversitetsforlaget, 1982.
– Innledning til kvinneretten, Kvinneret I. I serien Kvinners levekår og livsløp. Norge: Universitetsforlaget AS.,1985.
– Fra kvinners rett til kvinneret. I Retfaerd nr 37, 1987.
Dahl, Tove Stang (red.), Kvinnerett I–II. I serien Kvinners levekår og livsløp. Norge: Universitetsforlaget AS,1985.
Dahlberg, Anita, Ett kvinnoperspektiv på juridiken – möjligheter och omöjligheter. I Retfaerd nr 31, 1985.

- Den kvinnorättsliga mångfalden. I Retfaerd nr 48, 1990.
- Kvinnoforskare om kvinnorna och Europa. Rapport från ett Nordiskt forskningssymposium 1992. Sthlm: Centrum för kvinnoforskning, 1993.
- Jämställdhetslagen som paradox och dekonstruktion. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 Kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
- Jämställdhet och kollektivavtal i EU. Studie av förhållandena i Sverige. Working paper No: WP/96/59/SV. Europeiska fonden för förbättring av levnads- och arbetsvillkoren. 1996. (Citerad 1996a)
- Jämställdhet i kollektivavtal. Några exempel. Equal Opportuniies and Collective Bragaining in Europe. Arbetsrapport nr 2. 1996. (Citerad 1996b)

Dahlerup, Drude, Kan arbejdsmarkedets kønsuppdeling brydes? I (red.) Dahlerup, Køn sorterer. Kønsopdeling på arbejdspladsen. Nord 1989:1. København: Nordiska ministerrådet, 1989.

Dahr, Elisabeth, Flickskolor i Jönköping. Sthlm: Fören. För svensk undervisningshistoria,1975.

Damian, Chalmers, European Union Law. Volume 1. Law and EU Government. Aldershot: Dartmouth Publishing Company Limited, 1998.

Danelius, Hans, Mänskliga rättigheter europeisk rättspraxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna. Sthlm: Norstedts Juridik, 1997.

Den könsuppdelade arbetsmarknaden. Exempel från kvinnoforskningen vid arbetslivscentrum. Annika Baude m.fl. Sthlm: Arbetslivscentrum, 1985.

Den könsuppdelade arbetsmarknaden – ett europeiskt perspektiv. (red.) Gonäs, Lena, Plantenga, Janneke och Rubery, Jill. Sthlm: Arbetslivsinstitutet, 1999.

Drouge, Michael och Lysén, Göran, Introduktion till EU och EG-rätten. Uppsala: IUSTUS, 1997.

Due, Jesper och Madsen, Jørgen, Varför är den danska avtalsmodellen annorlunda än den svenska? I (red.) Tegle, Sten, Har den svenska modellen överlevt krisen? Utvecklingstendenser i arbetslivet inför 2000-talet. Sollentuna: Arbetslivsinstitutet, 2000.

Due, Cecilia, EF og likestillingsretten – med spesiell vekt på likalønnsprinsippet. I Dahlberg, Anita, Kvinnoforskare om kvinnorna och Europa. rapport från ett Nordiskt forskningssymposium 1992. Sthlm: Centrum för kvinnoforskning, 1993.

Eckhoff, Thorstein, Rationalisering i lagstiftning och rättstillämpning. I (red.) Bondesson, Ulla, Rationalitet i rättssystemet. Sthlm: Liber Förlag, 1979.

Edin, P-A och Richardsson,Katarina, Solidarisk lönepolitik, lönespridning och löneskillnader mellan män och kvinnor. IFAU 1999:2. Sthlm: IFAU, 1999.
Edström, Örjan, MBL och utvecklingsavtalet. Samverkansförhandlingar i företag. Sthlm: Norstedts Juridik, 1994.
Eduards, Maud, Den feministiska utmaningen: Kvinnors kollektiva handlande. I (red.) Åström, Gertrud&Hirdman, Yvonne, Kontrakt i kris. Sthlm: Carlssons förlag, 1992.
Eduards, Maud (red.), Kön, makt, medborgarskap: Kvinnan i politiskt tänkande från Platon till Engels. Sthlm: Gleerups förlag, 1994.
– En allvarsam lek med ord. I SOU 1995:110.
Eek, Hilding, Folkrätten. Andra upplagan. Sthlm: P.A. Norstedt &Söners Förlag, 1978.
Ehrenkrona, Carl Henrik, Europakonventionen och svensk rättsordning. 1999 s 488 f. I Juridisk Tidskrift nr 4, 1999.
Ekelöf, Per-Olof, Rättegång. Fjärde häftet. 5:e uppl. Sthlm: Norstedts förlag, 1990.
Ekenvall, Asta, Manligt och kvinnligt: idéhistoriska studier. Göteborg: Scandinavian University Books, 1966.
Eklund, Per, Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner. Sthlm: Tidens Förlag, 1974.
Eklund, Ronnie, Bolagisering – ett mode eller ett måste?: arbetsrättsliga lösningsmodeller i 21 koncerner. Sthlm: Juristförlaget, 1993.
– Bollen går vidare till JämO. Lag&Avtal nr 9, 1999.
Elvander, Nils, Den svenska modellen. Löneförhandlingar och inkomstpolitik 1982–1986. Sthlm: Allmänna förlaget, 1988.
Elvander, Nils och Holmlund, Bertil, The Swedish Bargaining System in the Melting Pot. Institutions, Norms and Outcomes in the 1990s. Sthlm: Arbetslivsinstitutet, 1997.
Ellis, Evelyn, EC Sex Equality Law. Oxford: Clarendon Press, 1998.
Erickson, Amy Louise, Property and widowhood in England 1660–1840. I (red.) Cavallo, Sandra och Warner, Lyndan, Widowhood in Medieval and Early Modern Europe. Harlow:Longman, 1999.
Ericsson, Christer, "Vi är alla delar av samma familj": patronen, makten och folket vid Nyby bruk 1880–1940. Sthlm: Carlssons förlag, 1997.
Ericsson, Thomas, Arbetsvärdering med poängsystem. En undersökning om systematisk arbetsvärdering inom industrin. Utredningsrapport nr 4 Arbetslivscentrum Stockholm: Brevskolan, 1986.
– Systematisk arbetsvärdering: ett lönesättningsinstrument i närbild. Umeå: Sociologiska institutionen, Univ., 1991.
– Arbetsvärdering av arbetarbefattningar inom den svenska industrin. I

Cedersund, Elisabeth och Kullberg, Chistian, (red.), Arbetsvärdering: teori, praktik, kritik. Solna: Arbetslivsinstitutet, 1996.
Esping-Andersen, Gøsta, The three worlds of welfare capitalism. Cambridge: Polity, 1990.
– Welfare States in Transition. National Adaptions in Global Economies. London: Sage, 1996.

Fahlbeck, Reinhold, Förhandling som processförutsättning. I rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Sthlm: Publica, 1979.
– Om diskriminering av utanförstående arbetstagare. I Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz. Lund: Juridiska föreningen i Lund, 1983.
– Collective Agreements, A Crossroad Between Public Law and Private Law. Sthlm: Juristförlaget, 1987.
– Praktisk arbetsrätt. Lund: Liber förlag, 1989.
– Tankar om arbetsdomstolen – hädiska och andra. I (red.) Nyström, Birgitta, Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa. Vänbok till Sten Edlund. Sthlm: Carlsson bokförlag, 1993.
– Den svenska rätten skall vara EG-rätt. Lag&Avtal nr 2, 1995.
– Gustafsson mot Sverige – båda förlorade. I Lag&Avtal nr 6, 1996.
Flink, Ingvar, Strejkbryteriet och arbetets frihet. En studie av svensk arbetsmarknad fram till 1938. Uppsala: Studia historica Upsaliensa, 1978.
Flodgren, Boel, Arbetsdomstolen som rättsbildare – Reflexioner kring några monumentalfall från arbetsdomstoeln på senare tid. I Perspektiv på arbetsrätten. Vänbok till Axel Adlercreutz. Lund: Juridiska föreningen, 1983.
Florin, Christina, Kampen om katedern. Feminiserings- och professionaliseringsprocessen inom den svenska folkskolans lärarkår 1860–1906. Umeå: Univers. Sthlm: Almqvist&Wiksell, 1987.
– Hit men inte längre! De kvinnliga tjänstemännens bakläxa vid sekelskiftet. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
For a Europe of Civic and Social Rights. Comité des Sages. Bryssel, 1996.
Frangeur, Renée, Yrkeskvinna eller makens tjänarinna?: striden om yrkesrätten för gifta kvinnor i mellankrigstidens Sverige. Lund: Arkiv, 1998.
Fransson, Susanne, Bakfram EU-anpassning. Lag&Avtal nr 8,1994.
– EU-anpassningen var inte tillräcklig. Lag&Avtal nr 1, 1995.
– Lönediskriminering – fenomen och strategi. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.

– Freedom of Contract, Parity and Collective Regulation: Collective Labour Law in Sweden. I (red.) Price, Richard, The Rise and Development of Collective Labour Law. Bern: Peter Lang Academic Publishers, 2000. (Citeras 2000a)
– Collective and Individual Strategies – Women's and Men's Wages. I (red.) Nousiainen, Kevät m.fl, The Responsible Selves. (Under publicering.) Aldershot: Ashgate, 2000. (Citeras 2000b)
Fredholm, Eva, Sin lön värd. Göteborg: Soc.inst. univers., 1989.
Fritz, Martin, Göteborgs historia. Näringsliv och samhällsutveckling. Från handelsstad till industristad 1820–1920. Sthlm: Nerenius&Santérus Förlag, 1996.
Furåker, Bengt, Stat och arbetsmarknad. Studier i svensk rörlighetspolitik. Lund: Arkiv, 1979.
Furåker, Bengt och Lindqvist, Rafael, Arbetsrätten och formeringen av partsrelationer i den offentliga sektorn. I Retfaerd nr 62, 1993.
Fürst, Gunilla, När kvinnor utvecklar nya lönemodeller. I SOU 1997:135.
Förenta Nationernas fjärde kvinnokonferens Peking den 4–15 september 1995. Ny serie II:51. Stockholm, 1996.

Glavå, Mats och Töllborg, Dennis, Arbetsrätt. Kollektiva spelregler. Medbestämmande. Begränsningar i antagnings- och uppsägningsrätten. Lund: Studentlitteratur, 1990.
Glavå, Mats, Arbetsbrist och saklig grund. En alternativrealistisk arbetsrättslig studie. Sthlm: Norstedt Juridik, 1999.
Gonäs, Lena, En fråga om kön: kvinnor och män i strukturomvandlingens spår. Sthlm: Arbetslivscentrum, 1989.
– Kvinnors arbetsmarknad i ett europeiskt perspektiv. I (red.) Dahlberg, Anita, Kvinnoforskare om kvinnorna och Europa: rapport från ett nordiskt forksningssymposium. Stockholms univerisitet. Stockholm, 1992.
Granström, Görel, Kampen för kvinnlig rösträtt. I Granström, Görel m.fl, Från stormaktstid till rösträttsstrid. Uppsala: IUSTUS, 1996.
Granqvist, Lena, Sidoförmåner – skillnader mellan kvinnor och män. I SOU 1997:136.
Grassman, Sven, Det plundrade folkhemmet: från samförstånd till klasskamp. Sthlm: Årstiderna, 1986.
Greiff, Mats, Kontoristen Från chefens högra hand till proletär. Proletarisering, feminisering och facklig organisering bland svenska industritjänstemän 1840–1950. Malmö: Bokförlaget Mendocino, 1992.
Gunnarsson, Åsa, Skatterättvisa. Uppsala: IUSTUS förlag, 1995.
– The autonomous taxpayer and the dependent caregiver: the effects of the division between tax and social law. 2000. I (red) Nousiainen,

Kevät m.fl, The Responsible Selves. Under publicering. Aldershot: Ashgate, 2000.
Gunnarsson, Åsa och Stattin, Chris, Jämställdhetsnormen i skatte- och socialrätten. Manusversion juli 2000.
Gustafsson, Bo, Den svenska modellens grunder. Värden – Handlingsregler – Politiska riktlinjer. I (red.) Holmlund, Bertil, Arbete, löner och politik. Essäer tillägnade Nils Elvander. Sthlm: Fritzes förlag, 1994.
Gustafsson, Håkan, Rättssäkerhet och "socialsäkerhet". På spaning efter det begrepp som flytt. I Retfaerd nr 56, 1992.
– Från axiom till paradox? I Retfaerd nr 3, 1998.
Göransson, Anita, Arbete och makt. I (red.) Aniansson, Eva, Rapport från kvinnouniversitet. Vetenskap, Patriarkat och makt. Sthlm: Akademilitteratur, 1983.
– Från familj till fabrik Teknik, arbetsdelning och skiktning i svenska fabriker 1830–1877. Lund: Arkiv, 1988. (Citerad Göransson, A, 1988)
– Från Sara Videbeck till Sophia Gummelius – männen, makten och marknaden. 1993 s 57. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
– Makt, mening och materialitet. Ett försök att förena realistiska och poststrukturalistiska positioner. I Häften för kritiska studier nr 4 1998.
Göransson, Håkan, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument. De grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i historisk och internationell belysning. Sthlm: Juristförlaget, 1988. (Citerad Göransson, H, 1988)

Haavind, Hanne, Makt og kjærlighet i ekteskapet. I (red.) Haukaa, Runa m.fl, Kvinneforskning: bidrag til samfunnsteori. Festskrift til Harriet Holter. Oslo: Unversitetsforlaget, 1982.
Hafström, Gerhard, Den svenska familjerättens historia. Lund: Juridiska Föreningen i Lund, 1978.
Hagberg, Jan-Erik, Nyberg, Anita och Sundin, Elisabeth. Att göra landet jämställt. Sthlm: Nerenius&Santérus, 1995.
Hageman, Gro, Lavtlønnsyrker blir till. Kvinnearbeid og Kjønnsskille i søm og telekommunikasjon 1870–1940. Oslo: Historisk inst., 1988.
– Kjønn og industrialisering. Oslo: Universitetsforlaget, 1994.
Hageman, Gro och Åmark, Klas, Fra "husmorkontrakt" til "likestillingskontrakt". I (red.) Engelstad, Fredrik, Om makt. Teori og Kritikk. Oslo: Gyldendal, 1999.
Hallström, Per, Medlemsstaternas verkställande av EG-rätten. I JT nr 1, 1992–93.
– Den Europeiska Unionen från reciprocitet till lojalitet. I JT nr 2 1994–95.

Halvorsen, Marit och Nielsen, Ruth, Jämställdhet. I Bruun, Niklas m.fl, Den nordiska modellen. Fackföreningarna och arbetsrätten i Norden – nu och i framtiden. Lund: Liber Förlag, 1990.
Hammarskiöld, Peder, Konsekvenserna av en lag om grupptalan i Sverige – några kritiska synpunkter. I Juridisk tidskrift nr 2, 1995–96.
Harris, David, The European social charter and social rights in the European union. I (red.) Betten, Lammy och MacDevitt, Delma, The protection of fundamental social rights in the European union. Hague: Kluwer, 1996.
Hartlev, Mette, Det fleksible køn på det fleksible arbejdsmarked. I (red.) Ketscher, Kirsten, Lindgård, Jytte och Nielsen Ruth, Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv. Danmark: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.
Hartman, Heidi, Kapitalismen, patriarket och könssegregation i arbetet. 1981. I Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1–2, 1981.
Hatje, Anna-Karin, Moderlighet – emancipation eller kvinnofälla. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Heckscher, Eli F, Merkantilismen, del I och II. Sthlm: Norstedt&Söner, 1953.
Hellner, Jan, Kommersiell avtalsrätt. Sthlm: Juristförlaget,1987.
– Syften och uppgifter för rättsvetenskaplig forskning. I Festskrift till Alf Ross. København: Juristforbundets forlag, 1969.
Henning, Ann, Lagstiftning och rättstillämpning i Sverige. Något om de nya förbuden mot diskriminering i arbetslivet och deras implikationer. I Diskriminering i arbetslivet – normativa och deskriptiva perspektiv. Stockholm: Socialvetenskapliga forskningsrådet, 1999.
Herrstein/Murray, The bell curve: Intelligence and classtructure in American Life. New York: Free Press, 1994.
Hervey, Tamara, European Social Law and Policy. Harlow: Longman, 1998.
Hervey K., Tamara, O'Keefe, David, Sex equality law in the European Union. Chichester: John Wiley&Sons, 1996.
Hirdman, Yvonne, Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning. Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 3, 1988.
– Genussystemet. I SOU 1990:44.
– Den socialistiska hemmafrun och andra kvinnohistorier. Sthlm: Carlsson, 1992
– Women – from possibility to problem? Gender conflict in the welfare state-the swedish model. Rapport nr 3:94 Sthlm: Arbetslivscentrum, 1994. (citeras 1994a)

– Genusanalys av välfärdssaten: en utmaning av dikotomierna. Särtryck nr 5:94. Stockholm: Institutet för arbetslivsforskning, 1994. (citeras 1994b)
– Med kluven tunga LO och genusordningen. Sthlm: Atlas förlag, 1998.
Holgersen, Gudrun, Likestillingsloven. Bergen: Universitetsforlaget 1984.
Holmlund, Bertil, (red.) Arbete, löner och politik: essäer tillägnade Nils Elvander. Sthlm: Fritzes förlag, 1994.
Hoskyns, Catherine, Integrating gender. Women law and politics in the European Union. London: Verso, 1996.
Hultin, Mia och Szulkin, Ryszard, Chefernas kön och de anställdas lön. I SOU 1997:136.
– Wages and Unequal Acess to Organizational Power: An Empirical Test of Gender Discrimination. Administrative Science Quarterly, 44:453–472. 1999.
Hydén, Håkan, Ram eller lag? Om ramlagstiftning och samhällsorganisation. Stat-Kommunberedningen. Ds C 1984:12.
– Arbetslivets reglering. Lund: Liber Förlag, 1985
– Rättsregler. En introduktion till juridiken. Fjärde upplagan. Lund: Studentlitteratur, 1996.
Hydén, Håkan och Anderberg, Eva, Rätten i förvandling. I (red.) Bertilsson, Margareta, Rätten i förvandling. Jurister mellan stat och marknad. Sthlm: Nerenius&Santérus, 1995.

Illich, Ivan, Genus. Bidrag till en historisk kritik av jämlikheten. Sthlm: Liber förlag, 1985.
Irlinger, Irma, TCO och kvinnorna. Tidsperioden 1944–1974. Studie av TCOs och SIFs arbetsmarknadspolitik och behandling av principen lika lön för lika arbete. Uppsala: Uppsala univers. Sthlm: Almqvist &Wiksell, 1990.

Jacobs, Antoine, Social Dialouge and Other Means of Social Regulation Through the Social Partners. I (red.) Källström/Malmberg, Arbetsrätt 1999. Anförande vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt. Uppsala: IUSTUS, 1999.
Johansson, Annamaria, Arbetsdomstolen skapar ny rätt. Lag&Avtal nr 7, 1998.
Jonsson, Jan O., Hur skall vi förklara könsskillnader i utbildningsval? En empirisk prövning av hypoteser om rationella val och könsrollsmodeller. I SOU 1997:137.
Jonung, Christina, Yrkessegregering mellan kvinnor och män. I SOU 1997:137.

JämO:s handbok om lönediskriminering. Sthlm: JämO, 1995.
JämO:s skrivelse till regeringen av den 18 oktober 1994 samt 29 augusti 1996.

Karlsson, Lynn och Wikander, Ulla, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: Tre uppsatser. Uppsala: Ek.-hist. univers., 1985.
Karlsson, Lynn, Historiska perspektiv på arbetsdelning och underordning av kvinnor: kvinnors arbete i Sverige kring sekelskiftet. I Karlsson, Lynn och Wikander, Ulla, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: tre uppsatser. Uppsala: Ek.-hist. univers., 1985.
– The Beginning of a "Masculin Renaissance" The Debate on the 1909 Prohibition against women's Night Work in Sweden. I (red.) Wikander, Kessler-Harris och Lewis, Protecting Women. Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920. Urbana: III University of Illinois Press cop. 1995.
Ketscher, Kirsten, Lindgård, Jytte & Nielsen Ruth, Den sociale dimension i kvinderetligt perspektiv. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1995.
Kettunen, Pauli och Gudmundsson, Gestur, Introduction. I Fleming, Daniel m.fl. Global Redefining of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participation. Nord 1998:12. Copenhagen: Nordic Council of Ministers, 1998.
Kjellberg, Anders, Fackliga organisationer och medlemmar i dagens Sverige. Lund: Arkiv, 1997.
– Sweden: Restoring the Model? I (red.) Ferner/Hyman, Changing Industrial Relations in Europe. Oxford: Blackwell,1998.
– Facklig organisering och arbetsmarknad: marginalisering av ungdomar och invandrare? I (red.) Tegle, Stig, Har den svenska modellen överlevt krisen? Sollentuna: Arbetslivsinstitutet, 2000.
Kleineman, Jan, Om skadestånd och ökad processbenägenhet. JT nr 4 1994–95.
Kock, Karin, Kvinnoarbete i Sverige. I SOU 1938:47.
Kosonen, Pekka, Den nordiska välfärdsmodellen – inre och yttre utmaningar. Retfaerd nr 62, 1993.
Kristiansen, Jens, Lønmodtager beskyttelse i dansk arbejdsret. København: GADJURA, 1997.
Kullberg, Christian, Likvärdigt arbete. I (red.) Cedersund, Elisabeth och Kullberg, Chistian, Arbetsvärdering: teori, praktik, kritik. Solna: Arbetslivsinstitutet, 1996.
Kvinnorna och rätten Från stormaktstid till rösträttsstrid. Granström Görel m.fl. Uppsala: Studieförlaget, 1996.

Kvinnors röst och rätt, (red.kom.) Hamrin-Thorell, R, Lindström, G, Stenberg, G. Sthlm: Allmänna förlaget, 1969.
Kyle, Gunhild, Gästarbeterska i manssamhället. Studier om industriarbetande kvinnors villkor i Sverige. Lund: LiberFörlag, 1979.
Kyle, Gunhild (red.), Handbok i svensk kvinnohistoria. Sthlm: Carlssons förlag, 1987.
Källström, Kent, Lokala kollektivavtal. Om lokala parters rättsliga ställning inom fackliga organisationer. Sthlm: Liber förlag, 1979.
– Gustafsson-domen skapar temporär lösning. Lag&Avtal 99 nr 5.
– Gustafssonmålet och dess rättsliga bakgrund. I (red.) Agell, Anders, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Gustafssonmålet i perspektiv. Uppsala: IUSTUS, 1999.

Lagergren, Stina, ILO-normer och deras inflytande på svensk lagstiftning och praxis. Sthlm: ILO-kommittén Arbetsmarknadsdepartementet, 1987.
Lane, Linda, Unsuitable work for women? Women employed as trolley conductors in Gothenburg, Sweden during World War II. C-uppsats. Göteborg: Instititionen för ekonomisk historia,1995.
Lansvik, Anita, Kvinnoliv i staden. I (red.) Kyle, Gunhild, Handbok i svensk kvinnohistoria. Sthlm: Carlssons förlag, 1987.
Larsson, Lars-Evert, Women's Wages within the Swedish Engineering Industry: A Historical Perspective, 2000. I (red.) Mispelblom-Beyer/ Thörnqvist, European Working Lives: Continuites and Change in Management and Industrial Relations in Scandinavia, France and the UK. Cheltenham: Edgar Elgar. 2000. (Under publicering.)
Larsson, Mats, En svensk ekonomisk historia 1850–1985. Sthlm: SNS Förlag, 1991.
Laurén, Reidunn och Lavén, Håkan, Nya jämställdhetslagen. Kommentar och handledning i jämställdhetsarbetet. Sthlm: Publica, 1992.
Le Grand, Carl, Löneskillnaderna i Sverige: Förändring och nuvarande struktur. I (red.) Fritzell, Johan och Lundberg, Olle, Vardagens villkor: levnadsförhållanden i Sverieg under tre decennier. Sthlm: Bromberg 1994.
– Kön, lön och yrke – yrkessegregering och lönediskriminering mot kvinnor i Sverige. I SOU 1997:136.
Liljeström, Rita och Dahlström, Edmund, Arbetarkvinnor i hem- arbets- & samhällsliv. Sthlm: Tidens förlag, 1981.
Liljeström, Rita, Går det att förena likhet och särart?, 1983. I (red.) Aniansson, Eva, Rapport från kvinnouniversitet: Vetenskap, Patriarkat och Makt. Sthlm: Akademilitteratur, 1983.

Lind, Johan, Materiell processledning i AD. I rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Sthlm: Publica, 1979.
Lindberg, Bo, Om rättigheterna i historien. I Politisk filosofi, Rättigheter. Sthlm: Symposion,1988.
Lindberg, Folke, Hantverk och skråväsen under medeltid och äldre vasatid. Sthlm: Prisma Förlag, 1989.
Lindblom, Per Henrik, Grupprättegång – ett lagförslag under debatt. I SvJT 1995 s. 270.
– Är organisationstalan om lönediskriminering något att hoppas på? I rättsvetenskapliga studier tillägnade Carl Hemström av professorskollegor i Uppsala. Uppsala: IUSTUS, 1996.
– Grupptryck mot grupptalan. Kommentar till ett remissutfall och en uppsats. I SvJT 1996 s. 84.
– Rättegångsbalken 50 år – en saga och sex sanningar. I SvJT 1999 s. 496.
Lindbom, Tage, Den svenska fackföreningsrörelsens uppkomst och tidigare historia 1872–1900. Sthlm,1938.
Lindegren, Jan, Utskrivning och utsugning. Produktion och reproduktion i Bygdeå 1620–1640. Uppsala: Studia Historica Uppsaliensa 117, 1980.
Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. Uppsala: IUSTUS, 1987.
Lindén, Lisa, Man lägger sig på en nivå som är OK. B-uppsats, Göteborg: institutionen för genusvetenskap, GBG:s universitet, 1999.
Lindgren, Gerd, Broderskapets logik. I Kvinnovetenskaplig tidsskrift nr 1, 1996.
Ljunggren, Sten, Lögnen om lönen: en bok om inflationens orsaker. Sthlm: Röda rummet, 1985.
LO, Kvinnoarbetet och kvinnolönerna. Sthlm: LO, 1946.
– Fackföreningsrörelsen och den fulla sysselsättningen, betänkande och förslag från LO:s organisationskommitté. Sthlm:LO, 1951.
– Klass och kön. Text Kerstin Fredholm. Sthlm: LO, 1995.
Locke, John, Andra avhandlingen om styrelseskicket. En essä angående den civila styrelsens sanna ursprung, räckvidd och mål. Göteborg: Daidalos, 1998.
Losman, Beata, Kvinnoliv på landet. I (red.) Kyle, Gunhild, Handbok i svensk kvinnohistoria. Sthlm: Carlssons förlag, 1987.
– Landsbygdens kvinnor. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Lundström, Karin, Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten. En feministisk analys. Uppsala: IUSTUS Förlag, 1999.
Löfström, Åsa, Diskriminering på svensk arbetsmarknad – en analys av löneskillnader mellan kvinnor och män. Umeå: Umeå univers., 1989.

– Samma yrke – samma lön? En studie av löneskillnader mellan kvinnor och män i ett företag. Umeå: Umeå univers., 1992.
– Arbetsvärdering i teori och praktik. I SOU 1997:136.
– Lönepolitikens betydelse för kvinnorna, I Lönepolitik och kvinnors löner. FRN rapport 97:4. Stockholm: Forskningsrådsnämnden, 1997.

Maier, Friederike, Löneskillnader mellan könen. I (red.) Gonäs, Lena, Plantenga, Janneke och Rubery, Jill, Den könsuppdelade arbetsmarknaden – ett europeiskt perspektiv. Solna: Arbetslivsinstitutet, 1999.
Malmberg, Jonas, Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering. Uppsala: Iustus, 1997.
Mathiesen, Thomas, Rätten i samhället. En introduktion till rättssociologin. Göteborg: Bokförlaget Korpen, 1985.
Matovic, Margareta, Stockholmäktenskap. Familjebildning och partnerval i Stockholm 1850–1890. Stockholm: Liber förlag,1984.
– Utförsåkning, bergsbestigning eller berg- och dalbana? Kvinnans ställning i äldre tid. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Melin, Mats, EG-domstolen och den svenska rättsordningen. I Juridisk tidskrift nr 1, 1998.
Mellberg, Margareta, Pedagogen och det skrivna ordet. Skrivkonst och folkskollärare i Sverige 1870–1920. Göteborg: Hist. Inst, 1996.
Meidner, Rudolf och Öhman, Berndt, Solidarisk lönepolitik. Erfarenheter, problem, framtidsutsikter. Sthlm: Tidens förlag, 1972.
Meyerson, Eva M. och Petersen, Trond, Lika lön för lika arbete. En studie av svenska förhållanden i internationell belysning. I SOU 1997:136.
Mill, J. S., Om friheten. Sthlm: Natur och Kulur, 1984.
– Förtrycket av kvinnorna. Nora: Nya Doxa, 1995.
Moberg, Kerstin, Från tjänstehjon till hembiträde. En kvinnlig låglönegrupp i den fackliga kampen 1903–1946. Uppsala: Hist. Inst., 1978.
Modéer, Kjell Å, Historiska rättskällor: en introduktion i rättshistoria. Sthlm: Nerenius&Santérus, 1993.
Montgomery, Arthur, Tjänstehjonsstadgan och äldre svensk arbetarpolitik. Historisk tidskrift 1933 s. 245.
– Industrialismens genombrott i Sverige. Sthlm: Skoglunds förlag, 1947.
Municio Larsson, Ingegerd, Har det svenska folket råd med alla sina barn? I SOU 1997:115.
Munktell, Ing-Marie, Gods, godsägare och landbor 1450–1520. Göteborg: Historiska institutionen, Göteborg, 1982.
Myrdal, Alva och Myrdal, Gunnar, Kris i befolkningsfrågan. Omtryck av andra upplagan. Nora: Nya Doxa, 1997.
Myrdal, Gunnar, Hur styrs landet? Sthlm: Rabén§Sjögren, 1982.

Nelander, Sven och Lindgren, Viveka, Löneinkomster för kvinnor och män. Ett faktamateriel om förhållandena vid 1990-talets början. Sthlm: LO, 1994.
Nermo, Magnus, Yrkessegregering efter kön – ett internationellt perspektiv. I SOU 1997:137.
Ngaire, Naffine, Law and the sexes: explorations in feminist jurisprudence. Sydney: Allen&Unwin, 1990.
Nielsen, Ruth, Kvindearbejdsret. København: Juristforbundets forlag, 1979.
– Ledelsesret og ligestilling. København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 1986.
– Den svenska jämställdhetslagstiftningen i europeiskt perspektiv. Rapport utarbetad för JämO 1990. Sthlm: Allmänna förlaget, 1990.
– EF-arbejdsret. København: Jurist og Økonomførbundets Forlag, 1992. (Citerad 1992a)
– Retskilderne. Uppl. 3. København: Jurist och Økonomforbundets forlag, 1992. (Citerad 1992b)
– Monisme og dualisme i europeisk retsintegration. I JT 94–95 nr 2.
– Equality in Law between Men and Women in the European Community Denmark. Official publication from the European Commission. Hague: Kluwer, 1995.
– Employers' Prerogatives – in a European and Nordic Perspective. København: Handelshøgskolens Førlag, 1996. (Citerad 1996a)
– EU ret. København: GadJura, 1996. (Citerad 1996b)
– Ban on discrimination and minimum standard legislation. I (red.) Källström&Malmberg, Anföranden vid en nordisk forskarkurs i arbetsrätt. Uppsala: IUSTUS, 1999.
Nielsen, Ruth, Szyszczak, Erika, The social dimension of the European Community. København: Handelshøjskolans forlag, 1991 och 1997.
Nielsen, Ruth och Precht, Kirsten, Ligeløn og håndhævelse af kvinders rettigheder. I (red.) Petersen, Hanne, Kvindelig arbejdsret. København: Gad Jura, 1995.
Nielsen, H. K. och Rehof, L. A., International arbejdsret. København: Jurist- og Økonomforbundets forlag, 1999.
Niemi-Kieiläinen, Johanna, Våld mot kvinnor och mänskliga rättigheter. I Retfaerd nr 84, 1999.
Nilsson, Bengt, Kvinnor i statens tjänst – från biträden till tjänstemän. En aktörsinriktad undersökning av kvinnliga statstjänstemäns organisering, strategier och kamp under 1900-talets första hälft. Uppsala: Acta Universitatis Uppsaliensis 179, 1996.
Nivéus, Clara, Trälarna i lanskapslagarnas samhälle Danmark och Sverige. Uppsala: Studia Historica Uppsaliensia 58, 1974.

Norberg, Sven, Reflexioner över svenska rättstraditioner i en europeisk rättsmiljö. I JT nr 3 1994–95.
Nordberg, Michael, I kung Magnus tid. Norden under Magnus Eriksson 1317–1374. Sthlm: Norstedts, 1995.
– Den dynamiska medeltiden. Sthlm: Rabén Prisma, 1996.
Nordborg, Gudrun, Äktenskapet som könskontrakt. I (red.) Sandgren, Claes, Utvecklingslinjer inom avtalsrätten. Sthlm: Norstedts Juridik, 1993.
Nordborg, Gudrun (red.), 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS förlag, 1995.
Nousiainen, Kevät, Rättens system och kvinnans vardag, I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
Norma 1996:1, Normative Development within the Social Dimension, Studies on the Normative Patterns and their Development in the Legal Regulation of Employment, Housing, Family and Social Security from a European Integration Perspective. Lund: Juridiska fakulteten, 1996.
Nyberg, Anita, Vad är förvärvsarbete? I Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 1, 1987.
– Tekniken – kvinnornas befriare? Hushållsteknik, köpevaror, gifta kvinnors hushållsarbetstid och förvärvsdeltagande 1930-talet–1980-talet. Linköping: Linköping Tema universitet, 1989.
– Kvinnor, män och inkomster. Jämställdhet och oberoende. I SOU 1997:87.
Nyström, Birgitta, Kollektivavtalet – en säregen avtalstyp. I (red.) Gorton, Lars och Nyström, Birgitta, Vänbok till Axel Adlercreutz, Variationer på ett obligationsrättsligt tema. Lund: Handelsrättslig skriftserie, 1998.
– EU och arbetsrätten. Andra upplagan. Sthlm: Norstedts Juridik, 1999.

Ohlsson, Ingvar, Lönepolitik och solidaritet Del 2. En studie av solidaritetsbegreppets innebörd och utveckling i den lönepolitiska debatten inom tio LO-förbund och LO. 1951 till 1985. Sthlm: LO, 1993.

Paine, Thomas, Människans rättigheter. Sthlm: Ordfronts förlag, 1992.
Peczenik, Alexander, Rätt och moral. I SvJT 1982 s 618.
– Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära. Sthlm: Norstedts, 1990.
– Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Sthlm: Fritzes förlag, 1995.
Petersen, Hanne, Ledelse og loyalitet. Kollektiv arbejdsret i den offentlige sektor. København: Akademisk forlag, 1987.

– Informel ret på kvindearbejdspladser. København: Akademisk forlag,1991.
– Kvindelig arbejdsret. København: Gad Jura, 1995.
Petrell, Katarina, Kvinnan som medel för marknadsföringsåtgärder – en kvinnorättslig studie av reklamens kvinnobild och jämställdheten mellan könen. Helsingfors: Helsingfors Univers., 1996.
Petrén, Gustaf och Ragnemalm, Hans, Sveriges grundlagar och tillhörande författningar. Sthlm: Liber förlag, 1980.
Pohjonen, Soile, Kontraktsrätten och samboförhållande. I Retfaerd nr 70, 1995.
Prechal, Sacha och Burrows, Noreen, Gender discrimination law of the European union. Worcester: Dartmouth Publishing Company Limited, 1990.
Protecting Women. Labor Legislation in Europe, the United States, and Australia, 1880–1920. (red.) Wikander, Kessler-Harris och Lewis. Urbana: III University of Illinois Press cop., 1995.
Pylkkänen, Anu, Könssystemet inom familjen. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
– Giftermålsbalken i 1734 års lag. I Statens beroende av familjen. Helsingfors: Helsingsfors universitet, 1996.

Qvist, Gunnar, Kvinnofrågan i Sverige 1809–1846. Studier rörande kvinnans näringsfrihet inom de borgerliga yrkena. Göteborg: Kvinnohistoriskt arkiv 2. 1960.
– Statistik och politik. Landsorganisationen och kvinnorna på arbetsmarknaden. Sthlm: Bokförlaget, 1974.
– Konsten att blifva en god flicka. Kvinnohistoriska uppsatser. Kvinnohistoriskt Arkiv 11. Sthlm: Liber förlag,1978.

Rajamaa, Rut, Något om kvinnors liv och verksamhet på medeltiden. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Rantakesiu, Ulla, Starrin, Bengt, Hagquist, Curt, Ungdomsarbetslöshet Vardagsliv och samhälle. Lund: Studentlitteratur, 1996.
Richardsson, Katarina, Familjeförhållanden och löneutveckling. I SOU 1997:136.
Rimsten, Olle, Arbetsdomstolen och lagstiftaren. Om värderingar i rättsligt beslutsfattande. Uppsala: IUSTUS, 1998.
Roman, Christine, Lika på olika villkor. Könssegregering i kunskapsföretag. Sthlm: Symposion Graduale, 1994.

Roseberry, Lynn, The Limits of Employment Discrimination Law in the United States and European Community. København: Jurist- og Økonomforbundet, 1999.
Rubery, Jill och Fagen, Colette, Wage determination and sex segregation in employment in the European Community: Network of Experts on the Situation of Women in the Labour Market. Suppl. 94:4. Luxembourg: Social Europe, 1995.
Rubery, Jill, Smith, Mark och Fagan, Colette, Women's employment in Europe: trends and Prospects. London: Rotledge, 1999.
Rundegren, Hans, Proceduren vid EG-domstolarna. Sthlm: Juristförlaget, 1995.
Russel, Bertrand, Freedom versus organization 1814–1914. New York: W W Norton&Company, INC.,1934.
Ryman, Sven-Hugo, Lönediskriminering på grund av kön. I Juridisk Tidskrift nr 3, 1997–98.

SAFs allmänna arbetsgivareförbund/Svenska fabriksarbetarförbundet, Arbetsvärdering fabriksyrken. femte uppl. Sthlm: SAF, 1990.
SAF, SAF-tidningen 1990(33):3.
– Marknad och mångfald – SAFs program för 90-talet. Sthlm: SAF, 1990.
– Bra lönebildning – också för kvinnor. Om individuell lönesättning och kartläggning av löneskillnader. Sthlm: SAF, 1995.
Sainsbury, Diane och Nordgren, Margreth, I nedskärningarnas tecken. Välfärdsstaten och jämställdheten. I SOU 1997:115.
Sakslin, Maija, Worker Versus Citizien? – Why not forget them both? I (red.) Pieters, Daniel, Social Protection of the Next Generation in Europe. EISS Yearbook. Hague: Kluwer, 1997.
Sandgren, Claes, Om empiri och rättsvetenskap Del I. Juridisk Tidskrift nr 3, 1995–96. (Citerad 1995–96a)
– Om empiri och rättsvetenskap Del II. I Juridisk tidskrift nr 4, 1995–96. (Citerad 1995–96b)
Sawyer, Birgit och Göransson, Anita, Manliga strukturer och kvinnliga strategier En bok till Gunhild Kyle. Göteborg: Historiska institutionen i Göteborg, 1987.
SCB. På tal om kvinnor och män. Lathund om jämställdhet. Sthlm: SCB, 1996.
SCB. Kvinnors och mäns löner. Sthlm: SCB, 1998.
SCB. Lathund om jämställdhet. Sthlm:SCB, 2000.
Schiller, Bernt, Samarbete eller konflikt. Sthlm: Allmänna förlaget, 1988.
Schlyter, Susanne, En man och en kvinna beskriver sitt arbete, undersökning av språket i en jämställdhetsrättegång. Tiga är silver tala är guld. I (red.) Brunnberg, Kerstin, Rapport från en konferens om kvinnors

och mäns språk och olika värde, Informationsskrift nr 6, Sthlm: Arbetslivscentrum, 1986.
Schmidt, Folke, Löntagarrätt. Reviderad upplaga 1988 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson, Kent Källström och Anders Victorin. Sthlm: Juristförlaget, 1988.
– Löntagarrätt. Reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström. Sthlm: Juristförlaget, 1994.
– Facklig arbetsrätt. Reviderad upplaga Ronnie Eklund, Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman. Sthlm: Juristförlaget, 1997.
Schön, Lennart, Från hantverk till fabriksindustri: svensk textiltillverkning 1820–1870. Lund: Arkiv, 1979
Schömer, Eva, Konstruktion av genus i rätten och samhället. En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem. Uppsala: IUSTUS, 1999.
Sigeman, Tore, Från legostadgan till medbestämmandelagen – om huvudlinjerna i arbetsrättens utveckling. I SvJT 1984 s 875.
– Är arbetsdomstolen egentligen en domstol? I Juridisk Tidskrift nr 2-3, 1989–90.
– Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser. I Lag&Avtal nr 6, 1998.
– Gustafssonsdomens konsekvenser för svensk arbetsrätt. En probleminventering rörande skyddet mot organisationstvång i arbetslivet. I (red) Agell, Anders, Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Gustafssonmålet i perspektiv. Uppsala: IUSTUS, 1999.
Sillius, Harriet, Att vara kvinna och jurist. I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
Sjöberg, Maria, Kvinnans underordning – en undantagshistoria? I Historisk tidskrift nr 3, 1997.
Sjölund, Maivor, Statens lönepolitik 1966–1988. Sthlm: Allmänna förlaget, 1989.
Sjöstedt, Lise (red.), Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Forskningsrådsnämnden, 1993.
Sommestad, Lena, Från mejerska till mejerist. En studie av mejeriyrkets maskuliniseringsprocess. Lund: Arkiv, 1992.
Stadin, Kekke, Den gömda och glömda arbetskraften. Stadskvinnor i produktionen under 1600- och 1700-talen. I Historisk tidsskrift nr 3, 1980.
– Stormaktskvinnor. I Makt&Vardag. Hur man styrde, levde och tänkte under svensk stormaktstid. Malmö: Atlantis, 1996.
Stokke, Torgeir Aarvaag, Lønnsforhandlingar og konfliktløsning Norge i et skandinavisk perspektiv. Fafo-rapport 246. Oslo: Forskningsstiftelsen Fafo, 1998.

Strahl, Ivar, Makt och rätt Rättsidéns gång genom historien – från Babylonien till FN. Tionde upplagan bearbetad av Stig Strömholm. Uppsala: IUSTUS, 1994.
Strömholm, Gunilla, Elsa Eschelsson Sveriges första kvinnliga jurist. I AD STUDIUM ET AD LABOREM INCIVITAT Elsa Eschelsson, de lege årgång 7. Uppsala: IUSTUS, 1997.
Strömholm, Stig, Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. Femte upplagan. Sthlm: Norstedt Juridik, 1996.
Sund, Bill. Chokladarbetare på tjugotalet: Kamp mot arbetsgivare och förbundsledning. I Folkets Historia nr 1, 1986.
Sundberg, Jacob, Mänskliga rättigheter. Sthlm: Contra förlag, 1985.
Svensson, Amanda, Fallstudie om jämställdhetsplan på tre svenska företag. B-uppsats, Göteborg: institutionen för genusvetenskap univers., 1999.
Svensson, Eva-Maria, Vems tryckfrihet – hans, hennes eller hans och hennes? I (red.) Nordborg, Gudrun, 13 kvinnoperspektiv på rätten. Uppsala: IUSTUS, 1995.
– Genus och rätt – en problematisering av föreställningen om rätten. Uppsala: IUSTUS, 1997. (Citerad Svensson, E-M, 1997)
Svensson, Gustav, Skälig levnadsnivå och goda levnadsvillkor: bedömning i förvaltningsdomstolar och socialnämnder. Sthlm: Norstedts Juridik, 2000.
Svensson, Lars, Closing the Gender Gap. Determination of Change in the Female-to-Male Blue Collar Wage Ratio in Swedish Manufacturing 1913–1990. Skrifter utgivna av Ekonomisk-historiska föreningen Vol. LXXI. Lund: Ek.hist. univers., 1995.
– En historia om löneutjämning – kvinnors och mäns löner i ett långsiktigt perspektiv. I SOU 1997:136. (Citerad Svensson, L, 1997)
Sverdrup, Tone, Stiftelse av sameie i ekteskap og ugift samliv. Oslo: Universitetsforlaget, 1997.

Taylor, F W, Rationell arbetsledning: Taylorsystemet. Tredje upplagan. Sthlm: Almqvist&Wicksell, 1920.
TCO, Vår kunskap formar Sveriges framtid. Lönepolitik för 90-talet. TCO:s kongress 89. Sthlm: TCO, 1989.
– Välfärdsfakta. Den besvärande lönerelationen mellan kvinnor och män. Nr 4-5. Sthlm: TCO,1994.
– Fånge eller fri – vem har makten över kvinnolönen. Sthlm:TCO, 1995
Thomas, Yan, The Division of the Sexes in Roman Law. I (red.) Schmitt Pantel, Pauline, A History of Women in the West. I. From Ancient Goddesses to Christian Saints. London: Harvard University Press, 1992.

Thörnquist, Annette, Silikosproblemet vid Österbybruk 1920–1980: skyddsarbetet – facklig kamp eller partsamarbete. Sthlm: Arbetarskyddsnämnden,1993.
Thörnqvist, Christer. Arbetarna lämnar fabriken. Strejkrörelser i Sverige under efterkrigstiden, deras bakgrund, förlopp och följder. Göteborg: Hist. inst. univ., 1994.
– The Swedish Discours on Decentralisation of Labour Relations. I Fleming, Daniel m.fl, Global Redifining of Working Life – A New Nordic Agenda for Competence and Participitation? Nord 1998:12. Copenhagen 1998.
– The Decentralization of Industrial Relations: The Swedish Case in Comparative Perspective. 1999 s 82 f. European Journal of Industrial Relations Vol. 5, 1999.
Tomaskovic-Devey, Donald, Gender&Racial Inequality at Work: the sources&consequenses of job segregation. New York: Ithaca, 1993.
Traxler, Franz, Collective Bargaining and Industrial Change: A Case of Disorganization? I European Sociological Review 1996.
Töllborg, Dennis, Turen favoriserar det öppna sinnet. I Retfaerd nr 43, 1988.

Ullmanen, Petra, Högern och feminismen: nya tendenser i det offentliga samtalet. I Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 3-4, 1996.

Victorin, Anders, Lönenormering genom kollektivavtal. Sthlm: Allmänna förlaget, 1973.
Vigerust, Elisabeth, Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpasning av arbeidsmarket. Universitetet i Oslo. Oslo 1998.
– Likelønn og Norges Internasjonale forpliktelser – en utfordring for arbeidsmarkedets parter. Kritisk Juss nr 3, 1999.

Wadensjö, Eskil, Arbetsinkomster för kvinnor med högre utbildning. I SOU 1997:136.
Wadstein, Margareta, Arbetsvärdering som instrument för ökad jämställdhet. I (red.) Dahlberg, Åke och Johansson, Mats, Att arbete i Europa. Sthlm: Allmänna förlaget, 1990.
Wahl, Anna, Molnet – att föreläsa om feministisk forskning. I Kvinnovetenskaplig tidskrift nr 3-4, 1996.
Wahlström, Lydia, Den svenska kvinnorörelsen.: historisk översikt. Sthlm: Norstedt, 1933.
Walby, Sylvia, (red.), Gender segregation at work. Milton Keynes: Open University Press, 1988.

Waldermarsson, Ylva, Kontrakt under förhandling – LO, kvinnorna och makten. I (red.) Åström/Hirdman, Kontrakt i kris. Sthlm: Carlssons förlag,1992.
Weber, Max, Ekonomi och samhälle. Förståendesociologins grunder. Del 1 Sociologiska begrepp och definitioner. Lund: Argos, 1983.
Westberg Peter, Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1. Sthlm: Juristförlaget, 1988.
Westberg-Wohlgemuth, Hanna, Kvinnor och män märks – en dold läran-deprocess. Solna: Arbetslivsinstitutet, 1996.
Westerhäll-Gisselsson, Lotta, Den kvinnorättsliga forskningen. I (red.) Aniansson, Eva, Rapport från kvinnouniversitet: Vetenskap, Patriarkat och Makt. Sthlm: Akademilitteratur, 1983.
– Jämställdhetssyftet inom den sociala familjerätten – förr – nu – i framtiden. I SvJT 1985 s 53.
Westerståhl, Jörgen, Svensk fackföreningsrörelse. Organisationsproblem. Verksamhetsformer. Förhållande till staten. Sthlm: Tidens förlag, 1945.
Whiteford, Elaine A., Occupational pensions and European Law: clarity at last? I (red.) Hervey/O'Keefe, Sex equality law in the European union. New York: John Wiley&Sons, 1996.
Widerberg, Karin, Kvinnor klasser och lagar 1750–1980. Sthlm: Liber förlag, 1980.
Wieselgren, Greta, Den höga tröskeln. Kampen för kvinnans rätt till ämbete. Lund: Gleerups förlag, 1969.
Wikander, Ulla, Kvinnor och mäns arbeten: Gustavsberg 1880–1980:
genusarbetsdelning och arbetets degradering vid en porslinsfabrik. Lund: Arkiv, 1988.
– En skiss av kvinnoarbetet och dess villkor i Sverige 1915–1950, med fokus på arbetsdelningen mellan könen. I Karlsson, Lynn och Wikander, Ulla, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: tre uppsatser. Uppsala: Ek.-hist. univers., 1985.
– Kvinnoarbete i manssamhälle; historiskt perspektiv på arbetsdelning och underordning av kvinnor. I Karlsson, Lynn och Wikander, Ulla, Kvinnoarbete och könssegregering i svensk industri 1870–1950: tre uppsatser. Uppsala: Ek.-hist. univers., 1985.
Wiklund, Ola, EG-domstolens tolkningsutrymme. Sthlm: Juristförlaget, Norstedts Juridik, 1997.
Wikman, Anders, Andersson, Alf och Bastin, Madeleine, Nya relationer i arbetslivet – en rapport om tendenser mot flexibla marknadsrelationer istället för permanenta anställningsrelationer. Sthlm: SCB, 1998.
Wilhelmsson, Thomas, Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsingfors: Juristförbundets förlag, 1987.

- Om kritisk civilrättsdogmatik. I (red.) Basse, E M, Regulering og styring II – til fornyelse af den juridiske teori og metod. København: GEC Gad, 1990.
- Avtal och jämlikhet. I SvJT nr 7 1997.

Wollstonecraft, Mary, Till försvar för kvinnans rättigheter. Sthlm: Ordfronts förlag, 1997.

Åström, Gertrud&Hirdman, Yvonne, Kontrakt i kris. Om kvinnors plats i välfärdsstaten. Sthlm: Carlssons förlag, 1992.

Åström, Karsten, Socialtjänstlagstiftningen i politik och förvaltning. En studie av parallella normbildningsprocesser. Lund: Lunds universitet, 1988.

Öberg, Lisa, Barnmorskan och läkaren. Kompetens och konflikt i svensk förlossningsvård 1870–1920. Sthlm: Ordfronts förlag, 1996.

Östberg, Kjell, Efter rösträtten Kvinnornas utrymme efter det demokratiska genombrottet. Sthlm: Symposion, 1997.

Österberg, Eva, Knektänkor och jordbrukare – stormaktstidens kvinnor i verkligheten. I (red.) Sjöstedt, Lise, Kvinnornas historia: den osynliga historien. Sthlm: Uppsala 1993.

Tidskrifter

Nordiskt nyhetsbrev EU & arbetsrätt, nr 2 1997.

Recensioner

Hanne Petersens avhandling:
Ole Krarup i UfR 1992 B s. 113,
Agnete Wris Bentzon i Juristen 1992 s. 188 samt Anders von Koskull i Retfaerd nr 56 1992 s. 104.
Rut Nielsens avhandling:
Hanne Petersen i Juristen nr 5 1994.
Örjan Edströms avhandling:
Niklas Bruun i Juridisk tidskrift 1994-95 nr 5 s. 1079.

Organisationsmaterial

Kollektivavtal mellan Sveriges Verkstadsförening och Svenska Metallindustriarbetarförbundet 1993/94 och 1998/1999.

Kollektivavtal mellan Kommunförbundet och Kommunalarbetarförbundet, Löneavtal 98 (ingår i HÖK 98).

Kommunalarbetaren, 1995 nr 5.

Dagstidningar

Dagens Nyheter:

Eva Meyersson och Trond Petersen. DN-debatt 961028.
Bo Södersten, DN-debatt 950404.
Hans Göran Myrdal DN-debatt 960320.
Lars Calmfors DN-debatt 960619.
Susanna Popova DN:s ledarsida 960722.
Svante Nycander DN:s ledarsida 951223 och 970618.

Rättsfallsregister

Rättsfall från EG-domstolen

Mål 026/62, Van Gend en Loos mot Netherlands Inland Revenue Administration(1963) ECR 1.

Mål 006/64, Flaminio Costa mot E.N.E.L. (1964) ECR 585.

Mål 080/70, Gabrielle Defrenne mot Belgien (1971) ECR 445.

Mål 043/75, Gabrielle Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (1976) ECR 455.

Mål 149/77, Gabrielle Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena (1978) ECR 1365.

Mål 102/79, Kommissionen mot Belgien (1980) ECR 1473.

Mål 129/79, Macarthys Ltd mot Wendy Smith (1980) ECR 1275.

Mål 069/80, S.J.Worringham och M. Humphreys mot Lloyds Bank Limited (1981) ECR 767.

Mål 096/80, Jenkins mot Kingsgate (Clothing Productions) Ltd (1981) ECR 911.

Mål 012/81, Eileen Garland mot British Rail Engineering Limited (1982) ECR 359.

Mål 061/81, Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (1982) ECR 2101.

Mål 75/82 och 117/82 C. Razzouk och A. Beydon ./. kommissionen, (1984) ECR 1509.

Mål 014/83, Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen (1984) ECR 1891.

Mål 023/83, W.G.M. Liefting m.fl. mot direktionen för Academisch Ziekenhuis vid Amsterdams Universitet m.fl. (1984) ECR 3225.

Mål 079/83, Doris Harz mot Deutsche Tradax GmbH (1984) ECR 1921.

Mål 143/83, Kommissionen mot Danmark (1985) ECR 427.

Mål 215/83, Kommissionen mot Belgien (1985) ECR 1039.

Mål C-152/84, Marshall mot Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority (1986) ECR 723.

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

Mål 222/84, Marguerite Johnston mot Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary (1986) ECR 1651.
Mål 066/85, Deborah Lawrie-Blum mot Land Baden-Württemburg (1986) ECR 2121.
Mål 139/85, Kempf mot Staatssecretaris van Justicie (1986) ECR 1741.
Mål 273/85, Rummler mot Dato Druck GmbH (1986) ECR 2101.
Mål C-302/85 Horst Pressler-Hoeft mot Court of Auditours of the European Communities (1987) ECR 0513.
Mål 157/86, Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann (1988) ECR 673.
Mål C-196/87, Steyman mot Staatssecretaris van Justitie (1988) ECR 6159.
Mål C-344/87, I. Bettray mot Staatssecretaris van Justitie (1989) ECR 1671.
Mål 109/88, Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark mot Dansk Arbejdsforening, för Danfoss (1989) ECR 3199.
Mål 171/88, Ingrid Rinner-Kühn mot FWW Spezial-Gebäudereinigung GmbH&Co. KG (1989) ECR 2743.
Mål C-177/88, E. J. P. Dekker mot Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen (1990) ECR I-3941.
Mål C-262/88, D H Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group (1990) ECR I-1889.
Mål C-322/88, Salvatore Grimaldi mot Fonds des Maladies Professionelles (1989) ECR 4407.
Mål C-033/89 Maria Kowalska mot Freie und Hansestadt Hamburg (1990) ECR I-2591.
Mål C-106/89, Marleasing SA mot La Comercial Internacional de Alimentacion (1990) ECR I-4135.
Mål C-184/89 Helga Nimz mot Freie und Hansestadt Hamburg (1991) ECR I-297.
Mål C-188/89, Foster m.fl. mot British Gas (1990) ECR I-3313.
Mål C-357/89, V. J. M. Raulin mot Netherland Ministry of Education and Science (1992) ECR 1027.
Mål C-006/90, Frankovich och Bonafaci mot Italien (1991) ECR I-5357.
Mål C-360/90, Arbeiterwohlfahrt der Stadt Berlin mot Monika Bötel (1992) ECR I-3589.
Mål C-109/91, C C Ten Oever mot Stitching Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassersen Scoonmaakbedrijf (1993) ECR I-4879.
Mål C-110/91, Michael Moroni mot Collo GmbH (1993) ECR I-6591.
Mål C-200/91, Coloroll Pension Trustees Ltd mot James Richard Russel m.fl. (1994) ECR I-4389.
Mål C-271/91, Helen Marshall mot Southampton och South West Hampshire Area Health Authority (No 2) (1993) ECR I-4367.

Mål C-127/92, Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of State for Health (1993) ECR I-5535.
Mål C-132/92, Birds Eye Walls Ltd. mot Friedel M. Roberts (1993) I-5579.
Mål C-399/92, Stadt Lengerich mot Angelika Helmig m.fl. (1994) I-5727.
Mål C-128/93, Fisscher mot Voorhuis Hengelo BV (1994) ECR I-4583.
Mål C-297/93, Rita Grau-Hupka mot Stadtgemeinde Bremen (1994) ECR I-5535.
Mål C-317/93, Inge Nolte mot Landesversicherungsanstalt Hannover (1995) ECR I-4625.
Mål C-342/93, Joan Gillespie m.fl. mot Northern Health and Social Services Boards m.fl. (1996) ECR I-475.
Mål C-400/93, Specialarbejdsforbundet i Danmark mot Dansk Industri, för Royal Copenhagen A/S (1995) ECR I-4921.
Mål C-435/93, F. J. M. Dietz mot Stichting Thuisorg Rotterdam (1996) ECR I-5223.
Mål C-457/93, Kuratorium für Dialyse und Nierentransplantation e.V. mot Johanna Lewark (1996) ECR I-243.
Mål C-002/94, Denkavit International m.fl. mot Kamer Koophandel m.fl. (1996) ECR I-1759.
Mål C-013/94, P. mot S. Cornwall County Council (1996) ECR I-2521.
Mål C-084/95, Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS mot Minister for Transport, Energy and Communications and others (1996) ECR I-3953.
Mål C-243/95, K. Hill och A. Stapleton mot Revenue Commissioners, Departement of Finance 19980617.
Mål C-261/95 Rosalba Palmisani mot Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS) (1997) ECR I-4025.
Mål C-054/96 Dorsch Consult Ingeniurgesellschaft mbH mot Bundesbaugesellschaft Berlin mbH 1997-09-17.
Mål C-066/96, Handels- og Kontorsfunktionærernes Forbund i Danmark m.fl. mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeningar m.fl. 19981119.
Mål C-207/96, Kommissionen mot Italien 19971204.
Mål C-246/96, M. T. Magorrian och I. P. Cunningham mot Eastern Helth &Social Services Board och Departement of Health&Social Services (1997) ECR I-7153.
Mål C-249/96, L. J. Grant mot South-West Trains Ltd (1998) ECR I-621.
Mål C-326/96, B. S. Levez mot T. H. Jennings (Harlow Pools) Ltd 1998-12-01.
Mål C-167/97, The Queen mot Secretary of State Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith och Laura Perez 1999-02-09.

Mål C-273/97, Teresa Fernández de Bobadilla mot Museo Nacional del Prado, Comité de Empresa del Museo Nacional del Prado, Minesterio Fiscal, dom 1999-07-08.
Mål C-309/97, Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse1999-05-11.
Mål C-281/97, Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg 1999-09-09.
Mål C-333/97, Susanne Lewen mot Lothar Denda 1999-10-21.
Mål C-387/97, Kommissionen mot Grekland 2000-07-04.
Mål C-187/98, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland 1999-10-28.
Mål C-218/98, Oumar Dabo Abloaye m.fl. mot Régie nationale des usines Renault SA. 1999-09-16.
Mål C-236/98, Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting 2000-03-30.
Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson m.fl. mot Elisabeth Fogelqvist 2000-07-06.
Mål C-224/99, Kommissionen mot Frankrike.

Rättsfall från arbetsdomstolen

AD 1929 nr 48
AD 1930 nr 54
AD 1930 nr 56
AD 1930 nr 60
AD 1932 nr 56
AD 1933 nr 78
AD 1936 nr 28
AD 1977 nr 49
AD 1977 nr 62
AD 1978 nr 63
AD 1978 nr 89
AD 1981 nr 109
AD 1982 nr 105
AD 1982 nr 123
AD 1982 nr 142
AD 1983 nr 130
AD 1984 nr 79
AD 1984 nr 140
AD 1985 nr 57
AD 1985 nr 134

AD 1986 nr 78
AD 1987 nr 132
AD 1989 nr 67
AD 1990 nr 91
AD 1991 nr 62
AD 1991 nr 100
AD 1992 nr 81
AD 1995 nr 73
AD 1995 nr 118
AD 1995 nr 134
AD 1995 nr 148
AD 1995 nr 152
AD 1995 nr 158
AD 1996 nr 12
AD 1996 nr 41
AD 1996 nr 79
AD 1997 nr 12
AD 1997 nr 68
AD 1998 nr 17
AD 1998 nr 42
AD 1998 nr 66
AD 2000 nr 42
AD 2000 nr 51
AD 2000 nr 97

Rättsfall från Högsta domstolen

NJA 1967 s. 513
NJA 1997 s. 235

Rättsfall från Europadomstolen

11179/84 Langborger mot Sverige, Ser. A Vol. No.155.
12733/87 Stallarholmens Plåtslageri och ventilation Handelsbolag m.fl. mot Sverige, D.R.66 s 11.
18/1995/524/610 Gustafsson mot Sverige.

Sökordsregister

A

acte claire 206, 457
anställningsskydd 50, 142, 222
anställningstid 262
arbete 23, 64f, 122, 153
arbetsdelning 106, 112, 402
arbetsdomstol 41, 365
arbetsgivare 224, 299f, 321
arbetsgivarorganisation 199, 365, 408, 422
arbetstagare 26, 48, 216, 319, 320
arbetstagarorganisation 299, 365, 422
arbetsvärdering 41, 265, 333, 341, 415, 459
argumentation 32, 437
arvsrätt 83, 89, 104
avtalsfrihet 91, 115, 385
avvägningsnorm 32, 37, 245, 451
avvägningsrationell argumentation 33

B

Barnmorskemålet 316f, 332, 339ff, 359ff, 379, 452, 456, 458
behovsprincipen 126, 147
bevisbörda 256, 261, 308, 459, 465
bevisbördedirektiv 199f, 189, 245, 257f, 464f
beviskrav 257, 310, 355, 467
bevisvärdering 459
Bilka-testet 200, 259, 447

C

central förhandling 141, 386
centralisering 141, 406
common sense 37

D

decemberkompromissen 406
decentralisering 390, 395, 408f
deltidsanställd 140, 218, 239, 442
deltidsarbete 137, 151, 155, 176, 188
dikotomi 78, 160, 231, 291, 462
direkt diskriminering 65, 241ff, 325f, 466
direkt effekt 211f, 214, 464
direkt tillämplig 201, 211f, 464
direktivkonform tolkning 215f, 270
diskriminering 54, 63, 440, 448
domstol 205
dualism 172, 274

E

effektiva rättsmedel 208, 261, 267, 461, 477
effektivitetsorienterade grunder 231, 452
effektivitetsprincipen 193, 256
EG-domstolen 41, 201
ekonomiska dimensionen 22, 183, 186
etablerad position 29, 35, 49f, 322, 445, 474
Europadomstolen 367f

F

fackförening 21, 122, 399, 405
fackliga organisationer 116, 118
familjeförsörjarnormen 107, 111, 116, 128, 144
fastställelse 204, 313, 340
flexibilitet 263, 410, 428

formell jämställdhet 58, 298, 471
fri rörlighet 22, 217
fördragsbrott 204
fördragsbrottstalan 204
föreningsrätt 426
företrädesrätten 210, 274
förhandlingsordning 393, 400
förhandlingsrätt 400
förhandsavgörande 205
förmyndare 85, 95, 102, 132
förutsebarhet 35, 423, 457
förvärvsarbete 23, 81, 136
föräldraledig 154, 187, 222

G
generaladvokat 202
genus 45, 68
genuskontrakt 61, 81, 95, 152, 362, 439, 444
genusordning 45, 48, 106, 461
genusperspektiv 69, 150
genusrelation 61, 79, 148
genussystem 47, 81
genusteori 45, 440
grupprättegång 314
grupptalan 314, 363, 477

H
hembiträde 121, 134
historiskt perspektiv 23, 33, 77, 474
horisontell segregering 403
humankapital 52f, 398, 411
huvudavtal 132, 429

I
ILO 170
implementering 196f, 205, 214, 270
indirekt diskriminering 200, 247ff, 325f, 457
individuell diskriminering 66
individuell lönesättning 412, 473
industrialismen 106, 111, 117, 133
informella normer 69, 86, 102
inkomstskillnader 67, 157, 396
intervenerande lagstiftning 448
intervenerande normer 27, 287, 450
intresseavvägning 37, 348, 455
intresseavvägningsmodellen 37, 455
intressekonflikt 28, 470
intressetvist 470
isärhållning 47, 105, 441

J
juridifiering 474
justifiering 277, 450, 469
jämlikhet 56, 79, 153
JämN 371
JämO 372
jämställdhet 56f, 153, 272, 296
jämställdhetsplan 303f
jämställdhetsåtgärder 301f
jäv 368

K
kollektiv diskriminering 66, 413
kollektiva normer 31
kollektivavtal 117, 132, 196, 229, 385, 419, 433
kollektivavtal om jämställdhet 290, 429
kollektivavtalsbrott 377
konflikt 45, 463, 470
konkurrens 53, 115, 182
konsekvensorienterade grunder 32, 347, 451
Kumlamålet 335, 350
kvinnorätt 43, 45, 70
kön 31, 38, 50, 61, 231, 324
könsarbetsdelning 86, 107, 112, 402
könsmärkt 403, 412
könsneutral 60, 153, 297
könssegregerad 54, 402

L
legalitetsprincipen 191, 233, 279, 453
legalstrategi 474–477
legalt tjänstetvång 84, 94
legohjon 84, 90
legostadga 89, 97, 113, 135
lika arbete 233f, 329f
likabehandlingsdirektivet 236, 267

likabehandlingsprincipen 193, 237, 267, 279
likalönedirektivet 196, 268
likalöneprincipen 126, 129, 143, 170, 197, 410, 431
likhetsprincipen 119, 125
likvärdighetsprincipen 209
likvärdigt arbete 233, 332, 379, 471
LO 118f, 143, 145
logiker 47, 440
lön 24, 218, 316
lönearbetsideologi 25, 151, 155, 443
lönebildning 389, 401
lönekartläggning 302, 473
lönepolitik 388
lönestatistik 118, 185, 394
lönestruktur 111, 397, 411

M

makt 43, 58, 411
marknaden 262, 353, 461
marknadsfunktionellt mönster 50, 447
meritvärdering 307, 349, 415
Mjölbymålet 357, 459
moderskap 243
monism 172, 213
monopsom 54
motbevisning 257ff, 349ff
myndig 103, 105
målrationell argumentation 36, 454, 461
målsmannaskap 88, 93

N

nattarbetsförbud 122ff
nordiska modellen 187
norm 30, 441
normativa grunder 452
normativa grundmönster 22, 49, 445ff
normerande verkan 420, 424
normkollision 169, 210, 450
normrationell argumentation 35, 180, 381, 453, 459
näringsfrihet 104, 113

O

oaktsamhet 464
objektivitetsprincipen 262, 256f
OB-tillägg 316
offentlig arbetsgivare 212
offentlig sfär 30, 87
ogiltig 269, 373, 423
oorganiserad 367, 424
opartisk rättegång 367, 477

P

partssamverkan 284, 299, 304
patriarkal 89, 98, 113
pension 25, 219, 237, 241
pliktnorm 32, 37, 450
presumtion 306, 350, 467
prima-facie 253
privat arbetsgivare 213f
privat sfär 30, 87
proportionalitetsprincipen 192, 258, 352, 380

R

ramavtal 187
ramlagstiftning 36
rangordningens logik 48, 443
reell jämställdhet 46, 58, 298, 471
reproduktion 42, 122, 126, 132
reproduktiva förmåner 317
reproduktivt arbete 27, 42
rättigheter 63
rättsdogmatik 38, 43, 46
rättshandlingsförmåga 83, 87, 101
rättskälla 39
rättsprinciper 190
rättsstat 35
rättssubjekt 30, 51
rättstvist 28, 371, 470
rättssäkerhet 35f, 192, 344, 457, 466
rättvis fördelning 28, 446, 474
rättvisa 28, 57, 431
rösträtt 109

S

sakliga skäl 262, 249, 349
sanktioner 270

sekundär rätt 196
sexuell läggning 232, 448, 453
sidoförmån 221, 317, 413
skadestånd 268, 374, 427
skråväsende 93, 112
sociala dialogen 186f
sociala dimensionen 183
soft-law 271
solidarisk lönepolitik 140, 390, 392
språk 363
stabilitet 386, 390, 432
strategier 463
statistisk diskriminering 65, 161, 326
stridsåtgärd 91, 399, 406, 408, 474
strukturell diskriminering 66, 406
svenska modellen 27, 410
systematisk arbetsvärdering 417
systembevarande 33, 398, 409, 462
systemförändrande 33, 398, 409, 462
särartsprincipen 125

T

talerätt 201, 312f
taylorismen 112, 412
teleologisk 203, 236
tolkning 32, 203, 216, 464, 468
tolkningsfråga 207
tolkningsföreträde 426
transsexuell 228, 325, 458
träl 83
tvisteförhandling 339, 371, 399f

U

underordning 23, 77, 102, 108
uppsåt 242, 244, 264, 311, 375
uppsägning 143, 222, 227, 237, 252, 267
utanförstående 368, 424
utbildning 107, 120, 156, 293
utfyllande verkan 269, 373

V

vertikal segregering 402
välfärdssamhälle 25, 36, 150
välfärdsstat 25, 37, 123, 132, 154, 158
värdediskriminering 65, 449
värdekonflikt 28, 470f
väsentlighetskriteriet 255, 456

Y

yrkesförbud 122
yrkesförbundsprincipen 121
yrkesskada 122
yrkesutbildning 109, 138, 175, 263

Ä

äktenskap 51, 62, 88, 137, 152
ändamålsenlig tolkning 172, 236, 330
änka 89, 92

Ö

överklagandenämnden 206
övertidsersättning 249, 442

LIKA LÖN FÖR LIKA OCH LIKVÄRDIGT ARBETE?

EG-domstolen har i ett stort antal mål tolkat principen om lika lön, artikel 141 i EG-fördraget. Argumentationen präglas av frågan om kvinnors och mäns arbetsuppgifter över huvud taget är jämförbara. EG-domstolens tolkning av begreppet indirekt diskriminering har gjort frågan om lönediskriminering till en avvägningsnorm, där de nationella domstolarnas prövning kan leda till att särbehandlingen av kvinnor legitimeras rättsligt.

Det finns en skillnad mellan EG-domstolens tolkning av likalöneprincipen och arbetsdomstolens tolkningar i de svenska lönediskrimineringsmålen. Utformningen av jämställdhetslagens 18§ leder till att frågan om kön osynliggörs i den nationella domstolsprocessen. Genom att inte skilja mellan begreppen direkt och indirekt diskriminering görs löneskillnaderna ursäktliga och låga krav ställs på arbetsgivarens motbevisning. Arbetsdomstolen är bunden av äldre förarbeten och ser EG-domstolens rättspraxis som vägledande uttalanden. Det kollektiva förhandlings- och avtalssystemets normer präglar arbetsdomstolens juridiska argumentation.

Konflikten mellan lagstiftningen och kollektivavtalssystemet visas i analysen av Barnmorskemålet, AD 1996 nr 41. Grunden för arbetsdomstolens argumentation är konsekvensorienterad och när artskilda arbeten jämförs är beviskraven höga. Resultatet blir att systemet och löneskillnaderna består. Stabiliteten på arbetsmarknaden bevaras och det oförutsägbara – i form av nya värderingar av kvinnors och mäns arbete – befattar sig domstolarna inte med.

SUSANNE FRANSSON är verksam vid Juridiska institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet. Akademisk avhandling.

ISBN 91-7678-455-X
IUSTUS FÖRLAG