

Direkt och indirekt diskriminering inom likalöneprincipen

Handledare: Eva Schömer

Författare: Sofia Arvidsson

Examinator: Andreas Inghammar

Sammanfattning

Likalöneprincipen har varit del av gemenskapsrätten sedan dess skapande. Likväl består löneskillnaden mellan kvinnor och män i Europeiska Unionen. En av EG-domstolen största uppgift är att ge de nationella domstolarna vägledning av hur EG-rätten ska tolkas, detta stadgas i artikel 234 EG-fördraget. Därför har EG-domstolen en viktig roll i utformandet av likalöneprincipen. Genom förfarandet i artikel 234 har domstolen infört åtskillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering inom likalöneprincipen. Detta har jag valt att belysa i min uppsats genom att undersöka hur EG-domstolen gjort denna åtskillnad och vilken effekt detta fått på den reella jämställdheten. För att kunna göra detta ges först en ingående presentation av den EG-rättsliga lagstiftningen på likalöneområdet genom att systematiskt ställa upp primär- och sekundärrätt med en rättsdogmatisk metod. Definitioner av begreppen direkt och indirekt diskriminering ges och därefter analyseras de rättsfall som är av stor betydelse för utformningen av begreppen utifrån ett kritiskt genusrättsvetenskapligt perspektiv. I det avslutande kapitlet drar jag sammanfattande slutsatser angående min studie där jag konstaterar att åtskillnaden av begreppen direkt och indirekt diskriminering är behövlig men att uttolkningen EG-domstolen gjort är i behov av revidering om en reell jämställdhet ska möjliggöras.

Nyckelord:

Likalöneprincipen, direkt diskriminering, indirekt diskriminering, jämställdhet.

Abstract

The principle of equal pay has been a part of the community law since its creation. Despite this the inequality in pay between women and men persist in the European Union. One of the most important tasks of the Court of Justice is to give the national courts guidance of how to interpret the community law, this is regulated in article 234 of the EC-treaty. Because of this the Court of Justice has an important function in shaping the principle of equal pay. Through the procedure in article 234 the court has introduced the division between direct and indirect discrimination within the principle of equal pay. I have chosen to illuminate this in my essay by examining how the Court of Justice has done this division and what effect this has had on the actual equality. To be able to do so I start by giving an introduction of the community law on the equal pay area by systematically listing the primary and secondary legislation with a judicial-dogmatic method. Definitions of the terms direct and indirect discrimination is presented and a critical analysis of the case law which is of importance for the development of the division of direct and indirect discrimination is performed from a gender-legal science perspective. In the concluding chapter I summarize my conclusions where I state that the division of direct and indirect discrimination is necessary but the distinction is in need of a revision for the actual equality to be attained.

Keywords:

Principle of equal pay, direct discrimination, indirect discrimination, equality.

Innehållsförteckning

1. Inledning	5
1.1 Syfte och frågeställning	6
1.2 Avgränsningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Disposition	9
2. Principen om lika lön för lika arbete.....	10
2.1 Primärrätt	10
2.1.1 EG-fördragets artikel 141	10
2.2 Sekundärrätt	16
2.2.1 Rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män	16
2.2.2 Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda i mål om könsdiskriminering.....	19
3. Direkt och indirekt lönediskriminering	21
3.1 Direkt diskriminering.....	22
3.1.1 Definition.....	22
3.1.2 EG-domstolens praxis	24
3.2 Indirekt diskriminering	28
3.2.1 Definition	28
3.2.2 EG-domstolens praxis.....	29
4. Konsekvenser av likalöneprincipen.....	38
Lista över mål som behandlar likalöneprincipen.....	44
Källförteckning.....	46

1. Inledning

Uppsatsen kommer behandla kategoriseringen av likalöneprincipen i direkt och indirekt diskriminering och vad EG-domstolens uttolkning av de båda begreppen har inneburit för jämställdheten i realiteten. Ett klargörande av termerna jämställdhet och jämlikhet är behövlig för min studie då dessa har olika innebörd. Jämställdhet är ”ett tillstånd som kan anses råda antingen när män och kvinnor har samma rättigheter, skyldigheter och möjligheter eller först när män och kvinnor har samma ställning och inflyttande.”¹ Jämlikhet är ”alla individers lika värde.”² Eftersom jag är intresserad av lika lön mellan kvinnor och män kommer jag i det följande använda mig av termen jämställdhet. Det finns två former av jämställdhet, formell och reell, och dessa måste skiljas åt. Den formella har en fastställd likhet som målsättning men saknar materiellt innehåll. Den reella (även kallad materiella) jämställdheten ser till effekterna för den missgynnade gruppen, och är således mer resultatriktad än den formella.³

Att erhålla lika lön för lika arbete oberoende av vilket kön man tillhör är något som berör oss alla i vårt yrkesverksamma liv. EG-rätten står över den nationella rätten och därför är det EG-domstolens praxis och tolkning som styr realiserandet av jämställdhet på löneområdet.

Principen om icke diskriminering på grund av kön är en av EG-rättens mest grundläggande rättsprinciper. Likalöneprincipen i artikel 141 EGF⁴ har funnits med sedan gemenskapens begynnelse, men alltjämt under året 2007 var den genomsnittliga bruttotimlönen för kvinnor beräknad till 17 procent lägre än densamma för männen i EU:s 27 medlemsstater.⁵ Jag är förvånad av att skillnaden fortfarande är så stor och är intresserad av att undersöka varför EG-rätten inte kunnat säkerställa jämställdare löneförhållanden mellan män och kvinnor.

Diskriminering på likalöneområdet delas in i två kategorier, direkt och indirekt diskriminering. Direkt diskrimineringen innebär att själva normen fastställer att män och kvinnor ska behandlas olika. Indirekt diskriminering föreligger när åtgärder som vid första anblick ser neutrala ut missgynnar en betydligt större andel av det ena könet.

Jag har för avsikt att närmare undersöka denna kategorisering av begreppen samt vilken betydelse detta fått på den reella jämställdheten inom likalöneområdet.

¹ Nationalencyklopedin, tionde bandet 1993.

² Nationalencyklopedin, tionde bandet 1993.

³ Lerwall Lotta, *Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt*, Lustus Förlag, Uppsala 2001, s.74-75.

⁴ Tidigare artikel 119 EGF. Härefter kommer jag använda den nuvarande betäckningen 141 EGF.

⁵ The social situation in the European Union 2008, - New Insights into Social Inclusion, European Commission, Directorate- General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities-Unit E.1, Eurostat-Unit F, s.132.

1.1 Syfte och frågeställning

Syftet med denna uppsats är belysa och diskutera innebörden samt åtskillnaden av begreppen direkt och indirekt diskriminering inom likalöneprincipen och vad detta haft för inverkan på den reella jämställdheten på löneområdet.

Detta kommer jag göra genom att ge en inblick i problematiken kring EG-domstolens uttolkning av begreppen direkt och indirekt diskriminering som vid första anblick kan se distinkt och tydlig ut men som inneburit stora problem för de nationella domstolarna vilket resulterat i en substantiell praxis av förhandsavgöranden från EG-domstolen.

I samband med detta försöker jag även ge en bild av vad denna uttolkning från EG-domstolen gett för resultat på den reella jämställdheten på löneområdet mellan kvinnor och män. För att nå detta syfte har jag använt mig av följande frågeställning:

Hur har EG-domstolen uttolkat direkt och indirekt diskriminering när det gäller likalöneprincipen?

Har denna uttolkning lett till en ökad reell jämställdhet mellan kvinnor och män när det gäller lön eller inte?

1.2 Avgränsningar

Studien är avgränsad till att behandla direkt och indirekt diskriminering inom likalöneprincipen i EG-rätten. Jag kommer därmed endast beröra likalöneområdet och inte likabehandling angående anställnings- och arbetsvillkor, befordran, yrkesutbildning och social trygghet. Uppsatsen kommer endast behandla EG-rätt, svensk och internationell rätt faller därför utanför studien.

Den lagstiftning jag valt att belysa i kapitel två är den som jag anser behövlig för att en klar bild av rättsläget ska erhållas, dock nämner jag ytterligare ett antal direktiv i den löpande texten som inte kräver ett lika stort utrymme.

EG-domstolens praxis behandlas i kapitel tre. EG-domstolens praxis om likalön mellan kvinnor och män täcker ungefär 75 rättsfall.⁶ Detta substantiella material har gjort att jag

⁶ Se lista över mål inom likalöneprincipen, s.44.

tvingats begränsa mig till de mål jag anser haft störst betydelse för åtskillnaden och uttolkningen av begreppen direkt och indirekt diskriminering. Denna urskiljning har jag gjort genom att välja de rättsfall som omnämns flitigast i litteraturen på området samt genom egen läsning och genomgång av rättsfall.

En större mängd rättsfall nämns i den fortlöpande texten men inga hela referat görs då jag mer kortfattat vill belysa viktiga yttranden från EG-domstolen.

Inga hela referat görs angående yttranden från generaladvokaterna utan endast de stycken som behandlar uttolkning och klassificering av direkt och indirekt diskriminering diskuteras.

1.3 Metod och material

I uppsatsen kommer jag inledningsvis presentera det EG-rättsliga materialet genom att jag systematiskt redovisar gemenskapens primär- och sekundärrätt för att skildra likalöneprincipens omfattning. Artikel 141 EGF har tilldelats störst utrymme eftersom EG-fördraget är en primär rättskälla vilken är den överordnade rättskällan inom EG-rätten.⁷ Likalönedirektivet⁸ och bevisbördedirektivet⁹ ges ett något mindre utrymme då denna sekundärrätt har till syfte att komplettera artikel 141 EGF. Detta förfarande ligger nära den rättsdogmatiska metoden men för att kunna undersöka den reella jämställdheten går jag i kapitel 3 och 4 längre än att endast systematisera och gör en kritisk analys. Detta är nödvändigt för min frågeställning eftersom formell och reell jämställdhet inte är samma sak. Jag vill inte endast granska den formella abstrakta bilden av jämställdhet, utan även den konkreta reella jämställdheten för vilket det krävs en kritisk analys. Därför kommer jag också utgå ifrån det som på senare tid benämnts som genusrättsvetenskap. Genusrättsvetenskaplig metod är ett kritiskt forskningsperspektiv som ifrågasätter sådant som tas för givet såsom hur kön och könsrelationer utformas och reproduceras i rätt och rättstillämpning.¹⁰ Det är denna metod jag använder när jag vidare diskuterar och analyserar EG-domstolens praxis och dess påverkan på den reella jämställdheten.

⁷ Hettne Jörgen & Otken Eriksson Ida (red.), *EU-rättslig metod- Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005, s.26.

⁸ Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män, EGT L 045, 19/02/1975.

⁹ Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, EGT L 14, 20/01/1998.

¹⁰ Gunnarsson Åsa & Svensson Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur AB, Lund 2009, s.109.

EG-domstolens domar har ställning av prejudikat och har en betydelsefull rättsbildande funktion. Ett förhandsavgörande av EG-domstolen är bindande för den nationella domstol som ställt frågor angående tolkning av EG-rätten.¹¹

Val av de rättsfall som diskuterats har gjorts dels genom granskning av litteraturen på området för att fastställa vilka rättsfall angående likalön som diskuterats flitigast samt genom en egen kartläggning och genomgång av dessa rättsfall.

Genom en sökning på InfoTorgs¹² sökmotor på orden ”lika lön” valde jag ut de cirka 75 rättsfall som jag ansåg behandla likalöneprincipen.¹³ Därefter kategoriserade jag dessa efter egen förmåga som direkt eller indirekt diskriminering. Där jag var osäker rådfrågades litteraturen på området som dock inte alltid erbjöd ett svar. Eftersom åtskillnaden av begreppen är en komplex fråga finns det en möjlighet att min kategorisering innehåller vissa felaktigheter.

Generaladvokaternas yttranden är av stor betydelse i EG-rätten och har därför behandlats där dessa gjort betydande iakttagelser som har skapat diskussion kring uttolkningen av begreppen direkt och indirekt diskriminering. Inga hela referat av dessa har gjorts utan de avsnitt i yttrandena som jag ansett haft betydelse för argumentationen kring direkt och indirekt effekt har lyfts fram och diskuterats.

Materialet har i stor utsträckning varit problematiskt att erhålla. Sökmotorn Eur-Lex¹⁴ som är EU:s officiella sökmotor till lagstiftning och praxis, var min första utgångspunkt för att söka rättsfall. Den visade sig dock svåränvänd och gav inte de sökresultat jag efterlyste. Slutligen växlade jag till att i fortsättningen använda InfoTorgs¹⁵ sökmotor som är mer användarvänlig. Ytterligare bekymmer uppstod då jag sökte efter generaladvokaternas yttranden eftersom inte finns tillgängliga på internet och Växjö's Universitetsbiblioteks rättsfallssamling endast sträcker sig tillbaka till 1990. Därför fick dessa beställas vilket även gäller för flertalet böcker.

¹¹ Hettne & Otken Eriksson s.32.

¹² <https://www5.infotorg.se/rb/MainServlet?view=RattsfallForm>, söksida för EG-domstolens praxis.

¹³ Se lista över mål inom likalöneprincipen, s.44.

¹⁴ <http://eur-lex.europa.eu/>, startside.

[http://eur-](http://eur-lex.europa.eu/SuiteJurisprudence.do?T1=V100&T3=V1&RechType=RECH_jurisprudence&Submit=S%C3%B6k)

[lex.europa.eu/SuiteJurisprudence.do?T1=V100&T3=V1&RechType=RECH_jurisprudence&Submit=S%C3%B6k](http://eur-lex.europa.eu/SuiteJurisprudence.do?T1=V100&T3=V1&RechType=RECH_jurisprudence&Submit=S%C3%B6k), söksida EG-domstolens praxis.

¹⁵ <https://www5.infotorg.se/rb/premium/>, startside.

<https://www5.infotorg.se/rb/MainServlet?view=RattsfallForm>, söksida för EG-domstolens praxis.

1.4 Disposition

Uppsatsen börjar i kapitel 1 med att ge en inblick i problemområdet som ska studeras genom att redogöra för syfte och tillvägagångssätt. I kapitel 2 ges en genomgång av primär- och sekundär gemenskapsrätt som faller inom likalöneprincipen.

Tredje kapitlet tar upp den direkta och indirekta diskrimineringen inom likalöneprincipen, här ges definitioner av båda begreppen samt viktiga rättsfall redovisas och diskuteras för att visa hur begreppen formats genom rättspraxis. I fjärde kapitlet görs den slutliga diskussionen av begreppen direkt och indirekt diskriminering och EG-domstolens bedömningar av de båda och hur detta påverkat den reella jämställdheten på likalöneområdet.

2. Principen om lika lön för lika arbete

Gemenskapsrätten är indelad i primär- och sekundärrätt. Primärrätten innefattar alla grundläggande fördrag¹⁶ samt tillträdesfördrag med nya medlemsstater. Till primärrätten brukar också gemenskapens grundläggande principer räknas som EG-domstolen till stor del utformat. Principerna är härledda ur fördragen samt gemensamma rättstraditioner i medlemsländerna och är bindande för EU:s institutioner samt även för medlemsländerna men endast inom de områden som omfattas av gemenskapens kompetens.¹⁷

Sekundärrätten består av rättsakter utfärdade av EU:s institutioner, som enligt artikel 249 EGF är förordningar, direktiv, beslut samt rekommendationer och yttranden. Förordningar, direktiv och beslut har bindande rättslig verkan för medlemsländerna, rekommendationer och yttrande har inte det eftersom dessa endast formulerar förslag och åsikter till lösningar på problem. Skulle det uppstå konflikt mellan primär- och sekundärrätt är det alltid primärrätten som har företräde.¹⁸

Principen om lika lön för lika arbete har främst sin rättsliga grund i EG-fördragets artikel 141 men även i sekundärlagstiftningen i form av direktiv 75/117/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män. Direktiv 97/80/EG om bevisbörda i mål om könsdiskriminering framställs också eftersom den klargör hur bevisbördan ser ut i mål som behandlar likalöneprincipen.

2.1 Primärrätt

2.1.1 EG-fördragets artikel 141

Principen om lika lön för lika arbete har sin rättsliga grund i artikel 141 EGF som i sin första punkt slår fast att:

”Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.”

Principen har varit med sedan gemenskapens begynnelse och anses numera utgöra grunden för jämställdhetsarbetet inom EG-rätten. Artikel 141 EGF kom inte enbart till av sociala angelägenheter utan det fanns också ett ekonomiskt motiv. Frankrike var initiativtagare till

¹⁶ Romfördraget, EKSG- och Euroatomfördragen, Enhetsakten, Unionsfördraget och Amsterdamfördraget.

¹⁷ Bernitz Ulf och Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2007, s. 97-98.

¹⁸ Nyström Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002, s. 38 f.

införandet av likalöneprincipen i fördraget på grund av oro över att Beneluxländernas lägre kvinnolöner skulle konkurrera ut dess kvinnodominerade sko- och textilindustri. Introduktionen av artikel 141 i gemenskapsrätten var således till en början helt ekonomisk, EG-domstolen har dock konstaterat att det är det sociala syftet, den mänskliga rättigheten att inte bli diskriminerad, som är det huvudsakliga syftet.¹⁹ Detta dubbla syfte har gett likalöneprincipen ställning i EG-rätten som grundläggande princip.²⁰

Artikel 141 EGF blev gällande rätt 1 januari 1962, då den gick under benämningen artikel 119 och hade följande formulering:

”Varje medlemsstat skall under den första etappen säkerställa och i fortsättningen upprätthålla principen om lika lön för lika arbete.

I denna artikel ska 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.”

I och med antagandet av Amsterdamfördraget kom artikel 119 EGF att bli artikel 141 EFG, som samtidigt förstärktes och utökades. I första stycket klargörs att principen inte bara gäller lika arbete utan även likvärdigt arbete och i tredje punkten införs en ny bestämmelse som ger rådet befogenhet att med kvalificerad majoritet (vilket tidigare fordrade enhällighet)²¹ besluta om åtgärder för att säkra tillämpningen av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i frågor som rör anställning och yrke, inklusive principen om lika lön för lika eller likvärdigt arbete. I fjärde stycket infördes bestämmelsen som gör det tillåtet för medlemsländerna att positivt särbehandla det underrepresenterade könet att bedriva yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären.²²

Trots att principen om likalön varit gällande rätt sedan gemenskapens begynnelse så dröjde det till 1970 innan den prövades i EG-domstolen. Dessa första rättsfall fördes fram av en flygvärdinna anställd vid flygbolaget Sabena och resulterade i tre olika domar beträffande likalöneprincipen. Det första av dessa, *Defrenne I*²³ behandlade begreppet lön och vilka typer

¹⁹ Mål C-50/96. Se Norberg Per, *Marknadsbegreppet i konkurrensrätten och i jämställdhetsrätten - om hur olika marknadsbegrepp påverkar rättstillämpningen i lönediskrimineringsmål*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2007, s.26.

²⁰ Lundström Karin, *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten - En feministisk analys*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1999, s.103 f.

²¹ Under artikel 100 EGF.

²² Nyström s.211.

²³ Mål 80/70.

av ersättningar som begreppet innefattade. Det är dock det andra *Defrenne*²⁴ - målet som har fått störst betydelse för likalöneprincipen eftersom det var här EG-domstolen slog fast att artikel 141 EFG har direkt effekt. Den gavs inte endast vertikal direkt effekt, gentemot medlemsländerna mot vilka artikeln faktiskt är riktad, utan också horisontell direkt effekt mot privata rättssubjekt. Detta beslut motiverade domstolen med att likalöneprincipen utgör en av gemenskapens grundvalar.²⁵ Målet *Defrenne III*²⁶ behandlade huruvida olika åldersgränser för kvinnor och män för tillgång till avgångspension stred mot likalöneprincipen.

Artikel 141 EGF är inte formulerad som ett förbud mot diskriminering utan som en positiv princip om lika lön för lika arbete för män och kvinnor. Principen innefattar därmed tre kriterier, lika lön, lika/likvärdigt arbete och olika kön.²⁷

I artikel 141.2 anges att lön innebär den ”gängse grund eller minimilön samt alla övriga förmåner i form av kontanter eller naturaförmåner som arbetstagaren, direkt eller indirekt, får av arbetsgivaren på grund av anställningen.” Begreppet lön i likalöneprincipen har varit föremål för många förhandsavgöranden i EG-domstolen.

I *Barber*²⁸ - målet upprepade först EG-domstolen att det statligt baserade ålderspensionssystemen inte ingår i begreppet eftersom dessa i större grad baseras på socialpolitiska överväganden och i mindre på anställningsförhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare vilket domstolen redan fastslagit i *Defrenne I*.²⁹ Men i fråga om företagsbaserade pensionsförsäkringar kom domstolen fram till att dessa ska räknas som lön eftersom dessa utgår på grund av anställningsförhållandet.³⁰ Ett annat viktigt klargörande av lönebegreppet gjordes i samma mål då domstolen i domslutet yttrade att alla förmåner en arbetstagare erhåller av arbetsgivaren vid uppsägning på grund av ekonomiska skäl ska räknas som lön, oavsett om de utges i enlighet med anställningsavtal, lagbestämmelser eller på frivillig grund.³¹

Susanne Fransson menar att det är relationen arbetsgivare arbetstagare och utbytet av prestationer som fordras för att det ska vara fråga om lön i likalöneprincipens mening.³² Dock

²⁴ Mål 43/75.

²⁵ Mål 43/75 p.12, 28 och 40.

²⁶ Mål 149/77.

²⁷ Lundström s.218.

²⁸ Mål C-262/88.

²⁹ Mål C-262/88 p.22 och 23.

³⁰ Mål C-262/88 p.28.

³¹ Mål C-262/88 domslut.

³² Fransson Susanne, *Lönediskriminering*,ustus Förlag AB, Uppsala 2000, s.219.

fastställde domstolen i målet *Niemi* ytterligare tre kriterier som måste vara uppfyllda för att ålderspension ska anses som lön i likalöneprincipens mening:

”om pensionen endast är av intresse för en särskild kategori anställda, om den står i direkt relation till antalet tjänsteår och om beloppet beräknas på grundval av tjänstemannens senaste lön”³³

Andra typer av ersättning som erkänns som lön i likalöneprincipens mening är avtalsgrundade efterlevnadspensioner³⁴, sidoförmåner³⁵, lagstadgad sjuklön³⁶, skadestånd vid ogrundad uppsägning³⁷, ersättning för obekvämt arbetstid³⁸, ersättning för föräldraledighet vilken får vara grundad på både lag eller kollektivavtal³⁹ samt julbonus⁴⁰.

Begreppen lika eller likvärdigt arbete har inte blivit föremål för förfrågningar i samma utsträckning som lön. Men EG-domstolen har ändå gett förklaringar till hur lika eller likvärdigt arbete ska tolkas så att de nationella domstolarnas bedömningar blir korrekta. Domstolen har lagt stor vikt vid utbildning för att bedöma om arbetena är lika, om utbildningarna är olika kan inte arbetena anses som lika eftersom man använder sig av olika sorters kunskap. Yrkesutbildning anses därför vara ett sakligt skäl för löneskillnader.⁴¹ Susanne Fransson anser att denna tolkning i hög grad begränsat möjligheten till jämförelser mellan yrken som skulle kunna anses som lika.⁴² En förklaring till denna tolkning kan vara att utbildningskvalifikationer länge använts i Belgien och Frankrike och utgör värderingen av lika eller likvärdigt arbete, vilket kan ha influerat EG-domstolen i dess bedömning. Denna användning av kvalifikationer leder till att betoningen läggs på arbetstagarens värde och inte på arbetets, vilket torde vara meningen av artikel 141 EGF som föreskriver lika lön för lika eller likvärdigt *arbete* och inte lika eller likvärdig *arbetstagare*.⁴³

³³ Mål C-351/00 p.47.

³⁴ Mål C-109/91, C-110/91, C-200/91.

³⁵ Mål 12/81.

³⁶ Mål 171/88.

³⁷ Mål C-167/97.

³⁸ Mål C-236/98 p.40.

³⁹ Mål C-342/93.

⁴⁰ Mål C-333/97.

⁴¹ Mål 309/97 p.19. Se Fransson s.234f.

⁴² Fransson s.234 f.

⁴³ Social Europe, wage determination and sex segregation in employment in the European Community, supplement 4/94, s.111.

I målet *Royal Copenhagen*⁴⁴ yttrade domstolen att det var upp till den nationella domstolen att fastställa om likvärdigt arbete förelåg, vilket skulle göras utefter kriterierna arbetets beskaffenhet, utbildningskrav samt arbetsvillkor.

Ett annat klagande gjordes i målet *Murphy*⁴⁵, där kvinnliga lagerarbetare som utförde arbete av högre värde än sina manliga kollegor fick lägre lön än dessa. Eftersom kvinnornas arbete var mer kvalificerat kunde inte arbetena anses som lika. EG-domstolen ansåg ändå att det strider mot artikel 141 EGF att betala lägre lön för ett arbete av högre värde än ett av lägre värde, om jämförelsen görs mellan en man och kvinna eftersom en annan tolkning skulle leda till kringgående av likalöneprincipen.⁴⁶

I målet *Rummler*⁴⁷ konstaterade domstolen att det är tillåtet med arbetsvärderingssystem som ställer krav på viss fysisk styrka om det är nödvändigt för arbetsuppgiften, och om systemet som helhet inte är könsdiskriminerande. Den yttrade också att system som använder värden som reflekterar den genomsnittliga prestationen av arbetstagare av ena könet för att bestämma arbetets grad av ansträngning är könsdiskriminerande. Arbetsvärderingssystem måste innehålla faktorer som arbetstagare av båda könen har möjlighet att uppfylla, annars är systemet som helhet att betrakta som könsdiskriminerande.

EG-domstolen har även besvarat frågan huruvida arbetet måste utföras för samma arbetsgivare för att det ska anses vara lika eller likvärdigt i målet *Lawrence mot Regent Office Care Ltd*⁴⁸. Där uttalade den att det inte finns något i ordalydelsen av artikel 141.1 EG som säger att den är begränsad till arbeten som utförs av samma arbetsgivare, men om inte lika eller likvärdigt arbete kan hänföras till en och samma källa finns det ingen som kan hållas som ansvarig för diskrimineringen och heller ingen som kan korrigera den. Därför omfattas inte sådana situationer av artikel 141.⁴⁹ Denna bedömning har begränsat räckvidden av likalöneprincipen. Domstolen gav ingen förklaring till varför inte arbetsgivaren som betalade lägre lön för lika arbete behövde försvara detta, Evelyn Ellis anser att om könsdiskriminering kan presumeras torde väl arbetsgivaren behöva bevisa att så inte är fallet.⁵⁰ Jag finner att om arbetstagare måste vara anställda av samme arbetsgivare för att kunna bevisa olika lön för lika

⁴⁴ Mål C-400/93.

⁴⁵ Mål 157/86.

⁴⁶ Mål C-400/93 p.33.

⁴⁷ Mål 237/85.

⁴⁸ Mål C-320/00.

⁴⁹ Mål C-320/00 p.17 och 18.

⁵⁰ Ellis Evelyn, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford University Press, New York, 2005. S. 160 f.

arbete kommer själva arbetsmarknadsstrukturerna och normerna som upprätthåller skillnader i lön mellan män och kvinnor bestå.

Till sist har vi begreppet olika kön, hur EG-domstolen valt att tolka detta? Ska sexuell läggning ingå i begreppet? Detta prövades i målet *Grant*.⁵¹

Lisa Grant jobbade på kontoret för ett järnvägsbolag och vägrades reseförmåner för sin sambo eftersom de var av samma kön. Mannen som haft tjänsten tidigare hade erhållit dessa reseförmåner för sin fru. EG-domstolen fann att det inte förelåg någon direkt diskriminering eftersom det villkor som föreskrivs tillämpas likadant på det motsatta könet. Domstolen uttalade också att det inte finns någon EG-rättslig lagstiftning angående diskriminering på grund av sexuell läggning.⁵²

Dock kom domstolen till en annan slutsats i fråga om transexuella personer.

Målet *K.B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health* gällde ett par där den ena parten, en kvinna som under 20 års tid jobbat för NHS och varit ansluten till deras pensionssystem, var i ett förhållande och sammanboende med R, en kvinna som genomgått könsbyte till man. Dock hade R inte kunnat ändra sin födelseattest för att formalisera könsbytet eftersom det är förbjudet enligt nationell lag att ändra i födelseattester. NHS efterlevandepension betalas endast ut till gifta par, dock kunde inte K.B. och R. ingå äktenskap i Storbritannien eftersom endast äktenskap mellan man och kvinna får ingås enligt lag. EG-domstolen kom fram till: ”att artikel 141 EG i princip utgör hinder för en lagstiftning, som i strid med EKMR innebär att det är omöjligt för ett par som K.B. och R. att uppfylla det krav på äktenskap som uppställs för att en av parterna skall kunna komma i åtnjutande av en förmån som utgör en del av den andra partens lön”⁵³

Det följer av detta att ett par där den ena parten genomgått könsbyte och därför består av en man och en kvinna, i ordens biologiska mening, kan jämföras med ett heterosexuellt par, men ett homosexuellt par, alltså ett par bestående av samma kön, som i *Grant*- målet kan inte jämföras med ett heterosexuellt par. Domstolen har därmed fastställt den traditionella grunden för könsdiskriminering, i målet *Grant* behandlades lika fall lika och därför var villkoren förenliga med gemenskapsrätten, men i målet *K.B.* behandlades lika fall olika och därför var villkoren oförenliga med den. Jag menar att det får ses som om att EG-domstolen anser att diskriminering mot transexuella är på grund av kön och diskriminering mot homosexuella är på grund av sexuell läggning. Sådär uttryckte domstolen det i *Grant*- målet

Domstolen ansåg att sådan diskriminering i själva verket huvudsakligen, om inte uteslutande, grundades på den berörda personens kön. Tillämpningen av ett sådant resonemang, vilket innebär att denna diskriminering skall förbjudas på samma sätt som diskriminering på grund av

⁵¹ Mål C-249/96.

⁵² Mål C-249/96 p.28 och 31.

⁵³ Mål C-117/01 p.36.

att en person tillhör ett visst kön, med vilken den har nära samband, är *begränsad till fall där arbetstagare byter kön* och skall följaktligen *inte tillämpas på olika behandling på grund av en persons sexuella läggning*.⁵⁴

Ett klargörande av de olika begreppen är här behövligt. Transexualitet är ett ”tillstånd som kännetecknas av en motsättning mellan individens biologiska kön och den av individen upplevda könsidentitet..., varvid ett könsbyte oftast ses som den enda lösningen på identitetskonflikten.”⁵⁵ Homosexualitet definieras som en ”känslomässig och sexuell dragning till individer av det egna könet.”⁵⁶

EG-domstolens bedömning är således att diskriminering på grund av sexuell läggning inte omfattas av likalöneprincipen. Av ovanstående definitioner och utifrån domstolens argumentation kan jag till viss del hålla med om att begreppet kön inte innefattar sexuell läggning men att det kan innefatta transexualitet eftersom detta är knutet till könsidentiteten. Jag anser trots detta att EG-domstolens bedömning var onödigt snäv, och att det sociala syftet med likalöneprincipen, den mänskliga rättigheten att inte bli diskriminerad, inte kan uppnås genom uteslutandet av vissa grupper av människor på grundval av deras sexuella läggning. Sexuell läggning är inte direkt knutet till kön men sambandet torde vara tillräckligt starkt för domstolen att genom en extensiv tolkning, införliva sådan diskriminering i likalöneprincipen.

2.2 Sekundärrätt

Jag kommer i detta avsnitt redogöra för direktiv 75/117 samt direktiv 97/80. Direktiv är inte direkt tillämpliga i medlemsländerna, utan måste implementeras. Medlemsländerna väljer själva formen för denna implementering, men eftersom direktiv är bindande måste målsättningen uppfyllas och detta måste ske inom en viss tidsram som finns angiven i direktivet.⁵⁷

2.2.1 Rådets direktiv 75/117/EEG om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män

Likalönedirektivet kom till på förslag av kommissionen sedan det fastställts att principen om lika lön inte tillämpats i tillräckligt stor omfattning i medlemsländerna och inte uppnått någon

⁵⁴ Mål C-249/96 p.42.

⁵⁵ Nationalencyklopedin artonde bandet 1995.

⁵⁶ Nationalencyklopedin nionde bandet 1992.

⁵⁷ Fransson s.196.

praktisk betydelse. Direktivet ansågs vara ett effektivt verktyg för kommissionen att komma till rätta med detta. Det antogs med stöd av artikel 100 EGF som anger att rådet enhälligt kan utfärda direktiv om tillnärmning av lagar och författningar som direkt inverkar på den gemensamma marknadens upprättande eller funktion.⁵⁸

Domstolen klargjorde i målet *Defrenne III*⁵⁹ direktivets syfte, vilket är att klarlägga likalöneprincipens innebörd genom detaljerade formuleringar och att säkerställa principen genom lagstiftning i medlemsländerna.⁶⁰

Principen kompletterades också genom att man införde frasen ”arbete som tillerkänns lika värde”⁶¹, utöver den tidigare formuleringen lika arbete. Hur ett arbete ska tillerkännas detta lika värde anges dock inte. Att ett arbetsvärderingssystem kan vara ett sätt att bestämma olika och lika värde på arbete anges i direktivets andra stycke men krav på ett sådant ställs inte. Om ett sådant används ”måste detta vara baserat på samma kriterier för män och kvinnor och vara utformat så, att det utesluter all diskriminering på grund av kön”⁶². Problemen med arbetsvärderingssystemen är att de oftast är baserade på äldre system där arbetets värde var direkt knutet till kön, där man endast ersatt yrkets könsidentitet med neutrala benämningar men den underliggande indelningen mellan manliga och kvinnliga jobb, och därför även löneskillnaden, finns kvar.⁶³

Direktivet skiljer sig från artikel 141 EGF i sin ordalydelse av likalöneprincipen. Principen är formulerad i positiva ordalag i artikel 141 EGF, nämligen att säkerställa lika lön för lika arbete, men i direktivet är principen istället uppställd i negativ formulering som ett förbud mot diskriminering på grund av kön på löneområdet. Detta skapar dock ingen saklig skillnad mellan de båda, vilket domstolen har påpekat i sin praxis. Förhållandet mellan artikel 141 EGF och direktivet har ytterligare klargjorts i *Jenkins*⁶⁴-målet där EG-domstolen konstaterade att direktiv 117/75 huvudsakliga syfte är att underlätta tillämpningen av likalöneprincipen och att direktivet inte på något sätt kan ändra innehållet eller räckvidden av denna princip.⁶⁵ Efter

⁵⁸ Lundström s.107.

⁵⁹ Mål 149/77.

⁶⁰ Fransson s.197.

⁶¹ Rådets direktiv 75/117 art.1, st.1.

⁶² Rådets direktiv 75/117 art.1, st.2. Se Lundström s.108.

⁶³ Social Europe, wage determination and sex segregation in employment in the European Community, supplement 4/94, s.107 f.

⁶⁴ Mål 96/80.

⁶⁵ Mål 96/80 p.22.

en kodifikation innehåller nu artikel 141 EGF också likvärdigt arbete vilket lett till att direktiv 117/75 har tappat sin ställning som komplimenterande rättskälla.⁶⁶

Fyller då likalönedirektivet någon funktion alls? Den har inte varit föremål för förhandsavgöranden i EG-domstolen i någon större utsträckning och förlorat mycket av sin betydelse som komplimenterande rättskälla. Bidragande anledning till detta är att precis efter antagandet av direktivet kom EG-domstolen i *Defrenne II*⁶⁷ fram till att artikel 141 EGF har direkt effekt, vilket gjorde att implementeringen av direktivet i medlemsländerna inte var av lika stor betydelse eftersom artikel 141 därmed redan var gällande lag.⁶⁸

Evelyn Ellis framhåller att likalönedirektivets användningsområde idag främst ligger i att belysa de otydliga aspekterna av artikel 141 EGF. Tillägget av likvärdigt arbete har redan diskuterats men det finns andra tydliggörande som är värda att nämna här. Direktivet anger i sin artikel 1, i slutet av första stycket att ”all diskriminering ska avskaffas vid alla *former* och *villkor* för ersättningen.” Begreppet vid alla former påvisar att artikel 141 EGF gäller all ersättning som utgår från arbetstagaren till arbetsgivaren på grund av anställningen.⁶⁹ Ordet villkor innebär att en arbetstagare kan ifrågasätta villkoren för tillgången till lönen, som exempel kan nämnas målet *Rummler*⁷⁰ som behandlas ovan, där en kvinna ifrågasatte villkoren för att tillhöra en högre lönegrupp, där gruppindelningen baserades på muskelstyrka.⁷¹

Ett annat klagande görs i direktivets artikel 5 där arbetstagares skydd mot uppsägning förtydligas. Artikel 5 kan anses vara både bred och snäv i sin tillämpning, bred eftersom att arbetstagare ska skyddas från uppsägning både då de endast framför klagomål men även om de faktiskt för rättslig process mot arbetsgivaren för att säkerställa likalöneprincipens efterlevande. Snäv då den endast skyddar mot uppsägning och inte andra felaktiga åtgärder en arbetsgivare kan föra mot en arbetstagare.⁷²

Direktivets direkta effekt har varit föremål för många frågor från de nationella domstolarna men EG-domstolen har valt att lägga fokus på artikel 141 eftersom den är mer användbar än

⁶⁶ Fransson s.198.

⁶⁷ Mål 43/75.

⁶⁸ Ellis s. 188.

⁶⁹ Se avsnittet om lönebegreppet ovan.

⁷⁰ Mål 237/85.

⁷¹ Ellis s.196 f.

⁷² Ellis s.203.

direktivet, vilket endast ska underlätta den praktiska tillämpningen av artikeln och kan inte ändra dess betydelse eller räckvidd.⁷³

2.2.2 Rådets direktiv 97/80/EG om bevisbörda i mål om könsdiskriminering

Bevisbördedirektivet antogs 1997 och kom att kodifiera EG-domstolens rättspraxis beträffande bevisbördans fördelning och *Bilka*⁷⁴-målets principer angående indirekt diskriminering.

Syftet med direktivet är att säkerställa effektiviteten av de åtgärder medlemsländerna antagit för att implementera likabehandlingsprincipen så att alla personer som anser sig diskriminerade kan göra sina rättigheter gällande genom juridiska processer, vilket anges i direktivets första artikel. I direktivets artikel 2(2) finns den första definition av indirekt diskriminering i en rättsakt:

”Enligt den princip om likabehandling som anges i punkt 1 föreligger indirekt diskriminering när en 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.”

Definitionen anger inte enbart vad indirekt diskriminering är utan innehåller också en bevisregel som anger hur arbetsgivarens motargument ska prövas. I *Bilka*-målet fastställdes att detta ska ske genom ett särskilt proportionalitetstest, numera känt som *Bilka*-testet. Motbevisningen som ska göras av arbetsgivaren ska enligt detta test prövas utifrån om dennes medel:

”svarar mot ett verkligt behov hos företaget, är ägnade att uppnå det mål företaget eftersträvar och är nödvändiga härför”.⁷⁵

Bevisbördedirektivets definition av indirekt diskriminering fastställer att ett neutralt kriterium eller förfaringssätt måste missgynna en *väsentligt* större andel personer av det ena könet. Definitionen ställer således upp krav på bevis för att fler kvinnor än män drabbas. Det blir därmed en fråga om att genom statistiskt material bevisa att en väsentligt större andel av det ena könet missgynnas, vilket EG-domstolen själv har konstaterat. Begreppet väsentligt har varit orsak till mycket diskussion, definitioner som använts av EG-domstolen har varit av

⁷³ Mål 96/80 p.19-22.

⁷⁴ Mål 170/84.

⁷⁵ Mål 170/84 p.36. se Fransson s.259.

varierande karaktär, så som ”uteslutande eller till övervägande del består av kvinnor”⁷⁶ eller ”en betydligt större procentandel kvinnor än män”⁷⁷.

I direktivets artikel 4(1) återfinns själva bevisbörderegeln som anger att käranden ska framlägga fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering och därefter får svaranden bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling. De nationella domstolarna ska avgöra hur högt beviskravet skall ställas för att bevisbördan ska gå över på svaranden och käranden behöver inte bevisa att svaranden haft uppsåt att könsdiskriminera.⁷⁸

⁷⁶ Mål 96/80 domslut.

⁷⁷ Mål C-281/97 domslut. Se Fransson s.255.

⁷⁸ Fransson s. 199 f.

3. Direkt och indirekt lönediskriminering

Artikel 141 EGF anger inte att likalöneprincipen omfattar både direkt och indirekt diskriminering, detta har införts i principen genom EG-domstolens praxis. I målet *Defrenne II*⁷⁹ omnämns för första gången en distinktion mellan de båda begreppen i följande ordalydelse:

”För att tillämpa dessa bestämmelser måste man, inom ramen för det samlade tillämpningsområdet för artikel 119, skilja mellan, å ena sidan, direkt och öppen diskriminering, vilken kan konstateras redan utifrån kriterierna lika arbete och lika lön som anges i artikeln och, å andra sidan, indirekt och förtäckt diskriminering vilken enbart kan påvisas med beaktande av mer uttryckliga genomförandebestämmelser av gemenskapsrättslig eller nationell karaktär.”⁸⁰

Första rättsakten som innehöll en åtskillnad av begreppen var Rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor där det i artikel 2.1 anges att ingen diskriminering, direkt eller indirekt, får förekomma på grund av kön. Samma direktiv innehåller också efter ändringen 2002⁸¹, den senaste definitionen av de båda begreppen som formulerats i dess artikel 2.2:

”I detta direktiv används följande beteckningar med de betydelser som här anges:

- direkt diskriminering: när en person på grund av könstillhörighet behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation.
- indirekt diskriminering: när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringssätt särskilt missgynnar personer av ett visst kön jämfört med personer av det andra könet, om inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringssättet objektivt kan motiveras av ett berättigat mål och medlen för att uppnå detta mål är lämpliga och nödvändiga.”

Som nämnts i föregående kapitel finns det också i bevisbördedirektivet en definition av indirekt diskriminering i dess artikel 2.2.

I formuleringen av artikel 141 EGF anges det att kvinnor och män ska erhålla lika lön för lika eller likvärdigt arbete. Följaktligen är ordalydelsen av detta att män och kvinnor ska behandlas exakt lika och ingen skillnad i lön är tillåten. Så har dock inte EG-domstolen valt att tolka artikeln utan domstolen menade att det inte får förekomma någon särbehandling på grund av kön. Särbehandlingar av andra anledningar kan dock anses giltiga. Därmed uppstod åtskillnaden mellan direkt diskriminering som aldrig kan rättfärdigas av objektiva skäl och

⁷⁹ Mål 43/75.

⁸⁰ Mål 43/75 p.18.

⁸¹ Europaparlamentet och rådets direktiv 2002/73/EG.

indirekt diskriminering som kan rättfärdigas av objektiva skäl om dessa inte har något samband med kön.⁸²

3.1 Direkt diskriminering

3.1.1 Definition

Direkt diskriminering förekommer om den bakomliggande normen anger att olika grupper ska behandlas olika.⁸³ Förbudet mot direkt diskriminering har karaktären av en pliktnorm vilket gör att möjligheter till undantag är näst intill obefintliga. Om direkt lönediskriminering ska anses föreligga måste det finnas ett direkt samband mellan kön och den diskriminerande lönesättningen. Direkt diskriminering är således en fråga om orsakssamband och inte om motbevisning. EG-domstolen har i sin praxis klargjort att det krävs att en arbetstagare av det ena könet har gynnats och att en arbetstagare av det andra könet har missgynnats för att direkt diskriminering ska ha förekommit.⁸⁴

Genom EG-domstolens praxis på likalöneområdet har betydelsen av förbudet mot den direkta diskrimineringen kommit att minska i takt med att den valt att definiera fler och fler diskrimineringstyper som indirekta. De grunder för diskriminering som anses vara direkta av EG-rätten är ålder och civilstånd samt graviditet och moderskap.

Olika åldersvillkor för män och kvinnor vid pensionering och vid erhållandet av pension har klassats som direkt diskriminering då pensionsbestämmelser ofta anger olika åldrar för pensionering av kvinnor och män vilket gör att det direkta sambandet är lätt att fastställa.⁸⁵

EG-domstolen har ägnat en väsentlig andel mål åt att klargöra vad som utgör lönediskriminering när det gäller pensioner. Det är framförallt *Barber*⁸⁶- målet och dess begränsningar i tiden som har varit föremål för stor förvirring och har behandlats i flertalet av de mål som klassats som direkt diskriminering.⁸⁷

Åtskillnad på grund av civilstånd samt olika villkor för änkor och änklingar utgör direkt diskriminering. I målet *Fischer* blev en kvinna utestängd från rätten att tillhöra ett

⁸² Ellis s.88 f.

⁸³ Norberg s.24.

⁸⁴ Fransson s.240-244.

⁸⁵ Lerwall s.135 f.

⁸⁶ Mål C-262/88.

⁸⁷ Mål C-109/91, C-110/91, C-152/91, C-200/91, C-132/92, C-408/92, C-7/93, C-28/93, C-166/99.

pensionssystem endast på grund av att hon var en gift kvinna, i enlighet med yrkespensionssystemet i fråga.⁸⁸ EG-domstolen fann att:

”Rätten att vara ansluten till ett yrkespensionssystem omfattas av tillämpningsområdet för artikel 119 i EEG-fördraget och omfattas därför även av det diskrimineringsförbud som kommer till uttryck i samma artikel.”⁸⁹

I målet *Ten Oever* utgavs efterlevandepensioner endast till änkor. EG-domstolen slog fast att efterlevandepensioner omfattas av lönebegreppet i likalöneprincipen och att endast utge efterlevandepensioner till änkor stred emot principen.⁹⁰

När det kommer till graviditet och moderskap anses missgynnande kopplade till dessa som direkt relaterat till det kvinnliga könet och utgör därmed direkt diskriminering enligt EG-domstolen, detta konstaterades första gången i *Dekker*⁹¹ där en kvinna nekades anställning på grund av att hon var gravid i tredje månaden, tjänsten gick till en annan kvinna, men man bedömde ändå att det var ett fall av könsdiskriminering eftersom endast kvinnor kan bli gravida. Missgynnande på grund av graviditet och moderskap har inte prövats i någon större utsträckning på likalöneområdet men i målet *Rasmussen*⁹² kom EG-domstolen fram till att nationell lagstiftning som innebär att kvinnor inte får ut full lön före barnledighetens början vid frånvaro kopplad till graviditeten, var direkt diskriminerande vilket bekräftar att domstolen följer samma linje som i mål om anställningsvillkor.⁹³

Det är följaktligen det direkta sambandet mellan könstillhörighet och missgynnande som är väsentligt för att diskrimineringen ska anses vara direkt. Karin Lundström anser att den direkta diskrimineringen är omöjlig att bevisa eftersom EG-domstolen infört ett subjektivt rekvisit för att bevisa direkt diskriminering vilken innebär att käranden måste bevisa att svaranden haft ett uppsåt att diskriminera.⁹⁴ Susanne Fransson och Evelyn Ellis menar att så inte är fallet och att det inte existerar något i uppsåtsrekvisit i EG-domstolens praxis.⁹⁵ Jag håller med den sistnämnda argumentationen eftersom det inte finns något i EG-domstolens praxis som uttrycker att ett uppsåt ska visas och om så varit fallet hade förekomsten av direkt diskriminering varit näst intill omöjlig att bevisa.

⁸⁸ Mål C-128/93 p.4.

⁸⁹ Mål C-128/93 domslut.

⁹⁰ Mål C-109/91 p.14. Se Lerwall s.135-137.

⁹¹ Mål C-177/88.

⁹² Mål C-66/96.

⁹³ Lerwall s.137 f.

⁹⁴ Lundström s.239.

⁹⁵ Fransson s.245.

3.1.2 EG-domstolens praxis

Jag ska i detta avsnitt diskutera ett antal mål som haft stor betydelse för utvecklingen men också för avgränsningen av vad som ska klassas som direkt diskriminering.

De första diskrimineringsmål EG-domstolen behandlade, var de tre Defrenne - målen. *Defrenne II*⁹⁶ är av stor betydelse eftersom det var här EG-domstolen för första gången i sin praxis gjorde en åtskillnad av direkt och indirekt diskriminering. Frågan som ställdes av den belgiska domstolen var angående artikel 141 EGF:s direkta effekt, men även andra iakttagelser av EG-domstolen är värda att uppmärksamma.

Målet gällde inte huruvida diskriminering förelåg, detta var parterna redan överens om att så var fallet⁹⁷, utan första frågan i förhandsavgörandet gällde huruvida artikel 141 hade direkt effekt, och om denna fråga besvarades jakande ställdes en följdfråga om från vilken tidpunkt den direkta effekten skulle anses gälla.⁹⁸ För att utreda den direkta effekten av artikel 141 bedömde domstolen först dess syfte vilken är av dubbel natur, ekonomiskt samt socialt, och den ansågs därför utgöra en av gemenskapens grundvalar⁹⁹. Därefter förklarade domstolen att en åtskillnad av direkt och indirekt diskriminering måste göras, dock ansågs förbudet mot indirekt diskriminering behöva ytterligare lagstiftning och gavs ej direkt effekt.¹⁰⁰ Domstolen konstaterade att eftersom artikel 141 EGF är tvingande omfattar den inte bara myndigheter utan också alla avtal som syftar till att kollektivt reglera arbetslönen och alla avtal mellan enskilda.¹⁰¹ Svaret på första frågan blev därmed att likalöneprincipen under artikel 141 EGF har både vertikal och horisontell direkt effekt.¹⁰² Beträffande följdfrågan angående tidpunkten för den direkta effektens ikraftträdande kom EG-domstolen fram till att artikel 141 har varit gällande rätt sedan 1 januari 1962 för de ursprungliga medlemsstaterna och för de nya medlemsstaterna sedan deras inträde i gemenskapen. Dock tar den hänsyn till de ekonomiska effekterna som en retroaktiv direkt effekt av principen skulle åstadkomma och valde därför att inte tillerkänna den någon sådan.¹⁰³

⁹⁶ Mål 43/75.

⁹⁷ Mål 43/75 p.3.

⁹⁸ Mål 43/75 p.4-5.

⁹⁹ Mål 43/75 p.9-12.

¹⁰⁰ Mål 43/75 p.18.

¹⁰¹ Mål 43/75 p.39.

¹⁰² Mål 43/75 p.40.

¹⁰³ Mål 43/75 p.69-75.

Den andra frågan gällde huruvida de nationella lagstiftarnas behörighet skall erkännas inom området eller om artikel 141 har blivit tillämplig i medlemsländerna genom de rättsakter som antagits av gemenskapen.¹⁰⁴ EG-domstolen klargjorde att direktiv 75/117 inte kunde inskränka på likalöneprincipens räckvidd så som den är utformad i artikel 141 och att inte ens på de områden som principen saknar direkt effekt kan artikeln tolkas så att den nationella lagstiftaren förbehålls exklusiv behörighet att genomföra principen.¹⁰⁵

EG-domstolen gjorde, som tidigare nämnts, i detta mål den första uppdelningen av diskrimineringsförbudet i likalöneprincipen till direkt och indirekt. Domstolen formulerade denna åtskillnad genom att ange den direkta diskrimineringen som öppen och den indirekta som förtäckt.¹⁰⁶ Denna ordalydelse kan ge en missvisande bild då direkt diskriminering oftast är den som arbetsgivare gör mer för att dölja, denne skulle inte öppet medge att hellre anställa en man utan ser till att dölja detta uppsåt väl. Samtidigt kan den indirekta diskrimineringen vara väldigt uppenbar då en arbetsgivare till exempel insisterar på en onödig kvalifikation hos en arbetssökande.¹⁰⁷ Domstolen angav samtidigt att direkt diskriminering kan konstateras redan utifrån kriterierna lika arbete och lika lön samt att dessa framförallt inbegriper diskriminering som följer av lagbestämmelser eller kollektivavtal och som påvisas genom rent rättsliga analyser. Dock menade domstolen att indirekt diskriminering endast kan påvisas med ”beaktande av mer uttryckliga genomförandebestämmelser av gemenskapsrättslig eller nationell karaktär.”¹⁰⁸ Man väntade i fem år med att ge förbudet mot indirekt diskriminering direkt effekt då man i målet *Jenkins* angav att:

”Artikel 119 i fördraget är direkt tillämplig i det fall då en nationell domstol, utifrån kriterierna lika lön och lika arbete och utan gemenskapsåtgärder eller nationella åtgärder, kan fastställa att en lägre timlön för deltidsarbete än för heltidsarbete innebär könsdiskriminering.”¹⁰⁹

Att man inte fastställde detta redan i *Defrenne II*¹¹⁰ - målet har sin förklaring i medlemsstaternas oro över de ansenliga ekonomiska verkningar som likalöneprincipen skulle kunna förorsaka om den erkändes direkt horisontell effekt.

Generaladvokat i målet var Trabucchi som höll med medlemsländerna och ansåg att direkt horisontell effekt endast skulle ges till den direkta diskrimineringen eftersom EG-

¹⁰⁴ Mål 43/75 p.41.

¹⁰⁵ Mål 43/75 p.67, 68.

¹⁰⁶ Mål 43/75 p.18.

¹⁰⁷ Ellis s. 89.

¹⁰⁸ Mål 43/75 p.18 och 21.

¹⁰⁹ Mål 96/80 p.18.

¹¹⁰ Mål 43/75.

rätten inte var mogen nog att även tillerkänna den indirekta denna. Med detta menade han att likalöneprincipen ännu inte var tillräckligt utvecklad för att vara så ovillkorlig att den kan tillämpas utan att kompletterande lagstiftning måste utfärdas, vilket är villkoret för direkt effekt. Trabucchi pekade på att löne- och arbete av lika värde begreppen inte var tillräckligt utredda.¹¹¹

EG-domstolen höll med, som tidigare konstaterats, om att uttryckligare bestämmelser behövdes innan förbudet mot indirekt diskriminering kunde ges direkt effekt. Skillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering verkar, enligt den distinktion som ges i målet, vara att indirekt diskriminering behöver ytterligare förklaring genom lagstiftning och direkt diskriminering behöver det inte. Om ytterligare klagörande av begreppen lön och arbete behövdes så borde inte artikel 141 tillerkänts någon direkt effekt alls, så varför gavs direkt diskriminering direkt effekt? EG-domstolen såg sig tvungna till en kompromiss, då den ansåg att medlemsländernas usla efterlevnad av principen samt kommissionens oförmåga att göra något åt detta, som oacceptabel valde man att göra ett framåtskridande beslut för att komma till rätta med problemet.¹¹² Men för att ändå tillmötesgå medlemsländerna avvaktade man med att ge förbudet mot indirekt diskriminering direkt effekt.

Domen i *Defrenne II*¹¹³ kom således att fördröja det verkliga arbetet mot lönediskriminering på grund av kön. Att endast ge direkt diskriminering direkt effekt ger vissa förändringar men inga omvälvande sådana. Det förändrar inte innehållet i gällande normer som är formade efter männens liv och förutsättningar. Det ger lika lön för lika arbete men verkligheten är den att män och kvinnor oftast inte utför samma arbete. Det är de kvinnor som är villiga att anpassa sig efter den manliga normen som innefattar heltidsarbete och tyngre arbetsbörda, som kommer i åtnjutande av fördelarna med förbudet mot direkt diskriminering.¹¹⁴

I målet *Macarthys*¹¹⁵ upprepade EG-domstolen sin definition direkt och öppen diskriminering samt indirekt och förtäckt diskriminering.¹¹⁶, men det som är mest intressant i målet är frågan om hypotetiska arbetstagare.

¹¹¹ Förslag till avgörande av generaladvokat Trabucchi företaget den 10 mars 1976, i mål 43/75, p.4, 5.

¹¹² Ellis s.179 f.

¹¹³ Mål 43/75.

¹¹⁴ Anna Christensen. Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser. I Numhauser- Henning Ann, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, 2000, Lund, s. 56 f.

¹¹⁵ Mål 129/79.

Macarthy's, ett brittiskt grossistföretag, anställde Wendy Smith som butiksföreståndare med lönen 50 pund i veckan. Mannen som haft tjänsten innan hade slutat, men hade för samma tjänst erhållit en lön på 60 pund i veckan.¹¹⁷ Man kunde sålunda konstatera att arbetsuppgifterna var lika och att löneskillnaden var 10 pund. Den första frågan den nationella domstolen ställde var om Wendy Smith kunde jämföras med en tidigare anställd eller inte, alltså om det fanns något krav på samtidighet i likalöneprincipen. EG-domstolen konstaterade att något sådant krav inte existerar.¹¹⁸ Frågan om en hypotetisk arbetstagare av det andra könet kan tjäna som jämförelse togs även upp i målet. Domstolen yttrade att en sådan hypotes är hänförlig till indirekt och dold diskriminering, vilken kräver jämförande undersökningar av hela verksamhetsgrenar inom industrin och detta fordrar att gemenskapens eller medlemsländernas lagstiftande organ först antar bedömningskriterier. Detta ansågs inte vara möjligt i fall av direkt diskriminering eftersom jämförelser måste kunna dras från konkreta värderingar av det arbete som utförts av arbetstagare av olika kön i samma verksamhet eller tjänst.¹¹⁹

Domstolen slog därmed fast att jämförelser med hypotetiska arbetstagare inte kunde göras i fråga om direkt lönediskriminering.¹²⁰ Detta har sedan domen i *Macarthy's* inte ifrågasatts trots att likabehandlingsdirektivet nu¹²¹ stadgar att:

direkt diskriminering: när en person på grund av kön behandlas mindre förmånligt än en annan person behandlas, har behandlats eller *skulle ha behandlats i en jämförbar situation*,¹²²

Av likabehandlingsdirektivets definition av direkt diskriminering framgår det att hypotetiska jämförelser är tillåtna. Evelyn Ellis anser att likalönedirektivet anger att jämförelser måste göras för att visa lika eller likvärdigt arbete, vilket tyder på att en faktisk jämförelseperson måste finnas vilket bekräftas i *Macarthy*- målet.¹²³ Ruth Nielsen anser att formuleringen av direkt diskriminering i likabehandlingsdirektivet förmodligen kommer leda till att hypotetiska jämförelsepersoner av det andra könet kommer att kunna användas i könsdiskrimineringsmål i framtiden.¹²⁴ Frågan är om det kommer tillåtas i lönediskrimineringsmål eller inte, av

¹¹⁶Denna formulering ändrades först i mål 69/80, därefter kom endast begreppen direkt respektive indirekt diskriminering att användas, huruvida diskrimineringen var öppen eller förtäckt spelade längre ingen roll för bedömningen.

¹¹⁷ Mål 129/79 p.2.

¹¹⁸ Mål 129/79 p.13.

¹¹⁹ Mål 129/79 p.15.

¹²⁰ Detta stadgande upprepades i målet C-200/91 p.100-104.

¹²¹ Likabehandlingsdirektivet ändrades av direktiv 2002/73.

¹²² Likabehandlingsdirektivet som ändrat av direktiv 2002/73, art.2.1a. Min kursivering.

¹²³ Ellis s. 190 f.

¹²⁴ Nielsen Ruth, *European Labour Law*, DJØF Publishing, Köpenhamn 2000, s.230.

rättsläget idag verkar det som om EG-rätten endast kräver jämförelseperson vid lönediskriminering och inte vid övrig könsdiskriminering. Ett undantag till detta görs vid missgynnande av gravida kvinnor, där EG-domstolen ansett att det gravida tillståndet varit tillräckligt för att konstatera direkt lönediskriminering eftersom endast kvinnor kan bli gravida.¹²⁵

För att erhålla jämställdhet på löneområdet tror jag att det är viktigt att hypotetiska jämförelser tillåts, annars kommer kvinnor aldrig erhålla den lön de förtjänar utan den kommer alltid att bedömas i förhållande till arbetstagare av manligt kön och därmed bryts aldrig mönstret av att kvinnor ska leva efter normer som uppställts av män. Ett belysande exempel ges av Ellis där hon beskriver en kvinna som utför ett mycket högre kvalificerat arbete än den manlige jämförelsepersonen. Hon erhåller endast en aning högre lön än den manlige jämförelsepersonen men som är oproportionerlig med hennes högre kvalifikationsnivå. Men eftersom hon känner mer än mannen så kan artikel 141 EGF inte åberopas. Hade hypotetiska jämförelser varit tillåtna hade kvinnan kunnat visa att hennes egentliga lön skulle varit betydligt högre om hon varit man.¹²⁶ Ett annat möjligt alternativ till hypotetiska jämförelser är jämförelser ”med sig själv” som Lotta Lerwall uttrycker det. Hon menar att man ska jämföra med hur man hade blivit behandlad om en viss omständighet inte förelegat, ett exempel är om en kvinna inte varit gravid hade hon då behandlats på samma sätt?¹²⁷

3.2 Indirekt diskriminering

3.2.1 Definition

EG-domstolen har i jämförelse med den direkta diskrimineringen valt att lägga mycket större möda på att definiera den indirekta diskrimineringen. Förbudet mot den sistnämnda har av domstolens praxis utvecklats till en avvägningsnorm vilket innebär att man belyser de processrättsliga spelreglerna och tillämpningen av dem får konsekvenser för avvägningen.¹²⁸

¹²⁵ Målen C-177/88, C-342/93, C-66/96. Se Lerwall s.163.

¹²⁶ Ellis s.165.

¹²⁷ Lerwall s.176.

¹²⁸ Fransson s. 147.

Ett annat synsätt är att förbudet mot direkt diskriminering är absolut och förbudet mot indirekt är relativt och förhandlingsbart.¹²⁹

Om direkt diskriminering ska ha förekommit krävs ett tydligt samband mellan missgynnandet och kön. Detta samband är inte lika tydligt när det kommer till indirekt diskriminering där det är effekten av beslut och åtgärder som granskas för att konstatera missgynnande på grund av kön.¹³⁰

Tillskillnad från diskriminering på grund av nationalitet där missgynnandet endast behöver kunna förutses, så måste det i könsdiskrimineringsmål faktiskt ha förekommit ett missgynnande för att indirekt diskriminering ska anses föreligga.¹³¹ Detta kan tyckas vara onödigt, om man har ett förbud mot en situation är det inte allmänt ansett som nödvändigt att invänta att någon bryter mot förbudet, tvärtom ska lagar förebygga att så sker.¹³²

Hur stort missgynnandet måste vara för att det ska vara fråga om en presumerad indirekt diskriminering har av domstolen yttrats vid flera tillfällen, men ingen konkret procentsats har angivits. Lundström har angivit att ett statistiskt material som visar att 80 procent eller fler kvinnor missgynnats krävs för att bevisa indirekt diskriminering.¹³³ EG-domstolen har dock yttrat att ett mindre betydande avstånd men som är bestående under en längre period är tillräckligt för att en presumtion ska uppstå.¹³⁴

3.2.2 EG-domstolens praxis

Deltidsanställda och diskriminering mot dessa har upptagit en substantiell del av de indirekta målen. I *Jenkins*¹³⁵ - målet konstaterade domstolen för första gången att lönediskriminering mot deltidanställda indirekt kunde vara könsdiskriminerande mot kvinnor.

J.P. Jenkins, en deltidarbetande kvinna erhöll lägre timlön än sina manliga heltidsarbetande kollegor som utförde lika arbete.¹³⁶ Arbetsgivaren hade fram till 1975 betalt olika lön till sina kvinnliga respektive manliga anställda, men timlönen för deltid och heltidsarbete var lika. Alltsedan november 1975 erhöll heltidsanställda kvinnor och män

¹²⁹ Lundström s.326.

¹³⁰ Fransson s.240.

¹³¹ Ellis s.91.

¹³² Ellis s.94.

¹³³ Lundström s.325.

¹³⁴ Mål C-167/97, se Fransson s.256.

¹³⁵ Mål 96/80.

¹³⁶ Mål 96/80 p.2.

samma lön men timlönen för deltidsarbetande sänktes till 10 procent lägre än den för heltidsarbetande.¹³⁷ Samtliga deltidsarbetande var kvinnor med undantaget för en manlig pensionär som fått tillåtelse att under kortare perioder fortsätta arbeta på företaget.¹³⁸ Hänskjutande nationell domstol ställde frågan huruvida en skillnad i timlön mellan deltids och heltidsanställda var könsdiskriminerande då de deltidsanställda till övervägande del bestod av kvinnor. EG-domstolen yttrade att om löneskillnaden var baserad på objektiva skäl såsom uppmuntran till heltidsarbete var det inte fråga om diskriminering, men om väsentligt färre kvinnor än män arbetar heltid och företagets lönepolitik inte kan förklaras av några andra faktorer än kön föreligger diskriminering. Den angav också att det är upp till den nationella domstolen sak att i varje enskilt fall bedöma om en lönepolitik som denna i själva verket utgör diskriminering på grund av kön.¹³⁹ Den nationella domstolen frågade också om artikel 141 EGF var direkt tillämplig i målet. EG-domstolen konstaterade att:

”Artikel 119 i fördraget är direkt tillämplig i det fall då en nationell domstol, utifrån kriterierna lika lön och lika arbete och utan gemenskapsåtgärder eller nationella åtgärder, kan fastställa att en lägre timlön för deltidsarbete än för heltidsarbete innebär könsdiskriminering.”¹⁴⁰

Problemet i detta mål var att det fanns en manlig arbetstagar som arbetade deltid, och därför kunde inte sambandet mellan kön och missgynnande anses tillräckligt klart för att det skulle vara fråga om en direkt diskriminering. EG-domstolen ansåg dock att det kunde vara ett fall av indirekt diskriminering och valde att jämföra gruppen deltidsanställda med gruppen heltidsanställda istället för att jämföra Jenkins med en manlig heltidsanställd.¹⁴¹

Som tidigare klargjorts behövs inget uppsåt från den diskriminerande parten visas för att kunna bevisa lönediskriminering. Detta konstaterades i senare mål, dock verkar domstolen varit osäker på sin ståndpunkt angående detta i *Jenkins* då den uttalade att den nationella domstolen skulle döma, med beaktande av arbetsgivarens syfte, om diskriminering förelåg.¹⁴² Detta kan vara förknippat med den tidiga definitionen då direkt diskriminering ansågs som öppen och uttalad och den indirekta som förtäckt och företagen under svepskal.¹⁴³

¹³⁷ Mål 96/80 p.6.

¹³⁸ Mål 96/80 p.7.

¹³⁹ Mål 96/80 p.11-14.

¹⁴⁰ Mål 96/80 p.18.

¹⁴¹ Fransson s.248 f.

¹⁴² Mål 96/80 p.14.

¹⁴³ Detta diskuteras även ovan i anslutning till mål 43/75.

I målet anges att ekonomiska objektiva skäl kan finnas för att ge deltidsarbetare mindre timlön än heltidsarbetande och detta är tillåtet så länge dessa skäl är oberoende av arbetstagarens kön. EG-domstolen accepterar därmed att inom likalöneområdet kan ekonomiska skäl vara ett försvar för arbetsgivaren.¹⁴⁴

Alltsedan domen föll i *Jenkins* – målet har lönediskriminering av deltidsanställda grundat på kön kategoriserats som indirekt diskriminering. Det finns både kritik och medhåll för detta. Kritiken riktar sig mot att EG-domstolen i *Jenkins* omformulerade den nationella domstolens fråga till att den i huvudsak ville ha reda på om en skillnad i timlön för arbete som utförs på deltid och samma arbete som utförs på heltid utgör diskriminering om de deltidsarbetande främst består av kvinnor. Vad man gjorde var att konstatera att deltidsarbetet och heltidsarbetet var att klassas som lika arbeten och därför borde diskrimineringen ha ansetts vara direkt.¹⁴⁵ Jenkins utförde samma arbete som en manlig heltidsanställd men erhöll lägre lön, och därmed hade hon visat två av de tre kriterier som behövs för att en presumtion om direkt diskriminering ska uppstå, lika arbete och olika lön. Dock ansåg inte domstolen att kriteriet på grund av kön var uppfyllt eftersom det fanns en manlig deltidsarbetande med samma lön som de kvinnliga deltidsarbetande. Lotta Lerwall håller med om att diskriminering av deltidsanställda inte kan anses vara direkt eftersom deltidsarbete inte enbart omfattar det ena könet utan båda, för att det ska kunna anses som direkt diskriminerande måste alla deltidsanställda vara av samma kön såsom är fallet för civilstånd och graviditet.¹⁴⁶ Jag själv anser att deltidsanställningen alltid varit en kvinnoanställning, inte minst EG-domstolens praxis på området visar att majoriteten av deltidsanställda är kvinnor. Dessutom konstaterade generaladvokat Warner i sitt förslag till avgörande i *Jenkins* – målet att 90 procent av alla deltidsanställda i medlemsländerna bestod av kvinnor. Han ansåg ändå inte att diskriminering av deltidsanställda kunde utgöra direkt diskriminering eftersom detta skulle leda till för stora konsekvenser och omständigheterna i de enskilda fallen skulle förbises.¹⁴⁷

En annan kritisk synpunkt framförd av både Lotta Lerwall och Karin Lundström är att det blir lättare att kringgå ansvar vid indirekt diskriminering eftersom svarandens motbevisning, såsom ekonomiska skäl, accepteras i större utsträckning än vid mål om direkt

¹⁴⁴ Ellis s.169.

¹⁴⁵ Lundström s.230 f.

¹⁴⁶ Lerwall s.152.

¹⁴⁷ Förslag till avgörande av generaladvokat Warner föredraget den 28 januari 1981, i mål 96/80. Se Lundström s.225.

könsdiskriminering där objektiva skäl inte kan rättfärdigas efter som förbudet har karaktär av att vara absolut.¹⁴⁸

I mål om indirekt diskriminering används en specificerad proportionalitetsprincip som fastslogs i *Bilka-Kaufhaus*¹⁴⁹- målet. Även detta mål behandlade deltidsanställda, denna gång var det dock rätten att vara ansluten till ett pensionssystem som stod i fokus.

Bilka, en varuhuskoncern, införde ett tilläggs pensionssystem för sina anställda. Men endast de deltidsanställda som under en period på sammanlagt 20 år, där 15 av dessa skulle utgöra heltidsarbete, var berättigade att tillhöra systemet. Karin Weber förde talan om att detta inte var förenligt med artikel 141 EGF, då hon ansåg att bestämmelsen missgynnade kvinnor. Den nationella domstolen frågade först om pensionssystemet var indirekt diskriminerande då oproportionerligt många fler kvinnor än män drabbades.¹⁵⁰ EG-domstolen konstaterade att den sammanlagda lönen som Bilka betalade de heltidsanställda var lägre än den som utgick till de deltidsanställda vid samma antal arbetstimmar. Därefter yttrade den att om det visade sig att den procentuella andel kvinnor som arbetar heltid är betydligt lägre än den motsvarande andel män så strider åtgärden mot likalöneprincipen om detta inte kan förklaras av objektiva grundade faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.¹⁵¹ Med den andra frågans första led ville den nationella domstolen få reda på om Bilkas motiv med pensionsbestämmelserna, att sysselsätta så få deltidsanställda som möjligt eftersom dessa inte var beredda att arbeta kvällar och lördagar då det var ont om personal, kunde anses vara ett objektiva skäl. EG-domstolen yttrade att det var upp till den nationella domstolen att pröva detta men ställde upp ett proportionalitetstest för den att följa för att fastställa om åtgärden var objektiv eller ej. Testet innehåller tre kriterier, åtgärden måste svara mot ett verkligt behov hos företaget, vara ägnat åt att uppnå de mål som företaget eftersträvar samt vara nödvändiga för syftet. Uppfylls dessa föreligger ingen könsdiskriminering.¹⁵² I andra frågans andra led undrade den nationella domstolen om arbetsgivaren var skyldig att utforma pensionssystemet så att hänsyn tas till de kvinnliga arbetstagarnas familjeåtagande vilket hindrar dem från att uppfylla villkoren för pensionen. På detta svarade EG-domstolen att åläggandet av en sådan

¹⁴⁸ Lerwall s.152, Lundström s.229.

¹⁴⁹ Mål 170/84.

¹⁵⁰ Mål 170/84 p.3-6.

¹⁵¹ Mål 170/84 p.27 och 29.

¹⁵² Mål 170/84 p.32-36.

förpliktelse inte omfattades av artikel 141 EGF och att det inte fanns något i gemenskapsrätten som detta kunde grundas på.¹⁵³

Syftet med *Bilka*-testet, som det kommit att kallas, är att avgöra om åtgärder som anses som indirekt diskriminerande kan ha ett objektiva ekonomiskt syfte som inte är kopplade till könstillhörighet. En avvägning mellan kvinnors rätt att inte bli missgynnade för att de inte tillhör normen heltidsarbetande mot arbetsgivarens ekonomiska intressen, ska enligt testet göras.¹⁵⁴

Testet är baserat på proportionalitetsprincipen, det krävs ett verkligt behov, det ska vara ändamålsenligt samt nödvändigt, det måste följaktligen finnas proportionalitet mellan metod och mål. Särskilt detta sistnämnda krav på nödvändighet innebar en skärpning av arbetsgivarens bevisbörda i jämförelse med den som krävdes i *Jenkins*. Om en åtgärd ska kunna anses som nödvändig kan det inte finnas några andra åtgärder som kan uppnå samma resultat.¹⁵⁵ Dessa krav på objektiva skäl visar på att domstolen lämnat kravet på uppsåt som den tidigare satt upp i *Jenkins*-målet. Alltsedan *Bilka* har inget uppsåt varit nödvändigt för att konstatera direkt eller indirekt diskriminering.

Att EG-domstolen överlät till den nationella domstolen att avgöra huruvida *Bilkas* skäl för uteslutning ur pensionssystemet var objektiva är något det riktats kritik mot eftersom dessa skäl är tydligt diskriminerande mot kvinnor som har svårt att arbeta just kvällar och helger.¹⁵⁶ Genom att överlåta bedömningen av objektiva skäl till de nationella domstolar prövas dessa efter nationella villkor vilket betyder att ingen konform tolkning görs utan bedömningen skiljer sig åt mellan de olika medlemsländerna. Karin Lundström anser att detta hjälpte till att öka bilden av förbudet mot indirekt diskriminering som förhandlingsbart och förbudet mot direkt diskriminering som absolut.¹⁵⁷

Enderby- målet fyllde i viktiga luckor för hur de objektiva skälen ska tolkas inom likalöneprincipen, men det är även ett komplext mål eftersom diskrimineringen var svår att placera inom ramen för kategorierna direkt och indirekt diskriminering.

¹⁵³ Mål 170/84 p. 42.

¹⁵⁴ Fransson s.259 f.

¹⁵⁵ Lundström s.369 och Ellis s.110.

¹⁵⁶ Christensen Anna, Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen. I *Europaperspektiv*, (red.) Bernitz Ulf, Gustavsson Sverker och Oxelheim Lars, Nerenius & Santérus, Stockholm 1999, s.29.

¹⁵⁷ Lundström s.369.

Dr Pamela Mary Enderby var anställd som talpedagog, ett huvudsakligt kvinnodominerat yrke, som ansåg att hon blivit utsatt för könsdiskriminering då hon erhöll lägre lön än de som arbetade på samma nivå i motsvarande mansdominerade yrken för samma arbetsgivare.¹⁵⁸ Den nationella domstolen ville med sin första fråga veta om likalöneprincipen medför att arbetsgivaren är skyldig att bevisa att löneskillnaden mellan två likvärdiga arbeten var objektiv och inte baserad på könstillhörighet när det ena yrket till övervägande del består av kvinnor och det andra huvudsakligen av män. EG-domstolen utgick ifrån att yrkena var likvärdiga och ansåg att om käranden lagt fram statistiskt material som visar att en påtaglig löneskillnad mellan ett kvinnodominerat respektive mansdominerat yrke går bevisbördan över på arbetsgivaren som måste bevisa att denna skillnad är baserad på objektiva skäl.¹⁵⁹ Med andra frågan ville man veta om det var ett tillräckligt objektivt skäl att lönerna förhandlats fram i kollektivavtalsförhandlingar som förts separat för var och en av de berörda grupperna och inte haft någon diskriminerande verkan. EG-domstolen svarade att detta inte var tillräckliga skäl eftersom det skulle innebära ett kringgående av likalöneprincipen.¹⁶⁰ Den slutliga frågan gällde om den omständighet att en del av löneskillnaden beror på brist på sökande till den ena befattningen och att därmed är nödvändigt att attrahera sökande till den posten kan utgöra ett objektivt skäl. Svaret blev att det är upp till den nationella domstolen att bedöma dessa omständigheter men uttalade ändå att det är möjligt att ett sådant ekonomiskt skäl kan vara objektivt. Dock måste den nationella domstolen försäkra sig att dessa objektiva skäl står i proportion till löneskillnaden.¹⁶¹

Det anges aldrig i målet om det är fråga om direkt eller indirekt diskriminering, generaladvokat Lenz yttrar i sitt förslag till avgörande att man inte bör lägga för stor vikt vid indelningen av mål som direkta eller indirekta och att svaret på frågorna ställda av den nationella domstolen inte var beroende av en klassificering. Syftet med åtskillnaden av begreppen är att förstå de sätt på vilka kvinnor missgynnas och inte att skapa ytterligare hinder. Därför ansåg han att en formalistisk ansats inte är lämplig vid denna kategorisering utan en pragmatisk metod är bättre lämpad.¹⁶² Visst är det korrekt att en strikt kategorisering kan vara onödig och kanske även kan förhindra arbetet mot en jämlik lönesättning. Men jag anser att har man valt att göra en åtskillnad mellan direkt och indirekt diskriminering får man även försäkra sig om att inga luckor uppstår i denna

¹⁵⁸ Mål C-127/92 p.3.

¹⁵⁹ Mål C-127/92 p.7-19.

¹⁶⁰ Mål C-127/92 p.20-23.

¹⁶¹ Mål C-127/92 p.24-29.

¹⁶² Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, i mål C-127/92, p.14, 15.

kategorisering, där diskrimineringsförbudet kan kringgås. Att Lenz endast konstaterar att en åtskillnad inte alltid är möjlig är inte accepterbart, detta är ett problem som behöver utredas och inte lämnas därhän.

Trots att generaladvokat Lenz yttrade att en åtskillnad av direkt och indirekt diskriminering var onödig såg han det nödvändigt att diskutera de båda begreppen och hur dessa bör definieras. Lenz var av uppfattningen att båda formerna av diskriminering har en omvänd bevisbörda, alltså att efter att käranden visat samband mellan missgynnande och kön skulle arbetsgivaren få möjlighet att motbevisa detta med objektiva skäl som inte har något att göra med kön i både mål om direkt och indirekt diskriminering.¹⁶³ Vidare förklarade han att om indirekt diskriminering ska anses föreligga måste det finnas ett krav eller hinder som är svårt för en kvinna att uppfylla. Ett sådant hinder existerade inte i *Enderby*- målet, men förekom i alla tidigare mål som klassats som indirekt diskriminering av EG-domstolen. Lenz ansåg att kravet eller hindret i detta mål bestod i den särskilda lägre lön som talpedagoger erhöll, eftersom kvinnor av sociala skäl var tvungna att söka sig till dessa kvinnodominerade yrken som är mer flexibla jämfört med mansdominerade yrken. Dock ansåg han att det viktigaste för att bedöma huruvida indirekt diskriminering förekommer ligger inte i förekomsten av ett hinder eller krav utan istället i vilken effekt åtgärden får. Generaladvokat Lenz uttalade därefter att skillnaden mellan begreppen direkt och indirekt diskriminering ligger i att det vid direkt diskriminering görs en jämförelse mellan enskilda och vid indirekt diskriminering görs en jämförelse mellan grupper.¹⁶⁴

EG-domstolen uttalar inte direkt i målet om det är fråga om direkt eller indirekt diskriminering och inte heller om den höll med i Lenz argumentation att omvänd bevisbörda även kan användas i mål om direkt diskriminering. Karin Lundström menar att EG-domstolen inte gjorde detta utan konstaterade att omvänd bevisbörda endast utgör en del av begreppet indirekt diskriminering. Hon tycker att detta framgår dels av de mål domstolen refererade och dels i dess slutliga tolkningsutlåtande där den yttrade de formuleringar som tidigare använts vid indirekt diskriminering.¹⁶⁵

Av allt att döma ansåg EG-domstolen att *Enderby* var utsatt för indirekt diskriminering. Denna slutsats drar jag utifrån att det tidigare inte varit tillåtet att rättfärdiga direkt diskriminering med objektiva skäl, att jämförelsen gjordes mellan grupper och inte

¹⁶³ Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, i mål C-127/92, p.24, 25.

¹⁶⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, i mål C-127/92, p.39.

¹⁶⁵ Lundström s.237.

individer, som Karin Lundström konstaterade hänvisade domstolen endast till mål om indirekt diskriminering¹⁶⁶ och formuleringen överensstämmer också med den som getts i tidigare mål om indirekt diskriminering:

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

Kategoriseringen i målet blev ett problem eftersom det tidigare varit nödvändigt med ett till synes objektiva krav eller hinder som är svårt eller omöjligt för personer av det ena könet att uppfylla eller överkomma i mål om indirekt diskriminering och detta fanns inte i *Enderby*- målet var det tveksamt ifall man kunde konstatera att det var ett fall av indirekt diskriminering. Samtidigt kunde det inte vara fråga om direkt diskriminering eftersom en jämförelse inte kunde göras mellan individer då det behövdes statistiskt material för att visa på skillnaden i lön mellan de båda grupperna. Sambandet mellan missgynnandet och kön var inte heller tillräckligt starkt för att bevisa direkt diskriminering.

Att inget hinder förelåg uppmärksammades av arbetsgivaren och den brittiska regeringen som ansåg att situationen inte kunde likställas med de tidigare mål som angetts eftersom det inte var fråga om faktisk diskriminering till följd av vissa bestämmelser, som vid till exempel deltidsarbete. EG-domstolen ansåg ändå att det var fråga om könsdiskriminering om lönen för talpedagoger, som nästan uteslutande består av kvinnor, var betydligt lägre än den för farmaceuter, som huvudsakligen bestod av män.¹⁶⁷ EG-domstolen såg förmodligen faran i att kategorisera diskrimineringen i målet eftersom den då skulle behöva förklara varför den i tidigare fall bedömt att ett hinder är en nödvändig ingrediens i indirekt diskriminering men inte i *Enderby*. Man konstaterade därför endast att det var ett fall av könsdiskriminering och undvek en kategorisering. Hade man istället gett sig in i en diskussion om vad som faller inom vilket begrepp kanske utgången blivit att en diskriminering som den i *Enderby* varken föll under direkt eller indirekt diskriminering och därmed hade ett kryphål uppstått där man kunde kringgå likalöneprincipen. EG-domstolen gick därmed på generaladvokat Lenz linje och tog en pragmatisk ansats för att lösa problemet.

¹⁶⁶ Mål 170/84, 33/89, 184/89, 109/88.

¹⁶⁷ Mål C-127/92 p.15, 16.

I målet utvecklade man ytterligare arbetsgivarens beviskrav genom att styrka användandet av proportionalitetsprincipen. För att arbetsgivaren ska kunna göra gällande att det är marknadens påverkan som utgör skillnaden i lönesättningen måste det visas att denna påverkan är proportionerlig i förhållande till skillnaden i lön.¹⁶⁸ I och med domen i *Enderby*-målet har EG-domstolen accepterat att ekonomiska skäl är godtagbara för skillnader i lön mellan män och kvinnor men vart gränsen går mellan ett företags ekonomiska vinning och kvinnors rätt till lika lön har inte klargjorts.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Fransson s.260 f.

¹⁶⁹ Ellis s.169.

4. Konsekvenser av likalöneprincipen

Jag ska i detta avslutande kapitel diskutera de reella verkningar EG-domstolens praxis har fört med sig för jämställdheten mellan män och kvinnor på likalöneområdet.

Åtskillnaden mellan begreppen direkt och indirekt diskriminering har resulterat i stabilitet och säkerhet för tolkning och bedömning av diskriminering som ansetts som direkt. Detta kan förklaras genom att EG-domstolen valt att avgränsa direkt diskriminering till att endast omfatta ett fåtal former av diskriminering som har ett starkt samband mellan missgynnandet och könet. Diskriminering som anknyter till pensioner, såsom olika pensionsåldrar för män och kvinnor, eller efterlevandepensioner som endast betalas ut till änkor och inte änklingspensioner har av EG-domstolen klassificerats som direkt diskriminering. Dessa typer av diskriminering kommer förmodligen vara försvunnen inom kort. Detta borde ses som en positiv utveckling men det finns delade meningar om detta. Olika pensionsåldrar och änkepensioner har sin grund i äldre sociala mönster där dessa förmåner för kvinnor behövdes och fungerade som ett socialt skydd för den tidens enförsörjarfamiljer. Sådana kvinnliga förmåner ses i dagens samhälle som diskriminerande. Anna Christensen framhöll att änkepensioner är ojämlika men inte diskriminerande i förhållande till den stora gruppen förvärvsarbetande gifta män.¹⁷⁰ EG-domstolen har dock bedömt att kvinnliga förmåner som lägre pensionsålder samt änkepension är direkt diskriminerande i flertalet mål. Domstolen har även förklarat hur jämställdhet ska uppnås. I målet *Coloroll* fastslog domstolen att fram till att åtgärder vidtagits kan likabehandling endast säkerställas genom att de personer som tillhör den missgynnade kategorin beviljas samma förmåner som dem som tillhör den gynnade kategorin.¹⁷¹

Domstolen konstaterade vidare att när de åtgärder vidtagits som har för avsikt att undanröja diskrimineringen trätt i kraft får den tidigare gynnade gruppens förmåner istället avlägsnas så att deras lön blir den samma som den tidigare missgynnade gruppens.¹⁷² Det är alltså tillåtet att sänka den tidigare gynnade gruppens lön till samma nivå som den tidigare missgynnade gruppens. Detta får till följd att kvinnors pensionsålder höjs till männens och att änkepensioner faller bort eller reduceras för att företagen ska ha råd att bekosta även änklingspension. I samma mål kom domstolen fram till att man inte retroaktivt får begränsa de förmåner den gynnade gruppen tidigare haft.¹⁷³

¹⁷⁰ Christensen 1999, s.36.

¹⁷¹ Mål C-200/91 p.32.

¹⁷² Mål C-200/91 p.33.

¹⁷³ Mål C-200/91 p.35.

Vad som omfattas av begreppet indirekt diskriminering är fortfarande oklart och det råder stor osäkerhet om vad som krävs för att få den bevisad. Det finns ingen fastställd procentandel för hur stor andel kvinnor som måste ha missgynnats för att indirekt diskriminering ska anses föreligga. Alltifrån fakta ”som ger anledning att anta”¹⁷⁴, till ”ett tillräckligt stort antal personer”¹⁷⁵ ger ingen större klarhet i frågan. Om man istället skulle se till de procentsatser som accepterats som tillräckligt höga av EG-domstolen så visar det att en missgynnad grupp av samma kön på minst 80-90 procent¹⁷⁶ krävs, men domstolen har även uttalat att ett mindre betydande avstånd men som är bestående under en längre tid kan vara tillräckligt för att en presumtion om indirekt diskriminering ska uppstå.¹⁷⁷

Vilka objektiva/sakliga skäl som kan åberopas av den svarande parten är också otydligt. Från EG-domstolens praxis står det klart att ekonomiska skäl är godtagbara¹⁷⁸, men hur ska man väga arbetsgivarens företagsekonomiska skäl mot arbetstagarens rätt att inte bli diskriminerad? Evelyn Ellis ser en fara i att tillåta ekonomiska skäl eftersom dessa kan ha sin grund i könsdiskriminering. Hon ger som exempel ett mål om arbete av lika värde där en särskild färdighet anses vara mer värdefull än andra. EG-domstolen måste här försäkra sig om att sådana iakttagelser är helt objektiva och inte baserade på en mansorienterad uppfattning av olika färdigheters värden.¹⁷⁹

EG-domstolen har uttalat att man ska använda den specificerade proportionalitetsprincip som fastställdes i målet *Bilka-Kaufhaus* för att väga de olika intressena mot varandra.¹⁸⁰ EG-domstolen har kommit fram till att denna avvägning ska göras av de nationella domstolarna, detta har gjort att EG-domstolen inte behövt göra någon tydligare definition av de objektiva skälen utan nöjt sig med att ytterligare utveckla Bilka-testet för att inte en generalisering ska uppstå. Som tidigare nämnts anser Karin Lundström att överlåtandet av avvägningen mellan olika intressen till de nationella domstolarna har bidragit till att förbudet mot indirekt diskriminering anses som relativt och förhandlingsbart i förhållande till det absoluta förbudet mot direkt diskriminering.¹⁸¹ En annan synpunkt på vad detta beslut medfört ges av Susanne Fransson som anser att det kan uppstå konflikt mellan proportionalitetsprincipen och effektivitetsprincipen. Hon menar att proportionalitetsprincipen är normrationell och

¹⁷⁴ Bevisbördedirektivet art.4.

¹⁷⁵ Mål C-127/92 p.17.

¹⁷⁶ Lerwall s.145.

¹⁷⁷ Mål C-167/97, se Fransson s.256.

¹⁷⁸ Se Mål 96/80 p.12.

¹⁷⁹ Ellis s.169 f.

¹⁸⁰ Se Mål 170/84 p.36.

¹⁸¹ Lundström s.369.

effektivitetsprincipen är målrational och har till syfte att de nationella domstolarna ska tillämpa EG-rätt som har direkt effekt och domstolarna får inte utveckla egna bevisregler som gör det omöjligt för en enskild att föra talan. Om EG-domstolen då överlämnar avvägningen till de nationella domstolarna ställer Susanne Fransson sig frågande till efterlevnaden av effektivitetskravet.¹⁸² Jag håller med om dessa åsikter och anser att EG-domstolen borde åtagit sig ett större ansvar för hur bedömningen mellan de olika intressena ska ske. Jag anser inte att tillämpningen av Bilka-testet och överlåtandet av bedömningen till nationella domstolar ger ett fullgott skydd mot indirekt lönediskriminering. Jag menar istället att det leder till förvirring om vad som är att anse som objektiva skäl och, som Susanne Fransson uttrycker det kan till och med kan anses strida mot effektivitetsprincipen.

Frågan man måste ställa sig är om kategoriseringen direkt och indirekt diskriminering verkligen är nödvändig? Som jag tidigare diskuterat under målet *Enderby* ansåg generaladvokat Lenz att kategorisering inte alltid är nödvändig om inte frågorna ställda av den nationella domstolen är beroende av en detta. Han menade att:

“The purpose of a conceptual scheme is to comprehend methods by which women are placed at a disadvantage in their working lives and not to create additional obstacles to claims being made before the courts in respect of sex-related pay discrimination.”

Syftet är alltså att förstå med vilka metoder kvinnor missgynnas i arbetslivet. Susanne Fransson ställer sig också frågande till åtskillnaden av diskrimineringsbegreppen och om en sådan alls är möjlig. Hon anser att den inte är det eftersom det är sambandet mellan kön och missgynnande som krävs för att ett handlande ska strida mot likalöneprincipen, både i direkt och indirekt diskriminering, vilket gör att åtskillnaden mellan dem blir problematisk att upprätthålla. Hon anser dock att det finns en fara i att inte skilja begreppen åt då detta kan leda till en generalisering av diskrimineringsförbudet som gör att även direkt diskriminering kan rättfärdigas och ses som en avvägningsnorm.¹⁸³

Frågan är om inte en sådan utveckling redan startat, då både generaladvokat Lenz och van Gerven har uttalat att direkt diskriminering ska kunna rättfärdigas av objektiva skäl. Advokatgeneral van Gerven diskuterade i *Birds Eye Walls Ltd* huruvida möjligheten för rättfärdigande på objektiva grunder beror på om diskrimineringen är direkt eller indirekt. Han såg det som problematiskt att rättfärdigande skulle vara beroende av vilken form av diskriminering som förelåg. Han motsatte sig att direkt diskriminering aldrig kan rättfärdigas av objektiva grunder och menade att EG-domstolen inte heller ansåg detta. Han gav exempel

¹⁸² Fransson s.264 f.

¹⁸³ Fransson s.278.

på yttranden domstolen gjort i tidigare mål som antyder på att det kan bli möjligt med rättfärdigande genom objektiva skäl av direkt diskriminering i framtiden. Van Gerven yttrar vidare att det inte är önskvärt att inskränka möjligheten att rättfärdiga direkt diskriminering eftersom åtskillnaden mellan begreppen inte alltid är tillräckligt klar och tydlig. Han ansåg därför att i exceptionella fall ska objektiva skäl tillåtas för att rättfärdiga direkt diskriminering.¹⁸⁴ Även i målet *Smith m.fl.* drog han denna slutsats.¹⁸⁵

EG-domstolen har inte låtit sig övertalas av dessa yttranden och förhoppningsvis gör den inte det i framtiden heller. Skulle domstolen tillåta objektiva skäl även vid direkt diskriminering skulle skyddet mot lönediskriminering minska avsevärt och leda till en liknande situation som den jag diskuterat angående indirekt diskriminering, nämligen förvirring över vilka objektiva skäl som är tillåtliga och inte.

Utifrån denna diskussion anser jag att en åtskillnad av begreppen är högst nödvändig, annars anser jag i likhet med Susanne Fransson att förbudet mot lönediskriminering skulle bli en avvägningsnorm som skulle kunna rättfärdigas av allehanda objektiva skäl. Men jag menar vidare att definitionen av de båda begreppen måste bli tydligare så att inte situationer uppstår där man hamnar i ett gränsland mellan de båda diskrimineringsformerna som inträffade i *Enderby*- målet.

De främsta orsakerna till skillnaden i lön mellan kvinnor och män ligger i strukturella aspekter, såsom att kvinnor i mycket större omfattning än män förvärvsarbetar deltid¹⁸⁶, uppdelning i typiska kvinno- och mansyrken samt att männen dominerar i de högre befattningarna.¹⁸⁷ Susanne Fransson menar att det finns ett antagande om att kvinnor har en bristande förmåga vilket leder till lägre löner. Om man ser till förvärvsfrekvensen inom EU är detta påstående mycket sannolikt. Närmare 73 procent av EU:s män förvärvsarbetande under året 2008, samma siffra för kvinnor var 59 procent. Om man sedan ser till enskilda länder ligger förvärvsfrekvensen under 50 procent i länder som Grekland och Italien.¹⁸⁸ Ett antagande om att kvinnor är ineffektiva och har en bristande förmåga är lätt att göra om man ser till dessa siffror. Att kvinnor allmänt anses vara omhändertagande, familjeinriktade och saknar ambition medan männen är yrkesorienterade med karriärambition är föreställningar

¹⁸⁴ Förslag till avgörande av generaladvokat Van Gerven föredraget den 15 juli 1993, i mål C-132/92, p.12, 13.

¹⁸⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Van Gerven föredraget den 4 juli 1994, i mål C-408/92, p.17, 18.

¹⁸⁶ 2007 arbetade 30,7 procent av EU:s kvinnor deltid, samma siffra för män låg på 6,9 procent. Eurostat-statistics in focus, 99/2008 Population and social conditions s.5, (elektronisk)

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-08-099/EN/KS-SF-08-099-EN.PDF

¹⁸⁷ The social situation in the European Union 2008, s.132.

¹⁸⁸ <http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tsiem010&tableSelection=1&footnotes=yes&labeling=labels&plugin=1>, 21-10-09. (Elektronisk) Statistik över förvävsfrekvens.

som resulterar i en indelning mellan manliga och kvinnliga yrken och olika löner för dessa.¹⁸⁹ EG-domstolen gavs en stor möjlighet att ändra på detta i målet *Enderby* som just behandlade skillnader i lön mellan yrket talpedagog som anses vara ett kvinnoyrke och yrket farmaceut som allmänt anses som ett manligt yrke. Men som tidigare diskuterats valde domstolen att inte rakt ut konstatera vilken form av diskriminering som förelåg men använde sig av det tillvägagångssätt som är typiskt för indirekt diskriminering. Susanne Fransson menar att detta var felaktigt av EG-domstolen och att den borde bedömt diskrimineringen i målet som direkt eftersom tillkomsten av ett könskodat yrke och en särskild kvinnolön för denna, inte kan grundas på något annat än kön.¹⁹⁰ Jag håller fullständigt med henne i detta, hade EG-domstolen valt att genom en extensiv tolkning av begreppet direkt diskriminering inbegripit sådan systematisk diskriminering som tillerkänner lägre lön till ett yrke endast på grund av att det är ett kvinnoyrke, kunde man fått en mycket bättre möjlighet att eliminera dessa löneskillnader. Men som rättsläget ser ut i nuläget är skillnader i lön mellan yrkesgrupper som anses kvinnliga respektive manliga att betrakta som indirekt diskriminering vilket för med sig att denna skillnad kan bortförklaras genom objektiva skäl.

När det kommer till deltidsanställda gjordes ett försök att förbättra skyddet för dessa genom införandet av rådets direktiv 97/81¹⁹¹ om genomförandet av ramavtalet om deltidsarbete. Syftet var att uppmuntra användningen av deltidsanställningar samt att förhindra missgynnande av deltidsanställda. Ramavtalet anger att diskriminering mot deltidsarbetande är förbjudet om det inte finns objektiva skäl för den annorlunda behandlingen.¹⁹² Susanne Fransson anser att denna formulering visar på att diskriminering mot deltidsanställda regelmässigt klassificeras som indirekt diskriminering.¹⁹³ Och jag ser mig nödgad att hålla med eftersom formuleringen av diskrimineringsförbudet i direktivets klausul 4 knappast kan anses som absolut utan snarare tar formen av förbudet mot indirekt diskriminering och är därmed konsekvent med EG-domstolens praxis. Direktivets betydelse är ringa då den inte tillför mycket mer än vad som redan stadgats av EG-domstolen. Evelyn Ellis anser att direktivet går så långt som att tillåta rättfärdigandet av direkt diskriminering mot deltidsanställda och därför kommer deltidsarbetande kvinnor hellre åberopa artikel 141 än

¹⁸⁹ Lerwall s.109.

¹⁹⁰ Fransson s.251.

¹⁹¹ Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 014 20/01/98.

¹⁹² Ramavtal om deltidsarbete klausul 4.1.

¹⁹³ Fransson s.188.

deltidsdirektivet.¹⁹⁴ Det kan därmed konstateras att deltidstidstivet inte ger ett bättre skydd än vad artikel 141 EGF gör.

Så hur ska deltidstidstivande få ett bättre skydd mot lönediskriminering? Jag anser att den bevisning man måste föra för att fastställa en presumtion om indirekt lönediskriminering är för betungande för en enskild arbetstgare. Jag finner också att kraven på de objektiva skäl som den svarande arbetsgivaren kan åberopa ska skärpas. Det ska inte anses vara ett godtagbart ekonomiskt skäl att uppmuntra till heltidsanställningar genom att ge dessa bättre villkor. Kvinnor är beroende av deltidstidstivningen, ekonomiska objektiva skäl ska påverka alla arbetstgare lika mycket. Ska då diskriminering av deltidstidstivda omtolkas så att den istället utgör direkt diskriminering? Detta är en svår fråga att ta ställning till, för med den klassificering som EG-domstolen använder idag kan diskriminering av deltidstidstivda omöjligt utgöra direkt diskriminering. Det finns inget samband mellan kön och deltidstidstiv på samma sätt som det gör mellan olika pensionsåldrar, änkepensioner samt missgynnande på grund av graviditet. Men faktum kvarstår att 30 procent av EU:s kvinnor har en deltidstidstivning jämfört med 6 procent av EU:s män.¹⁹⁵ Jag gör samma bedömning här som i diskussionen angående lönediskriminering av typiska kvinnoyrken, hade EG-domstolen valt att inkludera diskriminering av deltidstidstivda i begreppet direkt diskriminering, hade ett bättre skydd existerat. Men hade man inte klassat diskriminering av deltidstidstivda som indirekt diskriminering i målet *Jenkins* hade ingen åtskillnad av begreppen varit nödvändig, detta hade förmodligen resulterat i att hela förbudet mot lönediskriminering blivit en avvägningsnorm som diskuterats ovan. Därför måste jag svara nej, diskriminering mot deltidstidstivda bör inte göras till direkt diskriminering, men bevisreglerna för indirekt diskriminering behöver revideras för att ett bättre skydd för deltidstidstivda kvinnor.

I min uppsats har jag diskuterat de reella verkningarna av EG-domstolens praxis. Jag anser att åtskillnaden mellan direkt och indirekt diskriminering är nödvändig för att inte hela förbudet mot lönediskriminering ska bli en avvägningsnorm. Men för att möjliggöra en reell jämställdhet inom löneområdet behöver åtskillnaden mellan begreppen förtydligas så att inte situationer som den i målet *Enderby* uppstår. Jag menar vidare att den bevisning den kärende parten ska föra för att fastställa en presumtion om indirekt lönediskriminering är för betungande för en enskild arbetstgare samt att kraven på de objektiva skäl som den svarande arbetsgivaren kan åberopa ska skärpas för att ett bättre skydd mot arbetsmarknadens strukturella diskriminering ska erhållas.

¹⁹⁴ Ellis s.249.

¹⁹⁵ Eurostat- statistics in focus, 99/2008 Population and social conditions (elektronisk), s.5.

Lista över mål som behandlar likalöneprincipen

Direkt diskriminering	Indirekt diskriminering	Talan om fördragsbrott
80/70 Defrenne I	96/80 Jenkis	58/81 Kommissionen./. Luxembourg
43/75 Defrenne II	170/84 Bilka-Kaufhaus	61/81 Kommissionen./. Förenade Kungariket Storbritannien och Nordirland
129/79 Macarthys	171/88 Rinner-Kühn	143/83 Kommissionen./. Danmark
69/80 Worringham & Humphreys	09/88 Danfoss	C-173/91 Kommissionen ./. Belgien
12/81 Garland	C-33/89 Bötel	Domstolens dom den 28-10- 99 Kommissionen./. Grekland
23/83 Liefting	C-184/89 Nimz	
157/86 Murphy m fl.	C-127/92 Enderby	
C-262/88 Barber	C-399/92, C-408/92, C- 425/92, -34/93 och C-78/93 Helmig mfl	
C-109/91 Ten Oever	C-57/93 Vroege	
C-110/91 Moroni	C-278/93 Freers & Speckmann	
C-152/91 Neath	C-435/93 Dietz	
C-200/91 Coloroll	C-457/93 Lewark	
C-132/92 Birds Eye Walls Ltd.	C297/93 Grau-Haupka	
C-408/92 Smith m fl.	C-400/93 Royal Copenhagen	
C-7/93 Beune	C-243/95 Hill & Stapleton	
C-28/93 van den Akker m fl.	C-50/96 Schröder	

C-128/93 Fisscher	C-234 & 235/96 Vick & Conze
C-342/93 Gillespie	C-246/96 Magorrian & Cunningham
C-147/95 Evrenopoulos	C-167/97 Regina
C-66/96 Pedersen	C-249/97 Gruber
C-166/96 Defreyne	C-270 & 271/97 Sievers & Schrage
C-411/96 Boyle	C-281/97 Krüger
C-249/96 Grant	C-309/97 Angestelltenbetriebsrat
C-326/96 B.S. Levez	C-333/97 Lewen
C-218/98 Abdoyale	C-78/98 Preston
C-50/99 Podesta	C-236/98 Jämo mot Örebro läns landsting
C-379/99 Menauer	C-320/00 A.G. Lawrence
C-381/99 Brunnhofer	C-256/01 Allonby
C-206/00 Mouflin	C-224/01 Köbler
C-351/00 Niemi	C-4/02, C-5/02 Schönheit, Becker
C-117/01 K.B.	C-196/02 Nikoloudi
C-19/02 Hlozek	C-220/02 Österreichischer Gewerkschaftsbund
C-147/02 Alabaster	C-285/02 Elsner-Lakeberg
C-284/02 Sass	C-17/05 B.F. Cadman
C-191/03 McKenna	C-300/06 Voß
C-207/04 Vergani	
C-267/06 Maruko	

Källförteckning

Litteratur

Bernitz Ulf och Kjellgren Anders, *Europarättens grunder*, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Christensen Anna, Den EG-rättsliga likhetsprincipen versus den europeiska enförsörjarfamiljen. I *Europaperspektiv*, (red.) Bernitz Ulf, Gustavsson Sverker och Oxelheim Lars, Nerenius & Santéus, Stockholm 1999.

Christensen Anna. Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser. I Numhauser- Henning Ann, *Perspektiv på likabehandling och diskriminering*, Juristförlaget i Lund, Lund 2000.

Ellis Evelyn, *EU Anti- Discrimination Law*, Oxford University Press, New York 2005.

Fransson Susanne, *Lönediskriminering*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2000.

Gunnarsson Åsa & Svensson Eva-Maria, *Genusrättsvetenskap*, Studentlitteratur AB, Lund 2009.

Hettne Jörgen & Otken Eriksson Ida (red.), *EU-rättslig metod- Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.

Lerwall Lotta, *Könsdiskriminering – en analys av nationell och internationell rätt*, Iustus Förlag, Uppsala 2001.

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

Nationalencyklopedin Band 9, Bra Böcker 1992.

Nationalencyklopedin Band 10, Bra Böcker 1993.

Nationalencyklopedin Band 18, Bra Böcker 1995.

Nielsen Ruth, *European Labour Law*, DJØF Publishing, Köpenhamn 2000.

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

Nyström Birgitta, *EU och arbetsrätten*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.

Offentligt tryck

Rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmningen av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män, EGT L 045, 19/02/1975.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, EGT L 269, 5.10.2002.

Rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering, EGT L 14, 20/01/1998.

Rådets direktiv 97/81/EG av den 15 december 1997 om ramavtalet om deltidsarbete undertecknat av UNICE, CEEP och EFS, EGT L 014, 20/01/98.

Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling, EGT L 303, 2.12.2000.

Social Europe: Wage Determination and Sex Segregation in Employment in the European Community, Supplement 4/94, European Commission Directorate-General for Employment, Industrial Relations and Social Affairs.

The Social Situation in the European Union 2008- New Insights into Social Inclusion, European Commission, Directorate- General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities-Unit E.1, Eurostat-Unit F.4.

Rättsfall från EG-domstolen

Mål 80/70 Gabriel Defrenne mot Belgien [1971] ECR 445.

Mål 43/75 Gabriel Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena [1976] ECR 455.

Mål 149/77 Gabriel Defrenne mot Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena [1978] ECR 1365.

Mål 129/79 Macarthys Ltd mot Wendy Smith [1980] ECR 1275.

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

Mål 12/81 Eileen Garland mot British Rail Engineering Limited [1982] ECR 359.

Mål 170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH mot Karin Weber von Hartz [1986] ECR 1607.

Mål 237/85 Gisela Rummler mot Dato-Druck GmbH [1986] ECR 2101.

Mål 157/86 Mary Murphy m.fl. mot An Bord Telecom Eireann [1988] ECR 673.

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 Elisabeth Johanna Pacifica Dekker mot Stichting Vormingcentrum voor Jong Volwassenen (VJV-Centrum) Plus [1990] ECR I-3941.

Mål 262/88 Douglas Harvey Barber mot Guardian Royal Exchange Assurance Group [1990] ECR I-1889.

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 C-109/91 C C Oever mot Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers en Schoonmaakbedrijf [1993] ECR I-4879.

Mål C-110/91 Michael Moroni mot Collo GmbH [1993] ECR I-6591.

Mål C-152/91 David Neath mot Hugh Steeper Ltd [1993] ECR I-6935.

Mål C-200/91 Coloroll Pension Trustees Ltd mot James Richard Russel m.fl. [1994] ECR I-4389.

Mål C-127/92 Dr P M Enderby mot Frenchay Health Authority och Secretary of Health [1993] ECR I-5535.

Mål C-132/92 Birds Eye Walls Ltd mot Friedel M. Roberts [1993] ECR I-5579.

Mål C-408/92 Constance Christina Ellen Smith and Others mot Advel Systems Limited [1994] ECR I-4435.

Mål C-7/93 Bestuur van het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds mot G.A. Beune [1994] ECR I-4471.

Mål C-28/93 Maria Nelleke Gerda van den Akker m.fl. mot Stichting Shell Pensioenfonds [1994] ECR I-4527.

Mål C-128/93 Geertruida Catharina Fisscher mot voorhuis Hengelo BV och Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel [1994] ECR I-4583.

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 Specialarbejderforbundet i Danmark mot Dansk Industri, representerande Royal Copenhagen A/S [1995] ECR I-1275.

Mål C-50/96 Deutsche Telecom AG mot Lilli Schröder, [2000] ECR I-743.

Mål C-66/96 Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark m.fl. mot Fællesforeningen for Danmarks Brugsforeninger m.fl.[1998] ECR I-7327.

Mål C-249/96 Mary Teresa Magorrian och Irene Patricia Cunningham mot Eastern Health & Social Services Board och Department of Health and Social Services [1997] ECR I-7153.

Mål C-167/97 The Queen mot Secretary of State Employment, ex parte Nicole Seymore-Smith och Laura Perez [1999] ECR I-623.

Mål C-281/97 Andrea Krüger mot Kreiskrankenhaus Ebersberg [1999] ECR I-5127.

Mål C-309/97 Angestelltenbetriebsrat der Wiener Gebietskrankenkasse mot Wiener Gebietskrankenkasse [1999] ECR I-2865.

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

Mål C-236/98 Jämställdhetsombudsmannen mot Örebro Läns Landsting [2000] ECR I-2189.

Mål C-166/99 Marthe Defreyne mot Sabena SA [2000] ECR I-6155.

Mål C-320/00 Lawrence mot Regent Office Care Ltd [2002] ECR I-7325.

Mål C-251/00 Pirkko Niemi [2002] ECR I-7007.

Mål C-117/01 K.B. mot National Health Service Pensions Agency och Secretary of State for Health [2004] ECR I-541.

Mål C-256/01 Allonby mot Accrington and Rossendale College [2004] ECR I-873.

Internet

<http://eur-lex.europa.eu/> ,startside Eur-Lex sökmotor.

http://eur-lex.europa.eu/SuiteJurisprudence.do?T1=V100&T3=V1&RechType=RECH_jurisprudence&Submit=S%C3%B6k ,sökside för EG-domstolens praxis.

<https://www5.infotorg.se/rb/premium/> ,startside InfoTorgs sökmotor.

<https://www5.infotorg.se/rb/MainServlet?view=RattsfallForm> ,sökside för EG-domstolens praxis.

http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_OFFPUB/KS-SF-08-099/EN/KS-SF-08-099-EN.PDF, 20-10-09. Eurostat- statistics in focus, 99/2008, Population and social conditions.

<http://epp.eurostat.ec.europa.eu/tgm/table.do?tab=table&language=en&pcode=tsiem010&tableSelection=1&footnotes=yes&labeling=labels&plugin=1,21-10-09>. Statistik över förvärvsfrekvens.

Förslag till avgörande av generaladvokater

Förslag till avgörande av generaladvokat Trabucchi föredraget den 10 mars 1976, i mål 43/75.

Förslag till avgörande av generaladvokat Warner föredraget den 28 januari 1981, i mål 96/80.

Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz föredraget den 14 juli 1993, i mål C-127/92.

Förslag till avgörande av generaladvokat Van Gerven föredraget den 15 juli 1993, i mål C-132/92.

Förslag till avgörande av generaladvokat Van Gerven föredraget den 4 maj 1994, i mål C-408/92.