

## Barnmorskemålet II

1. Arbetsdomstolens dom, *AD 2001 nr 13* (barnmorskemålet II) är ett viktigt avgörande, både klargörande och dessvärre även dunkelt i ett och samma penn-drag. Låt mig först få teckna den korta bakgrunden.

2. I domen *AD 1996 nr 41* (barnmorskemålet I) processade samma parter (JämO och Örebro läns landsting). JämO förlorade det målet därför att bevisningen gäl-lande arbetsvärderingen var för klen; den hämtade näring från ett arbetsvärde-ringssystem som hämtats från Nya Zeeland och som inte ens börjat tillämpas där. Det är uppenbart att lekmanaledamöterna i AD inte kände igen sig. AD lade bevisbördan för att en presumtion för lönediskriminering förelåg på rätt så hög nivå, av närmast rättssäkerhetsskäl och mot bakgrund av målsättningsstad-gandet i 2 § jämställdhetslagen (nedan JämL). 2 § är närmast en appell till arbetsmarknadens parter att utplåna osakliga löneskillnader med rötter i den segregerade arbetsmarknadens löneförhållanden. AD behövde därför i detta mål inte komma in på arbetsgivarens motbevisning genom bl.a. marknadsfaktorns betydelse för lönesättningen.

3. Samma tvist aktualiseras på nytt då JämO stämmer samma landsting den 30 september 1997. Efter en runda i EG-domstolen då två frågor belyses, nämligen på vilket sätt ersättning för obekvämt arbetstid och om den kortare arbetstiden för barnmorskor kan inverka på lönejämförelsen,<sup>1</sup> så nedkommer AD med dom den 21 februari 2001. Det tog således närapå 3 år och 5 månader att komma till ett slutligt avgörande.

Förhållandena i det aktuella målet är i korthet följande. Två kvinnliga barn-morskor har lägre grundlön än en manlig medicintekniker. Skillnaderna i lön varierar mellan 2 och 4 tkr per månad. JämO har menat att detta står i strid med JämL. Landstinget anser att löneskillnaderna har saklig grund. AD avslår JämO:s talan.

### Domstolens skäl

4. Den första fråga AD hade att besvara var om de olikartade arbetena var att betrakta som likvärdiga i JämL:s mening. Domstolen hade att tolka 18 § JämL i lydelse före 1 januari 2001.<sup>2</sup> Av dess första stycke följer att otillåten könsdis-

<sup>1</sup> Case C-236/98. De båda frågorna besvaras nekande.

<sup>2</sup> Lönediskrimineringsförbudet i den nya jämställdhetslagen efter ändringarna genom prop. 1999/2000:143 har fått en delvis annorlunda uppbyggnad än vad som gällde i 1991 års lag, men i de

kriminering föreligger när en arbetsgivare ger lägre lön till en arbetstagare jämförd med en annan arbetstagare av motsatt kön, när de utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt. Parterna i målet var ense om att största tonvikt vid arbetsvärderingen skulle läggas vid kriterierna kunskap/förmåga och ansvar. AD finner, efter en grundlig genomgång av lagförarbetena, att vad landstinget anfört om att de aktuella arbetsuppgifterna över huvud taget inte kan jämföras saknar stöd i något EG-rättsligt material. Vidare konstateras att de svenska lagförarbetena uppenbarligen bygger på att även högst olikartade arbeten kan vara att betrakta som likvärdiga.

Vad sedan gäller frågan om arbetena var av lika värde gör domstolen den bedömningen – efter en ingående granskning – att kraven inte beträffande något av de aktuella kriterierna kan anses lägre för barnmorskorna än för klinikingenjören. Arbetena är således att betrakta som likvärdiga. Det förelåg därför en presumtion för lönediskriminering.

5. Därefter behandlar domstolen arbetsgivarens motbevisning. 18 § JämL är uppbyggd så att om domstol funnit att det föreligger en presumtion för lönediskriminering så skall domstolen enligt paragrafens andra stycke bedöma vad arbetsgivaren åberopat till stöd för att den lägre lönen beror på skillnader i arbetstagarnas sakliga förutsättningar för arbetet (detta led var inte aktuellt i målet) eller att löneskillnaden i varje fall varken direkt eller indirekt har samband med kön (detta led var aktuellt i målet). Tre grunder bedömdes (ålder, marknadsfaktorn och kollektivavtalsbakgrunden). Jag behandlar dem i denna ordning.

6. Del av löneskillnaden förklaras först av att medicinteknikern var *äldre* än barnmorskorna och till följd därav uppnått ett högre löneläge. Skillnaden i ålder dem emellan var 17 resp. 14 år.

7. Större del av löneskillnaden förklaras dock av *marknadseffekterna*, dvs. att medicinteknikern har en kompetens som kan tas i anspråk på många håll inom den mer tekniskt inriktade delen av det privata näringslivet. AD menar att landstinget anses bara ha anpassat lönesättningen för medicinteknikern till de förhållanden som gällt på den privata arbetsmarknaden som en *alternativ arbetsmarknad* för honom. Det var även antagligt att medicinteknikern skulle ha haft en lön på den privata arbetsmarknaden som legat på samma eller i vart fall inte på lägre nivå än den lön han hade i sin anställning hos landstinget. AD hämtade stöd för att marknadseffekten fick detta genomslag i bl.a. Enderby-domen.<sup>3</sup>

delar som rör barnmorskemålet II torde knappast utgången ha blivit en annan med de nya bestämmelserna.

<sup>3</sup> Case C-127/92.

JämO invände i denna del av målet att det inte ens påståtts att medicinteknikern fått erbjudanden om anställning hos privata företag, eller att han av sin arbetsgivare skulle ha fått ett individuellt bestämt lönetillägg av – just – marknadsskäl. Gentemot det anför AD att det inte är en nödvändig förutsättning vid tillämpningen av 18 § JämL att en arbetstagares lön måste höjas som följd av ett hot om övergång till en annan, mer välbetald anställning. Det saknas även rättsligt stöd att av arbetsgivare kräva att de skall behöva visa att högre lön av marknadsskäl utges i form av ett individuellt bestämt lönetillägg. AD fann därför att landstingets lönesättning av klinikingenjören var *objektivt försvarlig*.

8. Den tredje grunden – att lönerna för de aktuella arbetstagarna varit bestämda i kollektivavtal inom ramen för vad som lagts fast i centrala överenskommelser mellan parterna på landstingssektorn – behandlas utförligt av AD. Först berörs den s.k. *kollektivavtalsbakgrunden* då domstolen inledningsvis drar vissa slutsatser av hur lönediskrimineringsfrågorna behandlats i de svenska lagförarbetena. Vad domstolen då funnit innebär inte att "kollektivavtalsbakgrunden allmänt sett saknar betydelse i en lönediskrimineringsvist" (s. 30 domen). Samma fråga tas sedan upp i domskälen under särskild rubrik ("Betydelsen av kollektivavtalen") i samband med att landstingets motbevisning granskas. Arbetsgivarparten har då erinrat om att det aktuella kollektivavtalet (ÖLA 95) är könsneutralt. Det hävdas då bl.a. att av de allmänna principer varpå kollektivavtalet vilar följer att hänsyn får tas till de s.k. marknadseffekterna.<sup>4</sup> JämO har, å andra sidan, menat att det förhållandet att arbetstagarnas löner har bestämts genom kollektivavtal inte kan tillmätas någon betydelse alls.

Som framgår av det följande finner AD att "det finns ett utrymme för att beakta kollektivavtalsbakgrunden när man bedömer frågan om arbetsgivaren har haft godtagbara sakliga skäl för att tillämpa olika löner för arbeten vilka i sig är att bedöma som lika eller likvärdiga" (s. 38 domen).<sup>5</sup> När domstolen prövar denna fråga åberopas såväl Enderby- som Royal Copenhagen-domarna från EG-domstolen.

Vad gäller först Enderby-domen så handlade den om löner som fastställts genom kollektivavtalsförhandlingar som förts separat och oberoende för var och

<sup>4</sup> I kollektivavtalet – ÖLA 95 – sägs till och med under avsnittet "Gemensamma grunder" (§ 2) att det skall göras en värdering av bl.a. lönen "i förhållande till andra avtalsområden på orten/i regionen". AD omnämner inte just detta förhållande i domen, ej ens i samband med att man återger kollektivavtalet inledningsvis. Det kan inte uppfattas på annat sätt än att AD inte funnit att det är så relevant om avtalet innehåller en uttrycklig referens till marknadslöneaspekten. Som jämförelse kan anföras att i Radio Dalarna, AD 1991 nr 62, återgav AD i inledningen vad som föreskrevs i det ifrågakvarande kollektivavtalet, dvs. att "även marknadskrafterna påverkar löneavvägningen"; AD återkom till denna aspekt då domstolen sedan avgjorde rättsfrågan i målet (se domssamlingen s. 365 f.).

<sup>5</sup> Arbetsdomstolen gör samma bedömning i AD 1997 nr 68 (s. 527 domssamlingen) med hänvisning till målet C-400/93, Royal Copenhagen som AD återkommer till i barnmorskemålet II utan att särskilt åberopa vad som tidigare sagts.

en av två yrkesgrupper (apotekare och logopedier) vilka företrädde av en och samma fackförening.<sup>6</sup> EG-domstolen fann att detta förhållande inte utgjorde hinder att fastställa att det förelåg en tydlig lönediskriminering; domstolen menade att något annat skulle kunna leda till ett kringgående av likalöneprincipen enligt (dåvarande) artikel 119.

I Royal Copenhagen-domen anlade EG-domstolen ett delvis annorlunda synsätt på kollektiva förhandlingar och lokala avtal om löner.<sup>7</sup> I det målet var fråga om ett ackordslönesystem, som innefattade både en fast och rörlig lönedel och där den fasta lönedelen varierade för olika kategorier av arbetstagare. Arbetstagarerna företrädde av samma fackförening som också ingått det lokala avtalet. AD anför först att det följer av denna dom att nationell domstol kan ta hänsyn till den omständigheten att lönen fastställs i kollektiv ordning vid bedömningen av om löneskillnaderna beror på objektiva faktorer som inte har något med könsdiskriminering att göra.

AD återkommer till samma fråga då den gör en samlad bedömning utifrån vad domstolen funnit beträffande den s.k. marknadslönefaktorn i det nu aktuella målet. Domstolen anför (s. 42 domen):

”Till det nu anförda kommer att lönesättningen för de tre i målet berörda arbetstagarerna är resultatet av kollektiva förhandlingar. Enligt domstolen saknar denna omständighet inte betydelse av det skälet att det har rört sig om separata kollektivavtal mellan landstinget och var och en av de båda lokala arbetstagarorganisationerna (Vårdförbundet och SKTF; mitt tillägg). Det bör i sammanhanget beaktas att förhandlingarna inför tillkomsten av de lokala kollektivavtalen har förts inom ramen för det löneutrymme som varit bestämt i en överenskommelse mellan centrala organisationer på landstingssektorn av arbetsmarknaden. Ytterst grundas lönesättningen för de tre arbetstagarerna alltså på vad som avtalats mellan tongivande organisationer på arbetsmarknaden. Enligt domstolens mening bör den nu angivna kollektivavtalsbakgrunden *tillmätas betydelse* (min kurs.) när man bedömer frågan om lönesättningen i Lennart Perssons fall varit nödvändig och försvarlig mot bakgrund av löneläget för tekniker på den privata arbetsmarknaden.”

Dvs. AD fäster avseende vid att kollektivavtal kan tillerkännas rättsverkan även vad gäller motbevisningsledet i en lönediskrimineringstvist.

9. Domstolen sammanfattar därefter målet. AD konstaterar då först att domstolen funnit att de två arbetena varit att betrakta som likvärdiga. På grund av löneskillnaderna förelåg därför en presumtion för lönediskriminering enligt 18 § JämL. Landstinget har emellertid med hänvisning till åldersskillnaderna, arbetsmarknadssituationen (marknadsfaktorn) och den s.k. kollektivavtalsbakgrunden visat att löneskillnaderna inte haft samband med kön. JämO:s talan avslås således. JämO får som förlorande part betala rättegångskostnaderna uppgående till inte mindre än 829 251 kronor.

<sup>6</sup> Det bör tillfogas att EG-domstolen hade att bedöma fallet med utgångspunkt från att det förelåg enighet i målet att de olika arbetena skulle betraktas vara av lika värde.

<sup>7</sup> Case C-400/93.

10. Domstolen var inte enig. Tre ledamöter ansåg att landstinget inte visat att löneskillnaderna i sin helhet saknat samband med kön.<sup>8</sup>

### Kommentar

11. Barnmorskemålet II är ett betydelsefullt avgörande som – vill det synas – sannolikt kommer att ge ett visst avtryck på senare tvister i liknande mål inför svensk domstol.

12. Till en början bör några ord sägas om själva *arbetsvärderingsfrågan*. Först kan konstateras att AD:s dom är klagande i så måtto att arbetsgivarens argument att det inte gick att jämföra så vitt skilda yrken som det var fråga om tillbakavisades. I detta mål var det fråga om en barnmorska och en klinikingenjör. Deras arbetsuppgifter ansågs vara av lika värde. Man kan därav dra slutsatsen att AD inte framdeles kommer att ducka då den ställs inför den inte helt enkla uppgiften att jämföra helt olika arbeten. Nästa gång kan det handla om t.ex. en kvinnlig controller eller chefsjurist som har klart lägre lön än de vanligtvis mer välbetalda manliga piloterna på ett flygbolag. En jämförelse kan även ha avseende på så vitt skilda kategorier som lärare/forskare, å ena sidan, och centralt placerade administratörer, å den andra, vid universitet och högskolor, i likhet med vad en engelsk domstol en gång gjorde då den hade att ta ställning till om en kvinnlig kokerska hade ett arbete som var likvärdigt med en manlig målare, isoleringsmontör, elektrikers och snickares på ett skeppsvarv.<sup>9</sup>

Vad domstolen anfört i barnmorskemålet II innebär därför att den brutit igenom en vall som för framtiden torde utesluta att arbetsgivare med framgång kan blankt hävda att olika arbeten inte kan jämföras med varandra. Sätillvida är utgången av målet en framgång för JämO. Det är sedan en annan sak att domstol i ett enskilt fall kan komma att finna att de olikartade arbetena är så olika att likvärdighet inte kan konstateras föreligga.<sup>10</sup> Vad det nya anslaget från AD:s sida kan komma att få för betydelse på sikt för arbetsvärderingssystem i allmänhet vill jag inte spekulera i.

<sup>8</sup> Det kan noteras att domstolen då den avgjorde målet bestod av sju ledamöter. Fyra av dem var kvinnor. De tre dissidenterna var alla kvinnor.

<sup>9</sup> Exemplet återgivet i prop. 1990/91:113, s. 87.

<sup>10</sup> I vissa fall synes inte behövas särskilt mycket för att likvärdighet inte anses föreligga, se t.ex. AD 1996 nr 79.

13. Det finns sedan egentligen inte så mycket att säga om vad domstolen anför om ålderskriteriet<sup>11</sup> och marknadslönefaktorn<sup>12</sup> som motbevisningsfaktorer.

Jag finner t.ex. att domstolens överväganden vad gäller marknadsfaktorn är högst rimliga allmänt sett. Det kan knappast krävas av en arbetsgivare att denne i sin motbevisning – som JämO gör gällande – kan visa att högre lön utgivits på grund av akut flyktfara. Det skall m.a.o. inte behöva gå så långt att en lönejustering på grund av marknadsskäl sker först då en arbetstagare är på väg att övergå till annan arbetsgivare; det kan då för övrigt ofta vara för sent för en arbetsgivare att komma med ett motbud för att få en arbetstagare att stanna. Det vill ej heller synas vara praxis att individuella tillägg av marknadsskäl träffas genom separata överenskommelser; detta torde vanligen vara något som beaktas inom ramen för de lokala lönerundorna, vilket även gör att det är svårt att urskilja vad som utgått till en viss arbetstagare av – just – marknadsskäl, eller vad som utgivits i form av lönepåslag på andra grunder.

Man är frestad tillägga att snarlika överväganden görs i målet Radio Dalarna (AD 1991 nr 62) då arbetsdomstolen bl.a. konstaterar att seriösa arbetsgivare inom ramen för ett individuellt lönesättningssystem och vedertagen praxis på arbetsmarknaden har frihet att ta ställning till om en arbetssökandes löneanspråk skall tillgodoses eller leda till att vederbörande inte anställs. Utges högre lön kan det inte anses stå i strid med JämL. Det är sedan en annan sak att en arbetsgivare kan ha att rätta till löneskillnaden vid snarast möjliga tidpunkt om arbetstagarna inte kan åtskiljas på annan punkt. Det förtjänar att omnämnas att domstolen i AD 1995 nr 158 (Kumlamålet) konstaterar att dess dom i 1991 nr 62 är väl förenlig med EG-rätten; det krävs bara att lönesättningen är sakligt och rationellt motiverad.

Den slutsats man kan dra av att AD satt ned foten så tydligt på denna punkt är att det måste anses tillräckligt att en arbetsgivare kontinuerligt bevakar löneläget för konkurrensutsatta arbetstagare med hänsyn tagen till löneläget för samma grupp av arbetstagare på förekommande alternativa arbetsmarknader samt att arbetsgivaren vidtar nödvändiga åtgärder i anledning av de iakttagelser som görs. De överväganden som AD gör i barnmorskemålet är därför högst förklarliga och synes stå i överensstämmelse med EG-rätten.

<sup>11</sup> Vad gäller ålderskriteriet kan noteras att det saknas en erinran i domskälen att klinikingenjören hade arbetat 29 år i samma landsting medan motsvarande anställningstid för de två barnmorskorna var 12,5 resp. 8,5 år. Man kan tycka att anställningstidens längd kan vara en mer avgörande lönefaktor än just åldern även om de två faktorerna sannolikt i de flesta fall går hand i hand. Det är förklarligt att åldern får ett visst genomslag; eljest skulle ju de äldres löneutveckling behöva avstanna eller att lönerna för dem t.o.m. skulle behöva sänkas(!). Kriteriet anställningstid tycks ha varit ostridigt i Case 109/88 Danfoss, stk. 24, alltmellan saken synes ha nyanserats i Case C-184/89 Nimz, stk. 14.

<sup>12</sup> Marknadslönefaktorn skulle i domskälen ha kunnat behandlas även utifrån vad som sägs i SOU 1993:7. Löneskillnader och lönediskriminering, s. 65 f. där samma fråga tagits upp till diskussion.

14. Vad jag i det följande i stället vill uppehålla mig vid är vad domstolen anför om den s.k. *kollektivavtalsbakgrunden*.

Som redan framgått har AD tillmätt denna fråga viss vikt. Det är i och för sig inte onaturligt att en så kollektivt präglad domstol som AD fäster avseende vid kollektivavtalet som löneregreringsinstrument. Löner på svensk arbetsmarknad har sedan decennier satts genom kollektivavtal. AD anför också att ”regler om förbud mot lönediskriminering skapar särskilda komplikationer på en arbetsmarknad som den svenska, vilken i så hög grad bygger på lönesättning genom kollektivavtal” (s. 29 domen). Redan i målet AD 1997 nr 68 säger domstolen i ett mål där lönerna satts på kollektiv väg: ”Att lönen bestäms i förhandlingar mellan kollektivavtalsparter är dock en omständighet som även enligt EG-domstolen i sig kan ha en betydelse vid prövningen av frågan om det förekommit en otillåten könsdiskriminering eller inte.”<sup>13</sup> AD har även i andra sammanhang visat att den inte är beredd att sätta lön då enskilda arbetstagare – vid missnöje – fört sin lönetvist till domstol.<sup>14</sup>

Jag tycker dock att domstolen gjort det onödigt svårt för sig då man sökt pressa in den s.k. kollektivavtalsbakgrunden inom ramen för en arbetsgivares motbevisning.<sup>15</sup> Det hade enligt mitt enkla sätt att se saken räckt med att åberopa ålderskriteriet och marknadslönefaktor för att avgöra målet. Likväl uppehåller sig domstolen utförligt vid frågan om den s.k. kollektivavtalsbakgrunden. Då man säger att denna bör ”tillmätas betydelse när man bedömer frågan om lönesättningen i Lennart Perssons fall varit nödvändig och försvarlig” (s. 42 domen) så är det dessutom oklart vad som avses. Hur stor eller liten betydelse får avtalet tillmätas?

När domstolen nu givit kollektivavtalet en speciell vikt i motbevisningsledet så tror jag att man måste tillskriva domstolen en viss avsikt. AD kan inte ha funnit stöd för sina slutsatser i Enderby- domen. Som redan framgått kunde EG-domstolen i Enderby-fallet inte godta att lönegapet mellan den manlige apotekaren och den kvinnliga logopeden följde av två separata kollektivavtal. EG-domstolen pekar bl.a. på risken för kringgående av likalöneprincipen om det lämnas öppet för en arbetsgivare att kunna hänvisa till att han tecknat separata kollektivavtal med samma motpart.<sup>16</sup> AD pekar på att i barnmorskemålet II var fråga om två *olika*, separata kollektivavtal tecknade av olika fackföreningar. Varför gör AD en så stor sak av detta förhållande? Är det egentligen någon som

<sup>13</sup> Här åsyftas målet C-400/93, Royal Copenhagen.

<sup>14</sup> Se t.ex. AD 1984 nr 79 (maskinisten Odenlid).

<sup>15</sup> Domstolen undviker denna fråga i det senare avgjorda målet, AD 2001 nr 76 (lönejämförelse mellan intensivvårdssjuksköterska och en medicinteknisk ingenjör) genom att i stället avgöra det målet på basis av marknadslönefaktor. Om detta betyder att AD beaktat den kritik som rikts mot domstolen på denna punkt är nog för tidigt att uttala sig om.

<sup>16</sup> Denna markering från EG-domstolen görs i anledning av ett påpekande från den tyska regeringens sida inför EG-domstolen.

tror att EG-domstolen i Enderby-fallet skulle ha fäst vikt *enbart* vid att en och samma fackförening ingått separata kollektivavtal? Jag kan inte se att likalöneprincipen enligt artikel 141 (tid. 119) står och faller med om det är en eller flera fackliga motparter som ingått avtalen.

15. I stället hämtar AD sitt främsta stöd för att beakta den s.k. kollektivavtalsbakgrunden i fallet Royal Copenhagen.<sup>17</sup> Men är det verkligen så att detta fall skall läsas på det sätt AD gjort? Man måste erinra sig varför problemet med kollektivavtalet tas upp i det danska fallet. Den danska domstolen ställde bl.a. frågan vilken betydelse som skall tillmätas den omständigheten att lönenivåerna fastställts genom kollektivavtal mot bakgrund av likalöneprincipen i EG-fördraget. Dvs. den danska domstolen var något osäker på om kollektivavtalet *över huvud taget* fick tillmätas betydelse i ljuset av likalöneprincipen. På ganska knappa skäl anför EG-domstolen först att (dåvarande) artikel 119 är tvingande och omfattar såväl kollektivavtal som enskilda avtal som står i strid med likalöneprincipen. EG-domstolen anför därefter att

”principen om lika lön för manliga och kvinnliga arbetstagare är även tillämplig när lönefaktorerna fastställs genom kollektiva förhandlingar eller genom förhandlingar på det lokala planet. Den nationella domstolen kan emellertid ta hänsyn till denna *omständighet* [”that fact”] vid bedömningen av om skillnaderna mellan genomsnittslönerna i de två grupperna av arbetstagare beror på *objektiva faktorer* [”objective factors”] som inte har något med könsdiskriminering att göra” (min kurs.).<sup>18</sup>

Som nämnts ovan ställer den danska domstolen frågan om man *över huvud taget* får beakta kollektivavtalet enligt likalöneprincipen. EG-domstolen ger ett jakande besked. Men detta konstaterande ligger inte på något annat plan jämfört med vad AD i barnmorskemålet II – analogivis – sagt om de svenska lagförarbetena då arbetsvärderingsfrågan behandlats, dvs. att domstol har att utgå från de värderingar som parterna själva står för, förutsatt att lönesättningsgrunderna

<sup>17</sup> Royal Copenhagen är ett komplicerat rättsfall. Den danska domstolen reser – listigt nog – en rad tekniska lönefrågor utifrån ett ackordslönesystem innefattande både en fast och rörlig del. Enligt EG-domstolens bedömande måste till sist dessa frågor få avgöras av nationell domstol enligt de generella riktlinjer som följer av artikel 119 och likalönedirektivet. Evelyn Ellis, *EC Sex Equality Law*, 2 ed. 1998, s. 133 antyder att domstolen retirerat i Royal Copenhagen jfrt med Enderby (“it resiled from this clear-cut provision but without substantial reasoning”). Catherine Barnard, *EC Employment Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2000, s. 216 antyder också att EG-domstolen i Royal Copenhagen kan ha sänkt garden (“the Court seems to have relaxed its view”). Jag tror tvärtom att man måste se vad EG-domstolen säger i Royal Copenhagen mot bakgrund av att domstolen hade att bedöma ett av parterna fastställt ackordslönesystem som en domstol inte skall ändra på om det inte eljest är könsdiskriminerande. Det är också av det skälet som EG-domstolen slår fast att kollektivavtalsbakgrunden får tas som ett givet faktum då man sedan har att pröva om det föreligger andra objektiva skäl oberoende av kön som kan förklara löneskillnaderna.

<sup>18</sup> Case C-400/93, stk 47, samma i domslut (“ruling”).



inte är könsdiskriminerande.<sup>19</sup> AD säger dock att kollektivavtalet kan "beaktas som en av flera omständigheter vid bedömningen av de skäl som anförs för brytande av presumtionen" (s. 38 domen). Dvs. den s.k. kollektivavtalsbakgrunden blir då även en del av arbetsgivarens objektiva motbevisning enligt 18 § andra stycket JämL.

16. Övervägande skäl talar därför för att förekomsten av ett kollektivavtal inte kan vara en objektiv faktor vid en sådan prövning. Kollektivavtal förutsätts nämligen vara fria från könsdiskriminerande element. Ett kollektivavtal bör därför inte kunna tillerkännas en självständig roll som en bland flera "objektiva faktorer" då det prövas om huruvida element eller delar i ett kollektivavtal är könsdiskriminerande/-neutrala. Följande exempel visar på detta förhållande.

För det första: Om ett kollektivavtal är könsneutralt kan det vara frestande att vilja tillmäta avtalet självständig ställning, dvs. som även en "objektiv faktor" (= "som en av flera omständigheter" med AD:s ord), dvs. som ett förstärkande led i argumentationen i övrigt. Man måste då tillika fråga vilken reell betydelse kollektivavtalet kan få i domstolens bedömning av de löneskillnader som skall prövas. Ingen alls – skulle jag vilja säga.

För det andra: Om domstolen inte övertygats av arbetsgivarens övriga motbevisning att lönerna är könsneutrala, kan då ett eljest könsneutralt kollektivavtal – som en s.a.s. "objektiv faktor" – upphäva denna könsdiskriminering? Jag har svårt att inse att detta skulle vara möjligt.

För det tredje: Antag att ett kollektivavtal innefattar ett minsta element av könsdiskriminering. Kan då avtalet få tillmätas betydelse som en "objektiv faktor" därför att det könsdiskriminerande elementet trots allt vilar på ett kollektivavtal? Svaret måste bli absolut nekande.<sup>20</sup>

För det fjärde: Om det nu är så att kollektivavtalsbakgrunden skall tillerkännas så stor betydelse som AD tycks mena, så vill man fråga hur domstolen skulle behandla en tvist med en arbetsgivare som inte är bunden av ett kollektivavtal, och det följaktligen inte kan hänvisas – i motbevisningsledet – till en s.k. kollektivavtalsbakgrund, allt annat lika. Jag har svårt att se att artikel 141 i EG-fördraget gör skillnad på den ena eller andra situationen.

17. Jag vill nu övergå till att på en något friare basis överväga AD:s domskäl i målet.

Domstolen säger bl.a. att ett förbud mot lönediskriminering "skapar särskilda komplikationer på en arbetsmarknad som den svenska" (s. 29 domen). Bilden klarnar något om man beaktar detta uttalande. Det är då först att anmärka att kollektivavtalet på svensk arbetsmarknad har uppförts backe mot en EG-bakgrund.

<sup>19</sup> Se prop. 1990/91:113, s. 89, dvs. att de värderingar som arbetsmarknadens parter står bakom skall ligga till grund för en arbetsvärdering, "dock under den självklara förutsättningen att normerna inte i sig själva är könsdiskriminerande".

<sup>20</sup> Se även på denna punkt prop. 1990/91:113, s. 89.

Den av Sverige ensidigt gjorda protokollsanteckningen avseende kollektivavtalet som ett generellt regleringsinstrument på svensk arbetsmarknad, tillkommen i samband med Sveriges medlemskap i EU, bär här syn för sägen.<sup>21</sup> Sverige menade ju att man då fått försäkringar vad gäller särskilt systemet med att fastställa arbetsvillkoren i kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter. Även om det är så att kollektivavtal har kommit att i viss mån tillmätas en allt större betydelse inom EG-rätten så är det alltså högst ovisst vad denna protokollsanteckning betyder i ett EG-rättsligt perspektiv, om ens något alls.<sup>22</sup>

Kanhända är det mot en sådan bakgrund rimligt att se saken så att AD i barnmorskemålet II velat sätta ned foten så tydligt så att det skall stå klart för alla och envar att det är svensk arbetsmarknadstradition som skall gälla även framgent i lönediskrimineringstvister. AD har då formulerat ett närmast "öppet" argument som knappast hämtar stöd i de traditionella rättskällorna, utan i främsta rummet hämtat näring i vad domaren har ansett leda till en rationell lösning av närmast rättspolitiska skäl.<sup>23</sup> Detta är inte alltför ovanligt; man må erinra sig att arbetsdomstolen skapade ny rätt i det s.k. bastubadarmålet (AD 1979 nr 89), som ett bidrag till domstolens egen "industrial common law".

Ja, även om det inte är på det sättet så kan jag likväl känna viss sympati för den linje AD ställt sig bakom. Men de verkliga skälen till varför jag kan vilja tycka att AD fångat något väsentligt återfinns på två helt andra plan.<sup>24</sup> Man önskade att en svensk domstol – i stället för att utlämna sin läsare till spekulationer eller gissningar – kunde vara lika frimodig som en "common law" domstol som på ett tydligare sätt utvecklar grunderna för varför man kommit till ett visst slut.

18. Det första motivet är följande. Priset för att uppge det kollektiva anslaget i lönesättningsfrågor på svensk arbetsmarknad är för högt om företrädare alltid skall ges det individuella perspektivet. Det skulle bl.a. kunna rubba vad olika kollektiv av arbetstagare genom sina fackliga organisationer kan utverka i avtalsförhandlingar. Den som är mindre framgångsrik kan då, i händelse av att man inte lyckats uppnå sina mål, av opportunistiska skäl vilja uppvigla sina medlemmar att i stället gå till domstol för att uppnå det som samma kollektiv inte lyckats utverka vid förhandlingsbordet. Processekonomiskt är detta givetvis

<sup>21</sup> Prop. 1994/95:19, Del 3, Bil. 11, s. 25, se även Bil. 12, s. 6-9.

<sup>22</sup> Det är endast i samband med implementeringen av EG:s arbetstidsdirektiv 93/104 som denna protokollsanteckning återuppsätter uttryckligen, se prop. 1995/96:102. Det är en annan sak att regeringen velat få arbetsmarknadens parter att ingå kollektivavtal avseende deltid- och visstidsdirektiven för att implementera dem i svensk rätt, men det har ju å andra sidan inte lyckats, se härtill, Ds 2001:6. Genomförande av deltid- och visstidsdirektiven.

<sup>23</sup> Se till detta Folke Schmidt, "Bundna och öppna argument i rättsvetenskapen", i Festskrift till Per-Olof Ekelöf, 1972, s. 569 ff.

<sup>24</sup> Jfr vad tidigare Sven-Hugo Ryman anförde i sin artikel "Lönediskriminering på grund av kön", i JT 1997-98 s. 769 ff. och vad Svante Nycander i flera kommentarer till bl.a. barnmorskemålet I sagt, se t.ex. DN 25/9 1995 ("En tickande bomb i arbetsdomstolen"), 23/12 1995 ("Ska en domstol sätta lönerna?") och 18/6 1997 ("En löjlig process i arbetsdomstolen").

oriktigt, även av rättsekonomiska skäl. Domstol skulle då inte bara i efterhand kunna korrigera ett förhandlingsutfall, förutom att domstol kom att intervensera i kampen om själarna på arbetsmarknaden.<sup>25</sup>

Man vill därför fråga om det möjligen är på grund av detta som AD gör en så stor sak av att barnmorskans och medicinteknikerns löner bestämts i två separata kollektivavtal med olika fackföreningar som parter. Men vad det då betyder – som AD också erinrar om – att löneutrymmet beror på att tongivande organisationer på denna delarbetsmarknad bestämt löneutrymmet är inte lika lätt att veta.

19. Detta för vidare till mitt andra motiv.

En domstolsaktivism inom lönesättningsområdet kommer att marginalisera den roll som kollektiva parter kan och bör spela inom ramen för arbetet med att utplåna osakliga löneskillnader i arbetslivet (jfr 2 § JämL).<sup>26</sup> Detta är givetvis ett förhållande som en så kollektivt präglad instans som den svenska arbetsdomstolen inte är beredd medverka till. En påminnelse om detta fick vi för övrigt redan i samband med barnmorskemålet I (AD 1996 nr 41); budskapet i det målet var ju att det var parterna själva som skulle ha att ta ledningen i arbetet för att utplåna osakliga löneskillnader i arbetslivet. Det är även konsekvent, i ljuset av detta, att de nya reglerna om löneanalyser inom ramen för de aktiva åtgärderna i lagens 10-12 §§ fått den utformning de fått.<sup>27</sup> Innebörden av dessa regler är ju att det inte rättsligt sett går att alltid komma åt den lönesegregering som följer av att vissa delarbetsmarknader är typiskt kvinnliga och manliga med stöd av enbart en likalönelagstiftning. Motivet härtill är att arbetsvärderingsinstrumentet endast på ett begränsat sätt är användbart. Kanske krävs i stället helt andra styrssystem, t.ex. att båda parter – arbetsgivare och fackförening – hålls i sista hand skadeståndsrättsligt ansvariga för påvisade osakliga löneskillnader, eller att vite kan utdömas till följd av att arbetsgivarens lönesättande chef inte måktat förstå vad som lagligt krävts.

För övrigt vill jag mena att en lönesättande chef som vet vad lagen föreskriver och har kunskap om vad medarbetarna gör samt har robusta lönesättningskriterier som tillämpas med viss oväld kan förhindra att osakliga löneskillnader uppstår. Om arbetsgivare anammar detta mycket enkla budskap i stället för att ideligen klaga på att lagstiftaren ålägger dem nya pålagor – likt ökade skatter – så kan de kanske också vinna slaget om den s.k. opinionen.

<sup>25</sup> Se härtill t.ex. de likartade övervägandena i föreningsrättsmålet AD 1982 nr 69. Samma sak synes påpekas i det engelska målet Enderby innan det når EG-domstolen, då en av underinstanserna (Employment Appeal Tribunal) påkar att den kommer att involveras "in a wage fixing role, which was never intended and is undesirable". Cit. från 1994 I.C.R. 131.

<sup>26</sup> Se antydningssvis samma sak i min artikel i *Sex Equality Law in the European Union*, Eds. T. Hervey & D. O'Keefe, 1996, s. 337, 356.

<sup>27</sup> Prop. 1999/2000:143.

20. Mot en sådan bakgrund är det nog trots allt så att det är av vikt att det alltså är de kollektiva parterna som fullt ut måste få förfoga över sina inbördes mellanhavanden – de skall alltså vara ”herrar över avtalet” (förlåt uttrycket!) inklusive lönebildningen, inte staten eller ett av staten kontrollerat organ.<sup>28</sup> Kort och gott: *det är nog bättre att ställa krav på de närmast berörda än att ta befogenheterna ifrån dem.* Det återger inget annat än synen på förhållandet mellan stat och arbetsmarknadens parter i vårt land (se 2 § JämL). Av det följer likaså att AD måste vara den instans som avgör denna typ av tvister.<sup>29</sup>

En civilrättslig reglering av lönefrågorna i arbetslivet kräver sålunda att ett visst företräde ges de fria krafternas spel, enligt vilket arbetsmarknadens parter, på såväl central som lokal nivå, spelar en tongivande roll, och på bekostnad av en statsdirigerad lönebildning genom t.ex. domstolspraxis. Det finns skäl att påpeka detta i en tid då allt fler EG-regler, särskilt de artiklar i EG-fördraget som har direkt effekt (t.ex. den om likalöneprincipen), innebär att privaträtten i arbetslivet ”konstitutionaliseras” och där staten – likt vad fallet är i flera andra EG-länder – är både aktör och beskyddare. Jag skulle därför gärna vilja läsa undertonen i arbetsdomstolens dom i barnmorskemålet II – i de delar där jag i och för sig ställt mig tveksam till om domstolen över huvud taget behövt säga något – som ett förord för ett mer frihetligt anslag som ytterst vilar på svensk arbetsmarknadstradition, med ett betydande utrymme för arbetsmarknadens parter att även i fortsättningen ange vad som avses gälla, givetvis under beaktande av likalönereglerna.

Ronnie Eklund

<sup>28</sup> Det synes också vara innebörden av vad Eva Fernstedt, ordförande i Vårdförbundet, säger i en artikel i Lag & Avtal nr 2/2001 (”Ansvaret vilar på parterna”) som en kommentar till barnmorskemålet II, se även i huvudsak likalydande vad gäller det sakliga innehållet densamma i DN 29/10 1997 (”Vårdfacket tar avstånd från JämO”).

<sup>29</sup> Jag kan givetvis inte godta det synsätt som Lena Svenaeus anfört i Lag & Avtal nr 4/2001 (”Omöjlig uppgift för AD”) då hon menar att AD inte är en domstol som är lämpad att avgöra mål avseende mänskliga rättigheter då den – enligt hennes förmenande – inte uppfyller de kriterier som följer av Europakonventionens artikel 6. Se för övrigt min replik i Lag & Avtal nr 5/2001 (”En saftig anklagelse”).