

FESTSKRIFT TILL  
ANN NUMHAUSER-HENNING

OFFPRINT

Juristförlaget i Lund  
2017

PER NORBERG

ELEFANTEN I RUMMET –  
ARBETSDOMSTOLEN, DEN SVENSKA MODELLEN OCH  
DISKRIMINERINGSLAGSTIFTNINGEN

## 1 Inledning

Ann har alltid visat ett stort intresse för lagstiftningens historiska utveckling och olika lagreglers funktioner i ett samhälle – i såväl hennes avhandling som boken Rätten till fäderneslandet är lagstiftningens funktioner även en del av böckernas undertitlar.<sup>1</sup> Jag ska försöka skriva detta i den andan och beskriva varför den svenska arbetsrätten och diskrimineringslagen är så svåra att förena samt belysa det med två mål från Arbetsdomstolen.

En elefant i ett rum är något som alla lägger märke till men ingen vill tala om. Det är inte en helt riktig beskrivning av detta ämne. Flera bra arbeten har gjorts där detta varit en viktig del, exempelvis Laura Carlsons avhandling där hon jämför svensk jämställdhets- och föräldraledighetslagstiftning med amerikansk, brittisk och EU-rättslig lagstiftning och bland annat kommer fram till att:

From the perspective of the law, the discourse on discrimination has been dominated in Sweden as stated above by the Swedish Model, that the social partners are to regulate labor market issues and that the state is to maintain a neutrality....The discrimination legislation led to an environment characterized by a strong feeling of antipathy, nor directed solely at the legislation itself, but at the political interference within a model considered by the actors to function best.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> A Henning, *Tidsbegränsad anställning – En studie av anställningsformsregleringen och dess funktioner*, (Lund, Juristförlaget i Lund, 1984) och A Numhauser-Henning, *Rätten till fäderneslandet – Om jordförvärvslagen och dess funktioner mot bakgrund av jordbrukets utveckling i det svenska samhället*, (Lund, Juristförlaget i Lund, 1988).

<sup>2</sup> L Carlson, *Searching for Equality – Sex, Discrimination, Parental Leave and the Swedish Model with Comparisons to EU, UK and US Law*, (Uppsala, Iustus förlag, 2007), s. 353.

Arbetsdomstolen har fått kritik för sin rättstillämpning<sup>3</sup> och risken för att särskilt intresseledamöterna upplevs som partiska var så stor att man 2009 införde 3 kap. 6 a § i LRA som säger att i diskrimineringsmål ska intresseledamöterna vara i minoritet om inte parterna kommer överens om annat.<sup>4</sup>

I detta bidrag tar jag upp de två rättsfall där jag menar att Arbetsdomstolen gått längst för att skydda en arbetsgivare som handlat riktigt enligt den svenska arbetsrättsliga modellen från att bli fälld enligt diskrimineringslagstiftningen. Min tes är alltså att Arbetsdomstolen undviker att fälla en arbetsgivare som gjort rätt enligt den svenska modellen för diskriminering – även om rekvisiten i diskrimineringslagen är uppfyllda. Att göra rätt enligt den svenska arbetsrättsliga modellen kan vara att ingå kollektivavtal i frågan. Men det kan också vara – som i de två presenterade rättsfallen – att arbetsgivaren låtit arbetstagersidan få insyn och inflytande i processen och att arbetstagersidan därefter motvilligt låtit arbetsgivaren utföra den handling som sedan prövats av Arbetsdomstolen.

Jag menar alltså att utgången i dessa två mål bara kan förstås om man accepterar att Arbetsdomstolen tolkar rekvisiten i diskrimineringslagen annorlunda om den svenska modellen följts.

## 2 Den svenska arbetsrättsliga modellen

Det är svårt att överskatta styrkan i den svenska modellen som ett normativt värde. Den viktigaste funktionen för Arbetsdomstolen när den skapades som en del i 1928-års kollektivavtalslag var att säkra fred och ordning på arbetsmarknaden.<sup>5</sup> Den historiska bakgrunden innefattade storstrejken 1909 där 11,8 miljoner personarbetsdagar gick förlorade,<sup>6</sup> misslyckade försök att skapa en kollektivavtalslag och en arbetsdomstol 1910 och 1911, (de manliga) arbetarnas rösträtt 1912, nya stora strejker 1920 där 8,9 miljoner arbetsdagar gick förlorade,<sup>7</sup> och slutligen ett nytt lyckat försök att skapa en kollektivavtalslag och en arbetsdomstol 1928.<sup>8</sup> Den nya lagen blev inte en omedelbar

---

<sup>3</sup> Se uttalande av Lena Svenaeus i artikel av Anna Danielsson, A Danielsson, ”AD klarar inte sin Uppgift” SvD 2004-09-21 och uttalande i artikel av Johanna Wreder, J Wreder ”Ingen kvinna är diskriminerad”, Arbetet 2013-09-13 om att lagen inte behöver ändras men rättstillämpningen (där även Susanne Fransson och Dan Holke är inne på samma linje), Arbetet 2013-09-13.

<sup>4</sup> Lag (2008:932) om ändring i lagen (1974:371) om rättegången i arbetsvister.

<sup>5</sup> Se t.ex. H Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument – de grundläggande förbuden mot stridsåtgärder i en historisk och internationell belysning, (Stockholm, Juristförlaget 1988), s. 224. Man skulle genom lagstiftning inränga kollektivavtalet och strejkvapnet i rättsordningen.

<sup>6</sup> Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument, s. 202.

<sup>7</sup> A.st.

<sup>8</sup> Lagen (1928:253) om kollektivavtal.

framgång utan istället upplevde landet fortsatta perioder med oroligheter som kulminerade i byggstrejken 1933–34.<sup>9</sup> Saltsjöbadsavtalet 1938 blev början på den svenska arbetsrättsliga modellen som kännetecknas av att regleringen av stora delar av arbetsmarknaden sker genom kollektivavtal och att relationerna mellan kollektivavtalets parter är goda.

De första decennierna av efterkrigstiden blev den svenska modellens storhetsperiod.<sup>10</sup> Självreglering baserad på kollektivavtal och en Arbetsdomstol som genom intresseledamöter hade stor kunskap om arbetsmarknaden och kunde utveckla ett rättsligt ramverk baserad på avtalsrättsliga principer modifierade med de arbetsrättsliga principer som vuxit fram på just den svenska arbetsmarknaden var modellens grundbultar och Arbetsdomstolen var en medskapare av denna modell på ett sätt som skiljer den från andra svenska domstolar.<sup>11</sup>

På 1970-talet påbörjades en utveckling där riksdagen tog rollen som förändrare av rättsläget. Arbetsmiljöbestämmelser, särskilda bestämmelser om skydd för äldre arbetstagare och 1974 en lag om anställningsskydd var viktiga delar här.<sup>12</sup> Arbetsrätten blev uppdelad i individuella rättigheter som kollektivavtalsparterna inte rådde över såsom exempelvis reglerna kring uppsägningar av personliga skäl och kollektiva rättigheter såsom reglerna vid uppsägning på grund av arbetsbrist där sist-in-först-ut principen (SIFU) gäller om annat inte avtalas på den kollektiva nivån. På samma sätt var det med arbetsmiljölagstiftningen. Den innehöll delar som inte var kollektivavtalsbara och delar (t.ex. stora delar av arbetstidslagen) som var det.

Lågkonjunkturen på 1970-talet var också en period med strejker inklusive storkonflikten 1980 och där utgången blev att arbetsgivaren förlorade.

---

<sup>9</sup> Se P A Swensson, "Solidaritet mellan klasserna" i C Lundh (red), Nya perspektiv på Saltsjöbadsavtalet, (Stockholm, SNS, 2009), s. 56–60. Swenson beskriver en situation där LO centralt verkligen arbetar för att hålla tillbaka de högavlönade byggnadsarbetarnas krav på att slippa de lönesänkningar som drabbat andra grupper på ett sätt som liknar hur LO centralt agerat i 2016-års avtalsrörelse även om tvisten med byggnadsarbetarna då handlade om storleken på löneökningarna (jfr fotnot 21)

<sup>10</sup> C Lundh, Spelets regler 6 Institutioner och lönebildning på den svenska arbetsmarknaden 1850–2000, (Stockholm, SNS, 2002), s. 171.

<sup>11</sup> Jämför man med andra specialdomstolar som Miljödostolen, den gamla Bostadsdomstolen, Marknadsdomstolen osv, ser man att lagstiftningen spelar en långt större roll och de domstolsskapade rättsprinciperna en mindre roll i jämförelse med Arbetsdomstolen.

<sup>12</sup> Se t.ex. Arbetsmiljölag (1977:1160), Lag (1974:12) om anställningsskydd, Medbestämmandelagen (1976:580) och lag (1971:202) om vissa åtgärder för att främja sysselsättning av äldre arbetstagare på den öppna arbetsmarknaden.

Saltsjöbadsandan försvann.<sup>13</sup> En period med höga nominella löneökningar och hög inflation följde som Sverige löste genom att låta kronkursen sjunka.

I samband med att Sverige gick med i EU hade vi lovat de andra länderna att vi skulle ansluta oss till euron. Höga nominella löneökningar skulle då ha kunnat bli katastrofala när devalveringar inte längre är möjliga. Hela obalansen måste då korrigeras genom deflation (inklusive lönesänkningar) som skapar höga realräntor och mycket hög arbetslöshet. Sveriges löneökningstakt var cirka 1 % högre än våra viktigaste europeiska grannländer.<sup>14</sup> Det hade inte behövts många sådana år för att skapa en allvarlig obalans. SOU 1998:141 handlade om nya spelregler för arbetsmarknadens parter. Den viktigaste delen av utredningen behandlade en förstärkning av det offentliga medlingsinstitutet. I utredningsdirektiven betonades statens nya och aktiva roll: ”Institutet skall ges ökade möjligheter att främja de övergripande samhällsintressena i avtalsförhandlingarna mellan arbetsmarknadens parter.”<sup>15</sup>

Utredningen föreslog att ett nytt och starkare medlingsinstitut skulle skapas. Den innehöll också regler om insamling av statistik, tvångsmedling och uppskjutande av stridsåtgärder. I propositionen ställdes det europeiska korporativa arbetsrättsliga systemet mot den svenska non-interventionsprincipen:

Tidigare handlade lönebildningen till stor del om fördelningen av det samlade produktionsresultatet mellan arbete och kapital. Idag handlar det dessutom i större utsträckning än tidigare om fördelningen mellan olika grupper av löntagare. Denna process har flera dimensioner. En dimension är den mellan privat och offentlig verksamhet, en annan är den mellan den konkurrensutsatta sektorn och verksamheter som inte utsätts för internationell konkurrens. En tredje dimension är den mellan kvinno- och mansdominerade yrken och en fjärde är den mellan låg- och höginkomsttagare.<sup>16</sup>

---

<sup>13</sup> Jfr Lundh, Spelets regler, s. 256–260. Ett viktigt skäl till att de privata arbetsgivarna tvingades acceptera höga löneökningar var att den offentliga sektorns fackföreningar lyckades driva igenom sådana krav ofta genom att få in klausuler om kompensation för de privatanställda arbetarnas löneglidning i sina kollektivavtal. När arbetsgivarna satsade på lokal lönebildning så förlorade exportindustrin sin löneledande karaktär och olika grupper slogs om att få minst lika mycket som andra. År 1989 tog SAF ett viktigt principbeslut om att återgå till samordnade förhandlingar utifrån industrins behov och det ledde så småningom fram till 1997 års industriavtal.

<sup>14</sup> SOU 1998:141, s. 227 och 229. Sveriges förväntade löneökningstakt 1998–2000 var 3,7 procent. Det var drygt en procent mer än det förväntade genomsnittet av Euro-länderna och 0,6 procent över det förväntade genomsnittet av samtliga EU-länder.

<sup>15</sup> SOU 1998:141, s. 27.

<sup>16</sup> A.a., s. 18.

Flera tunga remissinstanser var oroliga för vad statens nya roll skulle innebära. Idag vet vi vad den hittills inneburit men framtiden är (som alltid) svår att förutsäga. Industriavtalet från 1997 har skapat strukturer som gör det möjligt för parterna att ta samhällshänsyn på ett sådant sätt att statliga ingrepp kunnat undvikas. Man kan se denna period som en ny framgångsrik Saltsjöbadsanda.<sup>17</sup> När det gäller den allmänna debatten kring olika lönerörelser så minns vi alla säkert inlägg från såväl fackföreningsföreträdare som ekonomer som föreslår högre löneökningar (men inte en återgång till 1970-talets tvåsiffriga löneökningar) och arbetsgivare samt andra ekonomer som föreslår lägre/inga löneökningar. Industrins ekonomiska råd<sup>18</sup> har till uppgift att förmå parterna att nå en samsyn kring vad som är den bästa löneökningnivån för hela samhället som kollektiv.<sup>19</sup> Ansvaret ligger hos parterna och det skulle krävas något exceptionellt för att regeringen skulle tillsätta en utredning som skulle ge regeringen ett eget underlag för att bestämma den lämpligaste löneökningnivån och genomdriva den med lagstiftning.

Lika lön för likvärdigt arbete är en del av rättvisa löner i stort. Industriavtalets modell är utsatt för stora spänningar. Bör industrin sätta märket för hela arbetsmarknaden?<sup>20</sup> Förlorar industrins arbetare på att sätta märket? Blir det så att andra antingen får lika mycket eller mer? Hittills har det varit svårt för t.ex. byggnadsarbetare att driva igenom högre löneökningar än märket. De grupper som kunnat genomdriva högre löneökningar har gjort det genom låglönesatsningar och jämställdhetsargument. De har haft ett allmänt stöd för sina krav och i det sammanhanget är jämställdhetsargumentet betydelsefullt.<sup>21</sup>

Medlingsinstitutet för lönestatistik som ska underlätta jämställdhetsarbetet,<sup>22</sup> de ska också ta hänsyn till lika lön för likvärdigt arbete i sitt övriga arbete. Men ytterst är detta en fråga för parterna. Löneskillnader beskrivs med

---

<sup>17</sup> Se t.ex. B Rolfer, *Från röra till reda: tio år med Industriavtalet*, (Stockholm, Premiss, 2008).

<sup>18</sup> Rådets verksamhet beskrivs på <http://www.industriradet.se>.

<sup>19</sup> Se Industrins ekonomiska råd, *Inför 2016-års avtalsrörelse* (oktober 2015), s. 3. Rådets uppgift är att beskriva vilka ekonomiska förutsättningar som kan förväntas råda i Sverige de närmaste åren, men rådet skall inte ge en rekommendation om lämpliga löneökningnivåer. Det ska parterna själva komma fram till utifrån en gemensam bild av verkligheten.

<sup>20</sup> Se t.ex. Dag Klackenbergs artikel av Ylva Åkesson, Y Åkesson, Dag Klackenbergs: "Märket skaver mer och mer", *Dagens Handel* 2012-07-04. Som ordförande för arbetsgivarorganisationen Svensk Handel föreslog han att de stora handelsföretagen skulle slippa vara bundna av "märket". Svensk Handel fick backa på denna punkt.

<sup>21</sup> Se t.ex. LO sätter ner foten i avtalsrörelsen, *Dagens arbete* 2016-04-04, där det beskrivs hur LO och Svenskt näringsliv på en presskonferens berättat att de tillsammans försöker förmå de fackföreningar som ännu inte tecknat avtal (6 F) att följa märket men där LO förbehåller sig rätten att stötta Kommunals kamp för att underskötterskorna ska få högre löner.

<sup>22</sup> Se Medlingsinstitutet, *Löneskillnader mellan kvinnor och män 2015 – Vad säger den officiella lönestatistiken*.

stor exakthet av Medlingsinstitutet. Vi vet att den oförklarade löneskillnaden 2015 är 4,6 % men frågan om de utgör lönediskriminering eller ej lämnas obesvarad. Bland de löneskillnader som kan förklaras är olika yrkesval den viktigaste förklaringen. Kvinnodominerade yrken som undersköterska har lägre lön än mansdominerande yrken. Det finns ett statistiskt samband mellan antalet kvinnor i ett yrke och lönen. Men frågan om detta är diskriminering – om det är just för att kvinnorna jobbar i yrket som lönen är låg – eller om mäns arbete är värt högre lön objektivt sett, är en fråga som lämnas obesvarad.<sup>23</sup>

I 2016-års avtalsrörelse fick undersköterskorna mer än andra. Idag skulle det vara politiskt omöjligt för riksdagen att tillsätta en utredning som skulle ha till uppgift att slå fast om undersköterskor som grupp är lönediskriminerade och hur stor lönediskrimineringen i så fall är samt inom vilken tidsperiod den skall åtgärdas.

Man skulle kunna sammanfatta det så att så länge parterna sköter lönebildningens alla dimensioner på ett sätt som ger tillväxt, arbetsfred och tillräckligt hänsynstagande till olika dimensioner av social rättvisa som t.ex. jämställdhet så ska parterna lämnas i fred.

### 3 Principen om icke diskriminering blir lag som viker för kollektivavtalen

När det gäller frågan om lönediskriminering så är den ett strukturellt problem där båda parter har ett ansvar och varit delaktiga i att skapa dagens situation. Öppen lönediskriminering där kollektivavtalade ackord var olika beroende på om arbetstagaren var man eller kvinna var tillåtna när ILO antog sin första likalönekonvention 1951.<sup>24</sup> Sverige kunde inte ratificera denna konvention förrän 1962. Då hade SAF och LO två år tidigare ingått ett kollektivavtal om att gradvis avskaffa öppen diskriminering av kvinnor och genomförandet påbörjades just 1962.<sup>25</sup> I förarbetena gör man en poäng av att parterna först avskaffat diskrimineringen genom nya kollektivavtal och att staten inte ratificerar en konvention som tvingar dem att ändra något.<sup>26</sup>

---

<sup>23</sup> A.a., s. 9.

<sup>24</sup> ILO (konvention nr 100) angående lika lön för män och kvinnor angående arbete av lika värde.

<sup>25</sup> Diskussionerna kring ILO konventionen och riksdagens starka önskan att underteckna konventionen var sannolikt ett viktigt skäl till detta kollektivavtal. TCO hade redan 1959 röstat för att Nordiska rådet skulle rekommendera ratifikation, se prop. 1962:70, s. 4 f.

<sup>26</sup> Prop. 1962:70, s. 11. Detta hindrade inte arbetsmarknadens parter från att vara mycket kritiska, se S Fransson, Lönediskriminering, (Uppsala, Iustus förlag 2000), Del III kap. 2.3.

Jämställdhetslagen från 1979 är vår första diskrimineringslag och den gällde för diskrimineringsgrunden kön. Att enskilda personer – även arbetsgivare – kunde diskriminera kvinnor hölls för möjligt. Men den stora majoriteten diskriminerade inte kvinnor. Begrepp som strukturell diskriminering och värdediskriminering som utgår från att arbeten som är kvinnodominerade systematiskt nedvärderas av alla samhällsaktörer i förhållande till arbeten som är mansdominerade ansågs som helt världsfrånvända. Tvärtom kunde man i lagförarbetena slå fast en regel som sa att om en löneskillnad fastställts i ett kollektivavtal så var den inte diskriminerande. Presumtionen för lönediskriminering skulle inte vara särskilt stark och det räckte att arbetsgivaren visade att lönen hade stöd i kollektivavtal eller på annat sätt visade att den hade stöd i gängse uppfattningar på arbetsmarknaden.<sup>27</sup> Det gällde även i anställningssituationen. Om en man anställdes framför en bättre meriterad kvinna så kunde arbetsgivaren försvara sig med att det stämde överens med gängse värderingar på arbetsmarknaden uttryckta i kollektivavtal eller på annat sätt.<sup>28</sup> Trots att jämställdhetslagen var nästan helt underställd kollektivavtalen så protesterade parterna mot den då lagen antogs för att man ville att denna fråga helt och hållet skulle lösas i kollektivavtalen.<sup>29</sup>

När 1979-års jämställdhetslag ersattes av 1991-års lag var uttalandena i förarbetena lite mildare. Nu var inte längre varje kollektivavtalad arbetsvärdering automatiskt icke-diskriminerande – men det centrala var fortfarande vilka arbetsuppgifter som *betraktades* som likvärdiga på arbetsmarknaden.<sup>30</sup> Några objektiva kriterier som stod över arbetsmarknadsparternas värdering av olika arbetsuppgifter ville man inte veta av.

I EU-rätten framgår det tydligt, bland annat av *Enderby* målet, att om arbetstagaren visar en löneskillnad och ett likvärdigt arbete så måste arbetsgivaren hitta ett godtagbart försvar för löneskillnaden, t.ex. att marknadsförutsättningarna gör hela löneskillnaden nödvändig. Arbetsgivarens argument skall granskas i sak oavsett om löneskillnaden är kollektivavtalsförhandlad eller ej.<sup>31</sup>

Just denna fråga, om man verkligen ska granska kollektivavtalade lönesättningar och anställningsbeslut, lika hårt som andra arbetsgivarbeslut har sedan dess varit ”elefanten i rummet”. Ingen har velat säga att så här

---

<sup>27</sup> Prop 1978/79:175 s. 32.

<sup>28</sup> A.st.

<sup>29</sup> Se Fransson, Lönediskriminering, Del IV kap. 1.3.

<sup>30</sup> Prop. 1990/1991, s. 110.

<sup>31</sup> C-127/92, *Dr Pamela Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health*, domslutet punkt 2.



diskriminerande beslut kan accepteras om parterna kollektivavtalat om det, men inte till följd av enskilda avtal eller enskilda arbetsgivarbeslut. Diskrimineringslagen är inte öppet semidispositiv.

Men även om diskrimineringslagen formellt sett gäller även för kollektivavtal har den stora majoriteten också velat låta parterna avgöra om undersköterskorna (främst kvinnor) är underbetalda i förhållande till andra yrkesgrupper. Diskrimineringslagens tankar ska inte störa den känsliga lönebildningsprocessen och den ilska Kommunal skulle möta om de drev en lönediskrimineringsstvist för undersköterskorna efter 2016-års framgångsrika förhandlingar skulle vara massiv. Normen, att man skall acceptera det kollektivavtal man framförhandlat även om man inte är helt nöjd med de kompromisser som gjorts, är stark. Denna norm är en del av god sed på arbetsmarknaden och något som Arbetsdomstolen fäster stor vikt vid.

Den normen gäller också om fackföreningen inte skriver på något kollektivavtal. Om arbetsgivaren ger den lokala fackföreningen insyn och möjlighet att påverka och den lokala fackföreningen därefter motvilligt tolererar arbetsgivarens handlingsätt så kan inte en central fackförening eller en Diskrimineringsombudsman i efterhand angripa handlingsättet med stöd av diskrimineringslagen. Rekvisiten i diskrimineringslagen kommer då att ges en speciell tolkning utifrån att arbetsgivaren ändå följt den svenska arbetsrättsliga modellens anda.

#### 4 AD 2005 nr 69 och AD 2013 nr 64

I centrum för konflikten mellan respekten för den svenska arbetsrättsliga modellen och respekten för diskrimineringslagen har olika bevisvärderingsregler funnits.<sup>32</sup> Från 1979-års klara rättsläge där en överenskommen arbetsvärdering inte kunde ifrågasättas till dagens ganska oklara rättsläge avseende hur bevisbördan skall placeras och hur bevisvärderingen skall gå till. Teoretiskt sett så ska kollektivavtalade anställningsbeslut och lönesättningsbeslut prövas i sak enligt bevisregeln i 6 kap. 3 § diskrimineringslagen och med hänsyn till dess EU-rättsliga bakgrund.<sup>33</sup>

AD 2005 nr 69 handlade om en manlig präst som anställdes som kyrkoherde. En kvinnlig sökande menade att det var könsdiskriminering att

---

<sup>32</sup> Det har varit ytterst svårt att bevisa likvärdigt arbete om kollektivavtal säger olika lön och skulle arbetstagarna klara detta så kan arbetsgivaren möta med andra sakliga argument som marknadsskäl och då inte behöva göra just mer än ett påstående.

<sup>33</sup> Direktiv 2000/43/EG artikel 8, direktiv 2000/78/EG artikel 10 samt direktiv 2006/54 artikel 19.

välja honom framför henne. Det avgörande var att arbetsgivaren bedömde att mannen hade bättre personliga egenskaper.

En utomstående människa kan aldrig veta vilken av de två som hade bäst personliga egenskaper. Det kan ha varit mannen. Skulle man kräva full bevisning skulle det aldrig gå att vinna ett sådant diskrimineringsmål. Det är därför diskrimineringslagen 6 kap. 3 § finns där det är tillräckligt att kvinnan visar likvärdiga meriter (jämförbar situation) och missgynnande för att diskriminering ska antas och arbetsgivaren ska behöva visa att beslutet grundas på sakliga skäl som helt saknar samband med diskrimineringsgrunden.

I detta fall hölls ett personalmöte när ansökningsförfarandet gått vidare så att tre personer återstod. På mötet uttalade en majoritet att man helst ville ha en manlig kyrkoherde. Detta uttalande stöddes av minnesanteckningar av en person S.N. Även om det inte undertecknats eller godkänts och trots att majoriteten på mötet ändå till slut röstat för en (annan) kvinna, så ansåg Arbetsdomstolen ändå att det visade att kön varit uppe som en fråga i anställningssituationen.

En ledamot i den helt manliga kyrkonämnden (som fattade anställningsbeslutet) hade i lokaltidningen uttalat att han och flera andra ledamöter ville ha en manlig kyrkoherde. I Arbetsdomstolen hävdade han att journalisten missförstått honom. Det han sa till journalisten var att: ”det passade bra med en man eftersom det fanns fler kvinnor än män i gruppen anställda med vigningstjänst” [alltså ett mindre långtgående uttalande än att man absolut ville anställa en man].

Journalisten hade inte sparat materialet men berättade att den typen av citat antingen byggde på noggranna anteckningar eller inspelningar. Arbetsdomstolen lade stor vikt vid att journalisten ”inte kunde utesluta” att det rörde sig om ett missförstånd. Arbetsdomstolen ansåg det därför bevisat att ledamoten endast sagt att en man passade bättre på tjänsten än en kvinna.

Någon formell förhandling enligt 11 § MBL ägde aldrig rum. Ingen kan veta varför lokala förhandlingar inte begärdes. Ett möjligt skäl är att kvinnoprästmotståndet länge var en känslig fråga och om man genom att utse en manlig chef kunde lugna de som blivit oroliga över att kvinnorna nu var i majoritet i de vanliga prästtjänsterna. Fackföreningen kan ha sett det som en rimlig eftergift för att undvika konflikter och oro. Det kan vara kostsamt för en fackförening att stå upp för icke diskriminering.

Ett annat möjligt scenario är att den lokala fackföreningen slogs hårt för jämställdheten. Vi ska komma ihåg att man trots kvinnoprästmotståndet ändå

i gruppen förordade en kvinna som kyrkoherde i första hand. Jag kan se en förhandling framför mig där positiva egenskaper hos den kvinnan ställs mot positiva egenskaper hos mannen och den tredje kvinnan glöms bort. När den man helst ville ha tackade Nej till jobbet kände fackföreningen kanske att den inte kunde slåss för en ny kandidat. Det hade kunnat se ut som att man varit mot mannen hela tiden.

Det är inte svårt att måla upp ett scenario som förklarar varför facket kände sig tvungna att tolerera att mannen anställdes, men att den lokala fackföreningen inte ville vara formellt medansvarig för beslutet.<sup>34</sup>

Om man ska ställa sig i Arbetsdomstolens skor så får man nog anse att detta i praktiken uppfattas som att fackföreningen lokalt accepterade förfarandet. MBL uppställer inte några formkrav för medbestämmandet och personalmöte är en accepterad form av medbestämmande på samma sätt som lokala MBL-förhandlingar är det.

Den centrala fackföreningen menade däremot att detta var diskriminering och tog tvisten till Arbetsdomstolen. Det avgörande i Arbetsdomstolen blev att mannen under anställningsintervjun bedömdes ha bättre personlig lämplighet än kvinnan. Kvinnan menade att hon möts av en fientlighet under intervjun och att den påverkat resultaten till hennes nackdel. Arbetsgivaren menade att även om de helst sett att en man anställdes så hade det inte påverkat intervjun utan kvinnan hade haft samma chans som mannen att övertyga dem om sin personliga lämplighet.

Arbetsdomstolen skrev följande:

[S]amfälligheten får anses ha genomfört ett seriöst och ambitiöst rekryteringsförfarande, som det saknas anledning att kritisera. Intervjuer genomfördes i två omgångar. Både personal och förtroendevalda fick möjlighet att delta vid intervjuerna och därefter framföra sina åsikter före anställningsbeslutet. Den andra intervjuomgången genomfördes genom att personal och förtroendevalda indelades i tre grupper som alla intervjuade de tre kvarvarande sökandena, nämligen K.F., M.P. och B.S.J. Dessa intervjuer gjordes med hjälp av ett, som det förefaller, omfattande och väl genomtänkt frågeunderlag.

Med den utgångspunkten så bedömdes varje påstående om personlig lämplighet som ett uttryck för sanning. Mannen var till exempel mer ödmjuk än

---

<sup>34</sup> Detta är ett spekulativt antagande från min sida baserat på att motståndet mot en kvinna som kyrkoherde var ett sakförhållande som faktiskt bevisades i målet. Det finns naturligtvis många fler möjliga förklaringar än de två jag gett ovan.

kvinnan – inte för att han till skillnad från henne mötte en vänligt sinnad intervjugrupp – utan för att deras personligheter skiljde sig åt.

Ingen kan veta vem som verkligen var bäst lämpad för tjänsten. Diskrimineringslagen bygger på en bevisbörderegeln. Kan man någonsin presentera en starkare bevisning för diskriminering än denna kvinna gjorde? Om intervjuarna önskar att anställa en manlig kyrkoherde nog är det väl sannolikt att det påverkar både deras beteende i intervjusituationen och deras bedömningar av kvinnans svar? Om det finns ett starkt kvinnoprästmotstånd hos de som ska anställa hur viktigt är då att de formella delarna hanterats föredömligt som att intervjuprocessen sker i två omgångar och att andra omgången sker med tre intervjugrupper?

Hade fackföreningen på lokal nivå stöttat kvinnan då tror jag att hon fått jobbet. Hade hon inte fått jobbet så hade hon vunnit den efterföljande diskrimineringsstansen. Jag tror inte Arbetsdomstolen tyckte att hennes bevisning var svag – men arbetsgivaren hade agerat föredömligt i formellt hänseende inklusive att ge arbetstagarna medbestämmande i processen. I sådana situationer får diskrimineringslagen vika.

AD 2013 nr 64 handlade om en nyanställd manlig behandlingssekreterare som begärt en hög lön och fick cirka 2000 kronor mer i månaden än en kvinnlig redan anställd behandlingssekreterare. Eftersom kvinnan hade (minst) likvärdiga kunskaper och deras tjänster var likvärdiga förelåg en presumtion för diskriminering. Arbetsgivaren blev tvungen att presentera ett sakligt skäl för hela löneskillnaden.

Mannen var utbildad i ett nytt behandlingssätt kallat BBIC (barns behov i centrum). De kommuner som köpte behandlingstjänsterna av företaget krävde att den metoden skulle tillämpas. Arbetsdomstolen menade därför att företaget var tvungen att ge mannen den lön han begärde och att marknadsskäl förklarade hela löneskillnaden. Läser man bara domskälen verkar allt vara i sin ordning. Det verkar vara ett skolboksexempel på ett acceptabelt marknadssargument.

Men några viktiga sakförhållanden fastnar i parternas argumentation och letar sig aldrig in i domskälen. Marknadsskäl är bara acceptabla om det är nödvändigt att arbetsgivaren anpassar sig till lönekraven. I det här fallet var utbildningstiden kort, två dagars utbildning räckte för att ge en behandlingssekreterare BBIC kompetens och tre dagars ytterligare utbildning gav kompetens att utbilda andra i metoden. Alla företags anställda – även kvinnan som eventuellt blivit lönediskriminerad – hade gått grundutbildningen (2 dagar). Det fanns 92 sökande till två tjänster. BBIC förordades av Socialstyrelsen så

det är rimligt att tro att alla landets kommuner gav sina behandlingssekreterare vidareutbildning i metoden. Det borde ha funnits många att välja på om man ville ha någon med arbetsvana i metoden.

Arbetsgivaren kan mycket väl ha velat anställa mannen för att denne trodde att mannen var jätteduktig och kan ha accepterat lönekravet av det skälet. Mannen kanske var jätteduktig. Men i en lönediskrimineringsvist ligger bevisbördan på arbetsgivaren sedan arbetstagaren visat likvärdigt arbete och mindre lön. Det arbetsgivaren åberopande – och som Arbetsdomstolen lade till grund för sitt domslut – var erfarenhet av arbete med BBIC och för en utomstående bedömare låter det helt osannolikt att det *både* skulle vara en så central egenskap som arbetsgivaren påstod *och* att det i så fall hade varit *nödvändigt* att ge mannen den lön han begärde eftersom man inte kunde anställa någon annan kompetent person till den gängse lönen.

I detta fall hade den lokala fackklubben kritiserat löneskillnaden men avstått från att utnyttja kollektivavtalets möjlighet att kräva löneöversyn i samband med lönesättningen av den nyanställde.<sup>35</sup>

Återigen tvingas man spekulera i varför den lokala fackföreningen valde denna handlingsväg. En möjlig förklaring är att om mannen blir anställd till en högre lön än andra så kan hans lön användas som argument för högre lön till andra medarbetare i kommande års löneförhandlingar.<sup>36</sup> Även om mannens lön är diskriminerande så kan den vara till fördel för kvinnorna på arbetsplatsen på lång sikt.

En annan möjlig förklaring är att en fackföreningsföreträdare inte vill förklara för en medlem att arbetsgivaren ville betala dig lönen X men vi lyckades övertala arbetsgivaren att sänka sitt lönebud. Ett formellt protokoll där fackföreningen gör en diskrimineringsinvändning mot den lön arbetsgivaren vill erbjuda mannen, skulle ha kunnat tolkas just så av mannen.

Efter att mannen anställts och fått sin höga lön gick den centrala fackföreningen in och stödde den kvinna som hävdade lönediskriminering. Det blev då utrett att de båda behandlingssekreterarna utförde likvärdigt arbete samt att kvinnan hade lägre lön. Skulle arbetsgivaren räddas så måste Arbetsdomstolen anse att marknaden tvingande arbetsgivaren att handla på detta sätt.

---

<sup>35</sup> S Fransson och E Stüber har beskrivit lönesättningsprocessen hos just denna arbetsgivare i S Fransson och E Stüber, Lönediskriminering i ett system med Normlösa avtal och individuell lönesättning, i A H Persson och L Ryberg Welander (red), Festskrift till Catharina Calleman, (Uppsala, Iustus förlag, 2014), s. 120 ff.

<sup>36</sup> Jfr A.a., s. 121. Fackföreningen arbetade för att få arbetsgivaren att göra en systematisk arbetsvärdering (se också domen och dess aktbilaga 26). Däremot är det mitt eget antagande att den lokala fackföreningen kan ha sett fördelar med att släppa in nyanställde till högre lönenivåer än den gängse.

Fackföreningen hade i den lokala förhandlingen (om de hade begärt en sådan) kunnat säga ”vi vill gärna att ni anställer mannen men ni inser att det är diskriminerande att betala honom mer än de kvinnor som utför samma arbete”. Om fackföreningen gjort det hade arbetsgivaren kunnat välja mellan att anställa honom och justera andra medarbetares löner eller istället se om det fanns någon lika duktig som de kunde kosta på två dagars utbildning (ifall de inte redan hade den) bland de 91 övriga sökanden och som var villig att acceptera gängse lön på arbetsplatsen. Nu fick inte arbetsgivaren denna chans att undersöka marknaden. I den stora lagkommentaren till diskrimineringslagen framhålls den fackliga passiviteten ”som en avgörande faktor för utgången”.<sup>37</sup>

Jag tror inte för ett ögonblick att Arbetsdomstolen skulle våga skicka ett sådant här mål till EU-domstolen och be dem utreda hur stora krav man skall ställa på arbetsgivarens marknadsargument och om det faktum att fackföreningen inte krävt förhandling ska medföra att kraven på arbetsgivarens marknadsargument i praktiken bortfaller. Det handlar inte om bristande kunskap om vad EU-rätten kräver eller hur man egentligen gör en korrekt marknadsanalys i just detta fall. Alla (även domarna i Arbetsdomstolen) måste rimligen ha insett att någon marknadsanalys aldrig blev utförd av arbetsgivaren, eftersom den lokala fackföreningen avstod från att driva detta som ett formellt lönediskrimineringsärende.

Det avgörande för detta måls utgång är att mannens och kvinnans lönesättning var kända för den lokala fackföreningen utan att de ingrep. Om fackföreningen var missnöjd skulle den ha använt kollektivavtalsvägen först och lagstiftningsvägen endast om arbetsgivaren bortsåg från deras i en formell förhandling framförda diskrimineringsinvändning. Att protestera utan att begära förhandling är att acceptera och då får man leva med de kompromisser som gjorts även om man inte är nöjd med dem.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> S Fransson och E Stüber, *Diskrimineringslagen en kommentar*, 2 uppl. (Stockholm, Nordstedts, 2015), s. 196.

<sup>38</sup> Eva Schömer och Lena Svenaeus gör en liknande analys i E Schömer och L Svenaeus, ”AD:s lovsång till marknaden”, *Arbetet* 2013-10-02, där Kumlamålet (AD 1995 nr 158 som fackförening vann) jämförs med AD 2013 nr 64. ”En sak som inte sägs i klartext men som tillmäts stor betydelse är facketes agerande. I Kumlatvisten vägrade Akademikerförbundet SSR att träffa avtal om kvinnans lön. I Visions tvist kritiserade det lokala facket lönesättningen men utnyttjade inte kollektivavtalets möjlighet att förhandla i frågan om processen med löneöversyn skötts korrekt. I övrigt är målen ganska lika.”

## 5 Avslutande tanke

Jag tänker avsluta där jag började. Ann, du har alltid varit intresserad av lagstiftningens funktion. Jag tror att du håller med mig om att kollektivavtalen och den svenska arbetsrättsliga modellen fortfarande har så starkt stöd därför att en majoritet anser att den är bättre på att hantera lönebildningskonflikter och andra konflikter på arbetsmarknaden än alternativen. Ett av dessa andra alternativ är diskrimineringslagen. Tror du att den utredning<sup>39</sup> som nu skall försöka besvara bland annat varför det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i Arbetsdomstolen jämfört med i de allmänna domstolarna vågar ta tag i problemet kring att diskrimineringslagstiftning faktiskt kan uppfattas som ett alternativ som i många fall kan stå i motsatsställning till den svenska arbetsrättsliga modellen och att Arbetsdomstolen av historiska skäl vill vårda den modellen.<sup>40</sup> Det är elefanten i rummet när det gäller diskrimineringslagens förhållande till den svenska arbetsrättsliga modellen. Många har försökt ta upp den frågan men mötts av tystnad. Man vill helst se andra förklaringar till att det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i just Arbetsdomstolen.

Jag tror att Arbetsdomstolen inte hade vågat döma AD 2005 nr 69 och 2013 nr 64 såsom man gjort om det funnits en möjlighet att överklaga diskrimineringsfrågor till HD. Om det funnits kontroll från en högre domstol som inte var lika starkt bunden till den svenska arbetsrättsliga modellen så hade rekvisiten i diskrimineringslagen bedömts på ett annat sätt och arbetsrättsliga diskrimineringsmål blivit åtminstone lite lättare att vinna. Arbetsdomstolen är en neutral och opartisk domstol mellan parterna arbetsgivare och arbetstagare men inte i den normativa konflikten mellan diskrimineringslagen och den svenska arbetsrättsliga modellen. Den konflikten är inte utan betydelse för den fråga utredningen skall besvara – nämligen varför det är så svårt att vinna diskrimineringsmål i Arbetsdomstolen.

---

<sup>39</sup> Dir 2014/10 om bättre möjligheter att motverka diskriminering. Lagstiftaren har noterat att det är mycket svårt att vinna vissa typer av mål i Arbetsdomstolen och utredningen kommer att ge sin syn kring vad det kan bero på.

<sup>40</sup> Den 14 december 2016 presenterades SOU 2016:87; man valde att inte ta tag i detta problem.

