

Sammanfattning

Två bolag beslutade att betala ut gratifikationer till de anställda och att gratifikationen skulle utgå i relation till arbetad tid år 2006. När gratifikationen utbetalades till tre arbetstagare som varit föräldralediga under delar av år 2006 gjordes därför avdrag för tid som var arbetstagare varit föräldraledig under det året. Fråga om bolagen, genom att inte betala ut full gratifikation till de föräldralediga arbetstagarna, har brutit mot förbudet mot missgynnande i 16 § föräldraledighetslagen.

**ARBETSDOMSTOLEN**DOM  
2009-01-28  
StockholmDom nr 13/09  
Mål nr A 222/07 och  
A 223/07**KÄRANDE**

Diskrimineringsombudsmannen, tidigare Jämställdhetsombudsmannen,  
Box 3686, 103 59 STOCKHOLM  
Ombud: ställföreträdande JämO Pia Engström Lindgren,  
adress se ovan

**SVARANDE (mål A 222/07)**

1. Tidningsutgivarna, Box 22500, 104 22 STOCKHOLM
2. Annonsfyren i Bohuslän AB, Norra Drottninggatan 19,  
451 83 UDDEVALLA

**SVARANDE (mål A 223/07)**

1. Tidningsutgivarna, Box 22500, 104 22 STOCKHOLM
2. Bohuslänningens Aktiebolag, Norra Drottninggatan 19,  
451 83 UDDEVALLA

Ombud för svarandena: arbetsrättschefen Roine Johansson,  
TU Service AB, Box 22500, 104 22 STOCKHOLM

**SAKEN**

skadestånd på grund av brott mot föräldraledighetslagen

---

**Bakgrund**

Annonsfyren i Bohuslän AB (Annonsfyren) är dotterbolag till Bohuslänningen Aktiebolag (Bohuslänningen). K.W. (tidigare J.) var anställd som journalist hos Bohuslänningen. J.P. och J.G. var båda anställda som annonsförsäljare hos Annonsfyren. De var alla tre föräldralediga under delar av år 2006.

I januari 2007 beslutade Bohuslänningen och Annonsfyren (bolagen) att utge en gratifikation till de anställda. En gratifikation om 11 000 kr gavs till den som var anställd den 31 december 2006. Om arbetstagaren inte hade arbetat heltid under hela år 2006 utgick gratifikationen i proportion till arbetad tid under året. K.W., J.P. och J.G. fick i enlighet härmed reducerad gratifikation i relation till arbetad tid. Tvist uppstod om bolagen genom att inte ge de tre arbetstagarna full gratifikation missgynnade dem av skäl som har samband med deras föräldraledighet, i strid med 16 § föräldraledighetslagen.

J.P. och J.G. är medlemmar i Unionen (dåvarande Tjänstemannaförbundet HTF). K.W. är medlem i Journalistförbundet. Bolagen är bundna av kollektivavtal med dessa förbund. Efter det att förbunden meddelat JämO att de inte avsåg att föra sina medlemmars talan i tvisten har JämO, nuvarande Diskrimineringsombudsmannen, väckt talan i Arbetsdomstolen mot arbetsgivarparterna. Arbetsdomstolen väljer att fortsättningsvis benämna käranden som JämO.

### **Yrkanden**

JämO har yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Annonssfyren att

- till J.P. utge ekonomiskt skadestånd med 6 417 kr samt allmänt skadestånd med 25 000 kr, och
- till J.G. utge ekonomiskt skadestånd med 4 583 kr samt allmänt skadestånd med 25 000 kr,

jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning, den 23 oktober 2007, till dess full betalning sker.

JämO har vidare yrkat att Arbetsdomstolen ska förplikta Bohuslänningen att till K.W. utge ekonomiskt skadestånd med 7 792 kr samt allmänt skadestånd med 25 000 kr, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning, den 25 oktober 2007, till dess full betalning sker.

Arbetsgivarparterna har bestritt käromålen. De yrkade beloppen avseende ekonomiskt skadestånd har vitsordats men däremot inga belopp såvitt avser allmänna skadestånd. För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att bolagen är skadeståndsskyldiga har arbetsgivarparterna yrkat att skadestånden ska sättas ned till noll kronor. Ränteryrkandena har vitsordats.

JämO har hemställt att Arbetsdomstolen ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen i frågan om undantaget från förbudet att missgynna i 16 § andra stycket föräldraledighetslagen strider mot det s.k. likabehandlingsdirektivet.

Arbetsgivarparterna har avstått från att uttala sig i frågan om förhandsavgörande ska inhämtas.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Till utveckling av sin talan har parterna anfört i huvudsak följande.

### **JämO**

Bolagen beslutade att avsätta 1,5 miljoner kr för gratifikationer till de anställda, som en uppskattning för det fina arbetsresultatet under år 2006. Gratifikationen bestämdes till 11 000 kr per anställd. Följande grundregler formulerades av bolagen.

”Man skall vara anställd vid företaget den 31 december.

Gratifikation fås i förhållande till tjänstgöringsgraden. Vid ändrad sysselsättningsgrad under året fås gratifikation i förhållande till den under året genomsnittliga sysselsättningsgraden.

Till den som slutar eller pensioneras under året utgår ingen gratifikation.

För visstidsanställd utgår gratifikation till dem som har en sammanlagd anställningstid på minst sex månader under året och fortfarande är anställda den 31 december.

Tillsvidaranställda får gratifikation i förhållande till den tid som den anställde har arbetat under året.

Till föräldralediga utgår ingen gratifikation om den anställde varit helt frånvarande under året. Den som varit föräldraledig del av året får gratifikation i förhållande till den tid som den anställde har arbetat under året.

Till sjuklediga utgår ingen gratifikation om den anställde varit helt frånvarande under året. Den som varit sjukledig del av året får gratifikation i förhållande till den tid som den anställde har arbetat under året.

Till tjänstlediga utgår ingen gratifikation om den anställde varit helt frånvarande under året. Den som varit tjänstledig del av året får gratifikation i förhållande till den tid som den anställde har arbetat under året.”

Gratifikationsbeloppen utbetalades vid ordinarie löneutbetalning i februari 2007.

J.P., J.G. och K.W. var föräldralediga enligt följande:

– J.P:s barn föddes den 3 juni 2006. Hon var heltidsanställd och föräldraledig fr.o.m. den 28 maj 2006 och återkom i tjänst i februari 2007.

– J.G:s barn föddes den 17 juni 2006. Hon var deltidsanställd till och med april 2006 och därefter heltidsanställd. Hon var föräldraledig från den 4 juni 2006 och återkom i tjänst under hösten 2007.

– K.W:s barn föddes den 1 augusti 2005. Under år 2006 var hon föräldraledig den 1 januari–den 17 april och den 1 augusti–den 31 december.

Eftersom arbetstagarna hade varit föräldralediga under delar av år 2006 reducerades deras gratifikationer. De fick alltså lägre gratifikationer än vad de skulle ha fått om de inte hade varit föräldralediga. Härigenom har det uppstått en skada för dem och de har därför missgynnats.

Arbetstagarna har inte fått fulla gratifikationer, missgynnats, på grund av att de varit föräldralediga. Det finns således ett orsakssamband mellan föräldraledigheten och den uteblivna ersättningen.

Gratifikationen ska i första hand anses vara en förmån av belönings- eller gåvokaraktär, inte en ersättning för utfört arbete. I andra hand, om gratifikationen ska anses vara en retroaktiv lön, ska den ändå anses vara en sådan förbättring av arbetsvillkoren på arbetsplatsen som ska komma en anställd till del oavsett eventuell föräldraledighet.

En reduktion av gratifikationen kan inte anses vara en sådan nödvändig följd av föräldraledigheten som en föräldraledig måste acceptera.

Likabehandlingsdirektivet ger inte någon möjlighet till undantag från förbudet mot diskriminering. Enligt 16 § andra stycket föräldraledighetslagen är det dock tillåtet att missgynna någon på grund av föräldraledighet om missgynnandet är en nödvändig följd av ledigheten. Ett sådant undantag strider alltså mot direktivet. Arbetsdomstolen bör därför bortse från regleringen i denna del eller att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

#### *Sammanfattning av grunderna för talan*

Genom att utge reducerade gratifikationer till de tre arbetstagarna har bolagen missgynnat dem. Missgynnandet har haft samband med deras föräldraledighet och har inte varit en nödvändig följd av ledigheten. Bolagen har därmed brutit mot förbudet mot missgynnande av föräldralediga i 16 § första stycket 5 föräldraledighetslagen och respektive bolag är därför skyldigt att, enligt 22 § samma lag, utge ekonomiskt och allmänt skadestånd till arbetstagarna.

Om Arbetsdomstolen finner att reduceringen av gratifikationerna varit en nödvändig följd av föräldraledigheten bör domstolen bortse från regleringen som stridande mot likabehandlingsdirektivet eller inhämta förhandsavgörande i frågan.

#### **Arbetsgivarparterna**

Vid den i målet aktuella tiden gav Bohuslänningen ut två tidningar. I Annonsfyren hanterades bl.a. annonsförsäljning och annonsproduktion. Bolagen finns kvar men verksamheten i de två bolagen har övertagits av andra bolag.

Avgörande för beslutet om gratifikationer till de anställda var det goda arbetsresultat som hade uppnåtts under år 2006. När reglerna för att erhålla gratifikation utarbetades ansträngde sig bolagen att behandla de anställda lika. Bolagen beslöt därför att gratifikationen skulle proportioneras i förhållande till arbetad tid, eftersom den anställde under frånvaro inte bidragit till resultatet. Föräldralediga, sjuklediga och tjänstlediga behandlades i detta avseende lika. I den praktiska tillämpningen gjordes det inte några avdrag för semester, kortare tjänstledigheter, vård av sjukt barn eller liknande frånvaro. Det uppstod inte några tillämpningsproblem när det gällde att dra gränsen mellan kort respektive lång frånvaro. Av 100 anställda var det elva personer som fick reducerad gratifikation alternativt inte någon gratifikation alls. Fyra av dessa hade under året varit föräldralediga, resterande hade varit frånvarande av andra orsaker. Arbetstagarna i fråga har alltså inte missgynnats. De har som alla andra arbetstagare fått gratifikation i relation till arbetad tid.

Det är inte föräldraledigheten i sig som har lett till att gratifikationerna har reducerats utan det faktum att de tre arbetstagarna har varit frånvarande från arbetet. De föräldralediga bör jämföras med hur andra tjänstlediga har behandlats. Det saknas alltså orsakssamband mellan den reducerade gratifikationen och själva föräldraledigheten.

De som har varit föräldralediga kan inte anses ha haft befogad anledning att räkna med att de skulle få full gratifikation. Om de skulle ha fått full gratifikation så skulle det ha inneburit att de skulle ha gynnats på ett orättvist sätt jämfört med övriga tjänstlediga. Vidare skulle det vara omotiverat eftersom de föräldralediga inte fullt ut bidragit till resultatet under året. Det följer inte av föräldraledighetslagen att föräldralediga ska gynnas särskilt.

Reduceringen av gratifikationen har i vart fall varit en nödvändig följd av ledigheten.

Gratifikationen ska ses som en uppskjuten lön som betalades ut i förhållande till arbetad tid. Den beskattas som lön och beläggs med sociala avgifter. Det är fråga om en enstaka åtgärd som i sig inte höjer de anställdas lönenivå. Gratifikationerna kan därför inte anses vara en sådan förbättring av anställningsvillkoren som en föräldraledig har rätt att få del av när han eller hon kommer tillbaka till arbetet.

#### *Sammanfattning av grunderna för bestridandet*

Arbetstagarna har inte missgynnats när de erhållit en reducerad gratifikation. Det saknas orsakssamband mellan själva föräldraledigheten och den reducerade gratifikationen. I vart fall är den reducerade gratifikationen att anse som en nödvändig följd av föräldraledigheten. Bolagen har alltså inte brutit mot missgynnandeförbudet i 16 § föräldraledighetslagen.

### **Domskäl**

#### *Tvisten*

Bolagen har i början av år 2007 beslutat att betala ut gratifikationer till de anställda och beslutat att dessa skulle utgå i relation till arbetad tid år 2006. I enlighet med dessa villkor har bolagen i februari 2007 utbetalt gratifikationer till tre arbetstagare som varit föräldralediga och därvid gjort avdrag för tid som var arbetstagare varit föräldraledig under år 2006. Tvisten gäller om bolagen, genom att inte betala ut full gratifikation till de föräldralediga arbetstagarna, har brutit mot förbudet mot missgynnande i 16 § föräldraledighetslagen.

#### *Utredningen i målet*

Målet har avgjorts efter huvudförhandling. Vid denna har på arbetsgivarparternas begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med T.H., verkställande direktör i båda bolagen. Parterna har åberopat skriftlig bevisning.

### *Den rättsliga regleringen*

I föräldraledighetslagen finns följande regler av intresse. I 16 § första stycket 5 anges att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetssökande eller en arbetstagare av skäl som har samband med föräldraledighet när arbetsgivaren tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor. Av andra stycket samma paragraf framgår att förbudet inte gäller om olika villkor eller olika behandling är en nödvändig följd av ledigheten. I 24 § anges att om en arbetssökande eller en arbetstagare visar omständigheter som ger anledning att anta att han eller hon har blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet är det arbetsgivaren som ska visa att det inte har förekommit något sådant missgynnande eller att missgynnandet är en nödvändig följd av föräldraledigheten. Av 22 § framgår att en arbetsgivare som bryter mot lagen ska betala skadestånd för den förlust som uppkommer och för den kränkning som har inträffat.

Av förarbetena till bestämmelsen i 16 § föräldraledighetslagen (prop. 2005/06:185 s. 80 f.) framgår bl.a. följande.

"Syftet är att uppnå reell likabehandling av arbetstagarna, oberoende av frågan om föräldraledighet. Endast när en arbetsgivare kan visa att en annan sämre behandling av en viss arbetstagare är en *nödvändig följd* av föräldraledighet skall avsteg från likabehandlingen göras".

Av förarbetena (prop. 2005/06:185 s. 75) framgår också att införandet av ett förbud mot missgynnande behandling i 16 § föräldraledighetslagen bl.a. vidtogs i syfte att i svensk rätt genomföra likabehandlingsdirektivets artikel 2.7, som infördes i direktivet år 2002.

Förbudet mot missgynnande behandling i 16 § och bevisbörderegleringen i 24 § infördes år 2006 och trädde i kraft den 1 juli det året (SFS 2206:442).

### *Missgynnande?*

JämO har anfört att eftersom de tre arbetstagarna har fått en lägre gratifikation än vad de skulle ha fått om de inte varit föräldralediga så har det uppstått en skada för dem och härigenom har de missgynnats av arbetsgivaren.

Arbetsgivarparterna har bestritt att de tre arbetstagarna har missgynnats och anfört bl.a. följande. Alla som var frånvarande från arbetet under år 2006, på grund av t.ex. föräldraledighet, sjukledighet eller annan tjänstledighet, behandlades lika varför de tre arbetstagarna inte kan anses ha missgynnats. Det har varit fråga om en gratifikation som har betalats ut i förhållande till sysselsättnings- och tjänstgöringsgrad, varför arbetstagarna inte heller haft befogad anledning att räkna med att de skulle få full gratifikation.

Av förarbetena (prop. 2005/06:185 s. 81 f.) framgår bl.a. följande. "Uttrycket "missgynnande" bör i detta sammanhang ha samma innebörd som i jämställdhetslagen och de andra diskrimineringslagarna. Det innebär att en

behandling är missgynnande om den kan sägas medföra en skada eller nackdel för en enskild arbetssökande eller arbetstagare. Det som typiskt sett är förenat med faktisk förlust, obehag eller liknande är missgynnande". Ett exempel på missgynnande som nämns i propositionen är att en arbetstagare kommer efter andra arbetstagare i fråga om löne- eller andra anställningsvillkor. Härefter förs i propositionen ett längre resonemang om hur man kan avgöra om ett missgynnande förekommit när en föräldraledig arbetstagare inte fått den löneutveckling eller den befordran som han eller hon hoppats på. Slutligen anförs följande. "Ett sätt att konstatera missgynnande är att behandlingen av en person jämförs med hur någon annan arbetstagare som inte är eller varit ledig behandlas."...."I själva ordet "missgynnande" kan sägas ligga att det sätt som den föräldralediga arbetstagaren behandlats på i första hand jämförs med hur han eller hon skulle ha behandlats om frågan om föräldraledighet inte varit aktuell."

Arbetsdomstolen gör följande bedömning. Det kan, som arbetsgivarparterna gjort, ifrågasättas om inte en jämförelse i detta fall, som enligt arbetsgivarparterna avser retroaktiv lön, ska göras med hur andra arbetstagare som varit lediga av andra orsaker har behandlats. Arbetsdomstolen finner emellertid inte något stöd i förarbetena för ett sådant resonemang. I förarbetena (prop. 2005/06:185 s. 86) anges att en *försämring* (domstolens markering) kan vara en nödvändig följd av ledigheten och som exempel anges en arbetstagare som är helt ledig och som av den anledningen inte erhåller lön under bortovaren. Lagstiftaren utgår alltså från att det är en försämring att inte erhålla lön under bortovaro.

De tre arbetstagarna har ostridigt fått en lägre gratifikation, alltså en mindre summa pengar, utbetald än de arbetstagare som har arbetat under hela året. Det kan alltså konstateras att arbetstagarna har fått vidkännas en förlust motsvarande skillnaden mellan full gratifikation och vad som har utbetalats till dem jämfört med om de skulle ha arbetat och jämfört med vad de anställda fått som har arbetat hela året. Vid en sådan jämförelse har de alltså missgynnats.

Arbetsdomstolen finner således att de tre arbetstagarna missgynnats genom att de inte erhållit full gratifikation. Frågan är då om det finns ett orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten.

#### *Orsakssamband?*

JämO har anfört att det finns ett orsakssamband eftersom skälet till att en lägre gratifikation har utbetalats är att arbetstagarna har varit föräldralediga. Arbetsgivarparterna har invänt att det inte förelegat något orsakssamband och anfört att det inte är föräldraledigheten i sig som har lett till en lägre gratifikation utan det faktum att de inte har arbetat under delar av året, dvs. att det är bristen på utfört arbete som är orsaken.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning. De tre arbetstagarna har, med stöd av reglerna i föräldraledighetslagen varit frånvarande från arbetet delar av det aktuella året. Föräldraledigheten är alltså orsaken till att de inte har arbetat

och inte fått full gratifikation. Arbetsdomstolen finner att det föreligger ett orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten.

Sammanfattningsvis har Arbetsdomstolen alltså funnit att J.P., J.G. och K.W. har missgynnats och att missgynnandet har ett samband med att de varit föräldralediga. Vid sådant förhållande har arbetsgivarparterna gjort gällande att den olika behandlingen, dvs. att full gratifikation inte utgått, varit en nödvändig följd av ledigheten.

*Nödvändig följd av ledigheten?*

Arbetsgivarparterna har hävdat att en reduktion av gratifikationen för den tid som tre arbetstagarna varit föräldralediga varit en nödvändig följd av ledigheten och anfört följande. Gratifikationen utbetalades i februari 2007 i relation till arbetad tid under år 2006. Den utbetalades vid ett enstaka tillfälle. Gratifikationen ska därför bedömas som retroaktiv lön. Det är då en given konsekvens av ledigheten att gratifikationen utgår i relation till arbetad tid. De föräldralediga skulle annars ha gynnats på ett sätt som skulle ha varit orättvist gentemot dem som arbetat under hela året eller varit frånvarande av annan anledning än föräldraledighet. Vidare skulle det ha varit omotiverat med full gratifikation till de föräldralediga eftersom de inte bidragit till resultatet under hela året. Gratifikationen var inte lönenivåhöjande.

JämO har invänt att en reduktion inte varit en nödvändig följd av ledigheten och bl.a. invänt mot att gratifikationen ska betraktas som retroaktiv lön. JämO har anfört att gratifikationen i första hand ska anses vara en förmån av belöningskaraktär, inte en ersättning för utfört arbete.

Parterna är överens om att gratifikationen omfattas av 16 § första stycket 5 föräldraledighetslagen, dvs. att ersättningen är att uppfatta som löne- eller anställningsvillkor. De har dock olika syn på ersättningens karaktär. Frågan är vilken betydelse detta har för bedömningen.

Av förarbetena (prop. 2005/06:185 s. 88 f.) framgår bl.a. följande.

"Utgångspunkten bör vara att föräldraledighet inte alls skall påverka lönesättningen eller de andra villkoren. En föräldraledig arbetstagare ska normalt ha samma allmänna löneutveckling och villkor i övrigt under ledigheten som när han eller hon arbetar fullt ut enligt sin normala arbetstid. Avsikten är att den föräldralediga under ledigheten inte skall tappa i lönehänseende i förhållande till arbetskamrater eller i förhållande till hur löneutvecklingen kan antas skulle ha varit om inte ledigheten tagits ut.

-----

Att ledigheten påverkar lönen och andra villkor ska enligt förslaget få ske endast i verkliga undantagsfall, nämligen i de fall arbetsgivaren kan visa att en sådan utveckling är en nödvändig följd av ledigheten. Detta utomordentligt stränga kriterium innebär att en arbetsgivare inte kan använda sig av en lönesättning som gör skillnad mellan arbetstagarna utifrån om de är eller varit föräldralediga eller inte."

Mot bakgrund av dessa förarbetsuttalanden har JämO, som Arbetsdomstolen uppfattar talan, gjort gällande att om ersättningen är av allmän belöningskaraktär ska full ersättning utgå som om arbetstagaren arbetat. Den har då inte varit relaterad till utfört arbete eller utgjort ersättning för utfört arbete och en reduktion är då på intet sätt att betrakta som en nödvändig följd av ledigheten. Men JämO har i andra hand gjort gällande att även om gratifikationen ska anses vara en retroaktiv lön, ska den ändå anses vara en sådan förbättring av arbetsvillkoren som ska komma en anställd till del oavsett föräldraledighet.

Arbetsdomstolen gör följande bedömning i frågan om ersättningens karaktär. I målet är ostridigt att skälet till att arbetsgivarna beslutade att betala ut en gratifikation till de anställda var att de ville premiera de anställdas arbetsinsats som möjliggjort 2006 års goda resultat. Bolagen valde därför att betala ut gratifikationen i relation till sysselsättningsgrad och arbetad tid. Det har varit fråga om ett engångsbelopp. Som arbetsgivarsidan gjort gällande kan ersättningen inte ses som lönenivåhöjande, dvs. den har inte haft betydelse för lönesättningen i sig på så sätt att den påverkat förutsättningarna för framtida lönesättning eller löneutveckling. Arbetsdomstolens bedömning mot bakgrund av dessa omständigheter är att ersättningen är att betrakta som en retroaktiv ersättning för utfört arbete, dvs. en retroaktiv lön.

Har då reduktionen av gratifikationen varit en nödvändig följd av ledigheten?

Utöver vad som tidigare redovisats hänvisas i propositionen (prop. 2005/06:185 s. 86–87) till den dåvarande lydelsen av 17 § vari användes uttrycket "nödvändig följd av ledigheten" för att markera de fall då en arbetstagare trots lagens huvudregel om likabehandling måste godta försämrade anställningsförmåner eller arbetsvillkor eller en omplacering på grund av att han eller hon begär eller tar ut föräldraledighet. Det anförs därefter följande angående uttrycket.

Detta är ett strängt kriterium som knappast lämnar något utrymme för att föräldraledighet tillåts påverka förhållandena utöver vad som följer som en given konsekvens av ledigheten. Ett exempel på när en försämring således kan vara en "nödvändig följd av ledigheten" är att en arbetstagare som är helt ledig inte får lön från arbetsgivaren under bortovaron. Ett annat exempel är att en arbetstagare som är partiellt ledig får lönen minskad i proportion till ledigheten (jfr prop. 1978/79:104 s. 38 och 39).

Även det utökade förbudet mot missgynnande i den ändrade lagen bör kunna utgå från lokutionen "en nödvändig följd av ledigheten". En nödvändig följd av ledigheten är en sådan effekt som är en given konsekvens av ledigheten. Att den är nödvändig innebär att den inte går att undvika om inte den föräldralediga arbetstagaren skall särskilt gynnas i förhållande till andra arbetstagare på ett sätt som kan uppfattas orättvist mot dessa eller annars framstår som orimligt eller uppenbart omotiverat. Med kriteriet "nödvändig följd av ledigheten" är utrymmet för en arbetsgivare att beakta att en arbetstagare är föräldraledig eller önskar ta ut ledighet utomordentligt litet.

Arbetsdomstolen har funnit att gratifikationen var en retroaktiv ersättning för utfört arbete – retroaktiv lön. Den betalades ut i förhållande till den tid som

den anställde hade arbetat under året. Arbetsdomstolens bedömning är att det inte kan anses strida mot föräldraledighetslagen att villkora ersättningen på detta sätt. Ett grundläggande villkor i ett anställningsavtal får normalt anses vara att lön bara utgår för arbetad tid eller för tid då arbetstagaren står till arbetsgivarens förfogande, om inte annat avtalas eller följer av lag. Vid sådant förhållande finner Arbetsdomstolen att det varit en nödvändig följd av ledigheten att arbetstagarna inte erhållit något gratifikationsbelopp för den tid de varit föräldralediga på samma sätt som det inte kan anses strida mot föräldraledighetslagen att den vanliga lönen inte utgår under föräldraledighet. Arbetsdomstolen kan inte komma till någon annan slutsats än att det är just denna typ av situation som lagstiftaren avsett ska omfattas av undantaget. Arbetsdomstolen delar därmed inte JämO:s bedömning att gratifikationen under alla omständigheter skulle utgöra en sådan förbättring av lönevillkoren som en föräldraledig inte ska gå miste om på grund av ledigheten. Att i aktuellt fall inte erhålla full gratifikation kan inte anses innebära att de föräldralediga "tappat i lönehänseende".

Arbetsdomstolens slutsats är att bolagens beslut att inte utge full gratifikation till de tre arbetstagarna var en given konsekvens av att ersättningen utgjorde en retroaktiv ersättning för utfört arbete och att bolagen därmed visat att reduktionen av gratifikationen var en nödvändig följd av ledigheten.

#### *EG-rätten och frågan om förhandsavgörande*

Arbetsdomstolen behandlar härefter frågan om EG-rättens betydelse för bedömningen.

#### EG-rättslig reglering

Lönefrågor i samband med föräldraledighet finns reglerade i tre EG-direktiv, dels direktivet till skydd för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, dels direktivet om ramavtalet om föräldraledighet, dels likabehandlingsdirektivet.

1. Regler om rätt till lön eller annan ersättning under *föräldraledighet i form av mammaledighet* finns i rådets direktiv 92/85/EEG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra säkerhet och hälsa på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar (tionde särdirektivet enligt artikel 16.1 i direktiv 89/391/EEG). I artikel 8 regleras rätten till ledighet som är genomförd i svensk rätt genom 4 § föräldraledighetslagen, som bl.a. föreskriver rätt till 14 veckors sammanhängande mammaledighet varav två veckor är obligatoriska. I artikel 11.2 a anges att rättigheter enligt anställningsavtal, utöver dem som avses i punkten b, ska säkerställas under sådan form av mammaledighet. Av artikel 11.2 b följer en rätt att under mammaledigheten bibehålla sin lön eller att erhålla skälig ersättning. I artikel 11.3 anges att ersättningen ska anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren i fråga skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak för ersättningen som fastställts i nationell lagstiftning. Enligt svensk rätt föreligger under mammaledighet rätt till föräldrapenning enligt 4 kap. lagen om allmän försäkring. Därutöver kan

en mammaledig arbetstagare ha rätt till lön från sin arbetsgivare i enlighet med reglering i avtal.

2. Utöver rätt till mammaledighet regleras *rätt till föräldraledighet* i rådets direktiv 96/34/EG av den 3 juni 1996 om ramavtalet om föräldraledighet, undertecknat av UNICE, CEEP och EFS. Enligt direktivet har en arbetstagare rätt till tre månaders föräldraledighet, dvs. sammanlagt sex månader för båda föräldrarna. Direktivet reglerar inte någon rätt till lön eller annan ersättning under föräldraledigheten utan anger i § 2 sjunde punkten i bilagan att medlemsstaterna och/eller arbetsmarknadens parter ska fastställa de villkor som ska gälla under föräldraledigheten. Däremot finns i § 2 sjätte punkten en reglering som föreskriver följande. De rättigheter som arbetstagaren förvärvat eller står i begrepp att förvärva när föräldraledigheten börjar ska bevaras oförändrade fram till och med föräldraledighetens slut. Vid föräldraledighetens slut ska dessa rättigheter inklusive de ändringar som härrör från nationell lagstiftning, nationella kollektivavtal eller nationell praxis vara gällande.

3. Slutligen finns i det s.k. *likabehandlingsdirektivet*, 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 anställningsvillkor, en reglering om vilka arbetsvillkor som ska gälla när en arbetstagare återgår i arbete efter att ha varit mammaledig alternativt föräldraledig.

Likabehandlingsdirektivet ändrades år 2002. Direktivet tillfördes bl.a. en ny artikel 2.7 genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring i rådets direktiv 76/207/EEG. I artikel 2.7 andra stycket föreskrivs följande.

En kvinna som är mammaledig skall vid mammaledighetens slut ha rätt att återgå till sitt arbete eller ett likvärdigt arbete, på villkor som inte är mindre gynnsamma för henne och komma i åtnjutande av de förbättringar av arbetsvillkoren som hon skulle ha haft rätt till under sin bortovaro.

I tredje stycket anges att mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet eller mammaledighet i den mening som avses i direktiv 92/85/EEG ska anses utgöra diskriminering enligt likabehandlingsdirektivet.

Enligt fjärde stycket anges bl.a. att regleringen inte ska påverka medlemsstaternas rätt att erkänna särskild rätt till bl.a. pappaledighet. Därutöver följer av regleringen att de medlemsstater som erkänner sådan rätt ska se till att pappalediga ges samma skydd som mammalediga. Genom denna reglering har alltså i likabehandlingsdirektivet införts en möjlighet till skydd för föräldralediga, dvs. oavsett kön.

Likabehandlingsdirektivet är genomfört i svensk rätt genom förbuden mot diskriminering i jämställdhetslagen vilka, från och med den 1 januari 2009, ersatts av reglering i diskrimineringslagen, men även genom förbudet mot missgynnande i 16 § föräldraledighetslagen.

Utöver ovan angivna regleringar kan *EG-rättens likalöneprincip* ha betydelse för rätten till lön under föräldraledighet. Likalöneprincipen finns reglerad i EG-fördragets artikel 141 (tidigare artikel 119) och i det s.k. likalönedirektivet, 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.

Genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet (omarbetning) har bl.a. likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet förts samman i ett direktiv. Likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet upphör att gälla den 15 augusti 2009.

### Domar från EG-domstolen

1. EG-domstolens dom av den 21 oktober 1999 i mål C-333/97, S.L. mot Lothar Denda (Lewen-målet), behandlar frågan om en föräldraledig arbetstagares rätt till jultillägg.

S.L:s arbetsgivare betalade normalt ut jultillägg den 1 december till arbetstagarna motsvarande en månadslön. Jultillägget utbetalades under det uttryckliga förbehållet att arbetstagaren inte sade upp sig före den första juli nästkommande år och att arbetstagaren inte heller gav företaget anledning att skilja arbetstagaren från anställningen. S.L. erhöll dock inget jultillägg år 1996. Hon födde barn i juli det året och var ledig i samband med graviditeten och förlossningen och föräldraledig från och med september 1996 och, såvitt är aktuellt, året ut.

EG-domstolen hade att ta ställning till om jultillägget var att anse som lön och om likalöneprincipen, direktiv 92/85/EEG – som avser arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar – eller direktiv 96/34/EG – om ramavtalet om föräldraledighet – utgjorde hinder mot att ett jultillägg av aktuellt slag inte utgick till en föräldraledig arbetstagare och mot att vid betalning av tillägget göra proportionella avdrag i relation till arbetad tid.

EG-domstolen fann att jultillägget inte kunde anses omfattas av begreppet lön i den mening som avses i artikel 11.2 b i direktiv 92/85/EEG, eftersom tillägget inte syftade till att säkerställa en sådan inkomstnivå som föreskrivs i artikel 11.3 i det direktivet. Domstolen fann att jultillägget inte heller omfattades av § 2 sjätte punkten i bilagan till direktiv 96/34/EG då tillägget inte utgjorde någon rättighet som arbetstagaren hade förvärvat eller stått i begrepp att förvärva när föräldraledigheten började eftersom det betalades ut frivilligt efter det att ledigheten hade inletts. Slutsatsen av detta var således att dessa bestämmelser inte utgjorde hinder vare sig för att inte utbetala jultillägg eller för att göra proportionella avdrag.

EG-domstolen fann däremot att jultillägget var lön i den mening som avses enligt likalöneprincipen.

Vid sin fortsatta bedömning ansåg EG-domstolen att det var av betydelse vilken typ av ersättning som jultillägget utgjorde. Enligt EG-domstolen skulle den nationella domstolen kunna komma fram till att tillägget var att betrakta som retroaktiv lön *eller* att det endast var beroende av villkoret att arbetstagaren är verksam när tillägget beviljades i syfte att belöna deras framtida lojalitet gentemot arbetsgivaren.

Såvitt avsåg den sistnämnda situationen fann domstolen följande. Domstolen uttalade för det första artikel 11.2 a i direktiv 92/86/EEG inte var tillämplig eftersom den avser kvinnliga arbetstagares rättigheter enligt anställningsavtalet som ska säkerställas vid mammaledighet. Därefter uttalade domstolen att likalöneprincipen inte utgjorde något hinder då det varken var fråga om direkt eller indirekt diskriminering.

Om tillägget däremot var att anse som retroaktiv lön fann EG-domstolen att det kunde vara fråga om indirekt diskriminering på grund av kön. Domstolen uttalade bl.a. följande. En arbetsgivares vägran att bevilja ett tillägg, även ett sådant tillägg från vilket det har gjorts proportionella avdrag, till föräldralediga arbetstagare som har utfört arbete under det år då tillägget beviljas, enbart på grund av att deras anställningsavtal tillfälligt inte tillämpas när tillägget beviljas, missgynnar dessa arbetstagare i förhållande till dem som fortfarande är i tjänst när tillägget beviljas och som faktiskt erhåller tillägget som ersättning för det arbete som har utförts under detta år. En sådan vägran utgör således diskriminering i den mening som avses i artikel 119 i fördraget, eftersom de kvinnliga arbetstagarna riskerar att mycket oftare än de manliga arbetstagarna vara föräldralediga när tillägget beviljas. Domstolen anförde angående frågan om proportionella avdrag således att en arbetsgivare inte kan hindras från att göra proportionella avdrag från förmånen för perioder av föräldraledighet, eftersom situationen för arbetstagare som är föräldralediga inte kan likställas med situationen för en man eller kvinna som arbetar. Däremot fann domstolen att artikel 119 i fördraget utgör hinder mot att en arbetsgivare vid beviljandet av ett jultillägg gör proportionella avdrag från förmånen för skyddsperioder för modern (förbud mot arbete). Av domen framgår att enligt de tyska nationella reglerna har en kvinnlig arbetstagare rätt att bibehålla sin lön under skyddsperioder för modern.

2. Även EG-domstolens dom av den 13 februari 1996 i mål C-342/93, (Gillespie-målet) behandlar frågan om ersättning under föräldraledighet. Frågorna i det målet avsåg emellertid endast huruvida arbetsgivarens agerande i det fallet stred mot likalöneprincipen.

#### EG-rättens betydelse för bedömningen i målet

JämO har gjort gällande att undantaget mot förbudet mot missgynnande i 16 § andra stycket föräldraledighetslagen strider mot likabehandlingsdirektivet.

Som ovan beskrivits regleras i likabehandlingsdirektivet vilka villkor som ska gälla när en föräldraledig arbetstagare återgår i arbete. Syftet med regleringen är att föräldralediga då inte ska diskrimineras på grund av att de varit föräldralediga. Föräldralediga ska ha rätt att återgå i arbete på oförändrade villkor, men de ska när de kommer tillbaka också komma i åtnjutande av förbättringar som skett under frånvaron. Enkelt uttryckt avser regleringen alltså de villkor som ska gälla för det arbete som utförs från och med det att arbetstagaren åter är i arbete.

Arbetsdomstolen har i sin bedömning kommit fram till att den tvistiga gratifikationen är att bedöma som retroaktiv ersättning för utfört arbete. Gratifikationen har alltså inte påverkat den lön som arbetstagarna skulle erhålla vid återgång i arbete efter år 2006. Arbetsdomstolens slutsats är således att likabehandlingsdirektivets särskilda reglering avseende föräldraledigas lönevillkor vid återgång i arbete inte är tillämplig på den tvistiga ersättningen. Därmed uppkommer ingen fråga om huruvida undantaget strider mot likabehandlingsdirektivet.

Som framgår av redovisningen ovan av EG-rätten finns, förutom vad som gäller under de 14 veckornas mammaledighet enligt direktiv 92/85/EEG, ingen reglering om rätt till lön eller annan ersättning under föräldraledighet. Av Lewen-avgörandet framgår att där aktuellt jultillägg inte omfattades artikel 11.2 b i direktiv 92/85/EEG eller av 2 § sjätte punkten i bilagan till direktiv 96/34/EG och att de bestämmelserna därmed inte utgör hinder mot att en arbetsgivare gör proportionella avdrag från sådan förmån för perioder av föräldraledighet. Arbetsdomstolens bedömning är att inte heller en motsvarande proportionering av aktuell gratifikation hindras av de nämnda bestämmelserna och att den aktuella gratifikationen, som arbetsgivarna betalade frivilligt och som därmed inte utgör någon rättighet enligt anställningsavtalen, inte omfattas av artikel 11.2 a i direktiv 92/85/EEG. Den EG-rättsliga principen om lika lön för män och kvinnor (likalöneprincipen) skulle kunna ha betydelse i fråga om utbetalningen av gratifikationen. JämO har emellertid inte gjort gällande könsdiskriminering, dvs. att arbetstagarna missgynnats i egenskap av kvinnor. Arbetsdomstolen kan dock i sammanhanget notera att inte heller likalöneprincipen i princip utgör hinder mot att göra proportionella avdrag för perioder av föräldraledighet.

Sammanfattningsvis har Arbetsdomstolen funnit att en gratifikation av det slag som är aktuell i målet inte omfattas av artikel 2.7 i likabehandlingsdirektivet och att en sådan proportionering av gratifikationen som skett inte heller står i strid med artikel 11.2 i direktiv 92/85/EEG. Arbetsdomstolens slutsats är att det inte finns skäl att inhämta något förhandsavgörande från EG-domstolen.

#### *Sammanfattning och rättegångskostnader*

Arbetsdomstolen har funnit att gratifikationen varit en retroaktiv ersättning för utfört arbete och att den proportionering av gratifikationen som bolagen har gjort i relation till arbetad tid därmed varit en nödvändig följd av ledigheten. Bolagens åtgärd att utge reducerade gratifikationer till J.P., J.G. och

K.W. har således inte inneburit att bolagen brutit mot förbudet mot missgynnande av föräldralediga i 16 § föräldraledighetslagen. Skadeståndsyrkandena ska därför avslås.

Vid denna utgång i målen ska käranden förpliktas att ersätta arbetsgivarparterna för deras rättegångskostnader i målen. Det råder inte tvist om det yrkade beloppet.

### **Domslut**

1. Arbetsdomstolen avslår Diskrimineringsombudsmannens talan.
2. Arbetsdomstolen avslår yrkandet om inhämtande av förhandsbesked från EG-domstolen.
3. Arbetsdomstolen förpliktar Diskrimineringsombudsmannen att ersätta arbetsgivarparterna för rättegångskostnader med etthundrafyrtioentusenfemhundra (141 500) kr, varav 125 000 kr för ombudsarvode, med ränta enligt 6 § räntelagen på det förstnämnda beloppet från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Cathrine Lilja Hansson, Sören Öman, Mårten Holmström, Jan Nordin, Teddy Glans, Ella Niia och Inger Efraimsson. Enhälligt.

Sekreterare: Kristine Skår