

Sammanfattning

Fråga om ett bolag har gjort sig skyldigt till könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen genom att inte betala löneutfyllnad till en gravid anställd som är ledig och uppbär havandeskapspenning på sätt som bolaget gör när anställda är sjukskrivna och får sjukpenning. Vidare fråga om bolaget brutit mot förbudet mot missgynnande i föräldraledighetslagen genom att inte för den anställda avsätta premier i enlighet med bolagets pensionspolicy under hennes föräldraledighet.

ARBETSDOMSTOLENDOM
2009-01-28
StockholmDom nr 15/09
Mål nr A 19/08**KÄRANDE**

Diskrimineringsombudsmannen (tidigare Jämställdhetsombudsmannen),
Box 3686, 103 59 STOCKHOLM
Ombud: jur. kand. Marie Nordström och Caroline Wieslander Blücher,
Diskrimineringsombudsmannen, adress som ovan

SVARANDE

Stryker AB, 556516-1352, Box 50425, 202 14 MALMÖ
Ombud: advokaten Magnus Wallander, jur. kand. Jenny Welander Wadström
och jur. kand. Lena Wåglöf, Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB,
Box 1711, 111 87 STOCKHOLM

SAKEN

könsdiskriminering m.m.

Stryker AB ingår i en stor koncern som är verksam inom medicinsk teknik och ortopedi. Koncernens amerikanska moderbolag är börsnoterat. I koncernen finns i dag över 20 000 anställda runt om i världen, varav cirka 2 000 i Europa. I den svenska verksamheten, som utgörs av försäljning av medicinska instrument och implantat, är omkring 70 personer anställda.

M.H. är sedan år 2005 anställd hos bolaget som produktspecialist/säljare. Bolaget, som inte är bundet av kollektivavtal, tillämpar en pensionspolicy. Den innebär bl.a. dels att bolaget vid sjukskrivning betalar en löneutfyllnad till den anställda, dels att bolaget varje månad betalar in pensionspremier för de anställda.

Under hösten 2006 blev M.H. gravid. Fr.o.m. den 22 april t.o.m. den 9 juni 2007 var hon tjänstledig och uppbar havandeskapspenning. Under denna period betalade bolaget inte någon löneutfyllnad till henne som bolaget gör vid sjukskrivning. Mellan bolaget och dåvarande Jämställdhetsombudsmannen (numera Diskrimineringsombudsmannen; i fortsättningen används JämO för att ange käranden) uppkom tvist om detta utgör brott mot jämställdhetslagen. Den lagen har upphävts genom ikraftträdandet den 1 januari 2009 av diskrimineringslagen (2008:567) men har tillämpning i tvisten som avser tid dessförinnan.

Den 2 juli 2007 födde M.H. barn. Fr.o.m. den 1 augusti 2007 tog hon ut föräldraledighet. Som en följd av föräldraledigheten upphörde bolaget fr.o.m. samma dag att betala in pensionspremier för henne. Mellan JämO och bolaget uppkom tvist om detta utgör brott mot föräldraledighetslagen.

JämO väckte talan i Arbetsdomstolen och yrkade att bolaget ska förpliktas att till M.H. betala

1. ekonomiskt skadestånd avseende

- a) ersättning vid sjukdom motsvarande utebliven löneutfyllnad med 400 kr per dag fr.o.m. den 22 april t.o.m. den 9 juni 2007, jämte ränta på beloppen enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 20 februari 2008) till dag för dom,
- b) pensionspremier med 3 195 kr per månad fr.o.m. den 1 augusti t.o.m. den 31 december 2007, jämte ränta på beloppen enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 20 februari 2008) till dag för dom,
- c) pensionspremier med 3 357 kr per månad fr.o.m. den 1 januari t.o.m. den 30 september 2008, jämte ränta enligt 6 § räntelagen på 3 357 kr från dag för delgivning av stämning (den 20 februari 2008) till dag för dom samt på 3 357 kr från den sista dagen i respektive månad fr.o.m. den 28 februari t.o.m. den 30 september 2008 till dag för dom,

2. allmänt skadestånd med

- a) i första hand 80 000 kr enligt 25 § jämställdhetslagen och 22 § föräldraledighetslagen för den kränkning som inträffat, eller
- b) i andra hand, med 60 000 kr enligt 25 § jämställdhetslagen, för det fall domstolen skulle finna att M.H. inte har blivit missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet men könsdiskriminerad, alternativt med 40 000 kr enligt 22 § föräldraledighetslagen, för det fall domstolen skulle finna att M.H. inte har blivit könsdiskriminerad men missgynnad av skäl som har samband med föräldraledighet.

JämO har vidare yrkat att bolaget ska förpliktas att betala ränta på det allmänna skadeståndet enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämning (den 20 februari 2008) till dess betalning sker.

JämO har också yrkat att det ekonomiska skadeståndet avseende ersättning vid sjukdom samt det allmänna skadeståndet ska sättas in på M.H:s konto i Handelsbanken samt att det ekonomiska skadeståndet avseende pensionspremier ska sättas in på M.H:s tjänstepensionsförsäkring TryggPlan i SEB Trygg Liv.

Bolaget har bestritt yrkandena. Det ekonomiska skadeståndet har vitsordats som skäligt i och för sig. Det allmänna skadeståndet däremot har inte vitsordats. Sättet att beräkna räntan har vitsordats.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

Bakgrund

M.H:s anställning m.m.

M.H. har till uppgift att sälja höft- och knäledsprotoser. Arbetet medför att hon är närvarande vid ledbytesoperationer, som kan pågå flera timmar i rad, för att förevisa produkter. Hon bor i Västerås och har hela Mellansverige som säljdistrikt. Detta kräver att hon kör bil i tjänsten, omkring 350–400 mil per månad.

M.H. var frånvarande från arbetet under delar av sin graviditet på grund av sjukskrivning, dels på heltid fr.o.m. den 7 februari t.o.m. den 25 februari 2007, dels på halvtid fr.o.m. den 7 mars t.o.m. den 20 april 2007. Arbetsförmågan var nedsatt på grund av sådana graviditetsrelaterade besvär som gjorde att hon bedömdes vara berättigad till sjukpenning från Försäkringskassan. Under dessa sjukskrivningsperioder betalade bolaget löneutfyllnad till M.H. enligt den tillämpade policyn.

M.H. var vidare frånvarande från arbetet under tiden fr.o.m. den 22 april t.o.m. den 9 juni 2007. Då fick hon havandeskapspenning från Försäkringskassan. Hon fick under denna period inte någon löneutfyllnad som hon hade fått under sjukskrivningsperioderna.

De sista tre veckorna före förlossningen hade M.H. delvis semester och delvis tjänstledigt utan lön.

M.H. födde barn den 2 juli 2007. Därefter hade hon semester tills hon den 1 augusti 2007 påbörjade föräldraledigheten. Samma dag upphörde bolaget att betala pensionspremier till hennes tjänstepensionsförsäkring. M.H. är fortfarande föräldraledig.

Bolagets ersättningspolicy vid sjukdom m.m.

När en anställd sjukanmäler sig betalar bolaget sjuklön under de 14 första dagarna av sjukperioden, med undantag för den första dagen som utgör karensdag. Den ersättning som betalas uppgår till 80 procent av den anställdes lön. Läkarintyg ska uppvisas från och med den åttonde dagen i sjukperioden och i vissa fall kan läkarintyg krävas tidigare än så.

Fr.o.m. dag 15 i en sjukperiod ersätts sjuklönen av sjukpenning från Försäkringskassan. Ersättningen från Försäkringskassan uppgår till 80 procent av den anställdes lön, dock endast upp till 7,5 prisbasbelopp. Bolaget betalar ett lönetillägg till sina anställda när de är sjuka längre än 14 dagar i en sjukperiod. Fr.o.m. dag 15 t.o.m. dag 90 betalar bolaget mellanskillnaden mellan 90 procent av lönen och ersättningen från Försäkringskassan. Denna löneutfyllnad betalas vid sjukskrivning oberoende av om sjukdomen är graviditetsrelaterad eller inte. Vid frånvaro från arbetet som inte beror på sjukdom lämnas inte någon löneutfyllnad.

Även fr.o.m. dag 91 i sjukperioden och framåt har en anställd hos bolaget som är sjukskriven rätt till en löneutfyllnad som garanterar 90 procent av lönen. Ersättningen betalas då från en sjukförsäkring som bolaget har tecknat hos Euro Accident. Av försäkringsvillkoren framgår att rätt till ersättning enligt sjukförsäkring finns om den anställde på grund av sjukdom eller olycksfall är helt eller delvis arbetsoförmögen. Ersättning utgår dock inte om arbetstagaren uppsåtligen vållat den nedsatta arbetsförmågan. Enligt försäkringsvillkoren krävs att den försäkrade under sjukperioden står under fortlöpande läkartillsyn och försäkringsbolaget har även rätt att inhämta upplysningar från exempelvis läkare och Försäkringskassan.

Bolagets pensionspolicy

Bolaget har en privat pensionslösning för sina anställda. Bolaget tillämpar en premiebestämd pensionsplan som innebär att bolaget varje månad betalar pensionspremier för de anställda. Den pensionsgrundade inkomsten definieras som månadslönen multiplicerad med 12,2. Enligt pensionspolicyn betalas inga pensionspremier under föräldraledighet. Detsamma gäller som huvudregel vid annan tjänstledighet än föräldraledighet.

Bolaget betalar in pensionspremier för den som är sjukskriven under en period av tre månader. Bolaget har även tecknat en så kallad premiefrielseförsäkring i anslutning till sjukförsäkringen som innebär att när löneutfyllnad vid sjukdom betalas från sjukförsäkringen betalas även pensionspremier in via premiefrielseförsäkringen genom försäkringsbolagets försorg fr.o.m. den 90:e dagen av sjukfrånvaro.

Bolagets pensionspolicy är upprättad av försäkringsförmedlarna Söderberg & Partners. M.H:s pensionsförsäkring tillhandahålls av försäkringsbolaget SEB Trygg liv. M.H. har själv inte möjlighet att göra några insättningar på tjänstepensionsförsäkringen och hon har ingen möjlighet att ta del av försäkringen innan hon fyller 55 år.

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

JämO

Havandeskapspenning

M.H. blev av sin barnmorska informerad redan den 6 februari 2007 om att hon – mot bakgrund av att hennes arbetssituation framledes kunde bli svår – hade möjlighet att ansöka om havandeskapspenning hos Försäkringskassan. Den 7 februari 2007 ansökte M.H. om havandeskapspenning. Den 2 mars 2007 fattade Försäkringskassan beslut om att bevilja henne hel havandeskapspenning.

Till grund för Försäkringskassans beslut att bevilja M.H. havandeskapspenning låg dels hennes ansökan, dels bolagets utlåtande om omplacering. I ansökan om havandeskapspenning angav M.H. att hon hade särskilda besvär i samband med graviditeten bland annat i form av värk i ben och

ländrygg/fogar. Hon beskrev även hur en arbetsdag såg ut med stående tre till fem timmar under operationer och många tunga lyft av ortopediska instrument.

Av bolagets utlåtande om omplacering framgår att bolaget rekommenderade M.H. att inte fortsätta sitt arbete som produktspecialist under graviditeten då arbetsförhållandena kunde ha en skadlig inverkan på fostrets utveckling eller på havandeskapet. Arbetsförhållandena i form av röntgenstrålning, stress, oregelbunden arbetstid, kvällsaktiviteter samt mycket bilkörning påverkade, enligt bolaget, fostret, fostrets utveckling och havandeskapet negativt. Av utlåtandet framgår också att de många timmarna med ståtid under operationer samt de tunga och många dagliga lyften riskerade att leda till att M.H. drabbades av foglossning samt bäcken- och ryggbesvär. Det framgår även av utlåtandet att bolaget inte hade möjlighet att omplacera henne till andra arbetsuppgifter.

I Försäkringskassans journalanteckning anges i anslutning till beslutet om havandeskapspenning att hennes arbete bedömdes som fysiskt tungt.

Försäkringskassan kan även begära att den kvinna som ansöker om havandeskapspenning lämnar ett läkarutlåtande som styrker att hennes graviditetsbesvär påverkar hennes förmåga att sköta sina arbetsuppgifter. I M.H:s fall begärde Försäkringskassan inget läkarutlåtande eftersom handläggaren utifrån befintligt underlag kunde göra bedömningen att M.H. var berättigad till hel havandeskapspenning.

Om en kvinna uppfyller förutsättningarna för rätt till sjukpenning och havandeskapspenning för samma tid ska sjukpenning betalas. M.H. gjorde aldrig anspråk på sjukpenning för den period hon redan var beviljad havandeskapspenning. Då hon genom havandeskapspenningen redan var garanterad en ersättning för inkomstbortfallet fanns alltså ingen anledning för henne att även begära sjukpenning för samma period.

Något om regleringen mot könsdiskriminering i EG-rätten och jämställdhetslagen

Av artikel 2.7 i rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (likabehandlingsdirektivet) framgår – efter Europaparlamentets och rådets direktiv (2002/73/EG) av den 23 september 2002 om ändring av likabehandlingsdirektivet – att varje form av mindre förmånlig behandling av en kvinna som har samband med graviditet utgör direkt könsdiskriminering.

Även 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 (mödraskyddsdirektivet) är av betydelse i detta mål. Mödraskyddsdirektivet föreskriver i artikel 11 att kvinnor som är lediga under tiden före förlossningen har rätt till bibehållen lön eller till skälig ersättning. 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.

I EG domstolens dom i målet C-66/96, Høj Pedersen m.fl., REG 1998, s. I-7327 (Høj Pedersen) konstaterar domstolen att EG-rätten utgör hinder för nationell lagstiftning som föreskriver att en gravid kvinna som är frånvarande på grund av arbetsoförmåga till följd av ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten och som styrks av ett läkarintyg inte har rätt att få full lön av sin arbetsgivare samtidigt som en arbetstagare vid arbetsoförmåga orsakad av sjukdom och som styrks av ett läkarintyg har denna rätt. Omständigheten att en kvinna i en sådan situation förlorar sin fulla lön måste, enligt domstolen, i allt väsentligt anses vara grundad på graviditeten och således vara diskriminerande. EG-domstolen anser däremot, något förenklat, att frånvaro på grund av allmänna graviditetsrelaterade besvär – när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga – inte bör grunda rätt till full lön från arbetsgivaren. Enligt EG-domstolen anses då inte minskningen eller bortfallet av lönen som grundat på själva graviditeten utan snarare på den anställdas val att inte arbeta.

Förbudet mot könsdiskriminering inom EG-rätten är i svensk rätt genomfört genom förbudet mot könsdiskriminering i 15 § jämställdhetslagen (1991:433). Av förarbetena till 2001 års ändringar i jämställdhetslagen framgår att svensk rätt därmed omfattade den EG-rättsliga principen att missgynnande som har samband med graviditet utgör direkt könsdiskriminering. Detta innebär att det inte är nödvändigt att göra en jämförelse med någon i en liknande situation för att enligt 15 § jämställdhetslagen fastställa om ett missgynnande har skett på grund av graviditet. Däremot är det, när det gäller ersättning och lön, som metod nödvändigt med en jämförelse med någon i en likartad situation för att kunna konstatera att en gravid kvinna har missgynnats.

Missgynnande på grund av kön

Om kriterierna för sjukpenning är uppfyllda samtidigt som kriterierna för havandeskapspenning har, som nämnts ovan, en gravid kvinna rätt till sjukpenning i första hand. Det är både relevant och rimligt att likställa situationen då en anställd är arbetsoförmögen till följd av graviditet med situationen då en anställd är arbetsoförmögen till följd av sjukdom. Såväl EG-domstolens dom i målet Høj Pedersen som grunderna för rätt till havandeskapspenning, dvs. arbetsoförmåga till följd av havandeskap, samt M.H:s hälsotillstånd under graviditeten talar för att detta är den jämförelse som ligger närmast till hands att göra för att avgöra om missgynnande förekommit.

M.H. har – av såväl Försäkringskassan som bolaget – bedömts sakna arbetsförmåga till följd av graviditeten. Det var alltså inte fråga om ett val från hennes sida att avstå från arbete på samma sätt som det är ett val att till exempel ta tjänstledigt för studier. Tvärtom rekommenderade bolaget M.H. att inte fortsätta med sina arbetsuppgifter till följd av hennes graviditet.

tetsrelaterade besvär samt de risker det skulle innebära för havandeskapet och fostrets utveckling. Någon möjlighet att omplacera M.H. till annat arbete fanns heller inte hos bolaget.

Bolaget har missgynnat M.H. på grund av hennes kön genom att inte betala löneutfyllnad till henne under den tid hon uppbar havandeskapspenning, vilket utgör brott mot jämställdhetslagen.

Missgynnande av skäl som har samband med föräldraledighet

Kriterierna för att konstatera missgynnande i strid med 16 § föräldraledighetslagen (1995:584) är att arbetsgivaren har missgynnat en arbetstagarare, att missgynnandet har skett i någon av de faktiska situationer som räknas upp i bestämmelsen samt att missgynnandet har orsakssamband med frågan om föräldraledighet. Om dessa kriterier är uppfyllda krävs att arbetsgivaren visar att behandlingen är en nödvändig följd av ledigheten för att undgå brott mot föräldraledighetslagen. Huvudregeln är alltså att missgynnande av skäl som har samband med föräldraledighet är förbjuden i princip i alla situationer som kan uppkomma mellan en arbetstagarare och en arbetsgivare. Syftet med förbudet är enligt förarbetena till bestämmelsen (prop. 2005/06:185) att uppnå en reell likabehandling av arbetstagararna oberoende av föräldraledighet. Bakgrunden till lagstiftningen är att det får anses klarlagt att arbetstagarare som är föräldrar möter särskilda svårigheter på arbetsmarknaden. Det skydd som förbudet mot missgynnande ger har lagstiftaren utformat för att kompensera föräldrar för de nackdelar i arbetslivet som föräldraskapet innebär.

Enligt förarbetena till lagen ska föräldraledighet endast få påverka lönesättning och andra villkor i verkliga undantagsfall. Det avgörande kriteriet är ”nödvändigt” i betydelsen att det inte går att undvika om inte den föräldralediga arbetstagararen ska särskilt gynnas i förhållande till andra arbetstagarare på ett sätt som kan uppfattas som orättvist mot dessa eller annars framstår som orimligt eller uppenbart omotiverat. Utrymmet för en arbetsgivare att beakta att en arbetstagarare är föräldraledig är utomordentligt litet. Endast då en arbetsgivare kan *visa* att en sämre behandling av arbetstagararen är en nödvändig följd av ledigheten, dvs. inte går att undvika, ska avsteg från likabehandling få göras. Som ett uttryck för att undantaget ska tolkas restriktivt anger lagstiftaren i förarbetena som exempel att arbetsgivaren inte behöver betala ut lön till den som är föräldraledig.

I likabehandlingsdirektivet medges inte några undantag från principen om likabehandling. Artikel 2.7 andra och tredje stycket ger ett undantagslöst skydd mot missgynnande av föräldralediga som omfattar hela föräldraledighetsperioden. Det undantag från principen om likabehandling som möjliggörs i svensk lagstiftning genom 16 § andra stycket föräldraledighetslagen – som föreskriver att förbudet mot missgynnande inte gäller om missgynnandet är en ”nödvändig följd av ledigheten” – strider mot EG-rätten. Eftersom föräldraledighetslagen strider mot EG-rätten ska bortses från det nämnda undantaget i föräldraledighetslagen.

Skillnader mellan lön och pension m.m.

Inbetalning av tjänstepensionspremier till en pensionsförsäkring är att betrakta som en anställningsförmån eller ett anställningsvillkor. Av anställningsavtalet mellan bolaget och M.H. framgår vilka olika anställningsvillkor som ska gälla för hennes anställning alltifrån lön, semester och tjänstebil till den individuellt utformade tjänstepensionsförsäkringen.

Även om pensionspremier i dagligt tal benämns som "uppskjuten lön" uppvisar pensionspremier flera skillnader jämfört med utbetalning av lön till arbetstagaren i realtid. Till skillnad från utbetald lön är arbetstagaren när det gäller pensionspremier anvisad en särskild förvaltare. Arbetstagaren kan heller inte påverka avgifterna kopplade till försäkringen och kan heller inte göra egna insättningar. Värdet på pensionsförsäkringen eller pensionspremiebeloppet kan inte disponeras av arbetstagaren förrän långt senare – i M.H:s fall först från och med att hon fyller 55 år förutsatt att hon då går i pension. Inte heller kan arbetstagaren i dag veta värdet av inbetalda pensionspremier när pensionen väl faller ut i framtiden. Vidare är skattesatsen lägre för arbetsgivaren på pensionsinsättningar jämfört med sociala avgifter på utbetald lön. Arbetsgivaren har dessutom möjlighet att göra avdrag för pensionspremier i sin deklaration.

Enligt EG-rätten har begreppet "lön" vid tolkningen av likabehandlingsprincipen ansetts innefatta även pensionsförmåner. Detta måste dock ses mot bakgrund av syftet med tolkningen, dvs. att göra en så vid tolkning som möjligt för att uppnå reell likabehandling oavsett kön. Detta till skillnad från vad som är fallet i det här målet, där tvisten rör en undantagsregel som enligt lagstiftarens intentioner ska tolkas så restriktivt som möjligt.

När lagstiftaren i förarbetena anger, som exempel på vad som kan vara en nödvändig följd av ledigheten, att en arbetsgivare inte behöver betala ut lön under föräldraledighet, måste detta ses i ljuset av att den föräldraledige då i stället får föräldrapenning från Försäkringskassan.

ITP-avtalet m.m.

För merparten av de privatanställda tjänstemännen i Sverige gäller pensionsavtalet ITP. ITP finns enligt två modeller. ITP 2 gäller för personer födda år 1978 och tidigare. ITP 1 gäller för dem som är födda år 1979 och senare. Det senare avtalet, ITP 1, trädde i kraft i juli 2007. Inom ITP 1 finns en obligatoriskt premiefrielseförsäkring som säkerställer att den som är föräldraledig får sina pensionspremier inbetalda. Inom ITP 2 har parterna sedan länge enats om att rekommendera arbetsgivare att upprätthålla premiebetalningarna under föräldraledighet.

Som nämnts ovan är det avgörande kriteriet för att undantaget från missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen ska vara tillämpligt att det ska vara "nödvändigt" i betydelsen att olika villkor eller olika behandling inte går att undvika om inte den föräldraledige arbetstagaren ska särskilt gynnas i förhållande till andra arbetstagare på ett sätt som kan uppfattas som orättvist

mot dessa eller annars framstår som orimligt eller uppenbart omotiverat. Utrymmet för en arbetsgivare att beakta att en arbetstagare är föräldraledig är utomordentligt litet. Det är JämO:s uppfattning att man i detta fall vid tillämpningen av undantaget ”en nödvändig följd av ledigheten” ska beakta hur frågan om pensionspremier under föräldraledighet har reglerats i andra delar av pensionssystemet, såväl i det allmänna lagstadgade pensionssystemet som i kollektivavtalen.

Lagstiftarens uppfattning i fråga om det allmänna pensionssystemet är att den som är föräldraledig inte ska missgynnas vad gäller den slutliga pensionen. Det samförstånd som råder mellan kollektivavtalsparterna på arbetsmarknaden om de avtalade pensionsförmånerna – och som innebär att inbetalning av pensionspremier ska upprätthållas under föräldraledighet – talar också mycket starkt för att det *inte* kan anses vara en nödvändig följd av ledigheten att en sådan inbetalning upphör. Det kan heller inte anses som uppenbart omotiverat eller orättvist i förhållande till andra arbetstagare att fortsätta med sådana inbetalningar under föräldraledighet, särskilt som bolaget säkerställt att den som är sjukskriven kortvarigt eller långvarigt får sina pensionspremier inbetalda.

Rättslig grund

Bolaget har genom att inte betala löneutfyllnad till M.H. under hennes frånvaro från arbetet fr.o.m. den 22 april t.o.m. den 9 juni 2007, under vilken period M.H. uppbar havandeskapspenning, brutit mot 15 § och 17 § första stycket 5 jämställdhetslagen. Bolaget är därför skyldigt att enligt 25 § jämställdhetslagen betala allmänt och ekonomiskt skadestånd till henne.

Bolaget har även genom att inte inbetala pensionspremier till M.H:s tjänstepensionsförsäkring under hennes föräldraledighet fr.o.m. den 1 augusti 2007 brutit mot 16 § första stycket 5 föräldraledighetslagen. Bolaget är därför skyldigt att enligt 22 § föräldraledighetslagen betala allmänt och ekonomiskt skadestånd till M.H.

Bolaget

Skillnaden mellan havandeskapspenning och sjukpenning

Rätten till sjukpenning förutsätter att den anställda kan uppvisa läkarintyg. Det är alltså en medicinsk bedömning av en persons arbetsförmåga utförd av en läkare som grundar rätt till sjukpenning och som är en förutsättning för rätt till förmånen. Till skillnad från vad som gäller för sjukpenning krävs det inte att den sökande har någon sjukdom för att havandeskapspenning ska kunna fås. Inte heller krävs något läkarintyg eller någon medicinsk bedömning.

Försäkringskassan grundar som huvudregel sin bedömning av rätten till havandeskapspenning uteslutande på arbetsgivarens utlåtande om arbetsuppgifterna och möjligheterna till omplacering samt de uppgifter kvinnan lämnat i sin ansökan. Något medicinskt underlag finns då inte med i bedömningen.

Om både kvinnan och arbetsgivaren intygar att kvinnan har arbetsuppgifter som är fysiskt ansträngande eller skadliga för fostret ur arbetsmiljösynpunkt samt att kvinnan på grund av detta inte kan arbeta alls eller endast till viss del beviljas som regel havandeskapspenning. Det var så det gick till i M.H:s fall.

Det krävs inte heller att arbetsförmågan är nedsatt på samma sätt som vid sjukdom utan enbart i förhållande till vissa arbetsuppgifter. En förutsättning för att havandeskapspenning ska beviljas är att omplacering till andra arbetsuppgifter inte är möjlig. Utgångspunkten är alltså att kvinnan fortfarande är förmögen att arbeta om hon slipper de fysiskt ansträngande uppgifterna och de uppgifter som är farliga ur arbetsmiljösynpunkt.

Missgynnande enligt jämställdhetslagen m.m.

I motsats till vad JämO påstår måste det enligt förarbetena till jämställdhetslagen göras en jämförelse, vanligen mellan olika personer, för att avgöra om ett missgynnande innebär en mindre förmånlig behandling som kan utgöra diskriminering.

Rätten att vara ledig under graviditeten följer av mödrskyddsdirektivet som är genomfört i svensk rätt genom bestämmelsen i 20 § föräldraledighetslagen om rätt till tjänstledighet utan lön. Rätten till ledighet med eller utan lön är dock inte en tvistefråga i målet utan tvisten rör fråga om påstått missgynnande enligt jämställdhetslagen. Eftersom påståendet om missgynnande enligt jämställdhetslagen avser ett lönetillägg som faller under begreppet lön är det artikel 141 i EG-fördraget och likalönedirektivet som är aktuella som tolkningsdata i målet.

EG-domstolen har i mål som gällt rekrytering, uppsägning och anställningsvillkor – men aldrig i mål om lön – kommit fram till att missgynnande behandling i samband med graviditet och mammaledighet ska anses utgöra direkt diskriminering och att sådan diskriminering kan konstateras utan jämförelse med någon annan person. Detta har dock gällt de frågor som omfattas av likabehandlingsdirektivet och alltså inte lönefrågor som faller in under likalönedirektivet. Av målet C 342/93, Gillespie m.fl., REG 1996, s. I-475, framgår tvärtom att när det gäller lön som faller under likalönedirektivet, måste en kvinnlig arbetstagare kunna visa att hon missgynnats i förhållande till någon som befinner sig i en jämförbar situation, precis som framgår av den svenska lagtexten.

Det ligger i sakens natur och i ordet ”missgynna”, som är det begrepp som används i den svenska lagtexten och i likalönedirektivet, att en jämförelse måste göras. I fråga om lön är det inte möjligt att avgöra om en person har blivit missgynnad om det inte görs en jämförelse. Det är annorlunda i fråga om rekrytering och uppsägning då det är tillräckligt att arbetsgivarens beslut har samband med graviditet eller mammaledighet för att diskriminering på grund av kön ska anses föreligga.

Det är inte klart om det EG-rättsliga diskrimineringsförbud som gäller gravida har direkt horisontell effekt, dvs. om det kan göras gällande mot privata subjekt, som i detta fall bolaget, och inte enbart mot staten.

En kvinna som är ledig från arbetet med havandeskapspenning och en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom är inte i en jämförbar situation. Hade M.H. varit sjukskriven och fått sjukpenning skulle hon, precis som en icke gravid person som är sjukskriven, ha fått del av lönetillägget. Bolagets regler om sjuktillägg innebär alltså bara att skilda regler tillämpas för arbetstagare som befinner sig i olika situationer, vilket aldrig kan utgöra diskriminering.

EG-rättens regler mot könsdiskriminering

Av EG-domstolens praxis framgår (se t.ex. mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401) att en gravid arbetstagare befinner sig i en situation som inte kan likställas med situationen för vare sig en man eller kvinna som är sjukskriven. Graviditet är inte en sjukdom i sig. Om en jämförelse ska göras ligger det enligt bolagets mening närmare till hands att jämföra M.H:s tjänstledighet med annan tjänstledighet, t.ex. tjänstledighet för studier, vård av anhörig eller militärtjänstgöring. Skulle M.H. i stället ha varit tjänstledig på någon av dessa grunder hade hon inte heller fått någon löneutfyllnad.

Att en kvinna som uppbär havandeskapspenning och en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom inte är i en jämförbar situation kan också utläsas av andra domar från EG-domstolen. EG-domstolen har i det tidigare nämnda målet Høj Pedersen samt i målet McKenna, C-191/03, uttalat att det kan utgöra diskriminering att inte erbjuda en kvinna som är frånvarande på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom samma förmåner som en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom. M.H:s ledighet var som redan nämnts dock inte grundad på någon graviditetsrelaterad sjukdom. Om hon hade varit sjukskriven under den omtvistade perioden skulle hon ha fått lönetillägget.

I målet Høj Pedersen fastställer EG-domstolen principen att det utgör diskriminering om en gravid kvinna inte får samma förmåner som en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom i de fall då den gravida kvinnan är frånvarande på grund av ett sjukdomstillstånd eller särskilda risker för fostret som ger upphov till arbetsoförmåga som styrks av läkarintyg. I sådana fall anses den gravida kvinnan och en person som är sjukskriven vara i en jämförbar situation. Enligt domen utgör det däremot inte diskriminering om förmånerna uteblir när en gravid kvinna är frånvarande på grund av (i) allmänna graviditetsbesvär, när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga, eller (ii) mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, som inte motiveras av ett egentligt sjukdomstillstånd hos eller särskilda risker för fostret. I dessa fall anses den gravida kvinnan och en anställd som är sjukskriven inte vara i en jämförbar situation. Domen visar tydligt att en kvinna som uppbär havandeskapspenning inte kan anses vara i en jämförbar situation med en person som är sjukskriven.

JämO har anfört att M.H. kunde ha varit sjukskriven likaväl som att hon uppbar havandeskapspenning. Det kan inte krävas att en arbetsgivare ska pröva om en person som uppbar havandeskapspenning i själva verket är sjuk och därför ska anses vara i en jämförbar situation med en anställd som uppbar sjukpenning. Arbetsgivaren måste kunna hålla sig till att den förmån som utgår är rätt förmån. Det är inte möjligt att avgöra i efterhand om M.H. var sjuk under den period som hon fick havandeskapspenning, eftersom något läkarintyg inte finns för denna period.

Mödraskyddsdirektivet riktar sig till medlemsstaterna och inte till enskilda arbetsgivare. Direktivet uppställer de rättigheter för gravida som medlemsstaterna ska se till att genomföra i nationell rätt. Skyldigheten att se till att gravida arbetstagare som utnyttjar sin rätt till ledighet inför förlossningen får skälig ersättning riktar sig dock mot staten. Av artikel 11.2 i direktivet framgår att den som utnyttjar sin rätt till ledighet enligt direktivet ska säkerställas bibehållen lön eller skälig ersättning och av artikel 11.3 framgår att ersättningen ska anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som arbetstagaren skulle ha uppburit vid arbetsuppehåll p.g.a. hälsoskäl. Man kan då konstatera att Sverige har uppfyllt detta krav för havandeskapslediga eftersom havandeskapspenningen, liksom sjukpenningen, uppgår till ca 80 procent av lönen upp till ett visst tak. Detta har Sverige ansett utgöra skälig ersättning. Några ytterligare krav på ersättning från arbetsgivarna har inte uppställts i lag. Mödraskyddsdirektivet uppställer alltså inte, som JämO påstår, några som helst krav på att enskilda arbetsgivare ska betala något tillägg till de socialförsäkringsförmåner som utgår eller betala full lön vid de ledigheter som framgår av direktivet.

Missgynnande enligt föräldraledighetslagen

I enlighet med bolagets policy har bolaget inte betalat in pensionspremier för M.H. under hennes föräldraledighet. Enligt lag finns inte någon skyldighet över huvud taget att erbjuda anställda tjänstepension, utan det står arbetsgivaren fritt att besluta om detta. Förbudet mot missgynnande enligt 16 § föräldraledighetslagen gäller inte om olika villkor eller olika behandling är en nödvändig följd av ledigheten. Att inte betala pensionspremier för en anställd som är föräldraledig är en nödvändig följd av ledigheten och är alltså inte förbjudet enligt föräldraledighetslagen.

Föräldralediga arbetstagare ska enligt förarbetena till föräldraledighetslagen (prop. 2005/06:185) tillförsäkras förbättringar som inträffar på arbetsplatsen, på samma villkor som andra, icke lediga arbetstagare. Avsikten är att den föräldralediga under ledigheten inte ska tappa i lönehänseende i förhållande till arbetskamrater eller i förhållande till hur löneutvecklingen kunde antas ha varit om ledigheten inte hade tagits ut. Det förhållandet att en arbetstagare ska ha rätt till samma löneutveckling innebär inte att den anställde också har rätt till lön under föräldraledigheten. Innebörden är i stället att de som är föräldralediga ska, när de kommer tillbaka till arbetet, vara tillförsäkrade de förbättringar som har inträffat under deras frånvaro. Att inte pensionspremier betalas innebär inte en sådan förbättring eller utveckling av löner och andra

villkor, utan utgör en sådan försämring av villkoren som är tillåten, om den utgör en nödvändig följd av ledigheten.

Med nödvändig följd avses enligt förarbetena (a. prop. s. 87) en given konsekvens av ledigheten, alltså inte en omöjlighet utan en naturlig, eller given, konsekvens. Ett exempel på när en försämring 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. JämO har också vidgått att det inte utgör ett otillåtet missgynnande att en arbetstagare inte får lön under föräldraledigheten.

Pension är uppskjuten lön

Enligt allmänt språkbruk och enligt vedertaget betraktelsesätt är pension en uppskjuten lön från arbetsgivaren för det arbete som arbetstagaren har utfört under sin arbetstid. Det kan därför inte vara ett otillåtet missgynnande att arbetsgivaren inte betalar pension, eller pensionspremier, för en arbetstagare som är tjänstledig. Att pension är en uppskjuten lön stöds av det faktum att definitionen av lön i artikel 141 andra stycket i EG-fördraget enligt EG-domstolen omfattar ett pensionsystem som grundar sig på ett avtalsförhållande mellan den anställde och arbetsgivaren (se t.ex. mål 170/84, Bilka-Kaufhaus).

För det fall Arbetsdomstolen skulle finna att pension inte är att anse som en uppskjuten lön, utgör det enligt bolagets uppfattning ändå en nödvändig följd av ledigheten, i enlighet med definitionen i förarbetena, att pensionspremierna inte betalas in under ledigheten.

Otillåtet gynnande av föräldralediga

I propositionen anges att en följd är nödvändig när den inte går att undvika om inte den föräldralediga arbetstagaren ska särskilt gynnas i förhållande till andra arbetstagare på ett sätt som kan uppfattas som orättvist mot dessa eller annars framstå som orimligt eller uppenbart omotiverat. Föräldralediga skulle gynnas i förhållande till andra arbetstagare om arbetsgivaren betalar pensionspremier för dem för den tid de inte arbetar, på samma sätt som om de skulle få lön under ledigheten.

Bolaget tillämpar en premiebestämd pensionsplan vilket innebär att pensionspremierna beräknas som en viss procent av den anställdes lön. Hur höga premieinbetalningarna är beror därmed på hur stor lön den anställde har. Enligt förarbetena till lagen om förbud mot diskriminering av arbetstagare med tidsbegränsad anställning m.m. (prop. 2001/02:97 s. 41 f.) kan det – när det är lämpligt – vara godtagbart att en högre pension betalas ut till den som arbetar heltid än den som arbetar deltid. Det är uppenbart att föräldralediga gynnas i förhållande till deltidsanställda om det skulle finnas en skyldighet för en arbetsgivare att betala fulla pensionspremier för en föräldraledig, medan en deltidsanställd får acceptera en reducerad pensionsförmån. En partiellt föräldraledig, som väljer att arbeta på deltid, skulle alltså

få lägre pensionspremier inbetalda än den som är helt frånvarande från arbetet för att vårda sitt barn. Det är uppenbart att ett sådant gynnade av den föräldralediga kan uppfattas som orättvist av de arbetstagare som arbetar deltid.

Eftersom pensionspremierna beräknas i relation till lönen är det också orimligt att bolaget ska vara skyldigt att betala pensionspremier under den tid en anställd inte får någon lön från bolaget. Den föräldralediga arbetstagaren gynnas då i förhållande till andra arbetstagare på ett sätt som kan framstå som orimligt eller uppenbart omotiverat. Om en anställd t.ex. är föräldraledig tre år i sträck på grund av på varandra följande skilda tillfällen av föräldraledighet finns det så småningom inte heller något löneunderlag att beräkna pensionspremierna på, eftersom detta sker på lönen för innevarande eller föregående år. Det skulle även innebära att pensionspremierna för denna person inte skulle vara skattemässigt avdragsgilla.

Uppenbart omotiverat med inbetalning av pensionspremier m.m.

Ett anställningsförhållande karaktäriseras av att en arbetstagare förbinder sig att utföra arbete för en arbetsgivares räkning mot lön eller annat vederlag. Under föräldraledigheten utför den anställde inte något arbete för arbetsgivarens räkning utan är tjänstledig från arbetet. När en anställd är tjänstledig från arbetet upphör de grundläggande förpliktelserna enligt anställningsavtalet tillfälligt att gälla. Den anställde är inte skyldig att utföra något arbete för arbetsgivarens räkning och arbetsgivaren är inte skyldig att betala någon ersättning till den anställde. Detta måste anses vara en given konsekvens av ledigheten. Det måste i ett sådant fall därför också vara uppenbart omotiverat att ålägga en arbetsgivare en skyldighet att betala pensionspremier för någon som inte arbetar. Denna bedömning kan inte påverkas av att vissa arbetsgivare ändå kan välja att som en extra förmån betala pensionspremier för anställda under hela eller delar av deras föräldraledighet.

Jämförelse med sjukskrivna arbetstagare

Bolaget bestrider att det faktum att sjuka får pensionspremier inbetalda under sin sjukfrånvaro kan påverka bedömningen av vad som utgör en nödvändig följd. Vid sjukdom betalar bolaget pensionspremier för den tid de anställda får lön från bolaget, dvs. under de första 90 dagarna av en sjukperiod. Eftersom de anställda under denna period får lön från bolaget är det också naturligt att pensionspremier betalas in under motsvarande tid. Detta är helt i linje med uppfattningen att pensionspremier är en form av uppskjuten lön från bolaget.

Hur en sjuk arbetstagare behandlas har alltså inte någon betydelse när man ska bedöma vad som är tillåtet enligt föräldraledighetslagen. Många arbetsgivare erbjuder löneutfyllnad vid sjukdom, vilket innebär att anställda under sjukfrånvaron får lön från arbetsgivaren trots frånvaro. Trots att sjuka får lön under sin sjukfrånvaro, har lagstiftaren alltså ansett att det är en nödvändig följd av föräldraledigheten att en anställd inte får lön under föräldraledigheten. Hur anställda som är frånvarande på grund av sjukdom

behandlas har därför inte någon betydelse för bedömningen av vad som är tillåtet enligt föräldraledighetslagen.

Bolaget har, som framgår ovan, tecknat en sjukförsäkring med Euro Accident. Vid arbetsförmåga utbetalas ersättning i enlighet med sjukförsäkringen. Rätt till ersättning föreligger, om den försäkrade på grund av sjukdom eller olycksfallsskada blir helt arbetsförmögen eller får nedsatt arbetsförmåga. Bolaget har också en premiefrielseförsäkring, som gäller vid sjukdom, och som träder in från och med den 90:e dagen av sjukfrånvaro. Denna försäkring innebär att vid sådana sjukdomsfall betalas pensionspremierna för den sjuke av försäkringsbolaget. Bolaget betalar alltså inte några pensionspremier i dessa fall. Försäkringen omfattar inte försäkringsfall exempelvis till följd av att den anställde har deltagit i en riskfylld sysselsättning som exempelvis sport- eller äventyrssysselsättning.

Försäkringen gäller inte heller vid tjänstledighet, oavsett anledning. Föräldralediga omfattas alltså inte av försäkringen. Det är heller inte möjligt för bolaget att teckna premiefrielseförsäkringen så att även föräldralediga omfattas. Skälet till detta är att försäkringen omfattar ett skydd för anställda vid en oväntad sjukdom, medan föräldraledighet är något som normalt sett är planerat. Eftersom det inte är möjligt att teckna försäkringen även för föräldralediga, kan denna inte ha någon betydelse för vad som utgör en nödvändig följd av föräldraledigheten. Det skulle innebära att bolaget fick stå för kostnaderna för att betala pensionspremier för den föräldraledige, medan pensionspremierna för den anställde som är sjukfrånvarande ersätts genom en försäkring. Det kan tilläggas att det skulle få mycket stora återverkningar för arbetsgivare som inte omfattas av kollektivavtal, om anställda skulle anses vara berättigade till tjänstepensionsförmåner även under sådan tid då de är föräldralediga, eftersom ett stort antal av dessa arbetsgivare har pensionspolicyer som liknar bolagets policy.

ITP-avtalet

ITP-avtalet innebär att de kollektivavtalsbundna parterna har kommit överens om sådana bättre villkor för arbetstagarna än vad som krävs enligt lag. ITP-avtalet anvisar olika lösningar för ITP 1 respektive ITP 2. ITP-avtalet är för övrigt del i en helhetslösning mellan parterna och kan därför inte ligga till grund för vad som ska vara tillåtet enligt föräldraledighetslagen. Det är orimligt att en arbetsgivare som valt att inte vara bunden av ett kollektivavtal trots detta skulle vara skyldig att följa regler i kollektivavtal som är mer förmånliga än lagens. Vad kollektivavtalsparterna överenskommit om mer fördelaktiga regler för arbetstagarna kan därför inte tillmätas någon betydelse vid tolkningen av begreppet ”nödvändig följd av ledigheten”.

Rättsliga grunder

Bolaget bestrider att M.H. har blivit diskriminerad med anledning av att bolaget inte har utbetalat löneutfyllnad under den period M.H. har varit frånvarande med rätt till havandeskapspenning. En kvinna som är ledig från

arbetet med havandeskapspenning och en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom är inte i en jämförbar situation. Bolaget har alltså inte brutit mot jämställdhetslagen.

Det utgör en nödvändig följd av ledigheten att pensionspremier inte betalas in under föräldraledigheten. Undantaget i föräldraledighetslagen är alltså uppfyllt och det har inte förekommit något otillåtet missgynnade. Bolaget har därför inte brutit mot föräldraledighetslagen.

Domskäl

Tvisten

M.H. är anställd i bolaget som produktspecialist och säljare. Den 2 juli 2007 födde hon barn. Under graviditeten var hon ledig med havandeskapspenning under tiden den 22 april–9 juni 2007. Hon är från och med den 1 augusti 2007 föräldraledig.

Tvisten gäller två frågor. Den första frågan är om bolaget har gjort sig skyldigt till könsdiskriminering enligt jämställdhetslagen genom att inte, på samma sätt som vid sjukskrivning, betala löneutfyllnad till M.H. för den tid hon fått havandeskapspenning. Den andra frågan gäller om bolaget har brutit mot förbudet mot missgynnande i föräldraledighetslagen genom att inte för M.H. avsätta premier i enlighet med bolagets pensionspolicy under hennes föräldraledighet.

Utredningen i målet

Målet har avgjorts efter huvudförhandling.

Vid huvudförhandlingen har på JämO:s begäran hållits förhör under sanningsförsäkran med M.H. samt vittnesförhör med P.O.W., förhandlare hos PTK, och A.P., produktspecialist hos Collectum, som administrerar tjänstepensionen ITP.

På bolagets begäran har hållits förhör under sanningsförsäkran med C.W., personalansvarig hos bolaget, samt vittnesförhör med pensionsrådgivaren hos Söderbergs & Partners T.G. och chefsjuristen hos Max Matthiessen AB R.P.

Härutöver har parterna åberopat viss skriftlig bevisning.

Något om EG-rättens förbud mot könsdiskriminering

Artikel 141 i EG-fördraget föreskriver att medlemstaterna är skyldiga att säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika eller likvärdigt arbete tillämpas. För genomförandet av likalöneprincipen finns regler i rådets direktiv 75/117/EEG av den 10 februari 1975 om tillnärmning av medlemsstaternas lagar om tillämpningen av principen om lika lön för kvinnor och män (likalönedirektivet).

Av artikel 2.7 i rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (likabehandlingsdirektivet), i dess lydelse efter de ändringar som skedde genom direktiv 2002/73/EG, framgår 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. Vidare anges i samma artikel att en kvinna som är mammaledig ska vid ledighetens 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 rådets direktiv 92/85/EG av den 19 oktober 1992 om åtgärder för att förbättra hälsa och säkerhet på arbetsplatsen för arbetstagare som är gravida, nyligen har fött barn eller ammar, det så kallade mödraskyddsdirektivet, föreskrivs i artikel 8 att medlemsstaterna ska säkerställa att kvinnor är berättigade till sammanhängande mammaledighet under minst 14 veckor under tiden före eller efter en förlossning. Av artikel 11.2 b i direktivet framgår att kvinnor under sådan ledighet ska tillförsäkras bibehållen lön eller rätt till skälig ersättning. Ersättningen ska enligt artikel 11.3 anses skälig om den garanterar minst samma inkomst som vid arbetsuppehåll av hälsoskäl, med förbehåll för eventuellt tak för ersättningen som fastställs i nationell lagstiftning.

Bl.a. likalönedirektivet och likabehandlingsdirektivet har ersatts av 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. De tidigare direktiven gällde dock vid den tid som är aktuell i denna tvist.

I EG-domstolens dom i mål C-66/96, Høj Pedersen m.fl., REG 1998, s. I-7327, konstaterar domstolen att artikel 141 i EG-fördraget och likalönedirektivet utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds blir arbetsoförmögen till följd av ett sjukdomstillstånd som har samband med graviditeten, och som styrks av ett läkarintyg, inte har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare, utan dagpenning som utbetalas av en lokal myndighet, medan arbetstagare vid arbetsoförmåga som har orsakats av sjukdom, och som styrkts av ett läkarintyg, i princip har rätt att utfå full lön av sin arbetsgivare.

I domen uttalade domstolen även att artikel 141 i EG-fördraget och det nyss nämnda direktivet inte utgör hinder för nationell lagstiftning, i vilken det föreskrivs att en gravid kvinna, som innan barnledigheten inleds är frånvarande från sitt arbete på grund av antingen allmänna graviditetsbesvär, när det i övrigt inte är fråga om arbetsoförmåga, eller mot bakgrund av en medicinsk rekommendation för att skona fostret, som inte motiveras av egentliga sjukdomstillstånd hos eller särskilda risker för fostret, inte har rätt

att utfå sin lön av arbetsgivaren, när varje arbetstagare som är arbetsförmögen på grund av sjukdom i princip har rätt till detta.

EG-domstolen konstaterade i sin dom i mål C-411/96, Boyle m.fl., REG 1998, s. I-6401, att gravida arbetstagare och arbetstagare som nyligen har fött barn eller som ammar befinner sig i en särskilt utsatt situation som förutsätter att hon beviljas mammaledighet samt att denna situation, särskilt under denna ledighet, inte kan likställas med situationen för vare sig en man eller en kvinna som är sjukskriven.

Av EG-domstolens dom i mål C-191/03, McKenna, REG 2005, s. I-763, följer att, under förutsättning att en kvinnlig arbetstagare som på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom är frånvarande före en mammaledighet behandlas på samma sätt som en manlig arbetstagare som är frånvarande på grund av varje annan sjukdom, det inte är könsdiskriminering enligt artikel 141 i EG-fördraget och likalönedirektivet att ersättningen sänks enligt en bestämmelse i tillämpliga sjukskrivningsregler när frånvaron överskrider en viss gräns. Undantag gäller dock för det fall den utbetalda ersättningen är så låg att syftet att skydda gravida arbetstagare äventyras. Följaktligen kan det utgöra diskriminering att inte ge en kvinna som är frånvarande på grund av en graviditetsrelaterad sjukdom samma förmåner som en anställd som är frånvarande på grund av sjukdom.

Jämställdhetslagens förbud mot könsdiskriminering m.m.

Regler om förbud mot könsdiskriminering fanns före den 1 januari 2009 i jämställdhetslagen (1991:433) som upphävdes i och med att diskrimineringslagen (2008:567) då trädde ikraft. För bedömningen i denna tvist gäller emellertid, som angetts ovan, fortfarande reglerna i jämställdhetslagen. Enligt 15 § jämställdhetslagen får en arbetsgivare inte missgynna en arbetsökande eller en arbetstagare genom att behandla henne eller honom sämre än arbetsgivaren behandlar, har behandlat eller skulle ha behandlat någon annan i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med kön (direkt diskriminering). Enligt 17 § gäller förbudet mot könsdiskriminering bl.a. när arbetsgivaren tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga.

Med missgynnande avses en handling eller en underlåtenhet som försätter en arbetstagare eller arbetsökande i ett sämre läge. I det typiska fallet är det fråga om en faktisk förlust, t.ex. att bli förbigången i ett anställningsförfarande.

För att avgöra om ett missgynnande innebär en mindre förmånlig behandling som kan utgöra diskriminering måste en jämförelse göras mellan den som missgynnats och en annan – verklig eller fiktiv – person. I de fall en faktisk jämförelseperson inte används blir alltså frågan hur en annan arbetsökande eller arbetstagare skulle ha behandlats. För att en jämförelse ska kunna ske krävs att personerna befinner sig i en jämförbar situation (prop. 1999/2000:143 s. 32 och 38 samt prop. 2004/05:147 s. 132).

En ytterligare nödvändig förutsättning för direkt diskriminering är att det föreligger ett samband mellan missgynnandet och könstillhörigheten. En diskriminerande avsikt från arbetsgivaren är dock inte nödvändig. Det räcker att könstillhörigheten är en av flera orsaker till arbetsgivarens handlande. Könstillhörigheten behöver alltså inte vara det enda eller det avgörande skälet för beslutet (prop. 1999/2000 s. 38 f.).

Bevisregeln i rådets direktiv 97/80/EG av den 15 december 1997 om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering (det s.k. bevisbördedirektivet) finns uttryckt i 45 a § jämställdhetslagen. Bestämmelsen innebär att det åligger den som anser sig ha blivit diskriminerad att lägga fram fakta som ger anledning att anta att det förekommit diskriminering. Därefter går bevisbördan över på arbetsgivaren. Det är endast arbetsgivaren som kan ange orsaken till sitt handlingsätt. Det åligger därför arbetsgivaren att styrka att missgynnandet inte har samband med könstillhörigheten (se prop. 1999/2000 s. 50 f. samt prop. 2004/05:147 s. 138 f.).

Har M.H. blivit missgynnad?

JämO har, som tidigare anförts, gjort gällande att bolaget gjort sig skyldigt till könsdiskriminering genom att inte betala löneutfyllnad till M.H. – under den tid hon var tjänstledig från arbetet och uppbar havandeskapspenning – på sätt som bolaget gör när anställda är sjukskrivna.

Det förhållandet att M.H. inte har fått någon löneutfyllnad av bolaget under den tid hon var ledig med havandeskapspenning innebär otvetydigt en nackdel för henne sett i relation till om bolaget faktiskt hade betalat sådan ersättning. Att M.H. inte fått någon löneutfyllnad kan alltså ses som ett missgynnande i lagens mening. Detta synes för övrigt inte heller vara tvistigt mellan parterna. Tvistigt är däremot om missgynnandet innebär en sådan sämre behandling som kan utgöra diskriminering.

JämO har gjort gällande att det inte krävs någon jämförelse för att avgöra om M.H. blivit könsdiskriminerad. Som JämO får uppfattas avses då att någon jämförelse inte behöver göras med någon faktisk person. Den talan som JämO för bygger emellertid på att M.H:s situation, att vara frånvarande från arbetet och uppbara havandeskapspenning, ska jämföras med situationen för en arbetstagare som är frånvarande från arbetet till följd av sjukskrivning och som får sjukpenning. En anledning till tvisten i denna del är ju att arbetsgivaren ger den sistnämnda men inte den förstnämnda viss lön. För att den jämförelsen ska vara rättvisande måste först bedömas om dessa båda befinner sig i en jämförbar situation.

I det följande kommer därför reglerna kring förutsättningarna för ledighet under graviditet, som finns i föräldraledighetslagen (1995:584), samt reglerna angående rätt till havandeskapspenning respektive sjukpenning i lagen (1962:381) om allmän försäkring, att något genomgås.

Rätten till ledighet under graviditet

Av 19 § föräldraledighetslagen följer att en arbetstagare som väntar barn och på grund av detta inte kan utföra fysiskt påfrestande arbetsuppgifter har rätt att bli omplacerad till annat arbete med bibehållna anställningsförmåner. Denna rätt till omplacering gäller dock enligt bestämmelsens andra stycke endast från och med den sextionde dagen före den beräknade tidpunkten för förlossningen.

Enligt 20 § samma lag gäller rätten till omplacering endast om det skäligen kan krävas att arbetsgivaren bereder kvinnan annat arbete i sin verksamhet. Om det inte är möjligt med omplacering enligt vad som föreskrivs i 19 § har kvinnan rätt till ledighet så länge det krävs för att skydda hennes hälsa och säkerhet. Under sådan ledighet har kvinnan inte rätt att behålla sina anställningsförmåner.

Rätten till sjukpenning och havandeskapspenning

Enligt 3 kap. 7 § första stycket lagen om allmän försäkring ska *sjukpenning* utges vid sjukdom som sätter ned den försäkrades arbetsförmåga med minst en fjärdedel. I lagrummets tredje stycke anges att vid bedömningen av om arbetsförmågan är nedsatt ska beaktas om den försäkrade på grund av sjukdomen är ur stånd att utföra sitt vanliga eller annat lämpligt arbete som arbetsgivaren tillfälligt erbjuder den anställde.

Enligt 3 kap. 9 § första stycket lagen om allmän försäkring har en kvinna rätt till *havandeskapspenning* om havandeskap har satt ned hennes förmåga att utföra uppgifterna i sitt förvärvsarbete med minst en fjärdedel och hon inte kan omplaceras till annat mindre ansträngande arbete hos sin arbetsgivare. Av bestämmelsens tredje stycke framgår att sådan havandeskapspenning ska utges tidigast från och med den sextionde dagen före den beräknade tidpunkten för barnets födelse och längst till och med den elfte dagen före den beräknade tidpunkten för barnets födelse. Havandeskapspenningen betalas enligt fjärde stycket med belopp som motsvarar kvinnans sjukpenning.

Av samma kapitel 9 a § framgår att Försäkringskassan får begära att en kvinna som har ansökt om havandeskapspenning inger utlåtande av sin arbetsgivare samt läkarutlåtande. Av tredje stycket i sist nämnda bestämmelse framgår att havandeskapspenning inte ska utges om kvinnan för samma tid uppbär sjukpenning.

Könsdiskriminering?

Frågan som ska ställas här är till en början om det förhållandet att en gravid kvinna uppfyller förutsättningarna för rätt till havandeskapspenning gör att hon och den som är sjukskriven med rätt till sjukpenning befinner sig i en jämförbar situation. JämO har särskilt lyft fram att det i båda fallen förutsätts att arbetstagaren är arbetsoförmögen. Bolaget på sin sida har särskilt framhållit den skillnad som ligger däri att det för havandeskapspenning inte krävs något sjukdomstillstånd hos kvinnan. Vidare har bolaget framhållit att i

de fall kvinnan bedöms vara sjuk och ha rätt till sjukpenning, oberoende av om sjukdomen är graviditetsrelaterad eller inte, så betalas löneutfyllnad helt i enlighet med den tillämpliga policyn.

Inledningsvis kan konstateras att ersättningsreglerna enligt lagen om allmän försäkring gör skillnad mellan den situationen att en gravid kvinna är arbetsoförmögen till följd av att hon är sjuk och den situationen att hon till följd av graviditeten inte kan fullgöra sin arbetsuppgifter. Hur denna gränsdragning ska göras är inte närmare angivet i lagen, som inte heller innehåller någon definition av begreppet sjukdom.

Av utredningen i målet (RFV Vägledning Nr 2002:6, Havandeskapspenning, s. 13) framgår att vid tillämpning av lagen om allmän försäkring görs bedömningen av om en person är sjuk utifrån vad som är att anse som sjukdom enligt vanligt språkbruk och gällande vetenskaplig uppfattning. Utgångspunkten är då att varje onormalt kropps- eller själstillstånd som inte hör ihop med den normala livsprocessen kan betecknas som sjukdom medan störningar och fysiologiska förändringar som beror på det naturliga åldrandet, havandeskap eller barnafödande inte ska betraktas som sjukdom, eftersom de hör ihop med den normala livsprocessen. Av vägledningen framgår också att vid bedömningen av rätt till havandeskapspenning avgörande vikt fästs vid om det är havandeskapet och inte sjukdom som sätter ned kvinnans arbetsförmåga. Av såväl lagtexten som innehållet i vägledningen framgår att stor vikt även fästs vid typen av arbetsuppgifter när det gäller att bedöma rätten till havandeskapspenning. Detta senare understryks av att det är en klart uttalad förutsättning för såväl rätten till ledigheten som sådan som rätten till havandeskapspenning att arbetsgivaren inte kan erbjuda kvinnan fysiskt mindre ansträngande arbete. Det krävs alltså inte att kvinnan i övrigt är arbetsoförmögen.

I förevarande fall har bedömningen gjorts att M.H. uppfyller förutsättningarna för havandeskapspenning. Av utredningen kan inte dras någon slutsats i fråga om hon även lidit av något sådant sjukdomstillstånd som berättigat henne till sjukpenning. I alla händelser kan det inte anses ha ålegat bolaget att i samband med hennes ledighet göra en självständig bedömning av om hon borde ha varit sjukskriven i stället för att vara ledig med havandeskapspenning när bolaget normalt inte gör någon motsvarande bedömning avseende arbetstagare som är lediga av andra skäl. Arbetsdomstolen kommer mot bakgrund av det anförda fram till att situationen när M.H. under sin graviditet var ledig och fick havandeskapspenning inte kan anses jämförbar med situationen för en annan arbetstagare som är sjukskriven och får sjukpenning. Hon kan därför inte anses ha blivit diskriminerad på grund av kön för att bolaget inte betalat löneutfyllnad till henne.

Arbetsdomstolen finner inte att en sådan tillämpning av jämställdhetslagen skulle stå i strid med EG-rätten. Enligt domstolens mening ligger den väl i linje med den praxis från EG-domstolen som har redovisats ovan, t.ex. domen i målet Høj Pedersen.

Det kan vidare tilläggas att lagstiftaren genom lagstiftningen har gett tydligt uttryck för att det är accepterat att arbetsgivaren låter den som inte arbetar just på grund av sjukdom under viss tid behålla sina anställningsförmåner medan den som inte arbetar på grund av havandeskap och bristande omplaceringsmöjligheter inte får behålla sina anställningsförmåner, se lagen (1991:1047) om sjuklön och 20 § andra stycket föräldraledighetslagen.

Slutsatsen av det anförda blir att JämO:s talan om brott mot jämställdhetslagen ska avslås.

Missgynnande enligt föräldraledighetslagen m.m.

Tvisten i den här delen gäller, som anförts, om bolaget brutit mot missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen genom att inte betala in pensionspremier till tjänstepensionsförsäkringen för M.H. för den tid hon är föräldraledig.

Av 16 § första stycket föräldraledighetslagen följer att en arbetsgivare inte får missgynna en arbetsökande eller en arbetstagare av skäl som har samband med föräldraledighet när arbetsgivaren, såvitt nu är aktuellt, tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor. Enligt andra stycket i bestämmelsen gäller dock inte förbudet om olika villkor eller behandling är en nödvändig följd av ledigheten. Det åligger arbetsgivaren att visa det sistnämnda.

Det synes ostridigt mellan parterna att M.H. genom bolagets handlande har blivit missgynnad i lagens mening, att detta har skett i en sådan situation som omfattas av regelns tillämpningsområde och att det råder ett orsakssamband mellan missgynnandet och föräldraledigheten. Vad tvistefrågan gäller är om behandlingen, de uteblivna premieinbetalningarna, är en nödvändig följd av ledigheten och om således undantaget i regelns andra stycke är tillämpligt.

Utgör missgynnandet en nödvändig följd av ledigheten?

I förarbetena till bestämmelsen (prop. 2005/06:185 s. 86 f.) uttalas bl.a. följande. 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 ska 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.

I förarbetena (a. prop. s. 124) anges som exempel på när en viss behandling kan vara en "nödvändig följd av ledigheten" att en arbetstagare som är helt ledig inte får lön från arbetsgivaren under bortovaron. Som andra exempel nämns att en arbetstagare som är partiellt ledig får lönen minskad i proportion till ledigheten eller att skifttillägg eller OB-tillägg faller bort när arbetstagaren inte längre arbetar skift eller på obekvämlig arbetstid.

Bolaget har här särskilt framhållit att pensionspremierna utgör en form av uppskjuten lön och att det därför, precis som med lönen i övrigt, är en nödvändig följd av M.H:s ledighet att bolaget inte betalar premierna för den tid hon är föräldraledig.

Enligt Arbetsdomstolens mening är det ett naturligt betraktelsesätt att se avsättningarna till tjänstepensionsförsäkringen som en form av lön. Detta stämmer också överens med den definition av pension som flera av förhörspersonerna har lämnat, bl.a. P.O.W. och T.G., som båda definierat pension som uppskjuten lön. Det synsättet torde för övrigt också vara väl förankrat inom EG-rätten, se t.ex. domen den 13 maj 1986 i målet 170/84, Bilka-Kaufhaus GmbH, svensk specialutgåva, s. 583.

Med denna utgångspunkt kan knappast någon annan slutsats dras än att det blir en nödvändig följd för den som är helt föräldraledig att inte bara mista den direkta lönen från arbetsgivaren under ledighetstiden utan även löneförmåner i form av avsättningar till en pensionsförsäkring. Ett annat synsätt skulle gynna den föräldraledige på ett orättvist sätt i förhållande till någon annan som är ledig och därför inte uppbär lön eller får pensionspremier inbetalda. Även t.ex. en deltidsarbetande som arbetsgivaren betalar lön och gör pensionsavsättningar för i proportion till arbetstiden skulle, som bolaget framhållit, på ett omotiverat sätt bli missgynnad. Till det sagda kommer att premiebetalningarna bygger på den konstruktionen att beloppen bestäms med utgångspunkt från den lön som betalas. Om ingen lön betalas finns inte heller något beräkningsunderlag för premierna.

Det förhållandet att parterna i vissa kollektivavtalsbaserade försäkringar kommit överens om eller rekommenderar att avsättningar fortsätter att göras under kortare eller längre tid för en föräldraledig arbetstagare är enligt domstolens mening inte ägnat att förändra bedömningen att det kan ses som en nödvändig följd av ledigheten att inte göra sådana avsättningar.

Slutsatsen blir alltså att bolaget genom sitt handlande inte har brutit mot missgynnandeförbudet i föräldraledighetslagen. Enligt Arbetsdomstolens mening står undantagsregeln som den nu har tillämpats inte i strid med några EG-rättsliga regler. Det kan särskilt anmärkas att bestämmelsen i artikel 2.7 andra stycket i likabehandlingsdirektivet tar sikte på situationen då den föräldraledige återgår i arbete efter ledigheten och inte de förhållanden som råder under själva ledigheten.

JämO:s talan ska alltså avslås även i denna del.

Sammanfattning och rättegångskostnader

Den bedömning som Arbetsdomstolen gjort innebär att JämO har helt förlorat målet. JämO ska därför ersätta bolaget för rättegångskostnader. Bolaget har yrkat ersättning med 698 482 kr, varav 683 082 kr för ombudsarvode och 15 400 kr för utlägg. Utläggen avser bolagets kostnader för utredningar gjorda av bolagets vittnen. JämO har som skäligt belopp

vitsordat hälften av det som bolaget har yrkat. Arbetsdomstolen finner att bolaget ska få ersättning med det belopp som är vitsordat för ombudsarvode medan bolaget bör få ersättning fullt ut för utlägg.

Domslut

1. Diskrimineringsombudsmannens talan avslås.
2. Diskrimineringsombudsmannen ska ersätta Stryker AB för rättegångskostnader med trehundrafemtiosextuseniöhundrafyrtioen (356 941) kr, varav 341 541 kr för ombudsarvode, jämte ränta på det förstnämnda beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom till dess betalning sker.

Ledamöter: Carina Gunnarsson, Sören Öman, Christer Måhl, Peter Ander, Håkan Torngren, Anders Tiderman och Inger Efraimsson. Enhälligt.

Sekreterare: Anne Lillieroth