

Till Statsrådet och chefen för Jordbruksdepartementet

Den 18 februari 1999 bemyndigade regeringen chefen för Jordbruksdepartementet, statsrådet Margareta Winberg, att tillsätta en särskild utredare för att utreda frågan om *frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster*. Med stöd av detta utsågs folkpartiets 1:e vice ordförande Eva Eriksson till särskild utredare.

Den 6 oktober 2000 utsågs Ingolf Berg, Näringsdepartementet/enheten för IT, forskning och utveckling, Ulrika Dackeby, Finansdepartementet/konsumentenheten, Eva Debels, Konsumentverket, Åsa Edman, Nämnden för offentlig upphandling, Ulf Esbro, Näringsdepartementet/jämställdhetsenheten, Päivi Gång, Rica City Hotel, Stockholm, Olle Ingemarsson, Kooperativa Förbundet, Britten Lagerkvist Tranströmer, Sveriges Konsumentråd, Ingrid Persson, Föreningssparbanken, Stockholm, Morgan Pettersson, Konkurrensverket, Agneta Stark, tema Genus, Linköpings universitet (t.o.m. 2002-02-12), Eberhard Stüber, Jämställdhetsombudsmannen, Kent Svärd, Sveriges offentliga inköpare, Sven Thiberg, SIS Miljömärkning AB och Lars Waldner, Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll, att som experter ingå i en referensgrupp med inriktning på handel och näringsliv.

Det 10 januari 2000 anställdes departementssekreteraren Kerstin Sjeldrup som biträdande sekreterare och den 1 april anställdes fil.dr. Eva Schömer som huvudsekreterare i Utredningen. Utredningen har antagit namnet utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster, FRIJA (N 1999:03).

Utredningen lämnade i januari 2001 delbetänkandet *Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster* (SOU 2001:9).

FRIJA överlämnar härmed slutbetänkandet *Märk – värdig jämställdhet* (SOU 2002:30).

Malmö i mars 2002

Eva Eriksson

/Eva Schömer
Kerstin Sjeldrup

Innehåll

Förkortningar	11
Sammanfattning	13
Författningsförslag	25
Del I Utredningens uppdrag och bakgrundsbeskrivningar	
1 Utredningens uppdrag.....	31
1.1 Utredningsarbetet.....	31
1.2 Dispositionen av betänkandet.....	33
2 Bakgrunden till uppdraget	37
2.1 Horisontell och vertikal segregering	37
2.2 Konsumenters roll på den fria marknaden	38
2.3 Jämställdhetsmärkning – konsumentmakt för ett jämställt samhälle	39
3 Centrala begrepp	41
3.1 Centrala begrepp vid jämställdhetsmärkning.....	41
3.2 Jämställdhetsmärkning ur ett könsperspektiv.....	50
Del II Fyra lagar med beröringspunkter till frågor om jämställdhetsmärkning	
4 Jämställdhetslagen	53
4.1 Bevisbördan vid och formerna av könsdiskriminering.....	56

4.2	EG-domstolens syn på förhållandet mellan positiv särbehandling och könskvotering	59
4.3	Det aktiva jämställdhetsarbetet	65
4.4	Förhållandet mellan det aktiva jämställdhetsarbetet och jämställdhetsmärkning	68
5	Lagen om offentlig upphandling	69
5.1	Grunderna i lagen om offentlig upphandling	70
5.2	Former av offentlig upphandling	73
5.3	Formkrav vid offentlig upphandling enligt svensk lagstiftning	76
5.4	Offentlig upphandling enligt EG-rätten.....	79
5.5	Sociala kriterier vid offentlig upphandling.....	85
5.6	Förhållandet mellan offentlig upphandling och jämställdhetsmärkning	89
6	Lagen om otillbörligt upphandlingsbeteende	91
6.1	Förhållandet mellan lag om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling och jämställdhetsmärkning	92
7	Marknadsföringslagen.....	93
7.1	Tidigare reglering på marknadsföringsområdet.....	94
7.2	Grunddragen i marknadsföringslagen.....	94
7.3	God marknadsföringssed och information av särskild betydelse.....	95
7.4	Vilseledande reklam.....	98
7.5	Förhållandet mellan god marknadsföringssed och jämställdhetsmärkning	102
Del III Studier av intresset för och inställningar till frivillig jämställdhetsmärkning		
8	En studie av näringsidkares syn på frivillig jämställdhetsmärkning	105
8.1	Uppdraget att analysera möjligheterna att jämställdhetsmärka produkter och tjänster	105
8.2	Förhållandet mellan jämställdhetsmärkning och kvalitetsbedömning sett ur ett könsperspektiv	108

8.3	Kartläggning av skånska företags jämförbarhetsarbete.....	110
8.4	En kvalitativ studie av jämförbarhetsmärkning.....	112
8.5	Val av branscher och verksamheter.....	114
8.6	Synen på frivillig jämförbarhetsmärkning, en inledning.....	125
8.7	Synen på jämförbarhetsmärkning inom livsmedelsnäringen.....	125
8.8	Synen på jämförbarhetsmärkning inom hotell- och restaurangnäringen.....	131
8.9	Synen på jämförbarhetsmärkning inom IT- näringen.....	141
8.10	Synen på jämförbarhetsmärkning inom läkemedelsnäringen.....	146
8.11	Synen på frivillig jämförbarhetsmärkning vid försäkringsbolag.....	152
8.12	Synen på jämförbarhetsmärkning inom bankvärlden.....	161
9	Konsumenters syn på frivillig jämförbarhetsmärkning... 167	
9.1	En kvantitativ studie av SCB om konsumenters syn på frivillig jämförbarhetsmärkning.....	167
9.2	Jämförbara konsumentval.....	172

Del IV System för märkning och certifiering samt bedömning av överensstämmelse

10	Frivilliga märknings- och certifieringssystem i Sverige och Europa.....	199
10.1	Miljömärkning – en inledning.....	202
10.2	Olika typer av miljömärkning.....	202
10.3	Organiseringen av standardiseringen.....	212
10.4	Den internationella standardiseringsorganisationen – ISO.....	213
10.5	Internkontroll av arbetsmiljön.....	216
10.6	Förhållandet mellan miljömärkning och jämförbarhet.....	228
10.7	Sammanfattning av kvalitetssäkringar och miljö.....	230

11	Uppbyggnader av system för bedömning av överensstämmelse	233
11.1	EU:s system för bedömning av överensstämmelse ..	235
11.2	Frivillig bedömning av överensstämmelse och märkning	239
11.3	Mutual Recognition Agreements	240
11.4	Ackreditering och bedömning av överensstämmelse	240
11.5	Den aktuella situationen i Europa	242
11.6	Omläggning till öppna system	244
11.7	Marknadskontrollen	245
11.8	Standardiseringen i Sverige	245

Del V Utgångspunkter samt förslag till ett system för frivillig jämställdhetsmärkning

12	Utgångspunkter och metoder för ett system för frivillig jämställdhetsmärkning	249
12.1	Med fokus på den yttre miljön	250
12.2	Med fokus på arbetsmiljön	255
12.3	Med fokus på stereotypa bilder av män och kvinnor	258
12.4	Förhållandet mellan kvantitativa och kvalitativa kontroller	261
12.5	Kvantitativ och kvalitativa mätmetoder	262
12.6	Att mäta jämställdhetsklimatet på arbetsplatsen	263
12.7	Syftet med systemet och metodologiska överväganden	266
12.8	Självdeklarering – tredjepartscertifiering	267
12.9	Avslutning av att mäta och systematisera samhället ur ett jämställdhetsperspektiv	270
13	Förslag till system för frivillig jämställdhetsmärkning ...	271
13.1	Corporate Social Responsibility	271
13.2	Belgien – för främjande av socialt ansvarig produktion	273
13.3	Behovet av ramar vid sociala märkningar	274
13.4	Jämställda verksamheter – certifiering i jämställdhetshänseende	281

13.5	Integrering av jämställdhet i samhällslivets samtliga områden	285
13.6	Sammanfattning av förslag till system för frivillig jämställdhetsmärkning	289
14	Förslag till lag om frivillig jämställdhetsmärkning	291
14.1	Bakgrunden till förslag om en lag om frivillig jämställdhetsmärkning	291
14.2	Statiska och dynamiska system	294
14.3	Ramar för frivillig jämställdhetsmärkning	296
14.4	Jämställdhetsmärkning – ett öppet och frivillig system	296
14.5	Ramarna för Jämställdhetsmärkningen	297
14.6	Förhållandet mellan ramlagar och detaljreglerande lagar	298
14.7	Ramlagar	298
14.8	En nämnd för frivillig jämställdhetsmärkning	304
14.9	Jämställdhetsmärkning – en rättighet	305
15	Generella jämställdhetskriterier	307
15.1	En årlig plan för ett aktivt jämställdhetsarbete	309
15.2	Integrering av ett aktivt jämställdhetsarbete	311
15.3	Ett systematiskt jämställdhetsarbete	313
15.4	En modell för att uppnå den goda verksamhetsmiljön	315
15.5	Undersöka	316
15.6	Genomföra	318
15.7	Utvärdera	319
15.8	Allmänna råd om ett systematiskt jämställdhetsarbete	320
15.9	Förslag på generella jämställdhetskriterier	326
15.10	Sammanfattande avslutning av de generella jämställdhetskriterierna	327
16	Specifika jämställdhetskriterier	329
16.1	Bakgrund till de specifika jämställdhetskriterierna	331
16.2	Lika för lika	332
16.3	Livsmedel och läkemedel	333
16.4	Möbler, kontorsredskap, verktyg och maskiner	338

16.5	Produkter inom bilindustrin.....	341
16.6	Bank- och försäkringstjänster.....	344
16.7	IT-tjänster	347
16.8	Hotell- och restaurangtjänster	348
16.9	Sammanfattning av specifika jämfällhetskriterier för produkter och tjänster.....	352
17	Certifiering av verksamheter i jämfällhetshänsende	355
17.1	Certifiering i jämfällhetshänsende	356
17.2	Avslutande sammanfattning av certifiering i jämfällhetshänsende.....	357
18	Genomförande av jämfällhetsmärkning och certifiering i jämfällhetshänsende	359
18.1	EU:s strukturfonder.....	359
18.2	Ekonomiska konsekvenser	362
18.3	Konsekvenser för små företag.....	365
19	Författningsskomentar	369
Bilagor		
1	Kommittédirektiv	379
2	En ny teknik och strategi för reglering	387
3	Kvalitetssäkringar och konsumenter	407
4	Checklista vid jämfällhetsmärkning – revision av generella verksamhetskriterier	425
5	Checklista vid jämfällhetsmärkning – revision av specifika varu- och tjänstekriterier	441
6	Enkät: Jämfällda konsumentval.....	445
7	Terminologi i internationell, europeisk och svensk standard	451

Förkortningar

ABF	Arbetarnas bildningsförbund
AD	Arbetsdomstolen
CEN	Europeiska organisationen för standardisering
CENELEC	Europeiska kommittén för elektronisk
DHR	De handikappades riksförbund
EHLASS	European Home and Leisure Accident Surveillance System
ETSI	Europeiska institutet för telekommunikationsstandarder
FRIJA	Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (N 1999:03)
FUB	Riksförbundet för barn, ungdomar och vuxna
Hi	Hjälpmiddelsinstitutet
HSO	Handikappförbundens samarbetsorgan
ILO	Internationella arbetstagarorganisationen
ISO	International Organization for Standardization
IT	Informationsteknologin
JämL	Jämställdhetslag (1991:433)
JämO	Jämställdhetsombudsmannen
KAM	Kommittén för alternativ medicin
KF	Kooperativa förbundet
LI	Livsmedelsindustrierna
LO	Landsorganisationen
LRA	Lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister
MD	Marknadsdomstolen
MFL	Marknadsföringslagen (1995:450)
NMN	Den Nordiska Miljömärkningsnämnden
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
PDCA	Plan, Do, Check, Act (planera, genomföra, kontrollera, agera)
PRO	Pensionärernas riksorganisation

RMS	Märkningssystemets relevans, möjligheter och styrbarhet
SAMS	Samverkansforum för kvinnor i Sverige
SCB	Statistiska centralbyrån
SIOS	Samarbetsorgan för etniska organisationer i Sverige
SIS	Standardiseringen i Sverige
SMN	Svenska Miljömärkningsnämnden
SPRF	Sveriges Pensionärers Riksförbund
SSR	Sveriges Standardiseringsråd
SWEDAC	Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll
TEMO	Testhuset Marknad Opinion AB

Sammanfattning

Förslag

Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (FRIJA) föreslår att det införs ett system för frivillig jämställdhetsmärkning. Systemet föreslås få sin grund i en ramlag som syftar till att *integrera jämställdhet i närings- och föreningslivet samt offentlig förvaltning*.

Bakgrund

Utredningen om fördelningen av ekonomisk makt mellan kvinnor och män (Kvinnomaktutredningen) konstaterade år 1998 att samtidigt som Sverige anses vara ett av de mest jämställda länderna i världen (år 1995 utsåg FN Sverige till världens mest jämställda land) är Sverige också ett av de mest könssegregerade länderna. Kvinnomaktutredningen beräknade att det skulle ta omkring 150 år för att Sverige skulle bli jämställt på alla områden.

I syfte att råda bot på den ojämna könsfördelningen och öka takten på jämställdhetsarbetet föreslog Kvinnomaktutredningen bland annat att pröva möjligheten att införa ett system för märkning av företag ur jämställdhetssynpunkt – en märkning som liknar den märkning som finns på miljöområdet.

I augusti 1998 lades rapporten *Jämställdhetsmärkning, konsumentmakt för ett jämställt samhälle* (Ds 1998:49) fram. Studien resulterade i en rekommendation om att införa ett system med frivillig jämställdhetsmärkning av företag och organisationer.

Uppdraget

Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (FRIJA) har haft i uppdrag att mot bakgrund av nämnda studier utreda förutsättningarna för och möjligheterna att införa en frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster. Jämställdhetsmärkningen ska syfta till att utveckla kvaliteten på produkter och tjänster på ett sådant sätt att könsaspekterna beaktas.

Centrala begrepp vid jämställdhetsmärkning

Frågor om jämställdhet har en flera hundra år lång historia. Redan under de svenska landskapslagarna behandlas frågor om mäns och kvinnors rättigheter. De svenska kvinnorna fick rösträtt först år 1919, men det dröjde ytterligare ett år innan riksdagen antog ett förslag om en giftermålsbalk, som bland annat innebar att mannens målsmanskap över hustrun upphävdes (år 1921).

Det dröjde emellertid ända till år 1970, innan den första motionen om att införa en lag mot könsdiskriminering lades fram. Men det dröjde ytterligare tio år innan Sverige fick sin första jämställdhetslag. Den 1 januari 1992 trädde den nu gällande jämställdhetslagen i kraft. Den lagen har skärpts och reviderats vid ett flertal tillfällen sedan dess.

Trots denna långa historia av frågor om jämställdhet råder det fortfarande en förhållandevis stor osäkerhet inför frågan vad begreppen *kön*, *genus* och *jämställdhet* innebär.

Kön och genus eller genus och kön

Begreppen kön och genus eller genus och kön har diskuterats länge inom kvinnoforskningen och genusvetenskapen. Trots detta är alla ändå inte överens om vad som avses med vad och vad som kommer först av kön och/eller genus.

Med kön avses ofta de biologiska skillnaderna mellan kvinnor och män, såsom att kvinnor generellt sett kan föda barn, vilket inte män kan. Därefter uppstår frågan om de biologiska skillnaderna även har betydelse för människors olika egenskaper.

Det går en skarp skiljelinje mellan dem som menar att det finns specifikt kvinnliga respektive manliga egenskaper och dem som menar att det egentligen inte finns några skillnader alls utan att allt är konstruktioner – efterapningar.

Om kön beskrivs som det som biologiskt sett skiljer kvinnor och män åt, kan *genus* i stället beskrivas som en *kulturell tolkning av de biologiska skillnaderna mellan kvinnor och män*.¹ Historikern Yvonne Hirdman menar i likhet med Joan Scott att *genus* är relaterat till makt. Genus beskrivs som sociala beteenden och mönster som är förknippade med ett visst biologiskt kön.² Hirdman menar att

genus kan förstås som föränderliga tankefigurer 'män' och 'kvinnor' (där den biologiska skillnaden alltid utnyttjas) vilka ger upphov till/skapar föreställningar och sociala praktiker, vilka får till följd att också biologin påverkas/ändras – med andra ord, det är en mer symbiotisk kategori än 'roll' och socialt kön.³

Enligt Hirdman råder det ingen tvekan om att det finns en genusordning i alla samhällen och att alla samhällen i större eller mindre utsträckning genomsyras av genus.

Jämställdhet

Jämställdhetsbegreppet tar sin utgångspunkt i *förhållanden* mellan kvinnor och män. Med *jämställdhet* avses nämligen att kvinnor och män har lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter att

- ha ett arbete som ger ekonomiskt oberoende,
- vårda hem och barn och
- delta i politiska, fackliga och andra aktiviteter i samhället.⁴

Jämställdhetsbegreppet rör med andra ord relationer och förhållanden mellan kvinnor och män. Utgångspunkten är att kvinnor och män ska ha lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter i det sociala livet. Det betyder att de biologiska könen inte ska begränsa individens möjligheter att agera i vardagen. Det är emellertid inte helt oproblemiskt att relatera det sociala livet till de biologiska könen.

¹ Don Kulick, *Från kön till genus: kvinnligt och manligt i ett kulturellt perspektiv*, Carlssons, Stockholm (1987), sid. 11.

² SOU 1990:44, kapitel 3.

³ "Genusystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning", *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 (1988), sid. 5.

⁴ SOU 1990:41, sid. 218, prop. 1987/88:105, sid. 3.

Jämställdhetsmärkning

Utredningens uppdrag att *undersöka om det är möjligt att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning* och i så fall även *föreslå kriterier som bör ligga till grund för bedömning av produkter och tjänster ur jämställdhetssynpunkt*.

Att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning måste emellertid ta sin utgångspunkt i frågor om kön och genus utan att för den skull gå i den öppna fällan *att det vi ser omkring oss också är förklaringen till varför det ser ut som det gör*.

Det händer nämligen inte heller allt för sällan att de biologiska könen och de sociala genuskonstruktionerna blandas samman. Att kvinnor föder barn innebär inte automatiskt att de också är bäst lämpade att vårda barnen. En hastig blick på den officiella statistiken över hur föräldrar delar på vårdnaden av barnen kan dock leda till en motsatt uppfattning.⁵ År 1999 utnyttjade endast 12 procent av männen sin rätt till föräldrapenning. Kvinnornas uttag av föräldrapenning uppgick således till 88 procent.

Att utgå från ett resonemang om att kvinnor har huvudansvaret för barn och familj är visserligen riktigt om vi diskuterar sociala förhållanden och synen på traditionella arbetsuppgifter. Här kan till exempel nämnas att 33 timmar och 15 minuter per vecka av det obetalda arbetet utförs av kvinnor, samtidigt som män endast ägnar 20 timmar och 10 minuter åt sådant arbete.

Att underlätta för kvinnor att vårda barnen – ett kardinalfel

Men det kan vara vanskligt att ta dagens situation för given och överföra den på möjligheten att jämställdhetsmärka produkter och tjänster, vilket följande beskrivning utgör ett exempel på.

En bil som har utformats i syfte att underlätta för kvinnor att lämna och hämta barn vid daghem, skola, fritidshem och andra fritidsaktiviteter, kan vid en första anblick te sig jämställt utformad. Men att ställa krav på att jämställda bilar är sådana som kan underlätta för kvinnor att transportera barn mellan olika platser leder inte till annat än att de traditionella föreställningarna om kvinnor och män förstärks och befästs i stället för att luckras upp.

Det aktuella resonemanget innebär inte att det inte skulle vara möjligt att tillverka bilar som uppfyller vissa kriterier ur jämställd-

⁵ På tal om kvinnor och män. Lathund om jämställdhet 2000, Statistiska centralbyrån, Örebro (2000).

hetssynpunkt. Resonemanget syftar endast till att belysa vad en sammanblandning av sociala och biologiska förutsättningar kan leda till. Detta kan också förstås som en akt, som liksom ett rituellt socialt drama förutsätter en utgångspunkt om *genusageranden*:

en föreställning som *upprepas*. Denna upprepning är på en och samma gång en förnyad iscensättning och en förnyad upplevelse av en rad innebörder som redan är socialt etablerade; och den är en rutinartad och ritualiserad form av legitimering.⁶

Det är när man utgår från det som syns i vardagen som föreställningar om kvinnliga och manliga genus konstrueras. Ett exempel på detta utgör tanken att det är *naturligt* att kvinnor ska ha huvudansvaret för barn och familj, eftersom det är kvinnor som kan bli gravida och föda barn. Om män inte förknippas med föräldrarollen blir faderskapet osynligt, vilket bland annat kan leda till föreställningar om att män inte har samma förmåga att ta hand om barn och familj som kvinnor har. På så sätt kommer de traditionella bilderna av kvinnor och män att genereras, genom att de ständigt upprepas.

Att tillverka en bil som gör det möjligt för kvinnor att ta hand om hem och barn i än mer effektiv utsträckning än tidigare leder knappast till en mer jämställd situation. I stället kommer de resonemang som ligger till grund för en sådan tillverkning att leda till att den allmänna uppfattningen förstärks att det är kvinnor som har huvudansvar för hem och familj.

Det nu förda resonemanget utgör endast ett exempel på de svårigheter och problem som kan uppstå när sociala skeenden tas som intäkt för biologiska förhållanden.

Uppbyggnader av system för bedömning av överensstämmelse

År 1985 antogs den s.k. Vitboken som lade grunden till 1987 års revidering av Romfördraget, enligt vilket det är nödvändigt att avskaffa sådana tekniska handelshinder som innebär att det måste genomföras en förnyad bedömning av överensstämmelse av föreskrifter så snart en produkt ska lanseras i något av Unionens medlemsländer. Detta ställer krav på ömsesidigt erkännande av prov-

⁶ Judit Butler, Det performativa könet. Kroppsliga inskrivanden, performativa omstörningar, *Res Publica* 35/36, Östling Bokförlag Symposions teoretiska och litterära tidskrift 1-2/97, s. 21.

ningar och certifieringar samt ömsesidiga villkor och regler för laboratorier, certifierings- och besiktningsorgan.

År 1999 antog Europaparlamentet en resolution om standardiseringen i Europa, som innebär ett erkännande av standardiseringen enligt den nya metoden. Den europeiska standardiseringen är frivillig. Den syftar till att underlätta den fria rörligheten för varor. De mekanismer som införts för att uppnå detta mål grundar sig på förebyggande av nya handelshinder, ömsesidigt erkännande och teknisk harmonisering.

I Sverige är det SWEDAC som har det övergripande ansvaret för att genomföra kontrollordningar i öppna system, som ger en tillfredställande säkerhet och står i överensstämmelse med principerna i EU och även i övrigt godtas internationellt.

Främjande av europeisk ram för företagens sociala ansvar

I Europeiska kommissionens senaste grönbok *Främjande av europeisk ram för företagens sociala ansvar* uppmuntras arbetet med att öka de anställdas insyn och inflytande i det interna företagsarbetet – *Corporate social Responsibility*. I dag finns det emellertid inte några ramar för vad detta innefattar.

Grönboken syftar emellertid till att få in förslag om hur företag och fackföreningar, icke-statliga organisationer, myndigheter och andra som påverkas av deras verksamhet ska kunna samarbeta för att åstadkomma en gemensam europeisk ram för företagens sociala ansvar. Vi menar att ett system för frivillig jämställdhetsmärkning just skulle kunna tjäna som hjälpmedel för att uppmuntra till ett sådant samarbete.

Vi menar också att det finns anledning att involvera landets länsexperter vid genomförandet av ett frivilligt system för jämställdhetsmärkning. De skulle till exempel kunna anordna utbildningar i och om jämställdhet för att på så sätt nå ut med den bas som systemet för frivillig jämställdhetsmärkning vilar på – *att integrera jämställdhet i såväl närings- och föreningsverksamhet som offentlig förvaltning*.

Jämställdhetsmärkning underlättar offentlig upphandling

Det ställs i dag höga krav på att den offentliga upphandlingen sköts på ett affärsmässigt sätt, vilket Utredningen tveklöst ställer sig bakom. Det är just därför som det är så viktigt att upphandlingen sker efter särskilda på förhand bestämda kriterier, eftersom det endast är då som det går att undvika skönsmässiga ad hoc-lösningar. På så sätt blir det också möjligt att nå upp till de högt ställda kraven på likabehandling inom EG-rätten.

Utredningen konstaterar således att klara och enkla regler för offentlig upphandling såsom att godta märkningar och certifieringar från öppna system faktiskt innebär ett effektivt redskap för att nå målet: *en fri marknad med fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer.*

Ett system för frivillig jämställdhetsmärkning skulle faktiskt kunna underlätta den offentliga upphandlingen, genom att märkningen skulle kunna tjäna som en garanti för att den aktuella verksamheten, produkten och/eller tjänsten uppfyller de krav som är uppställda för märkningen.

Producenters intresse för frivillig jämställdhetsmärkning

Utredningen har tagit del av en kvantitativ studie från hösten 1999 samt även genomfört en kvalitativ studie över intresset för frivillig jämställdhetsmärkning från näringslivets sida (hösten 2000).

Sammantaget visar de båda studierna att det finns ett intresse för frågor om jämställdhet, även om det råder brist på kunskap om vad jämställdhetsbegreppet innebär. Trots detta uppger nära 30 procent av företrädare för skånska företag att de är intresserade av att jämställdhetsmärka sina företag.

Vid Utredningens intervjuer med företrädare för olika företag inom skiftande branscher framkom framför allt önskemål om att ett system för frivillig jämställdhetsmärkning måste ställa krav *både* på den enskilda verksamhetens jämställdhetsarbete *och* på att jämställdhetsarbetet även får effekter på de produkter och/eller tjänster som produceras/utförs vid verksamheterna. Annars, framhöll de, finns det risk för att systemet inte blir trovärdigt, utan endast en form av *läpparnas bekännelse.*

Konsumenters intresse för frivillig jämställdhetsmärkning

Under hösten 2001 genomförde Statistiska centralbyrån på uppdrag av Utredningen en kvantitativ studie över konsumenters intresse för att köpa och/eller ta del av jämställdhetsmärkta varor och/eller tjänster.

I den studien blev det tydligt att det finns ett förhållandevis stort intresse från konsumenternas sida att köpa och/eller ta del av jämställdhetsmärkta varor och/eller tjänster.

Störst intresse visade konsumenterna för att placera pengar i banker som lånar ut pengar till kvinnor och män på lika villkor (84 procent) och att ha möjlighet att köpa receptfria läkemedel som är utprovade på både kvinnor och män (83 procent). Så många som 82 procent uppgav att de kan tänka sig att köpa produkter och/eller tjänster som produceras/utförs vid verksamheter där det finns en upprättad jämställdhetsplan.

Jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende

Det går en skiljelinje mellan möjligheten att å ena sidan märka varor och/eller tjänster och å andra sidan genomföra bedömningar av verksameters interna och externa arbete med hjälp av till exempel ledningssystem för att bli certifierad i till exempel jämställdhetshänseende.

Utredningen genomför en analys av och ger även förslag på de kriterier som ska ligga till grund för jämställdhetsmärkning av *livsmedel, läkemedel, möbler, kontorsredskap, verktyg, maskiner, produkter inom bilindustrin, banktjänster, försäkringstjänster, hotelltjänster och restaurangtjänster*.

Utredningen ger även förslag på de kriterier som Utredningen menar ska ligga till grund för att en verksamhet ska kunna bli certifierad i jämställdhetshänseende.

Tvåstegsmodell

För att jämställdhetsmärkningen ska vinna framgång på marknaden är det viktigt att systemet blir trovärdigt. Utredningen har tagit fasta på vad som har framkommit vid våra diskussioner med såväl enskilda företrädare för olika näringsverksamheter som arbetsmarknadens parter: att ett frivilligt system för jämställdhetsmärk-

ning måste ställa *krav både på den enskilda verksamhetens jämställdhetsarbete och det som produceras respektive levereras vid verksamheten – tvåstegsmodellen.*

Det första steget i tvåstegsmodellen består av de generella jämställdhetskriterierna som ställer krav på såväl det interna som det externa jämställdhetsarbetet vid verksamheten. Det andra steget utgörs av specifika jämställdhetskriterier som är särskilt anpassade till de olika produkterna och/eller tjänsterna. Vid utformningen av kriterierna är det viktigt att hela tiden hålla jämställdhetsbegreppet i åtanke: att kvinnor och män ska ha lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter i det sociala livet – de biologiska könen ska inte begränsa individens möjlighet att agera i vardagen.

Certifiering i jämställdhetshänseende

En fördel med att möjliggöra certifiering i jämställdhetshänseende är att även de verksamheter som inte producerar något (varken produkter eller tjänster) kommer att få möjlighet att få en bekräftelse på sitt goda jämställdhetsarbete. Det centrala för certifierings-system är dess fokus på verksamhetsarbetet.

Att certifiering även är möjligt att användas inom föreningslivet utgör ytterligare en poäng i sammanhanget. Certifieringen kommer således att kunna bli ett konkurrensmedel även bland föreningar när det gäller värvning av medlemmar. Det borde i sin tur kunna leda till att kraven på att införliva jämställdhet i samhällslivets olika områden kommer att öka. På så sätt borde det också finnas goda chanser att öka takten på jämställdhetsarbetet och att nå upp till syftet med lagen *att integrera jämställdhet i såväl närings- och föreningsverksamheter som offentliga förvaltningar, genom att anlägga ett jämställdhetsperspektiv på dessa verksamheter.*

Ur ett samhällsligt perspektiv borde detta således leda till *ett mer jämställt samhälle.*

En lag för frivillig jämställdhetsmärkning

Till skillnad från vad som gäller på miljöområdet finns det endast ett fåtal rättsliga regler på jämställdhetsområdet (drygt 300 på miljöområdet, vilket ska jämföras med drygt 10 på jämställdhetsområdet). Det finns i dag en stor osäkerhet inför vad som avses

med jämställdhet. Vi menar att det tyder på att det finns ett behov av regler som både beskriver och ringar in området.

Mot bakgrund av detta föreslår vi att ramarna för det frivilliga systemet för jämställdhetsmärkning ska regleras genom en lag för frivillig jämställdhetsmärkning.

Rätten att jämställdhetsmärka en produkt/tjänst eller bli certifierad i jämställdhetshänseende bör få konstruktionen av en *rättighet* som är absolut. Mot bakgrund av att regleringen inte bör göras mer ingripande än nödvändigt menar vi att en ramlag kan ge det skydd som behövs för att ge jämställdhetsmärkningen en etablerad ställning, som är likvärdig med miljömärkningens på marknaden.

Lagens ramar ska bestå av *syftet med lagen, villkoren för jämställdhetsmärkningen* och *utpekande av den ackrediterande myndigheten*.

De preciserade kriterierna bör i stället utformas av en nämnd som liknar nämnden för miljömärkning, genom att överlåta utformningen och utvecklingen av såväl kriterierna som råden på en nämnd för jämställdhetsmärkning kan utformningen och utvecklingen av dem gå snabbt och det kommer också att kunna skötas av dem som är mest insatta i de aktuella frågorna.

Systemet föreslås träda i kraft den 1 juli 2003.

System för jämställdhetsmärkning

Mot bakgrund av att det finns en stor risk för att jämställdhetsfrågorna kommer i skymundan om de hanteras parallellt med eller inlemmas i något av dagens befintliga system, föreslår vi att det införs ett system för frivillig jämställdhetsmärkning som görs oberoende av andra märkesordningar, vilket inte ska blandas samman med frågan varifrån systemet ska hanteras.

Om *jämställdhetsmärkningen* läggs in under SIS Miljömärkning AB, som är etablerat i märkningshänseende, är det troligt att systemet kan komma att dra fördelar av den goodwill och det anseende som SIS Miljömärkning AB åtnjuter.

Det går inte heller att bortse från den betydelse det har att SIS Miljömärkning AB redan har ett väl inarbetat system för hur frågor om märkning kan skötas. Visserligen kan ett nytt bolag mycket väl sätta sig in i hur märkningen bör och kan hanteras. Men det är också så att nya verksamheter ofta drabbas av så kallade barnsjukdomar. Vi kan således inte finna annat än att regeringen bör uppdra åt *SIS Miljömärkning AB* att vid sidan av *Svanen* och *Blomman* även hantera *jämställdhetsmärkningen*.

Ytterligare en fördel med att uppdra åt SIS Miljömärkning AB att hantera jämställdhetsmärkning är att det bolaget har förgreningar i hela Norden, vilket gör det möjligt att nå ut med jämställdhetsmärkning utanför Sveriges gränser. Nordiska ministerrådet har också uttryckt ett intresse för Utredningens arbete.

Nämnd för jämställdhetsmärkning

Att den föreslagna lagen om frivillig jämställdhetsmärkning föreslås vara en ramlag innebär bland annat att lagen endast markerar ramarna för dess tillämpningsområde. Lagens innehåll är således tänkt att utvecklas i det sammanhang där den tillämpas. Detta innebär att lagen endast markerar de yttre ramarna vad avser de generella och specifika jämställdhetskriterierna. Utformningen av kriterierna för jämställdhetsmärkning av produkter och/eller tjänster ska på samma sätt som gäller inom den nordiska miljömärkning utformas av en *nämnd för jämställdhetsmärkning*.

Såväl de specifika jämställdhetskriterierna som råden för tillämpningen av de generella jämställdhetskriterierna ska utformas av en särskild nämnd för jämställdhetsmärkning.

Det frivilliga systemet för jämställdhetsmärkning är flexibelt på så sätt att det bygger på en uppmaning till dialog mellan nämnden för jämställdhetsmärkning och representanter för närings- och föreningsverksamheter samt offentliga förvaltningar vid utformningen av de specifika jämställdhetskriterierna för produkter, tjänster samt råden för bedömning av det interna och externa jämställdhetsarbetet.

Det betyder således att nämnden även måste hålla sig à jour med hur forskningen utvecklas på området och hur aktuella branschorganisationer samt företrädare för arbetsmarknadens parter ser på frågor om jämställdhet, jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende.

Författningsförslag

1.1 Förslag till Lag om frivillig jämställdhetsmärkning

Lagens syfte

1 § Denna lag syftar till att integrera jämställdhet i såväl närings- och föreningsverksamhet som offentlig förvaltning, genom att anlägga ett jämställdhetsperspektiv på nämnda verksamheter och/eller på de produkter och/eller tjänster som produceras, tillverkas och/eller tillhandahålls vid dem.

Jämställdhetsmärkning

2 § Närings- och föreningsverksamhet samt offentliga förvaltning som uppfyller kriterierna enligt 3 § äger efter ansökan rätt att jämställdhetsmärka produkt och/eller tjänst.

3 § Rätten att jämställdhetsmärka produkt och/eller tjänst tillkommer den som:

1. bedriver ett aktivt jämställdhetsarbete på det sätt som beskrivs i jämställdhetslagens (1991:433) regler om ett aktivt jämställdhetsarbete 3–13 §§ (*internt jämställdhetsarbete*) och
2. verkar för ökad jämställdhet utanför det interna verksamhetsarbetet (*externt jämställdhetsarbete*) samt även
3. uppfyller de specifika jämställdhetskriterierna som gäller för den aktuella produkten och/eller tjänsten (*specifika jämställdhetskriterier*).

(*Jämställdhetsmärkning*)

Certifiering i jämställdhetshänseende

4 § Närings- och föreningsverksamhet samt offentliga förvaltning som uppfyller kraven i 5 § äger efter ansökan rätt att bli certifierad i jämställdhetshänseende.

5 § Rätten att bli certifierad i jämställdhetshänseende tillkommer den som:

1. bedriver ett aktivt jämställdhetsarbete på det sätt som beskrivs i jämställdhetslagens (1991:433) regler om ett aktivt jämställdhetsarbete 3–13 §§ (*internt jämställdhetsarbete*) samt även
2. verkar för ökad jämställdhet utanför det interna verksamhetsarbetet (*externt jämställdhetsarbete*).

(*Certifiering i jämställdhetshänseende*)

Kriterienämnd för märkning och certifiering i jämställdhetshänseende

6 § För närmare beskrivning av de specifika jämställdhetskriterierna samt råd om bedömning av det interna och externa jämställdhetsarbetet ska det finnas en kriterienämnd för märkning och certifiering i jämställdhetshänseende.

Tillsyn

7 § Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll är ackrediterande myndighet för certifieringsorgan för jämställdhetsmärkning respektive certifiering i jämställdhetshänseende.

8 § Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer äger rätt att utfärda närmare föreskrifter för certifiering i jämställdhetshänseende.

Ikraftträdande

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2003.

1.2 Förslag till Lag om ändring i förordning (1996:81) med instruktion för Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll

Härigenom föreskrivs att 2 § förordning med instruktion för Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll skall ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

2 §

Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll skall särskilt

- | | |
|---|--|
| <ol style="list-style-type: none"> 1. främja och utveckla system för teknisk kontroll, mätteknik och bedömning av överensstämmelse i övrig samt organisationen för mätning, 2. främja och utveckla det nationella systemet för ackreditering med särskilt beaktande av den internationella utvecklingen, 3. anmäla och utöva tillsyn över organ som enligt lagen (1992:1119) om teknisk kontroll skall anmälas för uppgifter i samband med bedömning av överensstämmelse enligt bestämmelser som gäller inom Europeiska unionen, 4. utöva tillsyn över riksmätplatser, 5. meddela föreskrifter och utöva tillsyn enligt bemyndiganden i lagen (1992:1119) om teknisk kontroll, förordningen (1993:1065) om teknisk kontroll, förordningen (1993:1066) om måttenheter, mätningar och mätdon och förordningen (1995:294) om frivillig miljöstyrning och miljörevision, vid behov utfärda allmänna råd för tillämpningen av föreskrifterna, | <ol style="list-style-type: none"> 5. meddela föreskrifter och utöva tillsyn enligt bemyndiganden i lagen (1992:1119) om teknisk kontroll, förordningen (1993:1065) om teknisk kontroll, förordningen (1993:1066) om måttenheter, mätningar och mätdon och förordningen (1995:294) om frivillig miljöstyrning och miljörevision <i>samt lag om frivillig jämställdhetsmärkning</i>, vid behov utfärda allmänna råd för tillämpningen av föreskrifterna, |
|---|--|

6. vara GLP-myndighet inom området kemiska varor enligt förordningen (1991:93) om införande av OECD:s principer om god laboratoriesed,
7. vara central förvaltningsmyndighet för frågor om ädelmetallarbeten,
8. i sin roll som samordnings- och kontaktorgan för marknads kontroll samverka med berörda myndigheter vid planering och genomförande av sådan kontroll, och
9. bevaka och aktivt delta i internationellt samarbete inom sina ansvarsområden.

Styrelsen för ackreditering och teknisk kontroll skall vid fullgörandet av sina uppgifter ha ett nära samarbete med berörda myndigheter och organ samt informera och lämna råd i frågor inom sina ansvarsområden.

Ikraftträdande

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2003.

Del I

Utredningens uppdrag och bakgrundsbeskrivningar

1 Utredningens uppdrag

Utredningen om frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster har enligt direktiven (Dir. 1999:13)¹ i uppdrag att:

- Bedöma konsumenters och producenters intresse för en frivillig jämställdhetsinformation/-märkning.
- Föreslå jämställdhetskriterier för minst två produktområden och två tjänsteområden.
- Redovisa på vilket sätt befintliga märknings- och certifierings-system kan komma att användas för jämställdhetsmärkning.
- Pröva om en frivillig jämställdhetsmärkning skulle innebära problem i förhållande till lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), lagen (1994:615) om otillbörligt upphandlingsbeteende (LIU) samt marknadsföringslagen (1995:450,MFL).
- Analysera om jämställdhetsmärkning överensstämmer med gällande handelsregler och Sveriges internationella åtaganden, avseende såväl EG-rätt som övrig internationell rätt.
- Undersöka möjligheten till nordisk samverkan kring jämställdhetsmärkning.
- Föreslå hur frivillig jämställdhetsmärkning praktiskt skulle kunna genomföras.²

1.1 Utredningsarbetet

En av Utredningens främsta uppgifter är att "analysera möjligheterna att jämställdhetsmärka produkter och tjänster"³ och att utreda om det är möjligt att belysa produkter och tjänster ur ett så kallat könsperspektiv.⁴ Vi har uppfattat detta som att det är tänkt

¹ Utredningens kommittédirektiv, se bilaga 1.

² Dir. 1999:13, sid. 1.

³ Dir. 1999:13, sid. 7.

⁴ Dir. 1999:13, sid. 7.

att vi ska undersöka möjligheten med att genomföra ett system för frivillig jämställdhetsmärkning, som bland annat ska kunna utvecklas genom ett samspel mellan aktörerna (producenter och konsumenter) på den fria marknaden. Konsumenternas makt – möjligheten att avstå från att köpa produkter som inte uppfyller kraven för jämställdhetsmärkning, blir på så sätt ledstjärnan i konkurrensen om konsumenterna.

FRIJA har delat upp utredningsuppdraget i två delar. Den första behandlar rättsliga aspekter på frågan om möjligheten att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster (i det följande kallat jämställdhetsmärkning) och näringsidkares inställning till att införa ett sådant system. Den första delen behandlas i delbetänkandet *Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster* (SOU 2001:9).

Den andra delen behandlar bland annat olika former av märken, märkningssystem och certifieringsordningar samt en kartläggning över hur konsumenter ser på frågor om att kunna göra jämställda konsumentval. Därutöver ger vi förslag på produkter, tjänster och verksamheter som bör kunna bli föremål för jämställdhetsmärkning, varvid vi även diskuterar och ger förslag på de kriterier som bör kunna ligga till grund för märkningen. Avslutningsvis beskriver vi hur jämställdhetsmärkningen bör hanteras – varifrån märkningen ska skötas.

FRIJA har valt att ta ett rättsligt perspektiv som utgångspunkt för att belysa möjligheterna att införa ett system för jämställdhetsmärkning. Det betyder att vi har valt att låta reglerna utgöra basen för utredningsuppdraget. När vi talar om regler avser vi *dels* de normer som har utfärdats av riksdagen, regeringen eller den myndighet som har fått i uppdrag att utfärda regler i regeringens ställe, *dels* de EG-rättsliga reglerna på det för Utredningen aktuella området.

Rätten kan beskrivas som den arena som omgärdar vardagen. De rättsliga reglerna är på en och samma gång *både* en förutsättning för *och* en begränsning av möjligheterna att komma med förslag till system för frivillig jämställdhetsmärkning, eftersom de rättsliga reglerna är de spelregler som ger ramarna för vad som är möjligt och tillåtet att genomföra i ett demokratiskt samhälle.

Det rättsliga område som rör frågan om och möjligheterna att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning är förhållandevis stort. Området har nämligen beröringspunkter med både frågor om handel av produkter och tjänster – *det handelsrättsliga området* –

och frågor som avser arbetstagares välbefinnande i arbetslivet – *det arbetsrättsliga området*.

1.1.1 Det handelsrättsliga området

Det handelsrättsliga området utgörs av det fält som täcker allt från produktion, distribution och inköp till försäljning av varor och tjänster. Således består marknaden av både konsumenter och näringsidkare. Handeln försiggår inte endast mellan två eller flera näringsidkare, utan den sker även mellan en eller flera näringsidkare och en eller flera konsumenter. Det förekommer även handel mellan enskilda individer, till exempel vid försäljning av begagnade varor. Handeln mellan enskilda faller emellertid helt utanför utredningsuppdraget och kommer inte att behandlas vidare av Utredningen.

1.1.2 Det arbetsrättsliga området

Det arbetsrättsliga området rör förhållanden mellan arbetsgivare och arbetstagare. Således berör det allt från en situation då någon söks av eller söker anställning hos en presumtiv arbetsgivare till det att någon frånträder/har slutat sin anställning.⁵ Det arbetsrättsliga området betraktas emellanåt som helt skilt från det handelsrättsliga. Vi menar emellertid att det arbetsrättsliga området är en del av det handelsrättsliga på så sätt att arbetskraften är en vara, vilken i likhet med många andra kan bjudas ut på en fri marknad. Inom EG-rätten talar man om den grundläggande principen: *fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer*.

⁵ Angående faktorer som ska beaktas då någon är att betrakta som arbetstagare, se SOU 1975:1, sid. 722, Axel Adlercreutz, *Arbetstagarbegreppet*, P. A. Norstedt, Stockholm (1964), *Svensk arbetsrätt*, Norstedts juridik (1997), sid. 29 ff., Reinhold Fahlbeck, *Praktisk arbetsrätt*, Liber, Lund (1989) samt Folke Schmidt, *Löntagar rätt*, reviderad upplaga 1994, ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström, Juristförlaget, Stockholm (1994), sid. 63 ff.

1.2 Dispositionen av betänkandet

Betänkandet belyser bland annat följande:

- begrepp som är centrala för frågor om frivillig jämställdhetsmärkning,
- regler och föreskrifter som är centrala för frågan om det kan införas ett system för frivillig jämställdhetsmärkning,
- näringslivets syn på frivillig jämställdhetsmärkning,
- konsumenters syn på frivillig jämställdhetsmärkning,
- frivilliga märknings- och certifieringssystem i Sverige och Europa,
- uppbyggnader av system och bedömning av överensstämmelse,
- ett förslag till system för frivillig jämställdhetsmärkning,
- att mäta och systematisera samhället ur ett jämställdhetsperspektiv,
- förslag till system för frivillig jämställdhetsmärkning,
- förslag till lag om frivillig jämställdhetsmärkning,
- generella jämställdhetskriterier,
- specifika jämställdhetskriterier,
- certifiering av verksamheter i jämställdhetshänseende,
- genomförande av jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende samt
- författningskommentar.

Betänkandet består av fem avdelningar. I den första beskriver vid bakgrunden till utredningsuppdraget för att på så sätt göra det möjligt att sätta in uppdraget i det sammanhang där det uppstått. Varvid vi ger en beskrivning av de begrepp som är centrala för det område som rör frågor om frivillig jämställdhetsmärkning (kapitel 3). Den andra avdelningen belyser frågan huruvida ett system för frivillig jämställdhetsmärkning innebär problem ur rättslig synvinkel (kapitel 4 – 7).

Den tredje avdelningen belyser intresset för inställningar till frivillig jämställdhetsmärkning hos näringsidkare och konsumenter (kapitel 8 –9). Den fjärde avdelningen innehåller tekniska beskrivningar över system för märkning och certifiering samt belyser innebörden av bedömningar över överensstämmelse (kapitel 10 – 11).

Den femte avdelningen innehåller utgångspunkter samt förslag till ett system för frivillig jämställdhetsmärkning (kapitel 12 – 19). Bilagorna är sju och består förutom av kommittédirektiven av en

teknisk beskrivning av en ny teknik och strategi för reglering (bilaga 2) jämte en ordlista över terminologin inom internationell, europeisk och svensk standard (bilaga 7) samt en beskrivning av kvalitetssäkringar och konsumenter (bilaga 3). Bilagorna 4 och 5 innehåller förslag till checklistor som kan användas vid revision av de kriterier som vi föreslår ska ligga till grund för jämställdhetsmärkningen respektive certifiering i jämställdhetskänseende. Bilaga 6 utgörs av den enkät som låg till grund för SCB:s undersökning av konsumenters intresse av att ta del av jämställdhetsmärkta varor och/eller tjänster.

1.2.1 Utredningsarbetets bedrivande

Utredningen har sammanträffat med referensgruppen vid sammanlagt sju tillfällen. De tre första sammanträdena är att hänföra till delbetänkandet *Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning* (SOU 2001:9) och ägde rum den 19 juni år 2000, den 5 oktober och den 6 december samma år. De därefter följande sammanträdena ägde rum den 15 mars, den 17 augusti och den 12 oktober år 2001. Det avslutande sammanträdet ägde rum den 5–6 februari år 2002.

Den 28 september år 2000 anordnade Utredningen en konferens med temat *Gränsöverskridande handel med perspektiv på jämställdhetsmärkning*.⁶ Till konferensen bjöd FRIJA in företrädare för näringslivet, offentliga organisationer, parterna på arbetsmarknaden och personer med anknytning till landets centra och institutioner med genusvetenskaplig inriktning vid landets universitet och högskolor samt politiker.

Eva Eriksson inledde konferensen. Sven Thiberg, ordföranden i Svanen och EU-blomman i Sverige, talade under temat "jämställdhetsmärkning – också en miljömärkning. Några reflektioner kring möjligheter och problem". Gertrud Åström, forskare vid Stockholms universitet, talade om "jämställdhetsmärkning och vardagliga handlingar". Anna Hallgren, enhetschef vid Nutek, ställde frågan "Kan jämställdhetsmärkning bidra till ökad lönsamhet?" Sara Bylund, studerande vid Genusvetenskap, Malmö högskola, talade under temat "Genus och jämställdhet på framtidens arbetsmarknad". Slutligen beskrev Bengt Westerberg, ordförande i Arbetslivsinstitutets styrgrupp för forskningsprogrammet kön och arbete, sina

⁶ Konferensen sammanfattas i delbetänkandet *Reglerna kring och inställningen till frivillig jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster* (SOU 2001:9) bilaga 3.

”Tankar om jämställdhetsmärkning”. Konferensen avslutades med en paneldebatt.

Omkring 90 personer deltog vid konferensen, som syftade till att initiera en diskussion kring frågor om hur ett system för frivillig jämställdhetsmärkning skulle kunna införas och vilka incitament ett sådant system skulle kunna ge upphov till.

Inför delbetänkandet sammanträdde Utredningen med Upphandlingskommittén, Jämställdhetsrådet för transporter och IT (Jämit) och landets länsexperter för jämställdhetsfrågor. Utredningen har också initierat ett nordiskt samarbete med den nordiska ämbetsmannakommittén för jämställdhetsfrågor när det gäller möjligheten att införa ett frivilligt system för jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster. Därutöver har vi diskuterat frågor om frivillig jämställdhetsmärkning med Läkemedelsföreningen (LIF) och företrädare för enskilda verksamheter inom läkemedels-, livsmedels-, bank- och försäkrings-, IT-, hotell- och restaurangbranscherna samt ett idéföretag inom transportområdet. Utredningen har även diskuterat vilka möjligheter Amsterdamfördraget innebär när det gäller rätten att vid offentlig upphandling ställa krav på sociala kriterier – jämställdhet, med professor Ruth Nielsen, Handelshögskolan i Köpenhamn, Danmark.

Inför slutbetänkandet *Märk – värdig jämställdhet* har vi diskuterat våra förslag med Gunilla Hansén-Larson, Arbetsgivarverket, Jens Karlsson, Företagarnas Riksorganisation, Lars-Börje Björfjäll, Hallandstrafiken, Fredrik Lundkvist och Christin Norberg, båda vid Kommunförbundet, Anna Ulveson, Landstingsförbundet, Maud Jansson, Landsorganisationen (LO), Ingemar Lundin, Länsstrafiken Jönköping, Ragnar Unge, SIS Miljömärkning AB, Britt Linder Norberg och Folke Hermanson Snickars båda vid SIS Forum AB, Åke Åredal, Sky Cab AB, Gunnar Lindström, SWEDAC, Sofia Arkelsten, Svensk Handel, Anita Trogen, Svenskt Näringsliv och Britt-Marie Thulestedt, Tjänstemännens Centralorganisation (TCO).

Därutöver har Utredningen diskuterat arbetet med professor Nils George Asp, Swedish Nutrition Foundation (tidigare Stiftelsen Svensk Näringsforskning), vars syfte är att främja vetenskaplig forskning inom näringsläran och närliggande områden samt direktör Helga Møller, DANSK VAREFAKTA NÆVN (DVN). DVN verkar för frivillig användning av och upplysning om märkning av produkter och tjänster.

2 Bakgrunden till uppdraget

Sammanfattning av kapitel 2

I det här kapitlet gör vi en kort beskrivning av bakgrunden till Utredningens uppdrag, vilket kan ses som ett resultat av att även om Sverige är ett av de mest jämställda länderna i världen, så är Sverige även ett av de mest könssegregerade länderna. Utredningen har fått i uppgift att utreda frågan om det är möjligt att införa ett frivilligt system för jämställdhetsmärkning av produkter och tjänster.

Utredningen om fördelningen av ekonomisk makt mellan kvinnor och män (Kvinnomaktutredningen) konstaterade att samtidigt som Sverige anses vara ett av de mest jämställda länderna i världen (år 1995 utsåg FN Sverige till världens mest jämställda land) är Sverige också ett av de mest könssegregerade länderna i världen. Segregeringen är både horisontell och vertikal.

2.1 Horisontell och vertikal segregering

Horisontell segregering innebär att fördelningen av kvinnor och män mellan sektorer och yrken är olika. Kvinnor finns i vissa sektorer och män i andra. År 1996 var 54 procent av alla förvärvsarbetande kvinnor verksamma inom den offentliga sektorn och 46 procent arbetade inom det privata näringslivet. Endast 21 procent av alla förvärvsarbetande män var verksamma inom den offentliga sektorn och så många som 79 procent arbetade inom det privata näringslivet. Det betyder att 73 procent av alla anställda inom den offentliga sektorn var kvinnor och 63 procent av samtliga verksamma inom det privata näringslivet var män.¹

¹ SOU 1998:6, sid. 81.

Vertikal segregering innebär i stället att fördelningen av kvinnor och män är ojämn över olika positioner inom de särskilda sektorerna och yrkena. Ett exempel på detta är att kvinnor tenderar att systematiskt återfinnas på lägre befattningsnivåer och mindre prestigefyllda jobb än män och att män är chefer i större utsträckning än kvinnor.² Det finns även de som är utsatta för dubbel segregering. Här brukar särskilt ensamstående föräldrar och invandrare nämnas.

Kvinnomaktutredningen, som lade slutbetänkandet i december 1997, menade att det var nödvändigt att bryta segregeringen och föreslog därför ett flertal åtgärder i syfte att förändra den rådande könsordningen och den inbyggda brist på jämställdhet som råder i Sverige.

2.2 Konsumenters roll på den fria marknaden

I förslagen till åtgärder tog Kvinnomaktutredningen bland annat sin utgångspunkt i människors möjligheter att utöva makt i olika roller och då särskilt konsumentens roll som avnämare till olika produkter och tjänster på den fria marknaden. Det var den utredningens övertygelse att ”många – både manliga och kvinnliga – konsumenter skulle vara intresserade av att låta sina värderingar styra konsumtionen ... när det gäller jämställdhet.”³ Kvinnomaktutredningen menade att det borde införas en certifiering som liknar miljömärkningen, en s.k. *jämställdhetsmärkning*. Utredningen framhöll att jämställdhetsmärkningen borde kunna ske på två nivåer. Den ena på företagets eget initiativ och den andra genom en fri granskning av tillgängliga källor.

Tanken var att jämställdhetsmärkningen skulle ske på företagets eget initiativ. På så sätt skulle jämställdhetsmärkning kunna bli ett konkurrensmedel av flera på den fria marknaden. Företag som uppfyllde de för certifieringen uppställda kraven skulle på eget initiativ kunna vända sig till ett tänkt certifieringsorgan för att bli kartlagda och certifierade.

Kvinnomaktutredningen menade att granskningen av s.k. tillgängliga källor inte skulle kunna bli lika detaljerad som den frivilliga certifieringen. Företagen skulle själva kunna hjälpa till med att tillhandahålla all den information som krävs för certifieringen. Kvinnomaktutredningen framhöll bland annat att granskningen

²SOU 1998:6, sid. 76.

³SOU 1998:6, sid. 200.

skulle kunna ske med hjälp av årsredovisningar och att den också borde ske branschvis. Därutöver framhölls det att det är bra om uppgifterna blir offentliga och tillgängliga för allmänheten. Eventuellt skulle det vara möjligt att göra uppgifterna tillgängliga på ett "populärt och lättillgängligt sätt", som liknar ett system som finns i USA där företag kan listas ur jämställdhetssynpunkt.

2.3 Jämställdhetsmärkning – konsumentmakt för ett jämställt samhälle

I augusti 1998 lade Eva Amundsdotter (dåvarande projektledare vid Arbetsmarknadsdepartementet) fram rapporten "Jämställdhetsmärkning, konsumentmakt för ett jämställt samhälle" (Ds 1998:49). Dåvarande jämställdhetsministern Ulrica Messing hade uppdragit åt Amundsdotter att belysa möjligheterna att införa frivillig jämställdhetsmärkning i Sverige. Resultatet av studien (i det följande kallad Förstudien) blev en rekommendation om att inledningsvis införa ett system med frivillig jämställdhetsmärkning av företag och organisationer. En av utgångspunkterna för rekommendationen var att märkningen på sikt skulle leda till att företag och organisationer skulle förändra sina tjänster och produkter och att marknaden på så sätt skulle bli mer fri och jämställd.⁴

I Förstudien föreslogs system för jämställdhetsmärkning av personalpolitiska frågor i företag och organisationer, s.k. ledningssystem. I förslaget framhölls särskilt att jämställdhetsmärkning framför allt handlar om etik och alltså inte så mycket om hur produkter och tjänster är eller ska utformas ur ett könsperspektiv.

⁴Dir. 1999:13, sid. 3.

3 Centrala begrepp

Sammanfattning av kapitel 3

I det här kapitlet ringar vi in området för att införa ett system för jämställdhetsmärkning utifrån ett antal begrepp som är centrala för förståelsen av såväl jämställdhets- som märknings- och certifieringsområdena.

3.1 Centrala begrepp vid jämställdhetsmärkning

På såväl jämställdhetsområdet som området för certifiering och märkning av produkter på miljöområdet florerar begrepp av skiftande betydelse, men som stundom används synonymt. För dem som är insatta råder det sällan tvekan om begreppens olika innebörd. Men för en lekman är det inte helt enkelt att skilja dem åt. För att undvika missuppfattningar och missförstånd om de för Utredningen mest centrala begreppen har vi valt att redan nu klargöra dem och de sammanhang som de förekommer i. Följande begrepp är av central betydelse för frågor om jämställdhetsmärkning:

- Beaktande av jämställdhetsaspekten (avsnitt 3.1.2)
- Beköning (avsnitt 3.1.4)
- Benchmarking (avsnitt 3.1.6)
- Certifiering (avsnitt 3.1.7)
- Certifiering i jämställdhetshänseende (avsnitt 3.1.8 samt kapitel 17)
- Externt jämställdhetsarbete (3.1.9 samt kapitel 15)
- Gender mainstreaming (avsnitt 3.1.6)
- Genus (avsnitt 3.1.4)
- Internt jämställdhetsarbete (3.1.9 samt kapitel 15)

- Jämlikhet (avsnitt 3.1.1)
- Jämställdhet (avsnitt 3.1.1)
- Jämställdhetsmärkning (avsnitt 3.1.8 samt kapitel 13 – 14)
- Kön (avsnitt 3.1.4)
- Könsdiskriminering (avsnitten 3.1.1, 5.1 och 5.1.1)
- Könskvotering (avsnitten 3.1.3 och 5.2)
- Könsneutralitet (avsnitt 3.1.5)
- Könsperspektiv (avsnitt 3.1.5)
- Märkning (3.1.7)
- Positiv särbehandling (avsnitten 3.1.3 och 4.2)
- Verksamhet (avsnitt 3.1.8)

3.1.1 Jämlikhet och jämställdhet

Det händer inte allt för sällan att begreppet *jämställdhet* blandas samman med begreppet *jämlikhet*.¹ Även om de är snarlika till sin lydelse har de helt olika innebörd.

Jämlikhet kan ses som ett paraplybegrepp som omsluter flera aspekter av hur människor ska förhålla sig och även förhåller sig till varandra. Jämlikhet innebär nämligen att alla människor har lika *värde* oavsett kön, etnicitet, religion, social tillhörighet, sexuell läggning m.m. Jämlikhetsbegreppet kommer bland annat till uttryck i den svenska regeringsformens andra kapitel i den s.k. rättighetskatalogen, där det t.ex. stadgas att:

Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas därför att han med hänsyn till ras, hudfärg eller etniskt ursprung tillhör minoritet.

(RF 2:15)

Stadgandet är intressant på flera olika sätt, bland annat för att det de facto endast rör *svenska medborgares* rätt att inte bli diskriminerade. I det här avseendet är *utlänning här i riket likställd med svensk medborgare* (2 kap. 22 § RF). Därutöver är stadgandet intressant på så sätt att det endast skyddar mot diskriminering från lagstiftare eller annan som har rätt att utfärda författningar. Detta betyder således att skyddet tillkommer svenska medborgare och de som vistas i riket i förhållande till dem som äger rätt att utfärda lagar eller andra författningar. I det nu aktuella stadgandet saknas

¹ SOU 1990:41, sid. 218, prop. 1987/88:105, sid. 3, *På tal om kvinnor och män, Lathund om jämställdhet 1998*, Statistiska centralbyrån, sid. 1.

frågor om den missgynnades kön betydelse. Det betyder emellertid inte att denna aspekt har uteslutits från rättighetskatalogen. I stället har den frågan kommit att få en egen placering:

Lag eller annan föreskrift får ej innebära att någon medborgare missgynnas på grund av sitt kön, om ej föreskriften utgör ett led i strävanden att åstadkomma jämställdhet mellan män och kvinnor eller avser värnplikt eller motsvarande tjänsteplikt.

(RF 2:16)

Innebörden av detta är således att varken män svenska kvinnor får missgynnas på grund av sitt kön. I likhet med vad som gäller för RF 2 kap 17 §, omfattas även utlänning som vistas här i riket av stadgandet. Märk dock att missgynnandet på samma sätt som ovan endast är otillåtet i lagar eller andra föreskrifter och att till exempel arbetsgivare inom det privata näringslivet inte omfattas av stadgandet. Den uppmärksamme ställer sig då genast frågan om *företagare inom det privata näringslivet får diskriminera kvinnor och män hur som helst?* Så är det naturligtvis inte. Här kan det finnas anledning att uppmärksamma jämställdhetslagen (1991:433), som just förbjuder sådan diskriminering.

Nu aktualiseras således *jämställdhetsbegreppet*, som innebär att kvinnor och män har lika rättigheter, skyldigheter och möjligheter att

- ha ett arbete som ger ekonomiskt oberoende
- vårda hem och barn
- delta i politiska, fackliga och andra aktiviteter i samhället.²

Jämlikhet är således en *värdemässig* term, som just används för att understryka likheten mellan individerna inom gruppen människor. Jämställdhet är i stället en term som tar sin utgångspunkt i det faktum att kvinnor och män inte är identiska. De har till exempel olika fysiska förutsättningar. Jämställdhetsbegreppet fångar den för området högst relevanta frågan: *är det så att de fysiska förutsättningarna även innebär att kvinnor och män har olika sociala och psykologiska förutsättningar?* Detta är en fråga som har ägnats och som till en viss del fortfarande ägnas stor uppmärksamhet. Vi kommer att beröra den i samband med den fortsatta genomgången av de för området centrala begreppen.

² SOU 1990:41, sid. 218, prop. 1987/88:105, sid. 3, *På tal om kvinnor och män, Lathund om jämställdhet 1998*, Statistiska centralbyrån, sid. 1.

3.1.2 Att beakta jämställdhetsaspekten

Formuleringen att *beakta jämställdhetsaspekten* förekommer främst inom den statliga sektorn i syfte att betona att en arbets sökandes kön kan få betydelse vid frågor om tjänstetillsättning. Tanken är att om sökandena i princip är lika kvalificerade kan den sökande som tillhör det underrepresenterade könet komma att tillsättas på den aktuella tjänsten. Detta innebär således att en sökande kan ha fördel av sitt kön om han eller hon tillhör det underrepresenterade könet. Skillnaderna mellan sökandenas kvalifikationer får dock inte vara stora; i princip är det fråga om mycket små eller inga skillnader alls.³

3.1.3 Positiv särbehandling och könskvotering

Vid sidan av formuleringen att *arbetsgivaren kan komma att beakta jämställdhetsaspekten* förekommer de två begreppen *positiv särbehandling* och *könskvotering*, vilka inte alltför sällan förväxlas med varandra. Med *positiv särbehandling* avsågs fram till och med den 31 december 2001 den situationen då en arbetsgivare anställde någon av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer i syfte att åstadkomma jämställdhet i arbetslivet (den dåvarande lydelsen av 16 § 2 p. jämställdhetslagen).

För det första ställdes det alltså krav på att sökandena till den aktuella tjänsten hade tillräckliga kvalifikationer för arbetet. Därefter skedde en prövning av sökandenas meriter. Om det visade sig att en av de sökande var av underrepresenterat kön och hade tillräckliga kvalifikationer för arbetet, men inte var lika väl meriterad som en medsökande av motsatt kön, fick arbetsgivaren anställa den sökande som var av underrepresenterat kön. Detta kunde dock endast ske under förutsättning att tillsättningen utgjorde ett led i strävanden att uppnå jämställdhet i arbetslivet. Här räckte det emellertid inte med att arbetsgivaren endast sade sig vilja uppnå jämn fördelning av kvinnor och män på arbetsplatsen, utan det ställdes även krav på en dokumenterad strävan att åstadkomma detta. I praktiken innebar det att dessa mål skulle finnas uttryckta i en hos arbetsgivaren upprättad jämställdhetsplan.

³ SOU 1990:41, sid. 219. Möjligheten att beakta jämställdhetsaspekten bör dock inte överdrivas, se vidare avsnitten 4.2 – 4.2.4.

I dag ställs det inte längre något krav på att det ska finnas en faktisk jämförelseperson av motsatt kön för att kunna konstatera att det föreligger könsdiskriminering.

Skillnaderna mellan innebörden av *könskvotering* och *positiv särbehandling* har tidigare varit stora, eftersom *könskvotering* precis som namnet visar inte handlar om något annat än kvotering av kön. Det betyder att kvoten av ett kön bestäms på förhand för att därefter uppfyllas utan beaktande av de aktuella personernas kompetens och formella behörighet. *Könskvotering* får inte förekomma på den svenska arbetsmarknaden.⁴ Det händer emellertid att politiska partier använder sig av könskvotering i syfte att uppnå jämn fördelning mellan kvinnor och män vid val till politiska församlingar.

3.1.4 Kön, genus och beköning

Inom kvinnoforskningen finns det en lång tradition av att skilja biologiskt och socialt kön åt, vilket begreppen kön och genus får anses symbolisera. Medan *kön* avser de biologiska skillnaderna mellan kvinnor och män är begreppet *genus* snarare en *kulturell tolkning av de biologiska skillnaderna mellan kvinnor och män*.⁵ Historikern Yvonne Hirdman menar i likhet med Joan Scott att *genus* är relaterat till makt. Genus beskrivs som sociala beteenden och mönster som är förknippade med ett visst biologiskt kön.⁶ Hirdman menar att

genus kan förstås som föränderliga tankefigurer 'män' och 'kvinnor' (där den biologiska skillnaden alltid utnyttjas) vilka ger upphov till/skapar föreställningar och sociala praktiker, vilka får till följd att också biologin påverkas/ändras – med andra ord, det är en mer symbiotisk kategori än 'roll' och socialt kön.⁷

Enligt Hirdman råder det ingen tvekan om att det finns en genusordning i alla samhällen och att alla samhällen i större eller mindre utsträckning genomsyras av genus.⁸ Vi såg i det tidigare att den svenska arbetsmarknaden var starkt könssegregerad. Det kan be-

⁴ Vi utvecklar förhållandet mellan könskvotering och positiv särbehandling i samband med genomgången av den svenska jämställdhetslagen, kapitel 4.

⁵ Don Kulick, *Från kön till genus: kvinnligt och manligt i ett kulturellt perspektiv*, Carlssons, Stockholm (1987), sid. 11.

⁶ SOU 1990:44, kapitel 3.

⁷ "Genussystemet – reflexioner kring kvinnors sociala underordning", *Kvinnovetenskaplig tidskrift* nr 3 (1988), sid. 5.

⁸ *Kön eller genus?*, föreläsning av Eva Gothlin, Göteborg (1999), sid. 7.

skrivs som att vardagen är mer eller mindre styrd av kön, vilket brukar beskrivas som att platsen är *bekönad* eller *genusifierad*. Den anglosaxiska termen för fenomenet att skilja flickor/ kvinnor och pojkar/män åt är att vardagen är *gendered*.⁹

3.1.5 Könneutralitet och könsperspektiv

De två termerna *könneutralitet* och *könsperspektiv* utgår från det biologiska begreppet kön. I motsats till den tidigare diskussionen om genusifierade samhällen står begreppet *könneutralitet*, vilket innebär att könet har neutraliserats. Könet anses helt enkelt sakna betydelse för den kontext som fenomenet behandlas i. I lagstiftningssammanhang är det vanligt att texten ges en neutral hållning på så sätt att adressaten för densamma anses vara egal. Inom såväl de arbetsrättsliga som de handelsrättsliga områdena används de könsneutrala termerna *arbetsgivare*, *arbetstagar*, *producent* och *konsument* delvis i syfte att understryka att just könet saknar betydelse i dessa sammanhang.¹⁰

När det gäller begreppet *könsperspektiv* är förhållandena de motsatta till vad som gäller vid könneutralitet. Att anlägga ett s.k. könsperspektiv på något innebär nämligen att könet synliggörs och lyfts fram som centralt. Av den nyligen framlagda rapporten *Jämställdhet och IT* framgår bland annat att IT-branschen är starkt mansdominerad och att endast 16 procent av alla studerande på de tekniska och naturvetenskapliga programmen är flickor/kvinnor. I rapporten uttrycks även oro över att andelen flickor/kvinnor på dessa utbildningar har sjunkit från 26 till 19 procent under de senaste läsåren.¹¹ Trots att det inte finns några fysiska förklaringar till varför flickor/ kvinnor tenderar att inte söka sig till de tekniska och naturvetenskapliga utbildningarna är alltså andelen kvinnor väsentligt mycket lägre än andelen män. En del av förklaringarna tros ligga i att teknologin har konstruerats manligt. Detta leder till att flickor/kvinnor undviker det tekniska området.

Det nu anförda resonemanget utgör ett exempel på ett s.k. könsperspektiv på tekniken. Förevarande kapitel avslutas med ett avsnitt som behandlar hur Utredningen tolkar innebörden av jämställdhetsmärkning ur ett könsperspektiv.

⁹ *Kön eller genus?*, föreläsning av Eva Gothlin, Göteborg (1999), sid. 6.

¹⁰ Detta könsneutrala förhållningssätt har kritiserats starkt från ett feministiskt vetenskapsteoretiskt perspektiv. Bland annat har det framhållits att ett sådant förhållningssätt leder till att skillnaderna mellan könen osynliggörs.

¹¹ SOU 2000:31, sid. 6.

3.1.6 Begreppen gender mainstreaming och benchmarking

Gender mainstreaming innebär att jämställdhetsperspektiv ska genomsyra alla politiska områden och myndigheters arbetsätt. Riksrevisionsverket beskriver begreppet som en metod för att uppnå de övergripande jämställdhetspolitiska målen.¹² Att regeringen ställer krav på att myndigheter tillämpar gender mainstreaming som arbetsätt innebär att myndigheterna just ska tillämpa ett jämställdhetsperspektiv på arbetet inom sina respektive ansvarsområden.

Inom Regeringskansliet är målet att jämställdhetsfrågor ska vara integrerade i sakfrågorna inom alla politiska områden. Tanken är med andra ord att frågor om jämställdhet ska finnas med i hela beslutsprocessen och att de på så sätt ska utgöra ett beslutsunderlag bland flera andra. Hur departementen väljer att använda sig av gender mainstreaming varierar. I en utredning om kvinnor och män på 90-talets arbetsmarknad framkom det bland annat att flera myndigheter har ambitionen att jämställdhetsperspektivet ska genomsyra alla aktiviteter och politikområden. Det är även en ambition att jämställdhet inte ska behandlas som en avskild fråga. Men det framkom också att det råder osäkerhet om innebörden av begreppet gender mainstreaming. Det aktiva arbetet med gender mainstreaming är emellertid beroende av de enskilda handläggarnas kunskaper om vad ett jämställdhetsperspektiv innebär.¹³

För att kunna nå ett gott resultat vid gender mainstreaming krävs det bland annat att det finns arbetsätt som kan möjliggöra detta. Begreppet *benchmarking* innebär jämförelser mellan dem som lyckas bäst inom ett visst område.¹⁴ Benchmarking kan också beskrivas som en metod som möjliggör jämförelser mellan olika verksamheter, såsom att lyfta fram goda exempel på lyckade projekt i exempelvis jämställdhetshänseende.

3.1.7 Märkning och certifiering

Med märkning avses att en vara (produkt) eller tjänst uppfyller vissa kriterier. Kriterierna är uppställda på förhand, vilket bätar för en rättvis bedömning av huruvida varan eller tjänsten uppfyller de

¹² Riksrevisionsverket RRV 2000:17, *Jämställdhet – hur regeringen styr regeringen?*, (2000), Stockholm, sid. 16.

¹³ SOU 1996:56, sid. 177 ff.

¹⁴ Ds 2000:12, Benchmarking av näringspolitiken. Indikatorer inom åtta områden som påverkar ekonomisk tillväxt.

krav som ställs för att den ska erhålla det åtråvärda märket. Att det finns kriterier som är uppställda på förhand kan även ses som en garanti för att det inte ska bli fråga om skönsmässiga ad hoc-lösningar, utan att det ställs samma krav på samtliga produkter och tjänster för märket.

I ett *statiskt system* som revideras efterhand, till exempel genom lagstiftning, är kriterierna uppställda på förhand. De kan utgöras av gränsvärden och en relaterad provningsmetod som utpekar hur detta ska mätas. Lagstiftning utgår från så kallade *väsentliga krav* som avser *allmänna skyddsaspekter*. Om kriterierna däremot har en utformning som innebär att föremålet ska genomgå en ständig utveckling mot ett bestämt mål talar man om *dynamiska system*. I ett statiskt system är det lättare för externa och oberoende kontrollorgan att utföra en bedömning om kraven är uppfyllda för märket. Inom det frivilliga området finns det ibland en blandning mellan statiska och dynamiska kriterier. Om kriterierna är uppställda på förhand och entydiga finns en garanti för att det inte ska vara fråga om skönsmässiga bedömningar. Vid kompetensprövning (ackreditering) kontrolleras det bland annat om kontrollorganet har tillräckliga kunskaper inom de områden som ackrediteringen avser (kriteriedokument).

Det finns ett flertal märken på miljöområdet. I Sverige, Norge, Island och Finland används sedan år 1989 symbolen *Svanen* för att märka produkter i miljöhänsen. Inom EU används den s.k. *EU-blomman* som symbol för miljömärkning. För att få ett godkännande krävs att produkten är testad av oberoende laboratorier och att det finns en väl genomförd dokumentation av produkten. Miljömärkningsstyrelsen, som består av representanter från bland andra Naturvårdsverket, Industriförbundet, Konsumentverket, Kemikalieinspektionen, Miljöförbundet och handeln, gör också fabriksbesök. Delvis finansieras kostnaderna genom ansökningsavgifter och årsavgifter, vilka står i relation till produktens omsättning på marknaden.

Att certifieras för något innebär i korthet att erhålla ett intyg, ett bevis, på att vissa kriterier för ett visst kontrollsystem uppfylls.

3.1.8 Jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende

I direktiven till Utredningen beskrivs *jämställdhetsmärkning* som ett slags information eller en form av märkning av produkter och tjänster. Emellanåt använder vi begreppet jämställdhetsmärkning som en samlingsbeteckning för både jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende. I andra sammanhang ser vi det som nödvändigt att beskriva frågor som särskilt rör certifiering i jämställdhetshänseende, används begreppet certifiering i jämställdhetshänseende.

Jämställdhetsmärkning och certifiering i jämställdhetshänseende är inte något som är förbehållet arbetslivet. Det är tänkt att såväl närings- och föreningsverksamhet samt offentlig förvaltning ska ha möjlighet att jämställdhetsmärka sina produkter och/eller tjänster eller vara föremål för certifiering i jämställdhetshänseende. Det är mot bakgrund av detta som vi använder begreppet verksamhet/företrädare för verksamheten (och inte arbetsplats/arbetsgivare) när vi beskriver det aktiva jämställdhetsarbetet.

3.1.9 Internt respektive externt jämställdhetsarbete

Att arbeta med jämställdhet kan ske både i egenskap av att vara arbetsgivare – att ha ett arbetsledningsansvar – och i egenskap av anställd eller som medarbetare vid en verksamhet. Det betyder att arbetet med jämställdhet inte förutsätter att det är fråga om förhållanden eller relationer mellan arbetsgivare och arbetstagare.

Det enda krav som ställs är således att det är fråga om ett agerande mellan människor. Ett agerande kan både vara aktivt genom till exempel ord eller handlingar. Men det är även fråga om ett agerande att underlåta att handla.

Arbetet med jämställdhet kan ske både mellan människor inom den egna verksamheten – *det interna jämställdhetsarbetet* och i förhållande till dem som befinner utanför verksamheten – *det externa jämställdhetsarbetet*. Det interna och det externa jämställdhetsarbetet bildar tillsammans de *generella jämställdhetskriterierna*. Dessa frågor behandlas vidare i kapitel 15.

3.2 Jämställdhetsmärkning ur ett könsperspektiv

Utredningen har enligt direktiven särskilt i uppgift att ge förslag på ett verktyg för "kvalitetsbedömning av produkter och tjänster ur ett könsperspektiv" i så måtto att det sker en "funktionell anpassning av utbudet... utifrån kvinnors och mäns behov och önskemål". Vi tolkar detta som att vi inte endast ska lyfta fram kriterier för frivillig jämställdhetsmärkning, utan att vi även ska skärskåda dessa kriterier i ljuset av producenters och konsumenters könstillhörighet. Här menar vi att det även blir viktigt att belysa hur kulturella och socialt betingade föreställningar om stereotyper skapas och att en analys av detta också kan komma att användas för att bryta den genusifierade vardagen. Vi ser det inte heller som omöjligt att ett system för frivillig jämställdhetsmärkning kan komma att tjäna som hjälpmedel för att just bryta mot den traditionella uppfattningen om vad som är att uppfatta som kvinnligt respektive manligt.

Del II

Fyra lagar med beröringspunkter till
frågor om jämställdhetsmärkning

4 Jämställdhetslagen

Sammanfattning av kapitel 4

I det här kapitlet beskrivs jämställdhetslagen ur ett EG-rättsligt perspektiv. En lag som är tudelad; lagen består av två stora avdelningar. Den ena är preventiv och beskriver hur ett *aktivt jämställdhetsarbete* ska gå till. Den andra är i stället repressiv till sin karaktär och innehåller således förbudsregler.

I vårt uppdrag ligger bland annat att komma med förslag på kriterier som skulle kunna ligga till grund för ett system för frivillig jämställdhetsmärkning. De kriterierna får inte på något sätt innebära att det som är föremål för märkningen inte ens följer jämställdhetslagens regler.

I dag finns det en skyldighet för arbetsgivare som har minst tio anställda att upprätta en jämställdhetsplan. Vi menar emellertid att det skulle vara orimligt att verksamheter som inte arbetar planmässigt ska kunna bli föremål för jämställdhetsmärkning alldeles oavsett verksamhetens storlek.

Vi menar att jämställdhetsmärkningen faktiskt kan komma att möjliggöra att mindre verksamheter kan konkurrera på lika villkor med större verksamheter, genom att använda sig av jämställdhetsmärkning som medel i konkurrensen om konsumenter och övriga intressenter på den fria marknaden.

Den nu gällande jämställdhetslagen (1991:433) trädde i kraft den 1 januari 1991, samtidigt som lag (1979:1118) om jämställdhet¹

¹ Prop. 1979/80:56, AU 1979/80:10, SOU 1978:38. ÄJL trädde i kraft den 1 juli 1980 och ersatte jämställdhetslagen av den 1 januari 1980 (SFS 1979:305). Den första lagen var tänkt att träda i kraft den 1 januari 1980, men hann aldrig träda i kraft. Riksdagsvalet år 1979 ledde till ett regeringsskifte. Den tillträdande borgerliga regeringen genomförde omarbetningar av den planerade jämställdhetslagen. Bland annat lyftes delar av det aktiva jämställdhetsarbetet ut ur lagen. Stora delar av lagförslaget kvarstod dock, vilket innebär att propositionen 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet m.m. bibehöll sin aktualitet när ÄJL trädde i kraft.

mellan kvinnor och män i arbetslivet (ÄJL) upphörde att gälla.² I syfte att samordna jämställdhetslagen med de tre diskrimineringslagarna lag (1999:130) om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet,³ lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder⁴ och lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning⁵, genomfördes ett flertal förändringar av jämställdhetslagen den 1 januari 2001.⁶ Förändringarna syftade främst till att samordna skyddsnivåerna, terminologin och strukturerna i diskrimineringsförbuden samt att effektivisera möjligheterna att minska löneskillnaderna mellan män och kvinnor.

Jämställdhetslagen (JämL) utgörs av två stora avdelningar. Den ena behandlar ändamålet med lagen och innehåller även preventiva regler för hur målen ska uppfyllas att *främja kvinnors och mäns lika rätt i fråga om arbete, anställnings- och andra arbetsvillkor samt utvecklingsmöjligheter i arbetslivet (jämställdhet i arbetslivet)* och att *förbättra kvinnornas villkor i arbetslivet* (1 §), de s.k. aktiva jämställdhetsåtgärderna. Den andra delen innehåller regler om förbud mot könsdiskriminering och repressalier för brott mot lagen. Medan reglerna om det aktiva jämställdhetsarbetet rör behandlingen av kvinnor och män som grupper, syftar i stället förbuden mot könsdiskriminering till att skydda enskilda arbetstagare. Tanken är att de olika regleringsformerna ska komplettera varandra.

Jämställdhetslagen gäller endast i arbetslivet och rör frågor om arbetsgivares arbetsledning av arbetstagare som har olika kön. Lagen föreskriver bland annat att arbetsgivare och arbetstagare ska samverka om aktiva åtgärder för att jämställdhet i arbetslivet ska uppnås. Det ska särskilt verkas för utjämning och förhindrande av skillnader i löner och andra anställningsvillkor mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt. Arbetsgivare och arbetstagare ska också *främja lika möjligheter till löneutveckling för kvinnor och män*. Ett arbete är likvärdigt med ett annat arbete om det utifrån en sammantagen bedömning av de krav arbetet ställer samt dess natur kan anses ha lika värde som det andra arbetet. Bedömningen av de krav arbetet ställer ska göras

² Avsnittet om jämställdhetslagen är huvudsakligen hämtat från *Konstruktion av genus i rätten och samhället. En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem*, Eva Schömer, Iustus, Uppsala (1999), kap 4.

³ Prop. 1997/98:177, AU 1998/99:4.

⁴ Prop. 1997/98:179, AU 1998/99:4.

⁵ Prop. 1997/98:180, AU 1998/99:4.

⁶ SFS 2000:773, prop. 1999/2000:143 om ändringar i jämställdhetslagen m.m., bet. 2000/01:AU 3, rskr. 2000/01:04, SOU 1998:60, *En översyn av jämställdhetslagen*.

med beaktande av kriterier såsom *kunskap* och *färdigheter*, *ansvar* och *ansträngning*. Vid bedömning av arbetets natur ska särskilt arbetsförhållandena beaktas (2 § JämL).

Arbetsgivares skyldighet att samverka med arbetstagarorganisationer skiljer sig således något från vad som vanligtvis gäller på det arbetsrättsliga området där samverkan är föreskriven mellan arbetsgivare och den arbetstagarorganisation med vilken denne är bunden till kollektivavtal. Parterna på jämställdhetsområdet är emellertid desamma som på arbetsmarknaden i stort; på den ena sidan ska det antingen vara en enskild arbetsgivare eller organisation av arbetsgivare och på den andra sidan ska det vara en eller flera organisation/er av arbetstagarorganisationer.

Fram till och med den 31 december 2000 innebar *könsdiskriminering* att någon missgynnades under sådana omständigheter som hade ett direkt eller indirekt samband med den missgynnades könstillhörighet (15 § i den dåvarande lydelsen av jämställdhetslagen). Könsdiskriminering var endast otillåten i den utsträckning som framgick av de dåvarande lydelsena av 16–20 §§ jämställdhetslagen.

Ett exempel på otillåten könsdiskriminering utgjorde följande situation. En man och en kvinna som hade likvärdiga kvalifikationer för ett arbete, ansökte om arbete som datatekniker hos en arbetsgivare. Om arbetsgivaren valde att anställa mannen endast på grund av att han var man och kvinnan var kvinna, var det att betrakta som könsdiskriminering under förutsättning att arbetstagarorganisationen kunde visa att syftet med beslutet just var att missgynna kvinnan. Var det i stället så att kvinnan har bättre sakliga förutsättningar för arbetet än mannen presumerades det i stället att arbetsgivaren hade missgynnat kvinnan just på grund av att hon var kvinna. Arbetsgivaren hade möjlighet att bryta presumptionen eller komma med vissa godtagbara förklaringar till sitt agerande.

Den 1 januari 2001 avskaffades presumptionsreglerna tillika reglerna om att den som påstod sig vara utsatt för könsdiskriminering skulle visa att arbetsgivarens agerande syftade till att missgynna arbetstagarorganisationen. Bland annat har de arbetssökandes rättsskydd förstärkts, genom att *hela rekryteringsförfarandet* numera omfattas av diskrimineringskyddet. Det är också möjligt att döma en arbetsgivare för brott mot könsdiskriminering även om förfarandet inte leder till ett anställningsbeslut. Det är inte heller nödvändigt att göra en jämförelse med en *faktisk person* av motsatt kön för att

det ska gå att konstatera att arbetsgivaren har gjort sig skyldig till könsdiskriminering.⁷

4.1 Bevisbördan vid och formerna av könsdiskriminering

Sedan den 1 januari 2001 har reglerna om könsdiskriminering förändrats i syfte att stå i samklang med EG-rätten. När det gäller frågan om huruvida någon har blivit utsatt för könsdiskriminering har Rådets direktiv (97/89/EG) om bevisbörda vid mål om könsdiskriminering kommit att inta en central plats. Artikel 4 stadgar:

1. Medlemsstaterna skall i enlighet med sina nationella rättssystem vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att det, när personer, som anser sig kränkta genom att principen om likabehandling inte har tillämpats på dem, inför domstol eller annan behörig instans lägger fram fakta som ger anledning att anta att det har förekommit direkt eller indirekt diskriminering, skall åligga svaranden att bevisa att det inte föreligger något brott mot principen om likabehandling.
2. Detta direktiv skall inte förhindra att medlemsstaterna inför bevisregler som är fördelaktigare för kändanden.
3. Medlemsstaterna kan avstå från att tillämpa punkt 1 på förfaranden där det åligger domstolen eller den behöriga instansen att utreda fakta i målet.

Bevisbördedirektivet har sin grund i EG-domstolens rättstillämpning. Bevisbördan är delad, vilket innebär att om en arbetssökande eller arbetstagare som lägger fram fakta som ger anledning att anta att hon eller han har blivit diskriminerad, föreligger ett s.k. *prima face-fall* av diskriminering. Det ligger på kändanden att bevisa att det har skett ett brott mot likabehandlingsprincipen. Under förutsättning av att det föreligger en situation av *prima face*, att kändanden har förebringat uppgifter som visar att diskriminering föreligger, övergår bevisbördan på svaranden (arbetsgivaren), som ska *bevisa* att det inte föreligger ett brott mot likabehandlingsprincipen. Om kändanden inte lyckas visa en *prima face*-situation övergår således inte heller bevisbördan på svaranden.⁸

Tanken är att bevisbördereglerna ska underlätta förfarandet vid domstol. I propositionen framhålls det att det tidigare var näst

⁷ Prop. 1999/2000:143, sid. 1.

⁸ Preambeln (17) till bevisbördedirektivet samt prop. 1999/2000:143, sid. 51.

intill omöjligt att förebringa bevisning som visade att käranden hade bättre sakliga förutsättningar än jämförelsepersonen. I propositionen inför skärpningen av reglerna framhålls det bland annat:

Utvecklingen förefaller gå mot att krav på arbetssökandes formella meriter luckras upp medan sådana omständigheter som 'personkemi' och 'social kompetens' får allt större betydelse. En arbetsgivares bedömningar av sådana faktorer är svåra att pröva rättsligt. En bevisregel som bygger direkt på bevisbördedirektivet innebär att fokus kommer mer på den påstått diskriminerande handlingen, och mindre på de arbetssökandes meriter. Detta är en väsentlig lättnad för käranden i en tvist. Det ger dessutom en processekonomisk vinst.⁹

Syftet med bevisbördedirektivet är (enligt artikel 1) således att *säkerställa större effektivitet* hos medlemsländerna när det gäller att upprätthålla principen om likabehandling av män och kvinnor. Med principen om likabehandling avses

1. Att ingen som helst diskriminering får ske på grundval av kön, varken direkt eller indirekt.
2. Enligt den princip om likabehandling som anges i punkt 1 föreligger indirekt diskriminering när en skenbart neutral bestämmelse eller ett skenbart neutralt kriterium eller förfaringsätt missgynnar en väsentligt större andel personer av det ena könet, såvida inte bestämmelsen, kriteriet eller förfaringsättet är lämpligt, nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som inte har samband med personernas kön.

[Artikel 2]

Artikeln har fått sin motsvarighet i 15–17 §§ jämställdhetslagen.

4.1.1 Förhållandet mellan direkt och indirekt diskriminering

Direkt diskriminering föreligger när en arbetssökande eller en arbetstagare behandlas mindre förmånligt än en person av motsatt kön blir behandlad eller skulle bli behandlad i en likartad situation. En förutsättning för att det ska vara fråga om könsdiskriminering är således att missgynnandet har samband med arbetstagarens könstillhörighet. Det är inte att betrakta som könsdiskriminering om handlandet utgör ett led i strävanden att *främja jämställdhet i arbetslivet* eller *är berättigat av hänsyn till ett sådant ideellt eller*

⁹ Prop. 1999/2000:143, sid. 52.

annat särskilt intresse som uppenbarligen inte bör vika för intresset av jämställdhet i arbetslivet (15 §).

Det ställs således inte några krav på att det görs en jämförelse med en person av motsatt kön för att det ska vara fråga om direkt diskriminering.

Indirekt diskriminering föreligger när en arbetssökande eller en arbetstagare missgynnas genom tillämpning av en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringssätt som framstår som neutralt men som i praktiken särskilt missgynnar personer av det ena könet. Det är emellertid inte att betrakta som indirekt diskriminering om kriteriet eller förfaringssättet är lämpligt och nödvändigt och kan motiveras med objektiva faktorer som har samband med personernas kön (16 §).

Såväl indirekt som direkt diskriminering är förbjuden när arbetsgivaren

1. beslutar i en anställningsfråga, tar ut en arbetssökande till anställningsintervju eller vidtar annan åtgärd under anställningsförfarandet,
2. beslutar om befordran eller tar ut en arbetstagare till utbildning för befordran,
3. tillämpar löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga,
4. leder och fördelar arbetet, eller
5. säger upp, avskedar, permitterar eller vidtar annan ingripande åtgärd mot en arbetstagare.

[17 §]

Det finns inga krav på att diskrimineringen ska vara avsiktlig – att arbetsgivarens beslut ska syfta till att missgynna någon på grund av dennes kön. Det räcker således med att arbetsgivaren oavsiktligt har utsatt någon för diskriminering för att arbetsgivaren ska göra sig skyldig till diskriminering.¹⁰

¹⁰ I historien finns det flera exempel på hur kvinnor har utsatts för könsdiskriminering med motivering att de har en *svagare fysik* och att de har behov av att skyddas i större utsträckning än män. Se till exempel Eva Schömer, *Konstruktion av genus i rätten och samhället. En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem*, Iustus, Uppsala (1999), sid. 65 ff., Karin Wideberg, *Kvinnor, klasser och lagar 1750–1980*, Publica, LiberFörlag, Stockholm, (1980) och Prop. 1999/2000:143, sid. 29.

4.2 EG-domstolens syn på förhållandet mellan positiv särbehandling och könskvotering

Könskvotering är till skillnad från vad som gäller för *positiv särbehandling* inte tillåtet i vare sig Sverige eller EU. Förhållandet mellan de nu aktuella begreppen har belysts av EG-domstolen vid fyra tillfällen (åren 1995, 1997 och 2000).¹¹

4.2.1 Kalankemålet

Den 17 oktober 1995 meddelade EG-domstolen förhandsbesked i ett mål mellan Eckhard Kalanke och Freie Hansestadt Bremen (Mål C-450/93). Beskedet rörde frågan om innebörden av EG:s direktiv 76/207 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor (likabehandlingsdirektivet). Frågan gällde om den bremenska lagen om lika behandling av män och kvinnor i offentlig förvaltning stod i strid med likabehandlingsdirektivet. Den bremenska lagen föreskrev nämligen att om en man och en kvinna, med samma kvalifikationer sökte samma tjänst ålåg det arbetsgivaren att anställa kvinnan om inte kvinnornas andel uppgick till minst 50 procent av samtliga anställda inom kommunen. EG-domstolen förklarade att en föreskrift av nu nämnda slag står i strid med artikel 2 punkt 4, likabehandlingsdirektivet (76/207/EEC). Där stadgas det:

Artikel 1

Syftet med detta direktiv är att i medlemsstaterna realisera principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, däribland befordran, yrkesutbildning, arbetsvillkor och, enligt de villkor som nämns i punkt 2, social trygghet. Denna princip kallas härafter "likabehandlingsprincipen".

Artikel 2

Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga

¹¹ När det gäller målen C-450/93 och C-409/95 är innehållet huvudsakligen hämtat från Eva Schömer, *Konstruktion av genus i rätten och samhället. En tvärvetenskaplig studie över svenska kvinnors rätt till jämställdhet i ett formellt jämlikt rättssystem*, Iustus, Uppsala (1999), sid. 154 ff.

ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1.

Domstolen förklarade bland annat:

National rules which guarantee women absolute and unconditional priority for appointment or promotion go beyond promoting equal opportunities and overstep the limits of the exception in Article 2(4) of the Directive.¹²

Av Kalankemålet drogs bland annat slutsatsen att det inte var möjligt att använda sig av några som helst positiva åtgärder för att förändra den könsmissiga sammansättningen.

4.2.2 Marschallmålet

I det andra målet hade EG-domstolen att ta ställning till frågan huruvida en lag, i det här fallet statstjänstemannalagen i Nordrhein-Westfalen, stod i strid med likabehandlingsdirektivet. En tysk lärare, Hellmut Marschall, menade sig ha blivit diskriminerad då han inte erhöll en högre tjänst än den han redan hade. Enligt statstjänstemannalagen hade nämligen kvinnor företräde framför män vid befordran till arbeten inom vilka de var underrepresenterade. Detta gällde endast under förutsättning att kvinnornas meriter var minst likvärdiga männens och att det inte heller fanns särskilda skäl som talade mot att anställa dem. EG-domstolen förklarade därvid att det fanns stora skillnader mellan det tidigare Kalankemålet och det nu aktuella Marschallmålet, genom att det senare *contains a clause (Öffnungsklausel, hereinafter 'saving clause') to the effect that women are not to be given priority in promotion if reasons specific to an individual male candidate tilt the balance in his favor*¹³ Här framhöll domstolen att det är vanligt att även om kvinnor och män i det specifika fallet har likvärdiga kvalifikationer, finns det tendenser hos arbetsgivare att befordra män i större utsträckning än kvinnor. Bakgrunden till detta ansågs ligga i s.k. *stereotypa föreställningar* om könen.

När det gällde frågan om huruvida statstjänstemannalagen stod i strid med EG-rätten skriver domstolen:

¹² C-450/93 (1995), ECR I-3078, stycke 22.

¹³ C-409/95 (1997), ECR I-9391, stycke 24.

It provides for male candidates who are equally as qualified as the female candidates a guarantee that the candidatures will be the subject of an objective assessment which will take account of all criteria specific to the individual candidates and will override the priority accorded to female candidates where one or more of those criteria tilts the balance in favour of the male candidate. In this respect, however, it should be remembered that those criteria must not be such as to discriminate against female candidates.¹⁴

Efter Kalanke- och Marschallmålen drogs slutsatsen att det till skillnad från vad som gäller vid könskvotering inte finns något hinder mot positiv särbehandling inom EG-rätten.

4.2.3 Badeckmålet

I det s.k. Badeckmålet¹⁵ från våren 2000 ställdes återigen en fråga om EG:s likabehandlingsdirektiv utgjorde hinder mot nationella regler om *befordringsplaner för kvinnor*. Staatsgerichtshof des Landes Hessen hade begärt att EG-domstolen skulle meddela förhandsavgörande i ett mål som rörde frågan om likabehandling av män och kvinnor och om undanröjande av diskriminering av kvinnor i offentlig tjänst (HGIG) stod i strid med likabehandlingsdirektivet. Inledningsvis förklarar domstolen att tolkningsfrågorna främst rör möjligheten att tillämpa *olika former av positiv särbehandling av kvinnor*.

Det kan finnas anledning att redan här erinra om att innebörden av *positiv särbehandling av kvinnor* såsom det beskrivs här skiljer sig från det sätt som *positiv särbehandling* tidigare användes i Sverige, då *positiv särbehandling* endast har använts för att stödja det *underrepresenterade könet*, alltså inte ett specifikt kön.¹⁶ *Positiv särbehandling* inom EG-rätten används huvudsakligen för att uttrycka positiva stödinsatser som syftar till likabehandling för personer med funktionshinder som vidtas i syfte att säkerställa full jämlikhet i yrkeslivet och i praktiken.

EG-domstolen förklarade att befordringsplaner för kvinnor inte står i strid med likabehandlingsdirektivet under förutsättning att befordringsplanerna innehåller bestämmelser som garanterar

¹⁴ C-409/95 (1997), ECR I-9391, stycke 33.

¹⁵ C-158/97 av den 28 mars 2000.

¹⁶ Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung (artikel 5 och 7) och Rådets direktiv 2000/78/EG av den 27 november 2000 om inrättande av en allmän ram för likabehandling (artikel 7).

sökandena en *objektiv* bedömning av ansökningarna som bland annat innebär bedömningar av sökandenas samtliga personliga förhållanden. Utgångspunkten för resonemanget är emellertid att de kvinnliga och manliga sökandena har *likvärdiga meriter* och att det är nödvändigt att ge kvinnorna företräde framför männen för att det ska vara möjligt att nå upp till de uppställda målen med befordringsplanerna. Domstolen framhåller emellertid att såväl positiva som negativa kriterier ska beaktas vid bedömningen av sökandenas lämplighet för arbetet:

Således beaktas färdigheter och erfarenheter som förvärvats vid familjearbete om de har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter, medan tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran endast beaktas om de har betydelse i detta hänseende. På samma sätt saknar familjesituationen eller partners inkomst betydelse, och deltidsanställningar, ledigheter och sent avslutade utbildningar på grund av vård av barn eller vårdbehövande närstående skall inte ha några negativa verkningar.

Sådana kriterier är i och för sig könsneutrala till sin utformning och kan även komma män till fördel, men gynnar i allmänhet kvinnor. De syftar uttryckligen till reell jämlikhet – inte formell – genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället. Deras berättigande har för övrigt inte ifrågasatts i målet vid den nationella domstolen.¹⁷

Domstolen förklarade vidare att det inte heller står i strid med likabehandlingsdirektivet att i bindande målsättningar för befordringsplaner föreskriva att kvinnor ska ha *tillfälliga vetenskapliga tjänster* och *vetenskapliga assistenttjänster* i minst lika stor utsträckning som de utexamineras, doktorerar och studerar vid varje fakultet.

Likabehandlingsdirektivet hindrar inte heller att det införs befordringsplaner som syftar till att *undanröja kvinnlig underrepresentation*, genom att föreskriva att kvinnor ska tilldelas minst hälften av antalet utbildningsplatser vid utbildningar som staten inte har monopol på. Det finns inte heller något som hindrar att befordringsplanerna föreskriver att *kvinnor är garanterade att kallas till anställningsintervjuer* inom de sektorer där de är underrepresenterade och att kvinnorna uppfyller alla erforderliga eller föreskrivna villkor för de utlysta tjänsterna. Avslutningsvis förklarade EG-domstolen att likabehandlingsdirektivet inte heller sätter hinder i vägen för att det ställs upp mål om att *arbetstagarorganisationers*

¹⁷ C-158/97.

styrelser och andra organ ska beakta målsättningen att minst *lika många kvinnor som män* skall delta i organen.

Av Badeckmålet drogs således slutsatsen att det alltid måste finnas bestämmelser som garanterar sökandena *objektiva* bedömningar av ansökningarna och att det alltid måste ske bedömningar av samtliga förhållanden som åberopats av sökandena. Bestämmelser som garanterar kvinnor företräde framför män är endast tillåtna inom den offentliga sektorn i den mån åtgärderna är nödvändiga för att myndigheten ska kunna nå upp till de mål som är fastställda i en befodringsplan.

4.2.4 Målet om Tham-professorerna

Sommaren 2000 hade EG-domstolen i målet om *Tham-professorerna* att ånyo ta ställning till huruvida vissa nationella regler stod i strid med likabehandlingsdirektivet. Målet rörde de svenska reglerna om tillsättning av professorer och forskningsassistenter. Förordningen (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskningsassistent vilka inrättats i jämställdhetssyfte, stadgade bland annat följande:

En sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga sådana kvalifikationer som avses i 4 kap. 15 § första stycket högskoleförordningen skall utses framför en sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts (positiv särbehandling), om det behövs för att en sökande av det underrepresenterade könet skall utses.

Positiv särbehandling skall dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökandenas kvalifikationer är så stor att tillämpningen skulle stå i strid med kravet på saklighet vid tillsättningen.

[3S]

Domstolen konstaterade därvid att det visserligen är förenligt med EG-fördraget att välja en person av det underrepresenterade könet om de sökande i princip hade lika kvalifikationer för arbetet. Med hänvisning till vad domstolen konstaterade i Badeckmålet förklarade domstolen att det även i fortsättningen skulle vara tillåtet att beakta vissa kriterier som

i och för sig är könsneutrala till sin utformning och även kan komma män till del, men som i allmänhet gynnar kvinnor... [och att] sådana kriterier syftar ... till reell jämlikhet – och inte formell – genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället, och till

att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären för personer av det underrepresenterade könet, i enlighet med artikel 141.4 EG.¹⁸

Domstolen förklarade vidare att det inte är förenligt med lika-behandlingsdirektivet att föreskriva att den som utses i ett visst avseende ska vara av underrepresenterat kön, eftersom det inte är möjligt att konstatera på vilka grunder urvalet har skett. Det enda som kan konstateras vid ett sådant förfarande är att det *inte går att fastställa vad ett sådant kriterium innebär* annat än att det inte har skett en bedömning av sökandenas samtliga förhållanden, utan endast att det är sökanden av det underrepresenterade könet som har erhållit den aktuella tjänsten.

Det saknar vidare betydelse om de nu aktuella reglerna rör högre eller lägre tjänstetillsättningar. Det är också ovidkommande om reglerna är begränsade till ett visst antal tjänster eller om det har inrättats ett visst antal tjänster som ett led för att uppnå jämn könsfördelning vid en viss högskola. Det är nämligen fortfarande så att det måste ske en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av sökandens samtliga personliga förhållanden.

Målet om Tham-professorerna bör således tolkas på så sätt att det även sedan Amsterdamfördragets tillkomst inte finns något kategoriskt hinder mot regler om positiv särbehandling. I stället bör det vara så att det är tillåtet att använda positiv särbehandling i syfte att uppnå reell jämställdhet i arbetslivet. Detta gäller dock endast under förutsättning att *sökandena i merithänseende kan anses jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga, om det görs en objektiv bedömning av ansökningarna med beaktande av sökandens samtliga personliga förhållanden*. Ruth Nielsen understryker just detta i sin analys av domen. Hon skriver:

Om det finns en tendens att män inom ett visst yrkesområde bedöms som mer kvalificerade än kvinnor är det således förenligt med EU:s regler att strama upp kriterierna så att utfallet av meritvärderingen kommer män och kvinnor till godo i lika hög grad. Det är bara ett villkor att detta görs öppet och med hjälp av sakliga kriterier.

Enligt min uppfattning är det en bra lösning att kvalifikationskriterierna anpassas till likabehandlingsprincipen på så sätt att bägge könen genomsnittligt sett betraktas som lika kvalificerade. Den är bättre för kvinnor än positiv särbehandling efter den modell som det aktuella målet rörde, där man använde icke objektiva och ogenomskådliga kvalitetskriterier som, i kombination med typiskt sett mans-

¹⁸ C-407/98 av den 6 juli 2000.

dominerade bedömningsutskott, sannolikt ofta ledde till att män ansågs bäst kvalificerade i situationer där meritvärdering skulle ha utfallit annorlunda om man i stället hade använt objektiva kvalitets-kriterier.¹⁹

JämO har sammanfattat målen såsom att det inte finns några hinder mot positiv särbehandling under förutsättning av att:

- det underrepresenterade könet inte gynnas automatiskt,
- alla sökandes meriter är föremål för en objektiv bedömning med hänsyn till sökandes samtliga personliga förhållanden,
- det sker en meritvärdering, som tar sin utgångspunkt som utgår från klara kriterier,
- den positiva särbehandlingen måste stå i proportion till de mål som eftersträvas samt
- skillnaden i meriter får inte vara alltför stor.

4.3 Det aktiva jämställdhetsarbetet

Det är tänkt att jämställdhet i arbetslivet ska uppnås med hjälp av de aktiva jämställdhetsåtgärderna. I lagen föreskrivs det att arbetsgivare är skyldig att upprätta en plan för sitt jämställdhetsarbete – en s.k. jämställdhetsplan. Planen ska innehålla en översikt över alla

de åtgärder som behövs på arbetsplatsen och en redogörelse för vilka av dessa åtgärder som arbetsgivaren avser att påbörja eller genomföra under det kommande året.

Planen skall också innehålla en översiktlig redovisning av den handlingsplan för jämställda löner som arbetsgivaren skall göra enligt 11§.

En redovisning av hur de planerade åtgärderna enligt första stycket har genomförts skall tas in i efterföljande års plan.

Skyldigheten att upprätta en jämställdhetsplan gäller inte arbetsgivare som vid senaste kalenderårsskiftet sysselsatte färre än tio arbetstagare.

[13 §]

Åtgärderna har preciserats till att omfatta det arbetsgivaren är skyldig att utföra enligt 4–9 och 11 §§ JämL. Där föreskrivs det att arbetsgivaren ska:

¹⁹ Ruth Nielsen, Ny fördragsartikel gav inte större utrymme för positiv särbehandling i EU & arbetsrätt, *Nordiskt nyhetsbrev*, Nr 3 (2000), sid. 6.

- genomföra sådana åtgärder som med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt kan krävas för att arbetsförhållandena ska lämpa sig för både kvinnor och män (4 §),
 - underlätta för både kvinnliga och manliga arbetstagare att förena förvärvsarbete och föräldraskap (5 §),
 - verka för att inte någon arbetstagare utsätts för sexuella trakasserier (6 §),
 - verka för att inte någon arbetstagare utsätts för trakasserier på grund av en anmälan om könsdiskriminering (6 §),
 - genom utbildning, kompetensutveckling och andra lämpliga åtgärder främja en jämn fördelning mellan kvinnor och män i skilda typer av arbete och inom olika kategorier av arbetstagare (7 §),
 - verka för att lediga anställningar söks av både kvinnor och män (8 §),
 - vid nyanställningar särskilt anstränga sig för att få sökande av det underrepresenterade könet och söka se till att andelen arbetstagare av det könet ökar efter hand (9 §) samt slutligen
 - kartlägga och analysera:
 - bestämmelser och praxis om löner och andra anställningsvillkor som tillämpas hos arbetsgivaren, och
 - löneskillnader mellan kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika eller likvärdigt.
 - bedöma om förekommande löneskillnader har direkt eller indirekt samband med kön. Bedömningen ska särskilt avse skillnader mellan
 - kvinnor och män som utför arbete som är att betrakta som lika, och
 - grupp med arbetstagare som utför arbete som är eller brukar anses vara kvinnodominerat och grupp med arbetstagare som utför arbete som är att betrakta som likvärdigt med sådant arbete men inte är eller brukar anses vara kvinnodominerat.
- (10 §).

Det är visserligen möjligt att träffa kollektivavtal i ett eller flera avseenden enligt 4–13 §§, men ett kollektivavtal kan aldrig befria arbetsgivaren från sina skyldigheter enligt de nu nämnda reglerna (14 §).

Jämställdhetsplanen ska utformas mot bakgrund av de specifika förhållanden som råder vid den enskilda arbetsplatsen. Jämställdhetsombudsmannen (JämO) har tillsammans med Jämställdhetsnämnden (JämN) i uppgift att se till att lagen efterlevs (30 § JämL).

Här har JämO alltså en viktig uppgift att fylla, nämligen att komma med råd och informera om hur det aktiva jämställdhetsarbetet kan bedrivas. Detta informationsarbete får emellertid inte förväxlas med andra myndigheters befogenhet att

utfärda författningar och meddela förelägganden eller förbud så som till exempel gäller för Arbetarskyddsstyrelsen enligt 18 § arbetsmiljölagen (1977:1160)²⁰. JämO:s arbetsuppgifter är i det här avseendet just *rådgivande och informerande*. Det betyder också att det inte finns någon påföljd för den som inte efterkommer myndighetens råd eller anvisningar. Men JämO har ändå möjlighet att ge eftertryck åt sina råd genom att JämO har rätt att vända sig till JämN med en begäran om att nämnden vid vite ska förelägga arbetsgivaren att följa en föreskrift (35 §§ JämL). Detta betyder i princip att JämO har möjlighet att göra gällande att en eller flera av de aktiva åtgärderna bör tolkas och genomföras på det sätt som just JämO finner lämpligt. På så sätt kan myndighetens råd komma att både genomföras och efterlevas.

Sedan den 1 januari 2001 har även en central arbetstagarorganisation i förhållande till vilken arbetsgivaren är bunden av kollektivavtal möjlighet att göra en framställan om att JämN vid vite ska förelägga arbetsgivaren att följa en eller flera av föreskrifterna i 4–13 §§ JämL (35 §).

För att planen ska kunna anpassas till den enskilda arbetsplatsen så bra som möjligt ska de aktuella förhållandena vid den enskilda arbetsplatsen kartläggas på varje punkt av de aktiva åtgärderna.²¹ Det är den kartläggningen som bör ligga till grund för arbetsgivarens jämställdhetsmål, som ska vara både *mätbara* och *realistiska*. Vidare ska det framgå vilka åtgärder som arbetsgivaren har för avsikt att genomföra under året. Beskrivningen ska vara så *konkret utformad* att det framgår när åtgärderna är planerade att *påbörjas, genomföras* och *avslutas*. Därutöver ska det finnas uppgifter om vem som är ansvarig för att respektive åtgärd genomförs. Planen ska också vara så konkret utformad att det vid den årliga utvärderingen ska vara möjligt att konstatera om jämställdhetsarbetet har nått de uppställda målen eller ej. Är det så att arbetsgivaren inte har lyckats uppfylla ett eller flera mål i planen ska det finnas en utvärdering av varför detta inte har skett. I princip finns det inte någon möjlighet att slippa ifrån skyldigheten att behandla en aktiv åtgärd, men om det är så att en kartläggning visar att det är direkt onödigt att vidta någon/några åtgärder får arbetsgivaren underlåta att behandla den aktuella frågan i planen.

²⁰ Prop. 1976/77:149, SOU 1976/77:1.

²¹ På JämO:s hemsida www.jamombud.se finns en "checklista" och en enkät som är tänkta att tjäna som hjälpmedel vid kartläggningen av arbetsförhållandena vid en enskild arbetsplats.

4.4 Förhållandet mellan det aktiva jämställdhetsarbetet och jämställdhetsmärkning

Utredningen har bland annat i uppdrag att komma med förslag på kriterier för jämställdhetsmärkning. Erfarenheter från arbeten med märknings- och certifieringssystem visar entydigt på att det ofta uppstår problem när det gäller att komma överens om kriterierna för märkningen. Det är viktigt att kriterierna inte är allt för svåra att överblicka och förstå samt att det finns kopplingar till redan befintliga föreställningar i vardagslivet²². Även om det inte är fler än drygt en femtedel av de privata arbetsgivarna (22 procent) som har upprättat en jämställdhetsplan, menar vi ändå att ett väl dokumenterat och utvärderat jämställdhetsarbete under en period av tre på varandra följande år bör utgöra det första kriteriet vid frivillig jämställdhetsmärkning.²³

Skyldigheten att upprätta en jämställdhetsplan föreligger, såsom framgår ovan, endast vid arbetsplatser med minst tio anställda. Det betyder emellertid inte att arbetsplatser med färre än tio anställda inte får upprätta en plan för sitt jämställdhetsarbete. "Tio anställda" ska i stället ses som en gräns för när skyldigheten inträder. Med andra ord har också arbetsgivare med färre än tio anställda rätt att upprätta en jämställdhetsplan och på så sätt uppfylla det första steget i en jämställdhetsmärkning av företaget. Här kommer jämställdhetsmärkningen också att kunna tjäna som hjälp vid det aktiva jämställdhetsarbetet vid såväl stora som små verksamheter. På så sätt menar vi att också mindre verksamheter kommer att kunna konkurrera på lika villkor med större verksamheter, genom att använda sig av jämställdhetsmärkning som medel i konkurrensen om konsumenter och övriga intressenter på den fria marknaden.

²² Med vardagslivet avser vi *både* det som sker mellan en enskild individ och en offentlig eller privat näringsidkare eller en företrädare för denne *och* skeenden mellan arbetsgivare och arbetstagare.

²³ Motsvarande siffra för den offentliga sektorn är väsentligt bättre: nära tre fjärdedelar av arbetsgivarna inom den offentliga sektorn (73 procent) har en plan, JämO:s Nyhetsbrev nr 1, år 2000.

5 Lagen om offentlig upphandling

Sammanfattning av kapitel 5

I det här kapitlet beskriver vi lagen om offentlig upphandling. Vi gör även en del beskrivningar av hur frågor om offentlig upphandling betraktas ur ett europeiskt perspektiv.

När det gäller offentlig upphandling ställs det höga krav på att den sköts på ett affärsmässigt sätt. Utredningen sympatiserar med detta och konstaterar att det därför är viktigt att upphandlingen sker efter särskilda bestämda kriterier för att på så sätt undvika skönsmässiga ad hoc-lösningar. På så sätt, menar vi, blir det också möjligt att nå upp till EG-rättens högt ställda krav på likabehandling. Vi menar att klara och enkla regler för offentlig upphandling såsom att godta märkningar och certifieringar från öppna system skulle kunna innebära ett effektivt redskap för att nå målet: *en fri marknad med fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer.*

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft den 1 januari 1994 och kan ses som en följd av EES-avtalets ikraftträdande. LOU tar sin utgångspunkt i de för EG-rätten mest kännetecknande principerna, nämligen *förbudet mot diskriminering* och att det ska råda *fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer*. Tanken är att det inte ska finnas några hinder för att bedriva handel inom EU. Det är således mot bakgrund av att alla ska ha lika stora möjligheter att erbjuda sina produkter och tjänster på den fria marknaden som inte heller någon får gynnas på bekostnad av någon annan.

5.1 Grunderna i lagen om offentlig upphandling

LOU har sin grund i sex direktiv om offentlig upphandling (public procurement). På senare tid har det tillkommit två tilläggsdirektiv. Fyra direktiv rör offentlig upphandling i den s.k. *klassiska sektorn*. Till den klassiska sektorn hör varor, tjänster och byggentreprenader vid enheter som har anknytning till den offentliga sektorn. De direktiv som rör den klassiska sektorn är:

93/36/EEG	-	för upphandling av varor
93/37/EEG	-	för upphandling av bygg- och anläggningsentreprenader
92/50/EEG	-	för upphandling av s.k. A-tjänster
97/52 EG	-	ändringsdirektiv II
89/665/EEG	-	rättsmedelsdirektiv I

Två direktiv rör de s.k. *försörjningssektorerna*. Till försörjningssektorerna hör kommuner samt offentliga och privata företag som producerar eller levererar el, gas, värme och dricksvatten. Men även de allmänna kommunikationerna såsom bussar, flygplatser, järnvägar, och tunnelbana samt hamnanläggningar faller in under försörjarsektorerna. De direktiv som reglerar försörjningssektorerna är:

93/38 EEG	-	för upphandling av varor, entreprenader och tjänster
98/4 EEG	-	ändringsdirektiv II
92/13 EEG	-	rättsmedelsdirektiv II

Vid sidan av direktiven finns det ett flertal principer som utgör grunden vid offentlig upphandling. Bland dessa principer bör främst nämnas *proportionalitetsprincipen*, *principen om förutsebarhet och öppenhet* och *principen om ömsesidigt erkännande*. Vi kommer i det följande att behandla dem mer ingående.

Utgångspunkten i EG-rätten att alla ska behandlas lika och att inte någon medborgare i EU ska få utsättas för diskriminering har varit uppe för behandling i EG-domstolen vid ett flertal tillfällen. Domstolen har också slagit fast innebörden av *likabehandlingsprincipen*. I ett mål mellan Kommissionen och Danmark skriver domstolen bland annat

although the directive [entreprenaddirektivet] makes no express mention of the principle of equal treatment of tenders, the duty to observe that principle lies at the very heart of the directive...¹

Detta tolkas i förarbetena² som att EG-domstolen har slagit fast att likabehandlingsprincipen sträcker sig utöver vad som framgår av fördragen. Det är också denna tolkning som ligger till grund för portalparagrafen i LOU, nämligen att

(u)pphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

(1 kap. 4 § LOU)

Vi kommer i det följande att behandla vad som avses med begreppet *affärsmässigt* och den närmare innebörden av *anbudssökande* och att *anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn*.

5.1.1 Parterna vid offentlig upphandling

Även om likabehandlingsprincipen hålls mycket högt inom EG-rätten är det inte alla som är skyldiga att genomföra s.k. offentlig upphandling. Med offentlig upphandling avses således endast det "offentligas" *köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster*. I LOU har "det offentliga" preciserats till *stat, kommuner och landsting*. Det hade varit tämligen enkelt att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling om det inte hade funnits bestämmelser som reglerade även de bolag och olika bolagsformer som det allmänna använder sig av för att genomföra de uppdrag som de enligt lag är skyldiga att fullgöra. Således har skyldigheten att genomföra offentlig upphandling utsträckts till att även omfatta

... statliga, kommunala och andra myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting, sådana bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som anges i 6 §... myndigheter, beslutande församlingar, bolag, föreningar, samfälligheter, stiftelser och enheter samt Svenska kyrkans församlingar och kyrkliga samfälligheter i fråga om verksamhet som bedrivs enligt begravningslagen.

(1 kap. 5 § LOU)

¹ C-243/89, p. 33.

² Prop. 1994/95:19, del 1, sid. 478 och SOU 1999:139, sid. 57 f.

Därutöver är även följande associationer skyldiga att genomföra offentlig upphandling:

... bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

- 1 vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet, eller
- 2 vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller
- 3 vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting eller en annan upphandlande enhet

(1 kap. 6 § LOU)

Privata näringsidkare, som inte har i uppgift att täcka behov i det allmännas intresse eller omfattas av försörjningssektorerna enligt 4 kap. 1 § LOU, faller därmed utanför lagen. Trots detta uppgår den offentliga upphandlingen till betydande belopp. Det finns i dag inte några exakta uppgifter om hur mycket upphandlingen uppgår till. År 1995 beräknade Upphandlings- och miljöutredningen att den sammanlagda upphandlingen uppgick till 280 miljarder kronor. Upphandlingskommittén uppskattade den sammanlagda upphandlingsvolymen till omkring 400 miljarder kronor per år.³ Ungefär hälften av alla upphandlingar avser tjänster. En fjärdedel av upphandlingen avser bygg- och anläggningsarbeten. Upphandlingen av varor uppgår till ungefär en femtedel.⁴

5.1.2 Beloppsgränser

Lagen om offentlig upphandling omfattar i princip all anskaffning av produkter och tjänster som de upphandlande enheterna gör. Olika bestämmelser är dock tillämpliga beroende av upphandlingens värde. Vid upphandling av varor, byggentreprenader, och s.k. A-tjänster över de s.k. tröskelvärdena skall bestämmelserna i 1–5 kap. tillämpas. Vid upphandling under de s.k. tröskelvärdena, vid upphandling av B-tjänster, försvarsprodukter m.m. oavsett värde skall bestämmelserna i 6 kap. LOU tillämpas jämte vissa bestämmelser i 1 kap. LOU.

³ SOU 1995:32 och SOU 1999:139, sid. 54.

⁴ SOU 1999:139, sid. 54.

För statliga myndigheter är tröskelvärdet 130 000 särskilda dragningsrätter (sdr). För övriga upphandlande enheter är tröskelvärdet det lägsta av 200 000 euro eller 200 000 sdr.

(2 kap. 1 § LOU)

Det finns särskilda bestämmelser när det gäller upphandlingskontrakt som är regelbundet återkommande eller som ska förnyas inom en viss tid (2 kap. 3 § 2 st.). Därutöver finns det särskilda bestämmelser som tillämpas vid byggtreprenad eller koncession som uppgår till minst 5 000 000 euro eller 5 000 000 sdr, exklusive mervärdesskatt (3 kap. 1 § LOU).

5.2 Former av offentlig upphandling

I LOU skiljs det på följande fem former av offentlig upphandling⁵:

- a) *Öppen upphandling*: upphandling där alla leverantörer får lämna anbud.
- b) *Selektiv upphandling*: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.
- c) *Förhandlad upphandling*: upphandling där en upphandlande enhet inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud och tar upp förhandling med en eller flera av dem.
- d) *Förenklad upphandling*: upphandling där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.
- e) *Urvalsupphandling*: upphandling där alla leverantörer har rätt att ansöka om att få lämna anbud och den upphandlande enheten inbjuder vissa leverantörer att lämna anbud.
- f) *Direktupphandling*: upphandling utan krav på anbud.

(1kap 5 § LOU)

Den *öppna upphandlingen* är precis som namnet anvisar just öppen, vilket innebär att alla intresserade leverantörer har rätt att lägga ett anbud. Öppen upphandling tillämpas vid upphandling av varor, byggtreprenader och s.k. A-tjänster över tröskelvärdena. Enligt huvudregeln ska anbud begäras in efter annonsering. Därefter prövas och antas anbuden utan att det har skett några förhandlingar med anbudsgivarna.

⁵ Det nu aktuella avsnittet bygger huvudsakligen på Upphandlingskommitténs delbetänkande SOU 1999:139 *Effektivare offentlig upphandling. För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt*.

A-tjänsterna är uppräknade i bilagan till LOU. De är:

- 1 Underhåll och reparation av motorfordon, hushållsartiklar och maskinutrustning.
- 2 Landtransport, inkl. säkerhetstransporter, kurir- och taxitransport, utom postbefordran.
- 3 Lufttransport, utom postbefordran.
- 4 Postbefordran till lands och i luften, utom sådana tjänster som avses i avdelning B 18.
- 5 Telekommunikation med undantag för telefoni, telex, radiotelefoni, personsökning och satellittjänster.
- 6 Finansiella tjänster.
 - a) Försäkringstjänster.
 - b) Bank- och förvaltningstjänster mot avgifter, provision, ränta och andra former av ersättningar med undantag för tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument, förvaltning av statsskulden och sådana tjänster som utförs av Sveriges riksbank.
- 7 Datatjänster och därmed anknutna tjänster.
- 8 Tjänster för forskning och utveckling, som endast gäller den egna verksamheten och helt finansieras av den upphandlande enheten.
- 9 Redovisning, revision och bokföring.
- 10 Marknadsundersökningar, inkl. opinionsmätningar.
- 11 Konsulttjänster för administration och organisation av företag.
- 12 Arkitekttjänster, ingenjör- och konstruktörstjänster, stadsplanerings- och landskapsarkitekturtjänster, anknutna vetenskapliga och tekniska konsulttjänster samt tjänster avseende teknisk provning och analys.
- 13 Tjänster avseende annonsering (reklam).
- 14 Fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll.
- 15 Förlags- och tryckeritjänster, som utförs mot ersättning.
- 16 Tjänster för avloppsrening, sophantering, sanering och liknande verksamhet.

Selektiv upphandling tillämpas vid upphandling av varor, bygg-entreprenader och A-tjänster över tröskelvärdena. Vid selektiv upphandling gör den upphandlande enheten ett visst val när det gäller att erbjuda leverantörer möjligheten att lämna ett anbud på den aktuella varan eller tjänsten. Den upphandlande enheten är skyldig att annonsera om upphandlingen och måste då också uppge de aktuella förutsättningarna för upphandlingen samt hur många leverantörer som kommer att bjudas in. Sedan görs ett urval (kvalificering) bland dem som ansökt om att få lämna anbud.

Endast de som kvalificerat sig får lämna anbud. Även här ska anbuden prövas och antas utan att det sker några förhandlingar med anbudsgivarna.

Förhandlad upphandling tillämpas i undantagsfall för upphandling av varor, byggentreprenader och A-tjänster över tröskelvärdet. Vid förhandlad upphandling bjuder den upphandlande enheten in vissa leverantörer att komma in med anbud, varefter enheten förhandlar med en eller flera leverantörer om den aktuella varan eller entreprenaden. Förhandlad upphandling får tillämpas under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen uppställda villkoren inte ändras väsentligt om

- a) de anbud som har kommit in vid öppen eller selektiv upphandling inte uppfyller de för upphandlingen uppställda kraven, eller
- b) det vid öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och en rapport lämnats till EG-kommissionen på dess begäran.

Om den upphandlande enheten inte har inlett förhandlingar med samtliga anbudsgivare som har kommit in med anbud enligt punkt a) kan upphandling ske enligt punkt b). Om upphandling sker enligt punkt b) är enheten emellertid skyldig att förhandla med minst tre anbudsgivare.

Det är bland annat möjligt att använda sig av förhandlad upphandling utan annonsering om det inte har kommit in några anbud eller några anbud som är relevanta för den aktuella varan eller entreprenaden. Förhandlad upphandling förutsätter emellertid att det inte är möjligt att använda öppen eller selektiv upphandling, eller att enheten antingen har hamnat i oförutsedd tidsbrist eller att det är fråga om vissa ytterligare tilläggsleveranser.

Förenklad upphandling tillämpas vid upphandling av B-tjänster och vid försvarsupphandlingar m.m. oavsett värde. Därutöver används förenklad upphandling när det gäller anskaffning av varor, byggentreprenader, tjänster inom försörjningssektorerna samt A-tjänster när beloppen inte når upp till tröskelvärdena. Vid förenklad upphandling är samtliga leverantörer berättigade att delta. Anbuden ska lämnas skriftligen, varefter enheten kan inleda förhandlingar med anbudsgivarna. Under förutsättning att det är särskilt anmärkt i förfrågningsunderlaget är det också möjligt att anta anbud utan föregående förhandling.

B-tjänsterna är uppräknade i bilagan till LOU. De är:

- 17 Hotell- och restaurangtjänster.
- 18 Rälsbunden transport.
- 19 Sjötransport och annan vattenburen transport.
- 20 Stuveritjänster, godshantering i terminal, på flygplats, eller i hamnar.
- 21 Juridiska tjänster med undantag för skiljemanna- och förlikningsuppdrag.
- 22 Arbetsförmedling, till personalvård anknutna tjänster.
- 23 Säkerhets- och bevakningstjänster, utom säkerhetstransporter.
- 24 Utbildning, inkl. yrkesutbildning.
- 25 Hälso- och sjukvård samt socialtjänst.
- 26 Tjänster inom kultur, fritids- och idrottsverksamhet.
- 27 Andra tjänster.

Det är även möjligt att använda sig av s.k. *direktupphandling* – direkt upphandling med leverantör utan att det har inkommit några skriftliga anbud. Direktupphandling får endast användas om det upphandlande värdet är lågt eller om det föreligger synnerliga skäl såsom att den upphandlande enheten har hamnat i plötslig tidsbrist som varken har kunnat förutses eller är förorsakad av enheten. Det åligger den upphandlande enheten att utforma riktlinjer för vad som är att betrakta som ett lågt värde. Nämnden för offentlig upphandling rekommenderar att gränsen sätts vid ett (1) basbelopp för produkter och tjänster och två (2) basbelopp för kvalificerade tjänster.

5.3 Formkrav vid offentlig upphandling enligt svensk lagstiftning

Det ställs höga krav på den upphandlande enheten att genomföra upphandlingen *med de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt [...] affärsmässigt* (1 kap. 4 § LOU). Tanken är att de fria marknadskrafterna ska leda till att öka rörligheten av produkter och tjänster och att priserna på så sätt kommer att pressas utan att kvalitén på varan eller tjänsten blir lidande. När det gäller frågan vilket anbud som ska antas stadgas det särskilt att den upphandlande enheten ska anta antingen

- 1 det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
- 2 det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter

såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigast först.

(1 kap. 22 § LOU)

När det gäller frågan om vad som är att betrakta som lägsta anbudspris råder det inte någon som helst tvekan om att det handlar om att ta det anbud som har just det lägsta priset. När det i stället gäller frågan huruvida något är mer fördelaktigt än något annat är det möjligt att ta ytterligare hänsyn. I andra stycket sker en uppräkningsövning över vad som kan anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Uppräkningen är inte uttömmande, vilket betyder att den endast utgör ett exempel på vad den upphandlande enheten skulle kunna ställa för krav i frågeformuläret.

För att det ska vara möjligt att ta andra hänsyn än *strikt affärs-mässiga*⁶ krävs det emellertid att den upphandlande enheten redan vid upphandlingen har klargjort att den kan komma att ta hänsyn till andra i förfrågningsunderlaget särskilt uppgivna faktorer eller omständigheter. I syfte att undvika problem vid bedömning av anbudena bör de särskilda kraven vara viktade sinsemellan. Om kraven inte har viktats innan anbudsproceduren inleddes är det inte heller möjligt att göra självständiga bedömningar av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Saknas kriterier för bedömning av anbudena ökar också risken för att bedömningarna blir skönsmässiga. Något som inte är förenligt med LOU, vilket bland annat framgår av den så kallade Hebydomen (NJA 1992:1528). HD skriver bland annat följande:

Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Av central betydelse för upphandlingsförfarandet är vilket anbud som den upphandlande är skyldig att anta. Bestämmelser i sistnämnda avseende finns, såvitt nu är i fråga i 6 kap. 12 §... är den upphandlande enheten skyldig att anta det anbud som har lägst anbudspris eller det som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter. Avser den upphandlande att välja det sistnämnda alternativet skall enheten i förfrågningsunderlaget eller

⁶ Enligt Kommissionen innebär *strikt affärs-mässiga hänsyn* att det ska föreligga en direkt koppling mellan de utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget och det som är föremål för upphandlingen. Kommissionen vill låta kodifiera vad den anser vara gällande rätt under det nu pågående direktivändringsarbetet. Sverige har emellertid motsatt sig detta.

i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse, om möjligt rangordna dessa efter angelägenhetsgrad... Bestämmelserna får ses mot bakgrund av regleringen i 1 kap. 4 § och de principer om bl. a. öppenhet och förutsebarhet, icke-diskriminering och likabehandling som kommer till uttryck i gemenskapsrätten. Härav följer att regleringen i angivna hänseenden är tvingande och att villkor för upphandlingen som strider mot regleringen är utan verkan.

I andra stycket har möjligheten att ta miljömässiga hänsyn uppmärksammas särskilt. Bakgrunden till detta är att EU-kommissionen lade fram Grönboken om offentlig upphandling inom europeiska unionen (KOM [96] 583 slutlig) den 27 november 1996. Där anförs det bland annat att Kommissionen är

mycket angelägen om att få information om medlemsstaternas eller de upphandlande enheternas egna erfarenheter av hur de själva tar hänsyn till miljön i samband med sina inköp. Kommissionen har redan i sitt förslag till beslut om revidering av det femte miljöhandlingsprogrammet, visat att tilläggsåtgärder skulle kunna bli nödvändiga för att bättre integrera miljöhänsyn vid tillämpning av gemenskapsreglerna om offentlig upphandling samtidigt som en sund konkurrens alltför respekteras.⁷

Tanken var således att det skulle bli möjligt att förbättra miljön inom unionen genom att ställa krav på att de upphandlande enheterna inte endast skulle ta ekonomiska hänsyn, utan att de även skulle beakta de omkringliggande miljöfaktorerna.

Kommissionen är emellertid av den uppfattningen att de miljökrav som ställs även ska leda till ekonomiska fördelar för den upphandlande enheten. Detta framkommer i tolkningsmeddelande och det pågående direktivändringsarbetet. EG-domstolen handlägger för närvarande ett mål av intresse ur främst miljö-, men även ur *social* synpunkt. Generaladvokaten har lämnat sitt yttrande i mål C-513/99 och Sverige har intervenerat. Som tillsynsmyndighet över gällande lagstiftning och med beaktande av det svenska affärsmässighetsbegreppet, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) valt att gå på Kommissionens linje.

⁷ Europeiska Gemenskapernas Kommission, *Grönbok. Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: Överväganden inför framtiden*, Bryssel (1996), KOM (96) 583 slutlig, kap. VI, 5.53.

5.4 Offentlig upphandling enligt EG-rätten

De svenska rättsreglerna vid offentlig upphandling är i förhållande till EG-rätten starkt begränsande. Det finns således inte något motsvarande krav på att upphandlingen ska ske *affärsmässigt* i direktiven om offentlig upphandling. Det är inte heller så att det finns några regler om offentlig upphandling i Romfördraget. Men det är ändå så att frågor om *offentlig handel*⁸ faller in under de principiella delarna av Romfördraget. Här kan det finnas skäl att åter nämna artikel 2:

Gemenskapen skall ha till uppgift att genom att upprätta en gemensam marknad och en ekonomisk och monetär union och genom att fullfölja den gemensamma politik eller verksamhet som avses i artiklarna 3 och 4 främja en harmonisk, väl avvägd och hållbar utveckling av näringslivet inom gemenskapen som helhet, en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd, jämställdhet mellan kvinnor och män, en hållbar och icke-inflatorisk tillväxt, en hög grad av konkurrenskraft och ekonomisk konvergens, en hög nivå i fråga om miljöskydd och förbättring av miljöns kvalitet, en höjning av levnadsstandarden och livskvaliteten samt ekonomisk och social sammanhållning och solidaritet mellan medlemsstaterna.

I artikel 3 sker en uppräknning av hur de i artikel 2 uppgivna målen ska kunna uppnås. Just när det gäller frågor om förhållandet mellan män och kvinnor stadgas det:

I all verksamhet som avses i denna artikel skall gemenskapen syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja jämställdhet mellan dem.

(Artikel 3, stycke 2 [tidigare artikel 3])

Att all verksamhet inom unionen ska syfta till att undanröja bristande jämställdhet och att främja jämställdhet mellan kvinnor och män innebär detsamma som att jämställdhet ska integreras i och genomsyra gemenskapens arbete (gender mainstreaming). Det är också detta som är utgångspunkten för tolkningen att gemenskapens regler innebär stora möjligheter att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. I ett tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjlig-

⁸ Med offentlig handel avser vi såväl försäljning som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Detta begrepp ska således inte blandas samman med offentlig upphandling.

heterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling skriver Kommissionen bland annat följande:

Generellt får upphandlande myndigheter, vid fastställandet av det som skall upphandlas, fritt välja sådana varor, tjänster eller arbeten, inklusive genom att använda sig av alternativa anbud, vilka motsvarar deras socialpolitiska prioriteringar, förutsatt att detta val inte leder till att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas.

Det har under alla omständigheter ingen betydelse för tillämpningen av upphandlingsdirektiven om det rör sig om ett kontrakt med "sociala" ändamål (t. ex. byggande av en skola, ett sjukhus eller ett ålderdomshem). Sådana kontrakt skall tilldelas enligt bestämmelserna i direktiven om de faller inom deras tillämpningsområde.

Den upphandlande myndighetens val av föremål för upphandlingen konkretiseras först genom de tekniska specifikationerna.⁹

5.4.1 Principen om ömsesidigt erkännande

Den upphandlande enheten har rätt att begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören enligt någon av punkterna 1, 2, 3 eller 5. Enheten har vidare rätt att begära att en leverantör visar att leverantören är registrerad enligt landets regler om aktieföretag eller handelsregister eller liknande register i det land där leverantören bedriver sin verksamhet (1 kap. 17 § jämfört med 6 kap. 9 § 2 stycket LOU). Naturligtvis får inte den upphandlande enheten försvåra förfarandet mer än nödvändigt för en leverantör. Det är även mot bakgrund av detta som intyg och liknande handlingar som har utfärdats av något annat medlemsland ska godtas – *principen om ömsesidigt erkännande*.

5.4.2 Proportionalitetsprincipen

Offentlig upphandling ska genomföras i enlighet med den s.k. *proportionalitetsprincipen*, vilket innebär att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantören eller föremålet för upphandlingen än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för upphandlingen. De upplysningar som den upphandlande enheten har rätt att begära vid upphandling av varor (kapitel 2) och tjänster (kapitel 5) är begränsade till vad som "behövs med hänsyn till vad

⁹ KOM (2001) 566 slutlig, Bryssel den 15 oktober 2001, sid. 7.

som skall upphandlas”. Den upphandlande enheten ska bland annat beakta ”leverantörens befogade intresse av att affärshemligheter eller tekniska hemligheter inte röjs” (1 kap. 16 § c med hänvisning till 17 och 18 §§ LOU).

5.4.3 Principen om förutsebarhet och öppenhet

Offentlig upphandling ska vidare genomföras med hänsyn till den s.k. *transparensprincipen/principen om förutsebarhet och öppenhet*, vilket innebär att leverantörer ska ha tillgång till den information som behövs för att de ska ha möjlighet att uppfylla de krav som har ställts upp av den upphandlande enheten. Upphandlingen ska annonseras och sändas till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer så snart det är möjligt (1 kap. 7–11 §§ LOU).

Tanken är att alla som har kommit in med ett anbud också ska ha rätt att få sina anbud prövade. Det är naturligtvis möjligt att utesluta någon från upphandlingsförfarandet, men för att det ska få ske krävs det att det finns både *rimliga och relevanta* grunder för detta. En leverantör får bland annat uteslutas från upphandlingsförfarandet om denne bland annat:

- 1 är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
- 2 är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
- 3 är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom,
- 4 har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta,
- 5 inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
- 6 i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna paragraf eller 18 §.

(1 kap. 17 § LOU)

Vid offentlig upphandling brukar man dela in anbudsgivarnas kriterier i tre olika grupper, nämligen: *kvalifikationskriterierna*, *tilldelningskriterierna/utvärderingskriterierna* och *kontraktskriterierna*.¹⁰

Kvalifikationskriterierna är de kriterier som innebär att anbudsgivare kan vara med i upphandlingsförfarandet. Enligt upphandlingsdirektiven är dessa krav avgränsade till att avse leverantörens ekonomiska förmåga och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet. Mot bakgrund av att det ställs stora krav på att utesluta någon från ett upphandlingsförfarande är det tveksamt om det är möjligt att utsträcka kvalifikationskriterierna i vidare omfattning än vad som föreskrivs i direktiven.

Den som gör sig skyldig till *allvarligt* fel vid yrkesutövning kan emellertid uteslutas.¹¹ I tolkningsmeddelandet om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta reda sociala hänsyn vid offentlig upphandling skriver Kommissionen bland annat följande:

Det finns ännu ingen definition på begreppet *allvarligt* fel i yrkesutövningen, vare sig i gemenskapsrätten eller i rättspraxis. Det är därför upp till medlemsstaterna att definiera begreppet i sin nationella lagstiftning och avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att underlåta att fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området.¹²

En nationell myndighet har också möjlighet att underrätta arbetsgivare om de nationella föreskrifterna som gäller för anställningsskydd och arbetsvillkor i den medlemsstat där prestationen utförs.¹³

Ett allvarligt fel vid yrkesutövning föreligger till exempel då någon handlar i strid med den nationella lagstiftningen. Det kan även vara fråga om andra former av brott såsom brott mot gällande kollektivavtal eller särskilda arbetsmiljöbestämmelser.

Tilldelningskriterierna/utvärderingskriterierna utgör grunden vid jämförelsen av de olika anbuden vid upphandling som styrs av direktiven. Det saknas regler för övrig upphandling. Tilldelningskriterierna utgår från stadgandet att det anbud som antas antingen ska vara det *lägsta priset eller vara det ekonomiskt mest fördelaktiga*

¹⁰ Bruun, sid 5.

¹¹ Artikel 20 i direktivet om upphandling av varor, artikel 24 i direktivet om upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, artikel 31.2 i direktivet om upphandling inom försörjningssektorerna och artikel 29 i direktivet om upphandling av tjänster.

¹² KOM (2001), 566 slutlig, Bryssel den 15 oktober 2001, sid. 11.

¹³ Artikel 23 i direktivet om upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, artikel 29 i direktivet om upphandling inom försörjningssektorerna och artikel 28 i direktivet om upphandling av tjänster.

(1 kap. 4 § LOU). Frågan vad som är att betrakta som det mest fördelaktiga har diskuterats livligt både inom akademien och bland praktikerna. I ett mål mellan Kommissionen och Frankrike från den 26 september 2000 ställdes frågan på sin spets.¹⁴ Målet gällde frågan om det i samband med uppförande av skolbyggnader i Frankrike skulle vara möjligt att ställa vissa *tillkommande kriterier*, ett begrepp som kom i bruk först i samband med det så kallade Beentjesmålet.¹⁵ Domstolen fann att ett kriterium avseende anställning av långtidsarbetslösa varken hade något samband med bedömningen av anbudssökandenas ekonomiska och finansiella lämplighet, tekniska kapacitet och förmåga eller med de tilldelningskriterier som avses i direktivet. Domstolen ansåg vidare att ett sådant kriterium var förenligt med upphandlingsdirektiven under förutsättning av att det *stod i överensstämmelse med samtliga relevanta principer i gemenskapsrätten*.

I det nu aktuella målet förklarade EG-domstolen vidare att de upphandlande myndigheterna kunde tillämpa ett villkor kopplat till kampen mot arbetslösheten, under förutsättning av att villkoret överensstämde med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten och endast i det fall då de upphandlande myndigheterna var tvungna att överväga två eller flera ekonomiskt likvärdiga anbud. Detta villkor betraktades av medlemsstaten ifråga som ett icke avgörande *tillkommande kriterium* efter det att anbudet blivit jämförda ur ekonomisk synpunkt. När det gäller tillämpningen av ett tilldelningskriterium avseende kampen mot arbetslösheten preciserade domstolen att detta inte fick direkt eller indirekt inverka på anbudsgivare från andra EU-medlemsstater och skulle uttryckligen anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna skulle få kännedom om att ett sådant villkor uppställts. Kommissionen menar att det nu förda resonemanget även är tillämpligt på andra sociala kriterier.

I Beentjes-målet skriver domstolen bland annat:

46 ... Article 30 Directive 93/37, award criteria must be based either on the lowest price or on the most economically advantageous tender...

47 -----

48 The first point to be noted here is that, by this complaint, the Commission alleges that the French Republic has infringed Article

¹⁴ Mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, dom den 26 september 2000 angående uppförande och underhåll av skolbyggnader i Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord, REG 200, sid. I-7445.

¹⁵ Dom den 20 september 1988, mål 31/87.

- 30 (1) of Directive 93/37 purely and simply by referring to the criterion linked to the campaign against unemployment as an award criterion in some of the disputed contract notices.
- 49 Under Article 30 (1) of Directive 93/37, the criteria on which the contracting authorities are to base the award of contracts are either the lowest price only or, when the award is made to the most economically advantageous tender, various criteria according to the contract such as price, period for completion, running costs, profitability, technical merit.
- 50 None the less, that provision does not preclude all possibility for the contracting authorities to use as a criterion a condition linked to the campaign against unemployment provided that that condition is consistent with all the fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination from the provisions of the Treaty on the right of establishment and the freedom to provide services (see, to that effect, *Beentjes*, paragraph 29).
- 51 Furthermore, even if such a criterion is not in itself incompatible with Directive 93/37, it must be applied in conformity with all the procedural rules laid down in the directive, in particular the rules on advertising (see, to that effect, on Directive 71/305, *Beentjes*, paragraph 36). It follows that an award criterion linked to the campaign against unemployment must be expressly mentioned in the contract notice so that contractors may become aware of its existence (see, to that effect, *Beentjes*, paragraph 36).
- 52 As regards the Commission's argument that *Beentjes* concerned a condition of performance of the contract and not a criterion for the award of the contract, it need merely be observed that, as is clear from paragraph 14 of *Beentjes*, the condition relating to the employment of long-term unemployed persons, which was at issue in that case, had been used as the basis for rejecting a tender and therefore necessarily constituted a criterion for the award of the contract.
- 53 In this case, as has been stated in paragraph 48 above, the commission criticises only the reference to such a criterion as an award criterion in the contract notice. It does not claim that the criterion linked to the campaign against unemployment is inconsistent with the fundamental principles of Community law, in particular the principle of non-discrimination, or that was not advertised in the contract notice.
- 54 In those circumstances, the Commission's complaint relating to the additional award criterion linked to the campaign against unemployment must be rejected.¹⁶

¹⁶ Mål C-222/98, Kommissionen mot Frankrike, dom den 26 september 2000.

Domstolens tolkning av tilldelningskriterierna är klart utvidgade i förhållande till tidigare praxis. Kommissionen lade i maj 2000 fram två förslag till nya upphandlingsdirektiv¹⁷. Även om förslagen innehåller föreskrifter om tilldelningskriterier om s.k. miljöegenskaper som inte är uttömmande, är de ändå inskränkande på så sätt att tilldelningskriterierna förutsätts ha ett naturligt samband med det som ska upphandlas.

Kontraktskriterier utgör de villkor som ställs under den tid som avtalet löper. Det råder inte någon tvekan om att de villkor som uppställs vid upphandlingen också måste fullföljas under avtalsperioden. Det är således möjligt att häva ett avtal på grund av att den som har fått uppdraget eller motsvarande varken uppfyller de villkor som ställdes i samband med upphandlingen eller de tidigare uppställda kvalifikations- eller tilldelningskriterierna.

5.5 Sociala kriterier vid offentlig upphandling

Med *sociala kriterier* avses sådana kriterier som inte endast är strikt ekonomiskt affärsmässiga. Sociala kriterier har sin grund i målet om ett samhälleligt välbefinnande. Möjligheten att ta hänsyn till annat än endast affärsmässiga ekonomiska förutsättningar vid offentlig upphandling är således förhållandevis stor inom EG-rätten. På samma sätt som gäller i svensk rätt är det naturligtvis också nödvändigt att uppge vilka kriterier som den upphandlande enheten har för avsikt att särskilt beakta vid offentlig upphandling. Om det inte skulle finnas något sådant krav skulle det vara lätt att klandra upphandlingen för att inte ha utförts på ett likvärdigt sätt. Mot bakgrund av att *likabehandlingsprincipen* är en av de främsta principerna inom EG-rätten är det således av synnerlig vikt att den upphandlande enheten beaktar denna vid ett upphandlingsförfarande.

I ett meddelande från Kommissionen, *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen*, utvecklar Kommissionen den diskussion som inleddes i *Grönboken om offentlig upphandling* när det gäller frågan om möjligheten att använda andra än strikt ekonomiska faktorer vid upphandling. Kommissionen skriver:

Det finns således en rad möjligheter att ta hänsyn till sociala eller arbetsmarknadspolitiska målsättningar vid offentlig upphandling:

¹⁷ KOM (2000) 275 slutlig sid. 69 artikel 53.1.b och KOM (2000) 276 slutlig sid. 86 artikel 54.1.a

- c) Direktivreglerna om offentlig upphandling tillåter att anbuds-sökande eller anbudsgivare som brutit mot gällande lagstiftning på området, inklusive bestämmelser om främjande av lika möjligheter, utesluts.
- d) En andra möjlighet består i att ställa, såsom villkor som skall gälla under avtalstiden, krav av social karaktär. Dessa kan till exempel syfta till att främja anställning av kvinnor eller att skydda vissa missgynnade kategorier. Givetvis tillåts endast sådana utförandevillkor som inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater. Dessutom måste adekvat öppenhet garanteras genom att dessa villkor anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

Upphandlande enheter kan således anmodas att verkställa vissa delar av arbetsmarknads- eller socialpolitiken vid sina upphandlingar, eftersom offentliga inköp i själva verket kan vara ett viktigt medel att påverka ekonomiska aktörers agerande. Som exempel på en sådan situation kan nämnas de *rättsliga skyldigheterna i fråga om anställningsskydd och arbetsvillkor*, vilka är *bindande på den plats där bygg- och anläggningsarbeten utförs*, eller så kallade '*positiva åtgärder*'. Det sistnämnda innebär att offentlig upphandling används som ett medel för att uppnå ett eftersträvat mål, till exempel att bygga upp en stadigvarande avsättningsmöjlighet för en skyddad verkstad, som inte rimligtvis kan förväntas kunna konkurrera med vanliga affärsföretag med en normal produktivitetsnivå.¹⁸

Innebörden av detta är således att Kommissionen framhåller det som inte endast möjligt utan även vällovligt att ställa sociala krav vid offentlig upphandling. Genom att ställa sådana krav blir det också möjligt att uppnå s.k. eftersträvansvärda mål. Bland dessa mål kan det finnas anledning att uppmärksamma *en god miljö, jämställdhet mellan män och kvinnor samt etnisk och kulturell mångfald*.

Niklas Bruun (professor vid den svenska handelshögskolan, Helsingfors universitet, Finland) har för Upphandlingskommittén genomfört en vetenskaplig analys av Social hänsyn vid offentlig upphandling.¹⁹ Bruun understryker bland annat att de ändringar som genomfördes i och med Amsterdamfördraget innebär att den rättsliga ramen för socialpolitiken och arbetsrätten har blivit tydligare. De sociala målsättningarna i fördraget har också givits en

¹⁸ Europeiska Gemenskapernas Kommission, *Grönbok. Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: Överväganden inför framtiden*, Bryssel (den 11.03.1998), KOM (1998) 143 slutlig, avsnitt 4.4, sid. 28, Utredningens kursivering.

¹⁹ *En rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av Upphandlingskommittén 2000-11-15*. Det nu aktuella kapitlet utgår huvudsakligen från Bruuns rapport.

större vikt. I fördraget framhålls främjandet av en hög nivå i fråga om sysselsättning och socialt skydd samt jämställdhet mellan män och kvinnor (artikel 2) som mål för gemenskapen. Målen är tänkta att uppnås med hjälp av bland annat upprättandet av en gemensam marknad, EMU liksom den fria rörligheten (artikel 3). Bruun framhåller att "distinktionen mellan mål och medel antyder att det är fullt möjligt att på rättsliga grunder argumentera för att den offentliga upphandlingen i EU utgör ett medel för att uppnå de sociala mål som anges i artikel 2"²⁰. Han skriver:

Beträffande jämställdhet föreskrivs särskilt i artikel 3.2 att detta mål skall integreras med alla politikområden som anges i artikel 3, vilken alltså inkluderar den inre marknaden och den fria rörligheten. Denna bestämmelse utgör ett starkt incitament till att jämställdhetshänsyn skall kunna föras in i den offentliga upphandlingen på nationell nivå, även om artikeln är adresserad till EU. En jämförelse kan här göras med artikel 6 i Romfördraget som införts genom Amsterdamfördraget, där det fastslås att miljöskydds krav skall integreras i utformning och genomförandet av gemenskapens politik och verksamhet. Kommissionen har i ett utkast till dokument om tolkning av direktiven och möjligheterna att ta miljömässiga hänsyn uppmärksammat denna bestämmelse och poängterat att främjandet av miljöskydd idag har samma dignitet som den inre marknaden. Trots detta ger Kommissionen inte denna bestämmelse någon avgörande betydelse vid de avvägningar som måste göras mellan ekonomiska och sociala hänsyn. Vid en målkonflikt får dock inte de primära ekonomiska mål som ligger bakom upphandlingsdirektiven åsidosättas. Kommissionen menar även att artikel 6 inte för med sig någon skyldighet att skapa positiva effekter för miljön.²¹

Under senare tid har EG-domstolen kommit att lyfta fram de sociala målen i allt större utsträckning än tidigare. I ett annat mål²² som bland annat rörde frågan om vissa kollektivavtalsbestämmelser var förenliga med gemenskapens regler om konkurrens konstaterade domstolen därvid bland annat att kollektivavtal i och för sig är konkurrensbegränsande, men att det skulle föreligga fara för att

²⁰ Bruun, sid. 3.

²¹ Bruun, sid. 3 f.

²² De s.k. Albany-målen. Mål C-67/96 Albany International REG 1999 sid. I-5751, p. 59-60, målen C-115/97-C117/97 Brentjens' Handelsovernemning REG 1999 sid. I-3025, p. 56-57 och mål C-219/97 Maatschappij Drijvende Bokken REG 1999 sid. I-6121, p. 46-47. Domstolen lade större vikt vid de sociala målsättningarna än vad generaladvokat Jacobs gjorde i sina yttranden i målen. Mål C-67/96, målen C-115-C117/97 och mål C-219/97 Albany International m.fl. Förslag till avgörande av generaladvokat Jacobs. REG 1999 sid. I-5751.

avtalens socialpolitiska syften skulle äventyras om det skulle vara så att dessa avtal omfattades av artikel 81 i Romfördraget.

Bruun menar att det finns möjligheter att överföra det nu förda resonemanget på frågor om offentlig upphandling, även om det i och för sig är så att målen om kollektivavtalen rörde frågan om upprätthållandet av de nationella kollektivavtalssystemen och arbetsmarknadsparternas autonomi. De vilar nämligen ”på samma ekonomiska rationalitet och utgör grundläggande element i den inre marknaden och för dess funktion... även om sådana åtgärder skulle kunna hämma konkurrensen i ett upphandlingsförfarande, så skulle det socialpolitiska mål som ligger bakom den nationella åtgärden kunna äventyras om den inte gjordes tillätlig.”²³

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen också förklarat att friheten att tillhandahålla tjänster kan inskränkas genom nationella regler som rättfärdigas av hänsyn som är av allmänintresse.²⁴ Här kan särskilt skyddet av arbetstagare nämnas som exempel på tvingande hänsyn som är av allmänintresse och som kan inskränka den fria rörligheten.²⁵

Bruun konstaterar i sin analys att det tveklöst är så att EG-rätten numera ger

ett klart utrymme för att beakta sociala hänsyn och andra icke ekonomiska omständigheter vid offentlig upphandling. EG-rätten har klart utvecklats mot en ökad uttalad tolerans för att medlemsstaterna tillåts integrera dylika hänsyn i upphandlingsförfarandet.²⁶

Sammanfattningsvis konstaterar Bruun när det gäller utvärderings- eller tilldelningskriterierna att det finns ett visst *nationellt utrymme* vad beträffar möjligheten att driva de politikområden som är prioriterade i fördraget, nämligen sysselsättning, miljö och jämställdhet. Det torde inte heller vara så att intressena behöver stå i direkt samband med det som upphandlas. När det gäller kontraktskriterierna menar Bruun att det inte råder någon som helst tvekan om att det är möjligt att ställa krav på att lagar efterlevs. Detta innebär

²³ Bruun, sid. 4.

²⁴ Målen 279/80 Webb REG 1981 sid. 3305, p. 17, mål C-180/89 Kommissionen mot Italien REG 1991 sid. I-709, p. 17, mål C-198/89 Kommissionen mot Grekland REG 1991, sid. I-727, p. 18, mål C-353/89 Kommissionen mot Nederländerna REG 1991 sid. I-4069, p. 18, mål C-76/90 Säger REG 1991 sid. I-4221, p. 15, mål C-43/93 Vander Elst REG 1994 sid. I-3803, p. 16, mål C-272/94 Guiot REG 1996 sid. I-1905, p. 11 och målen 369/96 och C-376/96 Ablade, dom den 23 november 1999 äep, p. 34.

²⁵ Målen 279/80 Webb REG 1981 sid. 3305, p. 19, 62 och 63/91 Seco REG 1982, sid. 223, p. 14, C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990 sid. I-1417, p. 18, C-272/94 Guiot REG 1996 sid. I-1905, p. 16 samt C-369/96 och C-376/96 Arbladed, dom den 23 november 1999 äep, p. 36.

²⁶ Bruun, sid. 10.

bland annat att det inte finns några hinder mot att införa s.k. anti-diskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt.

5.6 Förhållandet mellan offentlig upphandling och jämställdhetsmärkning

Kommissionen har ställt sig frågande till huruvida det kan ställas krav på

antalet anställda inom en viss kategori av personer eller krav på upprättande av en jämställdhetsplan står i överensstämmelse med gällande upphandlingsdirektiv om det rör sig om kriterier som inte har någonting att göra med kontraktets föremål i den enskilda upphandlingen eller det sätt på vilket kontraktet ska utföras. Sådana kriterier som inte bidrar till valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är inte tillåtna enligt de nu gällande direktiven med hänsyn till deras syfte, nämligen att göra det möjligt att bedöma en produkts eller en tjänsts inneboende egenskaper. Dessutom skulle sådana kriterier bedömas som oförenliga med medlemsstaternas åtaganden i Avtalet om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement) som slutits inom ramen för Världshandelsorganisationen.²⁷

Kommissionen gör således gällande att de krav på sociala kriterier som får ställas vid offentlig upphandling ska vara direkt kopplade till det aktuella kontraktets föremål eller det sätt på vilket kontraktet ska utföras. Vi menar emellertid i likhet med Niklas Bruun och Ruth Nielsen²⁸ att det är fullt möjligt att ställa krav på vissa specifika sociala kriterier vid offentlig upphandling såsom att arbetsgivaren följer jämställdhetslagens regler om det aktiva jämställdhetsarbetet – att upprätta en jämställdhetsplan. Mot bakgrund av att kollektivavtalen i Sverige fyller ”en grundläggande funktion, ter det sig [också] naturligt att ett brott mot kollektivavtal kan leda till bedömningen att en anbudsgivare begått ett allvarligt fel i sin yrkesutövning.”²⁹

Med undantag för de arbetsgivare som har färre än tio anställda finns inte någon möjlighet att slippa ifrån skyldigheten att upprätta en jämställdhetsplan. Skyldigheten att upprätta en jämställdhets-

²⁷ Tolkningsmeddelande från Kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, Bryssel den 15 oktober 2001, KOM (2001) 566 slutlig.

²⁸ Boel Flodgren och Ruth Nielsen, *Rätten (om)kring Öresund*, Jurist- og Ekonomiforbundets Forlag (2000), Köpenhamn Danmark.

²⁹ Bruun, sid. 6.

plan är med andra ord absolut. Den arbetsgivare som inte uppfyller skyldigheten kan av jämställdhetsnämnden föreläggas att vid vite upprätta en sådan plan. I likhet med bolags skyldighet att upprätta en årsredovisning är skyldigheten att upprätta en årlig jämställdhetsplan ovillkorlig.

I Utredningens uppdrag ligger det bland annat att belysa frågan om det finns några särskilda hinder enligt LOU och EG-rätten mot att införa frivillig jämställdhetsmärkning. Vi har nu gjort en genomgång av aktuella regler i LOU och centrala delar i EG-rätten och kan således konstatera att de svenska rättsreglerna är mer begränsande än EG-rätten. Även om den svenska lagstiftningen inte utesluter möjligheten att använda andra kriterier än strikt *affärsmässiga* är det möjligt att tolka detta såsom att det inte är möjligt att beakta sociala kriterier i den omfattning som EG-rätten implicerar.

Utredningen sympatiserar med det affärsmässiga kravet som ställs vid offentlig upphandling. Vi menar vidare att det är viktigt att upphandlingen sker efter särskilt bestämda kriterier för att på så sätt undvika skönsmässiga ad hoc-lösningar. På så sätt blir det också möjligt att nå upp till EG-rättens högt ställda krav på lika-behandling. Vi menar att klara och enkla regler för offentlig upphandling såsom att godta märkningar och certifieringar från öppna system skulle kunna innebära ett effektivt redskap för att nå målet: *en fri marknad med fri rörlighet över gränserna för varor, tjänster, kapital och personer.*

6 Lagen om otillbörligt upphandlingsbeteende

Sammanfattning av kapitel 6

I det här kapitlet beskrivs lagen om otillbörligt upphandlingsbeteende och dess förhållande till frågor om jämställdhetsmärkning.

Vid sidan om LOU infördes lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU).¹ Lagen, som trädde i kraft den 1 juli 1994, ett halvår efter LOU:s ikraftträdande, syftade till att säkerställa LOU.

LIU innehåller således främst bestämmelser om hur upphandlade enheter ska förhindras att tillämpa ett otillbörligt beteende vid offentlig upphandling. Genom lagen ges *Konkurrensverket* primär rätt att göra en framställan hos Marknadsdomstolen om att en eller flera upphandlande enheter ska förbjudas att *tillämpa ett visst upphandlingsförfarande* om enheten tidigare har tillämpat beteendet, eller om det finns särskild anledning att befara att enheten kommer att tillämpa ett beteende som innebär att

- 1 något företag påtagligt diskrimineras i förhållande antingen till den verksamhet som enheten själv bedriver för att tillgodose behovet av en vara, tjänst eller annan nyttighet eller till ett annat företag, eller
- 2 beteendet på något annat sätt påtagligt snedvrider förutsättningar för konkurrens vid upphandlingen.

(3 § LIU)

Om Konkurrensverket väljer att inte ansöka om förbud får ansökan göras av *sammanslutning av konsumenter, löntagare eller företag*

¹ Prop. 1993/94:38, Ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling och Ds 1992:4 *Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag*.

eller av ett företag som berörs av beteendet. Ansökan får naturligtvis även göras av en enhet mot vilken ett beslut om förbud är riktat.

Marknadsdomstolens förbud får förenas med vite. Konkurrensverket kan föra talan om utdömandet av vitet vid länsrätten.

6.1 Förhållandet mellan lag om ingripande mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling och jämställdhetsmärkning

Utredningen har bland annat i uppdrag att belysa frågan om det finns några särskilda hinder mot att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning. Den nu aktuella lagens förbudsregler utgår från LOU vilken vi har behandlat i det tidigare. Säsom vi ser det finns det inte några hinder mot att införa frivillig jämställdhetsmärkning enligt lagen om ingripande mot otillbörligt beteende vid offentlig upphandling.

7 Marknadsföringslagen

Sammanfattning av kapitel 7

I det här kapitlet beskriver vi förhållandena mellan marknadsföringslagen och frågor om jämställdhetsmärkning.

Utredningen konstaterar att det inte finns några hinder mot att införa ett system för frivillig jämställdhetsmärkning enligt marknadsföringslagen. Tvärtom är det så att marknadsföringslagens starka koppling till ett etiskt förhållningssätt på marknaden ligger i linje med ett system som säkerställer konsumenters och näringsidkares önskemål om jämställda produkter och tjänster.

Den nu gällande marknadsföringslagen (1995:450)¹ trädde i kraft den 1 januari 1996, då den äldre lagen (1975:1418)² upphörde att gälla. Den äldre lagen ersatte i sin tur lagen (1970:412)³ om otillbörlig marknadsföring, vilken tidigare hade ersatt lagen (1931:152) om illojal konkurrens.⁴ Lagen från 1970 hade sitt ursprung i den svenska ekonomins tillväxt, som bland annat innebar att de enskilda individerna, konsumenterna, fick ökade möjligheter till konsumtion. De första reglerna var huvudsakligen inriktade på förhållanden i hem och hushåll. Den ökade konsumtionen innebar inte endast att utbudet av produkter och tjänster ökade, utan även att konsumenterna fick svårare att överblicka det växande utbudet av varor och tjänster. I syfte att skydda konsumenterna från den allt hårdare marknadsföringen av produkter och tjänster trädde således lagen om otillbörlig marknadsföring i kraft år 1970.⁵

¹ Prop. 1994/95:123, Bet. 1994/95:LU16, SOU 1993:59, *Ny marknadsföringslag*. Slutbetänkande av Marknadsföringsutredningen.

² Prop. 1975/76:34, NU 14, SOU 1973:20 *Varudeklaration – ett medel i konsumentpolitiken*.

³ Prop. 1970:57, 3 LU 45, SOU 1966:1, *Otillbörlig konkurrens*.

⁴ Prop. 1970:57, 3 LU 45, SOU 1966:1, *Otillbörlig konkurrens*.

⁵ Förevarande avsnitt är huvudsakligen baserat på regeringens proposition 1994/95:123 om en ny marknadsföringslag.

7.1 Tidigare reglering på marknadsföringsområdet

Lagen från 1970 utgick huvudsakligen från en generalklausul som syftade till att förhindra s.k. *otillbörlig marknadsföring*. Tanken var att de tillämpande myndigheterna, *Konsumentombudsmannen* och *Konsumentrådet* (nuvarande Marknadsdomstolen) skulle ta hänsyn till de principer om otillbörlig marknadsföring som hade utvecklats inom näringslivet vid tillämpningen av lagen.

Generalklausulen från 1970 års lag överfördes i princip ordagrant till lagen från 1975. Vid sidan om denna klausul infördes det även en generalklausul om informationsplikt och ytterligare en regel om förbud mot försäljning m.m. av farliga och otjänliga varor. Den senare regeln överfördes senare till produktsäkerhetslagen (1988:1604).

I syfte att harmonisera de svenska marknadsföringsreglerna med EG-rätten utökades tillämpningsområdet. Efter att tidigare endast ha gällt s.k. avsättningsfrämjande marknadsföring kom de nu även att gälla vid anskaffning av varor. Därutöver gjordes klausulen även tillämplig på reklam i vissa televisionssändningar inom EES-avtalets tillämpningsområde.

7.2 Grunddragen i marknadsföringslagen

Den nu gällande marknadsföringslagen har huvudsakligen i syfte att främja konsumenters och näringsidkares intressen vid *näringsidkares marknadsföring av varor, tjänster, fast egendom, arbetstillfällen och andra nyttigheter* (s.k. produkter). Lagen syftar även till att motverka marknadsföring som är otillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.

Utgångspunkten i lagen är att all marknadsföring ska utformas och presenteras så att det tydligt framgår att det just är fråga om marknadsföring. Marknadsföringen ska stå i överensstämmelse med s.k. *god marknadsföringssed* och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare. Det är viktigt att det vid marknadsföringen lämnas sådan information som är av särskild betydelse från konsumentsynpunkt. Det får inte heller råda minsta tvivel om vem eller vilka som svarar för marknadsföringen.

I likhet med jämställdhetslagen är det möjligt att dela in lagen i två delar: generalklausuler och förbudsregler. Konsumentombudsmannen utövar tillsyn över lagens efterlevnad och har även givits rätt att meddela förelägganden eller förbud mot vissa regler i marknadsföringslagen (21 §). Dessa meddelanden ska förenas med vite.

Ett föreläggande blir inte giltigt förrän näringsidkaren har godkänt föreläggandet.

Vid sidan av vitesförelägganden, som även får meddelas av domstol i vissa särskilda fall, innehåller lagen också regler om s.k. direktverkande sanktioner i form av *marknadsstörningsavgift*. Avgiften får fastställas till lägst fem (5) tusen kronor och högst fem (5) miljoner kronor (24 §). Om någon uppsåtligen eller av oaktsamhet bryter mot ett förbud eller ett åläggande (enligt 14 eller 15 §§) eller mot en föreskrift (5–13 §§) kan denne ådömas att ersätta den skada som har åsamkats en konsument eller näringsidkare (29 §).

Talan om förbud eller ålägganden väcks vid Marknadsdomstolen och får väckas av Konsumentombudsmannen, näringsidkare som berörs av den aktuella marknadsföringen, och en sammanslutning av konsumenter, näringsidkare eller löntagare (38–40 §§). I alla mål med undantag för mål om marknadsstörningsavgift, där Konsumentombudsmannen har primär talerätt, har nu nämnda aktörer likställd talerätt.

För Utredningens räkning är det främst de tre begreppen *god marknadsföringssed* och *information av särskild betydelse* samt *vilsledande reklam* som är av intresse. Vi behandlar dem i nu nämnd ordning. Avslutningsvis gör vi en jämförelse av hur marknadsföringslagen kan tänkas förhålla sig till jämställdhetsmärkning.

7.3 God marknadsföringssed och information av särskild betydelse

Utgångspunkten i lagen är att all marknadsföring ska ske med beaktande av s.k. god marknadsföringssed, vilket skulle kunna beskrivas som att *etiska aspekter* ska beaktas vid marknadsföring av produkter. Detta uttrycks som att:

Marknadsföringen skall stämma överens med *god marknadsföringssed* och även i övrigt vara tillbörlig mot konsumenter och näringsidkare.

Vid marknadsföringen skall näringsidkaren lämna sådan *information* som är *av särskild betydelse* från konsumentsynpunkt.

(4 § [kursiveringen är gjord av Utredningen])

Det betyder att lagen ställer höga krav på dem som marknadsför produkter i syfte att främja konsumenters och näringsidkares (i det följande kallade intressenter) intressen på den fria marknaden. Tan-

ken är således att god marknadsföringssed ska underlätta intressenternas val av produkter på den fria marknaden. Som ett led i detta är det också möjligt att meddela ett förbud mot marknadsföringsåtgärder som står i strid med s.k. *god marknadsföringssed* eller *annars är otillbörliga mot konsumenterna eller näringsidkare* (4 §). Med god marknadsföringssed avses delvis det som i tidigare lagstiftning benämndes *god affärssed*, vilket är ett utomrättsligt normsystem som har utvecklats inom näringslivet. Internationella handelskammarernas grundregler för reklam, att *marknadsföringen ska vara laglig*, står här som föregångare. Vid sidan av dessa finns det även andra vedertagna normer för marknadsföring av produkter. Här kan t.ex. nämnas *riktlinjer* från Konsumentverket, vilka har utformats efter överenskommelser med olika branschorganisationer, *normer* som utgår från Marknadsdomstolens *praxis* samt *internationellt vedertagna normer* som just syftar till att skydda konsumenterna och näringsidkarens intressen vid marknadsföring av produkter.

Näringsidkarens skyldighet att *lämna sådan information som är av särskild betydelse från konsumentens synpunkt* infördes redan i 1975 års lagstiftning. Motivuttalandena till informationsplikten var förhållandevis knapphändiga. I dag finns det emellertid en väl utvecklad praxis på området. Praxis grundar sig på avgöranden från Marknadsdomstolen, men innehåller även riktlinjer från Konsumentverket. I propositionen inför den nu gällande marknadsföringslagen skrivs det bland annat att det av lagtexten

framgår endast att det skall vara fråga om information som har särskild betydelse från konsumentens synpunkt. Marknadsdomstolen har byggt sin bedömning på förarbetsuttalandet att med särskild betydelse bör förstås *ett inte helt obetydligt behov och inte bara sådana fall som är särskilt allvarliga*. Vidare har det uttalats i förarbetena att de konsumentintressen som avses är privatpersoners intressen i samband med förvärv och liknande av nyttigheter för enskilt bruk (prop. 1975/76:34 sid. 126).

I den praktiska tillämpningen kan det uppstå ett visst motsatsförhållande mellan näringsidkarens önskemål om att ge kommersiella budskap en enkel och slagkraftig utformning och krav på informationslämnande som kan verka kostnadsfördyrande och tyngande samt påverka konkurrensförhållandena. Det framgår av Marknadsdomstolens praxis att det i sådana situationer skall göras en avvägning mellan olika berörda behov och intressen.

Domstolen förklarade sålunda i fallet MD 1981:4, att ett *informationslämnandes innebörd* måste bestämmas på grundval av en *samlad bedömning av hur starkt behov konsumenterna har av informationen ifråga*, hur omfattande informationen bör vara för att tillgodose beho-

vet samt vilka verkningar, positiva eller negativa, åläggandet kan få för det ekonomiska systemets funktion och därmed ytterst för konsumenterna. I avgörandet ålade Marknadsdomstolen företaget att i produktbroschyrer m.m. informera om att vissa spisar även salufördes av koncernen under andra varunamn, s.k. märkesdifferentiering. Marknadsdomstolen har ogillat Konsumentombudsmannens krav på information om totalkostnaden för hyra av hemelektronik, när hyrestiden endast var sex månader och månadskostnaden fanns angiven, MD 1990:17.

Den information som kan krävas kan vara av olika slag. En viktig typ är *produktinformation*, det vill säga *information om varans eller tjänstens innehåll, beskaffenhet och egenskaper eller dess användning, förvaring och skötsel*. Marknadsdomstolen har i avgörandet MD 1981:20, ålagt vissa bilföretag att i annonsering informera om bilens bränsleförbrukning och bränslekostnader enligt normer angivna i Konsumentverkets riktlinjer. I avgörandet MD 1990:27 har Marknadsdomstolen ålagt en bilhandlare att vid marknadsföring av begagnade personbilar till konsumenter lämna varudeklaration för bilar i den omfattning och på det sätt som anges i Konsumentverkets riktlinjer på området.

En annan viktig typ är pris- och villkorsinformation, det vill säga information om betalningsvillkoren och förhållandet i övrigt mellan säljare och köpare.

Marknadsdomstolen har t.ex. ålagt en byggnadsentreprenör att tydligt ange vilka villkor i kontraktshandlingarna som är avsedda att utgöra avtalsinnehåll, MD 1979:18. En förmedlare av bostadsrätter har ålagts att informera om kravet på ekonomisk plan för bostadsrättsföreningar, MD 1984:5.

Generalklausulen om informationskyldighet har, som utredningen framhållit, kommit att spela en central roll inom marknadsföringslagens regelsystem. Från konsumentsynpunkt är det viktigt att reklam innehåller sådan information som är av betydelse för konsumenternas möjligheter att träffa väl övervägda köpbeslut. Genom Marknadsdomstolens praxis och Konsumentverkets riktlinjer har informationskyldighetens omfattning och inriktning klarlagts ganska väl.⁶

För Utredningens del menar vi att det finns anledning att ta fasta på detta uttalande, eftersom det understryker vikten av god marknadsföringssed som medel för ett väl fungerande konsumtionssamhälle. Den som gör sig skyldig till överträdelse av den nu aktuella bestämmelsen kan antingen förbjudas att fortsätta med marknadsföringen eller också åläggas att lämna sådan information som anses vara av särskild betydelse (14 och 15 §§). Vi kommer i

⁶ Prop. 1994/95:123, sid. 44 f. Kursiveringen är gjord av Utredningen.

det följande att göra en analys av hur god marknadsföringssed och näringsidkares informationsplikt skulle kunna tänkas förhålla sig till jämställdhetsmärkning.

7.4 Vilseledande reklam

I syfte att förhindra dålig eller vilseledande marknadsföring föreskriver marknadsföringslagen bland annat:

En näringsidkare får vid marknadsföring inte använda påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares näringsverksamhet. Detta gäller särskilt framställningar som avser

- 1 produktens art, mängd, kvalitet och andra egenskaper,
- 2 produktens ursprung, användning och inverkan på hälsa eller miljö,
- 3 produktens pris, grunderna för prissättningen och betalningsvillkoren,
- 4 näringsidkarens egna eller andra näringsidkares kvalifikationer, ställning på marknaden, kännetecken och andra rättigheter,
- 5 belöningar och utmärkelser som har tilldelats näringsidkaren,
- 6 vilseledande förpackningsstorlekar.

(6 § marknadsföringslagen)

Tanken är således att näringsidkare inte får marknadsföra produkter på ett så vilseledande sätt att det kan finnas risk för att konsumenter eller andra näringsidkare förmås ingå avtal (t.ex. köpa eller hyra) på grunder som inte har med produktens egenskaper att göra. Förbudet avser således påståenden eller andra framställningar som är vilseledande. Med framställningar avses bland annat marknadsföring vid allt från muntliga till skriftliga framställningar i annonser, broschyrer och på förpackningar oavsett om de uttrycks i *ord*, *bild* eller *tecken*.

7.4.1 Närmare om vilseledande reklam

Marknadsförare är förbjuden att göra påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller någon annan näringsidkares verksamhet. Med *framställning* avses bland annat ord, bild och tecken. Både muntliga och skriftliga framställningar omfattas av förbudet. Såväl annonser, broschyrer, deko-

rer på förpackningar som reklam i etern omfattas av s.k. skriftliga framställningar. Utanför förbudet faller emellertid förpackningar som sådana, vilka regleras i 7 §.

Förbudet mot vilseledande marknadsföring innehåller även en exemplifiering av de mest frekvent förekommande fallen av vilseledande marknadsföring (6 § 2 st.). Uppräkningen är inte uttömmande och det krävs inte heller att någon har förletts att köpa något på grund av den vilseledande framställningen. Avgörande för frågan är i stället om framställningen är *ägnad* att vilseleda.

Enligt marknadsföringslagen ska all marknadsföring vara vederhäftig. Den som i marknadsföring använder ett påstående ska också kunna styrka påståendets riktighet. Om det inte är möjligt är påståendet att betrakta som ovederhäftigt. Vid jämförelser mellan olika produkter ställs det stora krav på vederhäftighet. Jämförelser mellan olika utpekade produkter regleras närmare i 8 a §. I motiven till marknadsföringslagen anförs det att vid bedömningen av frågan om marknadsföring är vilseledande, ska hänsyn tas till det *intryck som en flyktig läsning ger*.⁷ Motsvarande måste enligt Marknadsdomstolens mening gälla i än högre grad i fråga om reklam i TV, eftersom det får antas att tittarna regelmässigt tar del av sådan reklam mycket flyktigt.

Marknadsdomstolen har vid ett flertal tillfällen haft i uppgift att bedöma om ett visst förfarande har ansetts strida mot *god marknadsföringssed*. Domstolen har därvid förklarat att det är helhetsintrycket som ska ligga till grund för bedömning av den aktuella situationen. I ett mål (MD 1994:17) mellan Konsumentombudsmannen (KO) och Procter & Gamble AB ställdes frågan om bolaget hade gjort s.k. reservationslösa påståenden om att vissa tvättmedel var mer effektiva mot fläckar än andra. Bolaget menade emellertid att reklaminslagen inte skulle tolkas såsom att det aktuella tvättmedlet var mer effektivt än andra tvättmedel annat än när det gällde vissa specifika fläckar som ingick i reklaminslaget, nämligen matolja, majonnäs och chokladglass. Marknadsdomstolen fann emellertid att påståendena var att betrakta som vilseledande och att marknadsföringen var otillbörlig enligt MFL, eftersom reklaminslagen skulle bedömas utifrån *det intryck som de gav i sin helhet*.⁸

⁷ Prop. 1970:56, sid. 68 ff.

⁸ Liknande uttalanden finner man till exempel i domarna MD 2000:31, 2000:28, 2000:29, 2000:5, 1998:12.

7.4.2 Vilseledande marknadsföring av hälsa och miljö

Förbudet mot att använda vilseledande reklam när det gäller framställningar som avser produktens inverkan på *hälsa* eller *miljö* har sin förebild i EU:s direktiv om vilseledande reklam i det här avseendet.

Det finns inte några hinder mot att använda sig av miljöcertifiering i kampen om konsumenterna. I förarbetena till lagen skrivs det att *en korrekt och behörig användning av ett etablerat miljömärke givetvis inte innebär att märket (framställningen) kan anses vilseledande*.⁹ FRIJA menar att detta är ett riktigt konstaterande, eftersom ett officiellt märke bör ses som en garant för att en vara eller tjänst uppfyller vissa på förhand uppställda kriterier.¹⁰

Den som gör sig skyldig till överträdelse av 6 § kan, om överträdelsen har skett uppsåtligt eller av oaktsamhet, åläggas att erlagga en avgift, s.k. marknadsstörningsavgift (22 §).

Mot bakgrund av att det finns ett flertal begrepp när det gäller frågan om vad som är att betrakta som miljövänligt är det inte heller helt lätt att konstatera vad som egentligen avses med till exempel uttrycket en *grön produkt*. I dag saknas möjligheter att *exakt mäta* hur säker produkten är ur miljösynpunkt.

Det händer också att allmänt hållna påståenden om att en produkt har vissa miljöfördelar framför andra leder till uppfattningar om produktens totala miljöpåverkan – produktion, distribution, återanvändning och förstörelse i samband med avfallshanteringen.

Frågan om huruvida produkter uppfyller de krav som förespeglas i annonseringen har varit uppe till behandling vid Marknadsdomstolen vid ett flertal tillfällen.¹¹ I ett mål ställdes frågan om ett reklamlad, ett brev, en handbok och en tidningsartikel som rörde nya hårvårdsprodukter och en ny hårfärgningsmetod också innebar en helt *ny* och *revolutionerande metod*. I annonseringen hade det bland annat använts formuleringar som innebar att det var fråga om en *naturlig metod* och att produkterna enbart innehöll biologiska ingredienser samt att det inte fanns några ämnen som var skadliga från hälso- och miljösynpunkt. Dessa påståenden visade sig sakna grund, vilket ledde till att domstolen fann att marknadsföringen var vilseledande och ovederhäftig.¹²

⁹ Prop. 1994/95:123, sid. 166 f.

¹⁰ Angående märknings- och certifieringssystem, se kapitel 10 – 11 jämte bilaga 7.

¹¹ Se bland annat MD 1974:12, 1989:2, 1992:23, 1994:32, 1990:22 och 1991:119.

¹² MD 1994:32.

I ett pilotfall mellan Konsumentombudsmannen och Norsk Hydro Olje AB förklarade domstolen att

vederhäftighetsprövningen måste ske med hänsyn till hur konsumenten kan antas uppfatta miljöargumentens innebörd. Bedömningen påverkas av hur människors miljömedvetenhet och den allmänna synen på miljöfrågor utvecklas. Av betydelse är därvid andra regelsystem som finns eller tillkommer på miljöområdet, t.ex. lagen om kemiska produkter och systemet för frivillig, positiv miljömärkning (Svanen), som bygger på att alla faktorer i en produktcykel beaktas. Märkning är inte utesluten för att en vara har vissa negativa miljöeffekter, eftersom systemet är relativt. Dock bör kemiska produkter komma i fråga endast om de inte klassas som hälso- och miljöfarliga. Eventuellt kan sådana som anses måttligt farliga märkas.

Domstolen uttalade att bedömningen av miljöargument enligt marknadsföringslagen bör ha i stort sett samma utgångspunkter som prövningen av frågor om miljömärkning. Hänsyn borde också tas till att Kemibranschens Etiknämnd ansett ordet 'miljövänlig' ha en så oklar språklig innebörd att det bara kunde användas med stor försiktighet i reklamsammanhang. Nämnden menade att beteckningen skulle reserveras för sådant som förbättrar miljön och att den över huvud inte borde förekomma utan att det i omedelbar anslutning till ordet preciseras i vilket avseende produkten är 'miljövänlig'. Självklart måste också krävas att riktigheten av uppgiften, så preciserad, är vetenskapligt klart belagd.

Marknadsdomstolen ansåg sig emellertid inte i ärendet ha vare sig anledning eller underlag för att närmare ange generella grunder för bedömningen och gå in på frågan om när det är lagstridigt att beskriva en vara som miljövänlig, miljövänligare än andra eller med liknande uttryck.

Produktnamnet, Hydro Miljö Plus, liksom beteckningen 'den miljövänliga oljan' måste, enligt domstolen, uppfattas som ett påstående om stora fördelar från miljösynpunkt. Övriga aktuella formuleringar utgjorde allmänna och opreciserade påståenden med huvudsakligen samma innebörd. Eldningsolja är emellertid en produkt som typiskt sett medför stor belastning på miljön. Norsk Hydro hade inte visat att bolagets olja i väsentlig mån skiljde sig från andra eldningsoljor i detta avseende. Att på det sätt som skett, allmänt och utan preciseringar, framställa oljan som fördelaktig för miljön var därför vilseledande.¹³

¹³ Carl-Anders Svensson, Anders Stenlund, Torsten Brink och Lars-Erik Ström, *Praktisk marknadsrätt*, Norstedts juridik (1996), Stockholm, sid. 115 f.

7.5 Förhållandet mellan god marknadsföringssed och jämställdhetsmärkning

Utredningen har bland annat i uppdrag att besvara frågan om marknadsföringslagen utgör hinder mot att införa frivillig jämställdhetsmärkning. Utredningen menar att det inte finns några sådana hinder enligt marknadsföringslagen. Tvärtom är det så att marknadsföringslagens starka koppling till ett etiskt förhållningssätt på marknaden ligger i linje med ett system som säkerställer konsumenters och näringsidkares önskemål om jämställda produkter och tjänster.

Vi menar också att det, på samma sätt som gäller när miljöargument används vid marknadsföring, inte finns några hinder för att använda sig av ett *etablerat system för frivillig jämställdhetsmärkning* vid marknadsföring av produkter eller tjänster.