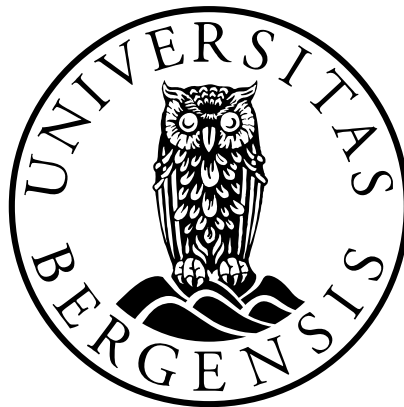


Adgangen til positiv særbehandling på grunnlag av kjønn ved ansettelse

Kandidatnummer: 179

Antall ord: 14 639

(PS! Bruk ordtellingsfunksjon. Fotnoter og sluttnoter skal medregnes i ordgrensen. Forord, forside, innholdsfortegnelse, registre, litteraturliste og vedlegg medregnes ikke.)



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2015

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
	1.1 Tema og problemstilling	1
	1.2 Problemstillingens historiske utvikling og aktualitet	2
	1.3 Avgrensninger	3
	1.4 Kort innføring	4
	1.4.1 Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsipp.....	4
	1.4.2 Forbudet mot diskriminering.....	5
	1.4.3 Kjønnskvotering som positiv særbehandling.....	6
	1.5 Struktur	7
2	RETTLIG UTGANGSPUNKT	8
	2.1 Nasjonale rettskildefaktorer	8
	2.2 Likestillingsloven av 2013	8
	2.3 Nærmere om vilkårene i likestillingsloven § 7	10
3	INTERNASJONALE FORPLIKTELSER	12
	3.1 Internasjonale menneskerettskonvensjoner	12
	3.1.1 Menneskerettighetskonvensjonenes stilling i norsk rett.....	12
	3.1.2 Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) og Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD).....	17
	3.1.3 FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (KDK) og FNs kvinnediskrimineringskomité (kvinnekomitéen).....	18
	3.2 EU/EØS-rettslige forpliktelser	20
	3.2.1 EU/EØS-rettens stilling i Norge.....	20
	3.2.2 Traktat- og direktivbestemmelser om positiv særbehandling.....	21
4	INNHALDET I ADGANGEN TIL POSITIV SÆRBEHANDLING VED ANSETTELSE	24
	4.1 Plikt eller kun adgang til å særbehandle?	24
	4.1.1 Rettstilstanden etter KDK og tilhørende praksis.....	24
	4.1.2 Rettstilstanden etter EU/EØS-retten og tilhørende rettspraksis.....	25
	4.1.3 Forrangsspørsmålet: Får KDK eller de EU/EØS-rettslige forpliktelsene gjennomslag?.....	27
	4.2 Adgang til radikal kjønnskvotering?	30
	4.3 Adgang til moderat kjønnskvotering?	33
	4.3.1 Stilles det særskilte krav til begrunnelse eller fremgangsmåte?.....	35
	4.4 Adgang til positiv særbehandling som unntak fra indirekte diskriminering	36
	4.5 Oppsummert om positiv særbehandling ved ansettelser	38
5	NORSKE HÅNDHEVELSESGRANNSKAPERS AVGJØRELSER I LYS AV KDK OG EU/EØS-RETTE	41
	5.1 LDN 23/2009 ("Kvinnelig sorenskriver")	41
	5.2 Rt. 2014 s. 402 ("Admiral"-dommen)	42
6	BEVISBYRDEREGELEN	44
	6.1 Likestillingsloven § 27	44
	6.1.1 Nærmere om delt bevisbyrde.....	44
	6.1.2 Klagers og arbeidsgivers bevisbyrde.....	45
	6.2 Særlig om bevisvurderingen i Rt. 2014 s. 402 ("Admiral"-dommen)	47
7	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER	51
8	LITTERATURLISTE	53

1. INNLEDNING

1.1 Tema og problemstilling

Tema for oppgaven er adgangen til å fremme likestilling gjennom positiv særbehandling som særtiltak. Problemstillingen er om likestillingslovgivningen pålegger en plikt til og i hvilken grad den åpner for positiv særbehandling på grunnlag av kjønn ved ansettelser. Avhandlingen tar utgangspunkt i vilkårene for særbehandling som følger av likestillingsloven (likestl.) § 7.¹ Etter bestemmelsen må særbehandlingen fremme lovens formål, være proporsjonal og opphøre når siktemålet er nådd.²

Videre vil et utvalg av de føringer som Norge er bundet til etter internasjonale forpliktelser drøftes. Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK)³, FNs kvinnekonvensjon (KDK)⁴ og EU/EØS-retten innen likestillingsområde står her i en særstilling. Både EMK, KDK og EØS-rettslig regulering, som er innarbeidet i norsk lov og gitt forrang ved motstrid, regulerer forskjellsbehandling og setter rettslige skranke ved anvendelsen av kjønnskvolter.

Med positiv særbehandling menes tiltak som favoriserer det underrepresenterte kjønn for å bedre deres stilling. Eksempelvis aktualiseres særbehandlingsadgangen ved spørsmål om å ansette en kvinne som brannkonstabel fremfor en mann. Arbeidsgiver har i utgangspunktet avtalefrihet hva gjelder adgangen til å stifte arbeidsforhold,⁵ men må likevel forholde seg til en rekke skranke. Forbudet mot diskriminering gjennomfører likestillingslovgivningen og er et eksempel på en slik skranke. Dersom nærmere angitte vilkår er innfridd, kan det imidlertid gjøres unntak fra diskrimineringsforbudet slik at kvinnen blir ansatt – og dermed positiv særbehandlet – på bekostning av mannen.

¹ Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestillings mellom kjønnene (likestillingsloven), trådte i kraft 1. januar 2014

² Jf. henholdsvis likestl. § 7 a, b og c.

³ Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter

⁴ De forente nasjoner kvinnekonvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner av 18. desember 1979

⁵ Denne avtalefriheten kalles arbeidsgivers styringsrett. Se for eksempel Rt. 2000 s. 1602 ("Nøkkdommen") s. 1609 hvor utgangspunktet for arbeidsgivers styringsrett forklares nærmere.

Det er adgang til å særbehandle både kvinner og menn. Loven tar imidlertid særlig sikte på å sikre kvinner tilgang til arbeidsmarkedet.⁶ Særbehandling av menn er i dag begrenset til yrker innen utdanning og omsorg for barn,⁷ til tross for at menn er underrepresentert i flere yrker enn dette.⁸

Positiv særbehandling medfører at en eller flere av det motsatte kjønn forskjellsbehandles.⁹ Ved at en person får fordel i ansettelsesprosessen basert på sitt kjønn, utgjør tiltaket et innhugg i diskrimineringsforbudet. Lovgiver anser likevel slike særtiltak som et nødvendig virkemiddel for å oppnå reell kjønnslikestilling.¹⁰

1.2 Problemstillingens historiske utvikling og aktualitet

For over hundre år siden ble Grunnloven § 50 endret slik at kvinner fikk stemmerett. Retten til å ta del i det politiske liv ble dermed formelt lik for kvinner og menn. Det kan imidlertid ikke settes likhetstegn mellom kjønnsnøytral lovgivning og reelt like rettigheter. Kvinnebevegelsen satte søkelyset på dette og etter vedvarende press ble det iverksatt tiltak for å sikre faktisk likestilling. Lov om likestilling mellom kjønn av 1978 utvidet kvinners rettigheter, blant annet ved å tillate positiv særbehandling som virkemiddel i likestillingspolitikken.¹¹

Loven og dens kvoteringsordning skapte likevel kontroverser både før og etter vedtakelsen.¹² Fremdeles pågår debatten om hvorvidt kjønnskotering er et egnet eller respektabelt virkemiddel. For eksempel varslet finansminister Siv Jensen i 2014 at hun ønsket å fjerne all kvotering og uttalte at: "kvotering er nedverdiggende,

⁶ Jf. likestillingsloven §1 andre ledd.

⁷ FOR-1998-07-17-622 (Forskrift om særbehandling av menn)

⁸ Se LDOs internettsider (ldo.no), "Positiv særbehandling", tilgjengelig på: <http://www.ldo.no/nyheter-og-fag/Arkiv/Featured-news/Positiv-sarbehandling/> (sist besøkt 8. mai 2015).

⁹ Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning, pkt. 20.2 s. 171 *Til § 7 Positiv særbehandling* jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv., pkt 7.2.1 s. 54

¹⁰ *ibid.*

¹¹ Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestillings mellom kjønnene (likestillingsloven)

¹² Se regjeringens internettsider (regjeringen.no), tale til UDAs aspirantkurs, "Likestilling og velferdsstaten: Om likestilling, kvotering, permisjon og barneloven", herunder punkt: "Nærmere om virkemidler i likestillingspolitikken", 2009, tilgjengelig på: <https://www.regjeringen.no/nb/aktuelt/velferdsstaten-og-likestilling-om-likest/id551841/> (sist besøkt 13. mars 2015).

rett og slett”.¹³ Diskrimineringsombud Sunniva Ørstavik uttaler på sin side at ”positiv særbehandling [ikke] betyr at menn diskrimineres”.¹⁴ Uttalelsene illustrerer at den politiske debatten vedrørende kvotering pågår den dag i dag – nesten 40 år etter ordningen trådte i kraft.

Det er imidlertid ikke bare på politisk nivå at positiv særbehandling har stått i fokus. Rekkevidden av særbehandlingsadgangen har også vært omtvistet en rekke ganger for internasjonale og nasjonale håndhevingsorganer.¹⁵ Nylig kom en sak vedrørende særtiltak i likestillingsøyemed opp for Høyesterett.¹⁶ I kjølvannet av sakens resultat har det blitt rettet skarp kritikk mot flertallets bevisvurdering.¹⁷

I 2013 trådte en rekke nye lover på diskriminerings- og likestillingsområdet i kraft.¹⁸ Målet til den sittende regjeringen er å samle alle disse inn i én felles likestillings- og diskrimineringslov. Det er riktignok ikke varslet endringer hva gjelder adgangen til å kvotere, men formålet med sammenslåingen er å skape et tydelig lovverk som skal sørge for et mer helhetlig og dermed styrket diskrimineringsvern.¹⁹ At lovgiver går inn for revidering for tredje gang siden 1978, tilsier at engasjementet rundt likestilling, herunder kvotering av kvinner, er stort.

1.3 Avgrensninger

Selv om det pågående arbeidet mot en felles lov reiser interessante problemstillinger, begrenses oppgaven til å redegjøre for gjeldende rett etter likestillingsloven av 2013. Som nevnt i punkt 1.1, er utvalget av internasjonale rettskilder begrenset til EMK, KDK og EU/EØS-retten, noe som skyldes relevans- og plasshensyn.

¹³ Artikkel i Aftenposten 8. Mars 2014, av Gjerde og Tjernshaugen. Tilgjengelig på: <http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/politikk/--Kvinner-som-vil-opp-og-frem-ma-gi-opp-kontroll-i-hjemmet-7493017.html> (sist besøkt: 15. mai 2015).

¹⁴ jf. fotnote 8.

¹⁵ Se særlig del 4

¹⁶ Rt. 2014 s. 402 ("Admiral"-dommen)

¹⁷ Arvid R. Ødegård og Kari Bergeius Andersen, "Kritikk av en høyesterettsdom i likestillingssak – Rt. 2014 side 402", *Lov og Rett*, 08/2014 s. 477-483

¹⁸ Likestillingsloven 2013 (se fotnote 1), lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet), lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven), lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)

¹⁹ NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern pkt. 1.1 s. 21

I følge Likestillings- og diskrimineringsombudet, som mottok mer enn 11 000 henvendelser angående likestilling i perioden 2007-2013, gjelder de fleste henvendelsene diskriminering på grunnlag av kjønn, nedsatt funksjonsevne og etnisitet.²⁰ Selv om de samme rettslige vurderingene ofte gjør seg gjeldende på tvers av diskrimineringsgrunnlagene²¹, vil andre grunnlag enn kjønn kun berøres i den grad det har betydning for å belyse hovedproblemstillingen. Herunder vil oppgaven hovedsakelig ta stilling til kvotering av kvinner. Prioriteringen er i tråd med likestillingslovens formålsparagraf og erkjennelsen av at kvinner fremdeles diskrimineres i større grad enn menn.²²

Videre er diskriminering en kjensgjerning på alle samfunnsområder, for eksempel innenfor utdanningssystemet, boligmarkedet og offentlig forvaltning og ved de fleste stadiene av et arbeidsforhold, som for eksempel lønnsforhandlinger eller oppsigelser.²³ Oppgaven avgrenses til å drøfte positiv særbehandling ved ansettelse i arbeidsforhold ettersom de fleste tvister oppstår i den forbindelse.²⁴

Positiv særbehandling representerer bare ett av unntakene fra diskrimineringsforbudet. Saklig forskjellsbehandling etter likestl. § 6 er også tillatt, men har en annen innfallsvinkel idet forskjellsbehandlingen knytter seg til selve jobbutførelsen. De legislative hensynene bak adgangen til saklig forskjellsbehandling er derfor så ulik adgangen til å særbehandle at førstnevnte ikke vil behandles.

1.4 Kort innføring

1.4.1 Det ulovfestede kvalifikasjonsprinsipp

Arbeidsmiljøloven (aml.) gjelder for alle virksomheter som sysselsetter arbeidstakere,²⁵ men regulerer ikke hvem som skal eller bør ansettes. Det gjelder likevel et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp i offentlig sektor. Kvalifikasjonsprinsippet

²⁰ Se statistikk, "Alle henvendelser", tilgjengelig på LDOs nettsider:

<http://www.ldo.no/globalassets/statistikk/statistikk-2014/pdf/alle-grunnlag-omrade-ar.pdf>

²¹ Se for eksempel Rt. 2014. s. 402 ("Admiral-dommen") om positiv særbehandling på grunnlag av kjønn som ved flere anledninger (i avsnitt 57, 59 og 63) viser til Rt. 2012 s. 424 om positiv særbehandling på grunnlag av alder.

²² Likestl. § 1 andre ledd og Prop. 88 L (2012-2013) pkt. 11.4.2 s. 76-77

²³ Se fotnote 20

²⁴ Se fotnote 20

²⁵ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven) § 1-2 (1)

innebærer at arbeidsgiver i statlig, fylkeskommunal og kommunal forvaltning er forpliktet til å ansette den best kvalifiserte søkeren. Dette er slått fast i rettspraksis, av sivilombudsmannen og juridisk teori.²⁶

Eksempelvis har sivilombudsmannen²⁷ gjentatte ganger trukket frem kvalifikasjonsprinsippet som det grunnleggende utgangspunkt ved klagesaksbehandling. Sivilombudsmannen presiserer at det må foretas "en helhetsvurdering" av hvem som "anses best kvalifisert for den aktuelle stillingen".²⁸ Følgelig kan arbeidsgiver velge søkeren som vedkommende finner best personlig egnet for stillingen, selv om en annen søker formelt sett er bedre kvalifisert. Kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten vil være avgjørende for hva arbeidsgiver kan legge vekt på.²⁹ Forutsetningen er at arbeidsgiver foretar en kjønnsnøytral vurdering, ved å gi en konkret og sammenlignende redegjørelse av søkerens personlige egnethet.

Kvalifikasjonsprinsippet gjelder ikke i det private arbeidsliv.³⁰ Private arbeidsgivere må likevel forholde seg til diskrimineringsforbudet i likestillings- og arbeidsmiljøloven.³¹

1.4.2 Forbudet mot diskriminering

Å diskriminere betyr i sin alminnelighet å gjøre forskjell eller gi en ufordelaktig særbehandling.³² En rekke former for handlinger, unnlater, praksis eller ytringer som fører til at individer eller grupper på grunn av bestemte egenskaper blir stilt mindre gunstig enn andre, anses i dagliglivets språkbruk som diskriminering.³³

Det rettslige diskrimineringsforbudet er snevrere og beskrives gjerne som usaklig forskjellsbehandling som kan knyttes til ett eller flere diskrimineringsgrunnlag.³⁴ Ulik behandling av like tilfeller, eller dårlig behandling av personer basert på deres

²⁶ Jf. blant annet "Admiral-dommen" avsnitt 54.

²⁷ Stortingets ombudsmann for forvaltningen

²⁸ Somb-2005-5 (2005 s.22)

²⁹ *ibid.*

³⁰ *ibid.* forutsetningsvis

³¹ Jf. likestl. § 2 første ledd jf. § 5 og aml. § 1-2 (1) jf. § 13-1

³² Se Store Norske leksikons internettsider (snl.no), tilgjengelig på: <https://snl.no/diskriminering>

³³ NOU 2009: 14 pkt. 3.1 s. 37.

³⁴ Eksempler på diskrimineringsgrunnlag er kjønn, etnisitet, alder, funksjonsnedsettelse.

personlige egenskaper, er typiske kjennetegn på usaklig forskjellsbehandling innenfor arbeidslivet.³⁵

Dersom forskjellsbehandlingen er saklig begrunnet anses det ikke som et brudd på diskrimineringsforbudet i lovverket. Det kan således settes likhetstegn mellom diskriminering og usaklig forskjellsbehandling. Avhengig av hvilke lover og konvensjoner det tas utgangspunkt i, er saklighetskravet noe ulikt formulert. Likevel antas det i forarbeidene til diskriminerings- og likestillingslovene at kravet skal forstås på tilnærmet samme måte.³⁶ Sakligheten av forskjellsbehandlingen må vurderes konkret i det enkelte tilfelle, men hovedmomentene er at forskjellsbehandlingen må ha et saklig formål, være forholdsmessig og nødvendig eller hensiktsmessig.³⁷

Både direkte og indirekte forskjellsbehandling er forbudt.³⁸

Direkte forskjellsbehandling foreligger der en handling eller unnlattelse medfører at en person blir stilt dårligere enn en annen i tilsvarende situasjon.³⁹ Et eksempel på direkte kjønnsdiskriminering er å unnlate å innkalle en faglig kvalifisert kvinne til intervju på grunnlag av hennes kjønn. Med indirekte forskjellsbehandling menes tilfeller hvor ulike tilfeller formelt sett behandles likt.⁴⁰ Slik diskriminering forekommer typisk der en bestemmelse eller praksis innehar vilkår som gjelder for alle, men der kun en mindre del av en gruppe reelt sett kan oppfylle kravet. Illustrerende er tilfeller der deltidsansatte får lavere timebetaling enn heltidsansatte hos samme arbeidsgiver og for likt arbeid. Ved at langt flere kvinner enn menn jobber deltid i Norge,⁴¹ blir kvinner hardere rammet.⁴²

1.4.3 Kjønnskvotering som positiv særbehandling

³⁵ NOU 2009: 14 pkt. 3.2 s. 39

³⁶ NOU 2009: 14 pkt. 3.2.2 s. 40

³⁷ *Ibid.*

³⁸ Se likestillingsloven § 5 andre ledd første setning

³⁹ jf. likestillingsloven § 5 andre ledd andre setning

⁴⁰ jf. likestillingsloven § 5 andre ledd tredje setning

⁴¹ Tall fra 2013 viser at 34,7 prosent norske kvinner jobbet deltid sammenlignet med 13,9 prosent menn. Se statistikk på SSBs nettsider (ssb.no), tilgjengelig på:

<http://www.ssb.no/befolkning/statistikker/likekom/aar/2015-03-02> (sist besøkt: 4. mai 2015)

⁴² Også slått fast i *Sak C-170/84 Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz*, European Court reports 1986 s. 01607

Positiv særbehandling er etter likestillingsloven et unntak fra forbudet mot diskriminering.⁴³ Formålet med unntaket er å utjevne eksisterende forskjeller eller oppnå en bestemt fordeling innenfor diskrimineringsgrunnlagene. Dette skal således kompensere for de grupper som har en antatt svakere forutsetningen for å lykkes i samfunnet.⁴⁴

Begrunnelsen for at slik særbehandling skjærer klar av diskrimineringsforbudet må søkes i strukturelle hensyn. Streben etter likestilling på den ene siden og rettfærdig behandling av det enkelte individ på den andre siden, er to uforenelige målsetninger hvor lovgiver har valgt å prioritere førstnevnte.⁴⁵ Hensynet til at det forsøkes å rette opp i skjevheter i samfunnet trumfer således rettfærdighetshensyn på individnivå.

Positiv særbehandling kan deles inn i moderat og radikal kvotering.⁴⁶ Moderat kvotering innebærer at det underrepresenterte kjønn kan bli foretrukket til en stilling når *søkerne har tilnærmet like kvalifikasjoner*, mens ved radikal kvoteringen vil det underrepresenterte kjønn stilles foran en bedre kvalifisert person av det motsatte kjønn dersom *vedkommende anses kvalifisert*.

1.5 Struktur

I det følgende vil de relevante rettskildene i tilknytning til positiv særbehandling behandles. I del 2 tas det utgangspunkt i likestl. § 7 og dens vilkår for utøvelse av positiv særbehandling. I del 3 vil Norges internasjonale forpliktelsers betydning for tolkningen av likestl. § 7 presenteres og vurderes. Rettspraksis fra internasjonale og nasjonale håndhevingsorganer vil hovedsakelig analyseres i del 4. Bevisrettens rolle vedrørende positiv særbehandling omtales i del 5. Endelig vil det i del 6 gis noen avsluttende bemerkninger om hvor grensen for tillatt positiv særbehandling går i dag.

⁴³ Likestillingsloven § 7 jf. § 5.

⁴⁴ Prop. L 88 (2012-2013) pkt. 3.2.3 s. 41

⁴⁵ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 7.2.1

⁴⁶ Se nærmere i pkt. 4.2-4.3

2. RETTSLIG UTGANGSPUNKT

2.1 Nasjonale rettskildefaktorer

Grunnloven § 98 statuerer at "alle er like for loven" og at ingen må "utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling". Grunnlovens diskrimineringsvern er generelt ettersom de ulike diskrimineringsgrunnlagene ikke spesifiseres. Den pragmatiske utformingen åpner for en dynamisk tolkning og minimerer risikoen for uoverensstemmelse mellom Grunnloven og det som til enhver tid står i likestillings- og diskrimineringslovgivningen.⁴⁷

Bortsett fra Grunnloven § 98, regulerer flere særlover vernet mot diskriminering på grunn av personlige egenskaper eller oppfatninger. Arbeidsmiljøloven av 2005 og likestillingsloven av 2013 er de to mest sentrale regelverkene hva gjelder diskriminering i arbeidslivet på grunnlag av kjønn.

Arbeidsmiljøloven danner utgangspunktet for diskrimineringsretten innenfor arbeidslivet.⁴⁸ Etter § 1-2 (1) gjelder loven for "virksomhet(er)". Dette omfatter både privat og offentlig næringsvirksomhet, samt offentlig forvaltning. Lovens diskrimineringsforbud fremgår av § 13-1 (1), hvor diskriminering på grunn av "politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder" forbyes. Bestemmelsens femte ledd henviser imidlertid til likestillingsloven hva gjelder diskriminering på grunn av kjønn. Det må derfor ses hen til de aktuelle bestemmelsene i likestillingsloven.

2.2 Likestillingsloven av 2013

Likestillingsloven § 5 oppstiller hovedregelen om forbud mot diskriminering på grunn av kjønn. Etter bestemmelsens andre ledd gjelder forbudet både "direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7".

Paragraf 7 regulerer adgangen til positiv særbehandling. Bestemmelsen er således et lovfestet unntak fra kjønnsdiskrimineringsforbudet og fastsetter at:

⁴⁷ NOU 2009: 14, del 5 pkt. 25.7.2

⁴⁸ Se særlig § 1-1 b) (formålsparagrafen) om å "sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet" og kapittel 13 "Vern mot diskriminering".

”Positiv særbehandling ikke er i strid med forbudet i § 5 dersom:

- a) særbehandlingen er egnet til å fremme lovens formål,
- b) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere og
- c) særbehandlingen opphører når formålet med den er oppnådd”

Forarbeidene understreker at bestemmelsen er ment å tilsvare § 3a i likestillingsloven 1978.⁴⁹ Den mest iøynefallende endringen er de to vilkårene inntatt i bokstav b) og c), som tidligere var innfortolket gjennom forarbeider og praksis. Bestemmelsen er likevel generell og åpner i utgangspunktet for å ta i bruk ulike virkemidler for positiv særbehandling.⁵⁰ Enhver form for positiv særbehandling er imidlertid ikke tillatt. Tanken er at vilkårene i bokstav a)-c), øvrige bestemmelser og praksis skal sette begrensninger for adgangen til å iverksette positiv særbehandling.⁵¹

Det er formålet om likebehandling etter § 1 som legitimerer at særbehandling ikke nødvendigvis rammes av diskrimineringsforbudet. Adgangen til å behandle kvinner og menn ulikt etter bestemmelsen skal riktignok tolkes restriktivt ettersom det er et unntak fra hovedregelen.⁵² Paragraf 7 bekrefter likevel lovgivers siktemål om at diskrimineringsvernet skal medføre reell – og ikke bare formell – likebehandling. I dette ligger at lovgiver erkjenner at faktisk likestilling ikke alene kan oppnås gjennom lover og tiltak med kjønnsnøytral utforming.⁵³

Innledningsordene om at særbehandling på nærmere vilkår ”ikke [er] i strid med” diskrimineringsforbudet, indikerer at arbeidsgiver ikke er forpliktet til å særbehandle. Forarbeidene presiserer også at det kun oppstilles en adgang. Samtidig

⁴⁹ *ibid.* pkt 20.2

⁵⁰ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 7.2.4

⁵¹ *ibid.*

⁵² Se de spesielle merknadene til aml. § 13-6 i Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) side 328. Likestillingsloven § 7 må forstås på samme måte.

⁵³ Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008 pkt. 2.3.3 s. 62

understrekes det at formålsbestemmelsen, om å bedre kvinners stilling, kan innebære et press på offentlige myndigheter om å vurdere bruk av slike tiltak.⁵⁴

2.3 Nærmere om vilkårene i likestillingsloven § 7

For det første må særbehandlingen "fremme lovens formål", jf. § 7 a). Særbehandlingen må derfor enten fremme likestilling uavhengig av kjønn eller fremme kvinners posisjon, jf. § 1. Lovens primære siktemål er likevel at adgangen først og fremst skal benyttes til å fremme kvinners stilling, jf. formuleringen i samme bestemmelse om at loven "særlig [tar] sikte på" dette.

At positiv særbehandling som hovedregel skal brukes for å fremme kvinners rettsstilling, har også blitt lagt til grunn av Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (Ombudet og Nemnda).⁵⁵ Selv om verken formålsparagrafen eller praksis utelukker positiv særbehandling av menn, ble det uttalt i den såkalte Hurum-saken at adgangen anses snevrere enn hva den er for kvinner.⁵⁶ Ombudet har likevel senere uttalt at det i dag må legges mindre vekt på uttalelsen i Hurum-saken, ettersom den ble truffet før vedtakelsen av forskriftshjemmel⁵⁷ og dermed også før forskrift⁵⁸ om særbehandling av menn.⁵⁹ I følge forarbeidene til den nye likestillingsloven regulerer forskriften uttømmende adgangen til å særbehandle menn.⁶⁰ Hvorvidt menn kan særbehandles til fordel for en kvinne, må derfor utelukkende bero på om yrket faller inn under forskriftens anvendelsesområde og om de øvrige vilkår er oppfylt.

For det andre må det være et "rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er", jf. bokstav b). Ordlyden fordrer en konkret proporsjonalitetsvurdering av de motstridende interesser. I dette ligger at særbehandlingen ikke må utgjøre et uforholdsmessig inngrep i andres rettigheter.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 7.2.2

⁵⁵ Om Ombudet og Nemndas kompetanse se lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) §§ 7 og 3, jf. § 1 andre ledd

⁵⁶ Ot.prp. nr. 33 (1974-75) Om likestillingsloven side 34 og 56 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 7.2.6 s. 55 hvor det vises til sak 1/1991 (Hurum-saken).

⁵⁷ Jf. § 7 andre ledd i likestillingsloven av 2013.

⁵⁸ FOR-1998-07-17-622

⁵⁹ Sak 11/2197 av 13. desember 2012.

⁶⁰ Prop. 88 L (2012-2013) pkt 20.2 side 171.

Effekten av særbehandlingen i likestillingsøyemed må derfor veies opp mot ulempen for de eller den som stilles i en dårligere posisjon som følge av særbehandlingen.⁶¹

For det tredje krever bestemmelsens bokstav c) at "særbehandlingen [må] opphøre når formålet med den er oppnådd". Dette er rimelig fordi gruppen som blir særbehandlet ellers ville fått en ugrunnet gunstig stilling sammenlignet med andre grupper.

Vilkårenes nærmere innhold må fastlegges ut fra en analyse av øvrige rettskild-faktorer. De viktigste faktorene vil her være internasjonale konvensjoner og direktiver samt praksis fra tilknyttede håndhevelses- og overvåkningsorganer.

⁶¹ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 7.2.3

3. INTERNASJONALE RETTSKILDEFAKTORER

EMK, KDK og forpliktelsene etter EØS-loven oppstiller retningslinjer og setter begrensninger for hvordan likestl. § 7 skal tolkes. Spørsmålet er derfor hvilke skranker forpliktelsene setter i forbindelse med utøvelsen av positiv særbehandling. Ettersom de ulike konvensjonstekstene kan gi motstridende tolkningsbidrag, er det hensiktsmessig å behandle disse hver for seg. I del 3 vil derfor konvensjonsbestemmelsene med tilhørende praksis vurderes separat, før motstridsspørsmål og fastleggelsen av gjeldende rett drøftes i del 4.

3.1 Internasjonale menneskerettighetskonvensjoner

3.1.1 Menneskerettighetskonvensjonenes stilling i norsk rett

I mai 2014 vedtok Stortinget den største grunnlovsreformen siden Norges Grunnlov ble vedtatt i 1814.⁶² Formålet med revisjonen var å styrke menneskerettighetenes rettslige stilling i Norge.⁶³ Dette resulterte blant annet i at del E, som tidligere inneholdt alminnelige borgerrettigheter, nå er forbeholdt menneskerettighetene.

Grunnloven § 2 andre setning er også nylig endret⁶⁴ og er Grunnlovens formåls- og verdiparagraf. Etter bestemmelsen skal Grunnloven sikre "demokratiet, rettsstaten og menneskerettighetene". Menneskerettighetene trekkes her frem som en av de mest grunnleggende verdiene, noe som bekrefter deres sentrale rettskildeposisjon. Etter forarbeidene må menneskerettighetene bli "operasjonalisert gjennom andre bestemmelser i Grunnloven som i større utstrekning direkte gir rettigheter og plikter".⁶⁵

Paragraf 2 må i første rekke ses i sammenheng med Grunnloven § 92 som innleder det ovenfor nevnte menneskerettighetskapittelet. Etter bestemmelsen plikter:

"statens myndigheter" å "respektere og sikre menneskerettighetene slik de er nedfelt ... i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter".

⁶² Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

⁶³ Dok. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven, pkt 1.1 s. 13

⁶⁴ Sist endret 21. mai 2012

⁶⁵ St.meld. nr. 17 (2007-2008) om Staten og Den norske kirke, s. 71

Grunnloven § 92 avløste tidligere § 110 c. Paragraf 110 c hadde en knappere formulering og overlot gjennomføringen av konvensjonene til menneskerettsloven, jf. henholdsvis første og annet ledd. Bestemmelsen lød som følger:

”Det paaligger Statens Myndigheter at respektere og sikre Menneskerettighetene.

Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen av Traktater herom fastsættes ved Lov.”

Spørsmålet er hvilken betydning endringen av Grunnloven § 92 har for menneskerettighetenes stilling i norsk rett. Det må vurderes hvorvidt bestemmelsen inkorporerer internasjonale menneskerettighetstraktater i norsk rett, og i tilfelle hvilke traktater som omfattes.

Ordlyden ”statens myndigheter” favner om både Stortinget, Regjeringen og Høyesterett. Landets lover må bli vedtatt, iverksatt og tolket på en måte som er i overensstemmelse med menneskerettighetene. Paragraf 92 fastholder derfor statsmyndighetenes negative og positive sikringsplikt på samme måte som etter § 110 c, jf. ordlyden ”respektere og sikre”.

Det må likevel vurderes om traktathenvisningen og opphevelsen av § 110 c annet ledd medfører at § 92 inkorporerer menneskerettighetstraktater med grunnlovsrang.

Lønning-utvalget, som forberedte lovrevisjonen, foreslo at § 92 skulle videreføre ordningen i den tidligere § 110 c. Utvalget ønsket ikke ”å løfte de internasjonale menneskerettighetene inn i Grunnloven”.⁶⁶ Mindretallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité stilte seg bak forslaget. De ville videreføre ordningen om gjennomføring av menneskerettighetskonvensjoner til norsk rett etter menneskerettsloven, slik at kun de rettighetene som fulgte av Grunnloven selv fikk grunnlovsrang.⁶⁷

⁶⁶ Dok. 16 (2011-2012) pkt. 14.5.2 s. 82

⁶⁷ Innstl. 186 (2013-2014) Innstilling til Stortinget fra kontroll- og konstitusjonskomiteen pkt. 2.1.2 s. 23

Flertallet ville det imidlertid annerledes. De mente referansen til menneskerettighetene hadde en selvstendig verdi og at det "kunne oppstå misforståelser om hvilke internasjonale menneskerettigheter som har grunnlovs rang dersom henvisningen til internasjonale konvensjoner tas ut".⁶⁸

Flertallets begrunnelse taler isolert sett for at hensikten med å henvise til traktater og utelate lovgjennomføringsprinsippet i den tidligere § 110 c annet ledd, var å plassere menneskerettighetene på grunnlovs nivå. Dessuten vedtok flertallet forslaget på tross av Lønning-utvalget og mindretallets "advarsler" om hvilke konsekvenser utformingen ville medføre. Etter min mening tilsier vedtakelsen av dagens § 92 at flertallet gikk inn for å endre menneskerettighetenes rang i norsk rett – og ikke bare gi en ny bestemmelse med høyere symbolverdi. Dette er også i tråd med formålet med revisjonen om å styrke menneskerettighetenes *rettslige* stilling. Etter dette må revisjonen av § 92 medføre at menneskerettighetstraktatene er inkorporert med grunnlovs rang.

Endelig må det vurderes hvilke menneskerettigheter som er inkorporert.

Ordlyden om at sikringsplikten gjelder menneskerettighetene slik det er nedfelt "i for Norge bindende traktater om menneskerettigheter" trekker i retning av at *samtlig*e menneskerettskonvensjoner Norge var tilsluttet ved vedtakelsen av § 92 i mai 2014, omfattes av sikringsplikten. Tatt på ordet betyr dette at også konvensjoner som ikke omfattes av menneskerettsloven § 2,⁶⁹ vil anses som norsk rett med grunnlovs rang.

Begrunnelsen til flertallet i Stortingets kontroll- og konstitusjonskomité vedrørende formuleringen i § 92, tyder imidlertid på manglende forståelse for konsekvensene av lovforslaget de vedtok. I forlengelsen av den ovenfor nevnte begrunnelsen, uttalte flertallet at:

"en henvisning til Norges internasjonale forpliktelser ikke vil endre dagens rettstilstand, all den tid dette står i dagens § 110 c. (...) Flertallet er enig i at menneskerettsloven har hatt en viktig effekt, men mener det har en verdi å

⁶⁸ Innst. 186 S (2013-2014) pkt. 2.1.2 s. 22

⁶⁹ Lov 31. mai 1999 nr. 20 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

presisere i Grunnloven at det pålegger staten å respektere menneskerettigheter som er nedfelt i dag i ratifiserte og bindende traktater for Norge".⁷⁰

Henvisningen til menneskerettsloven indikerer at komitéen kun vurderte om de fem konvensjonene som allerede var gjort til norsk rett etter denne, skulle få grunnlovs rang. Uttalelsen om at traktathenvisningen ikke ville endre rettstilstanden, kan også tas til inntekt for at flertallets intensjon kun var å styrke de allerede inntatte menneskerettighetene. Begrunnelsen for øvrig gir heller ingen holdepunkter for at andre konvensjoner skulle plasseres på trinnhøyde med Grunnloven.

Til dette kommer også at bestemmelsen har en fragmentarisk karakter, noe som i større grad gjør det akseptabelt å godta en fortolkning som ikke er strengt bundet av grunnlovsteksten.⁷¹ Komitéens uttalelser sett i lys av grunnlovstekstens knappe ordlyd, trekker derfor i retning av at sikringsplikten må begrenses til de opplistede traktater i menneskerettsloven § 2.

På lik linje med bestemmelsens ordlyd og tilhørende forarbeider, trekker rettspraksis i ulike retninger.

Høyesterett og Høyesteretts ankeutvalg har ved flere anledninger vist til Grunnloven § 92 i tilfeller hvor det før ble vist til menneskerettsloven §§ 2 og 3.⁷² Ved å kun vise til § 92 kan det tas til orde for at Høyesterett mener den nye ordlyden må tolkes bokstavelig og at henvisning til menneskerettsloven således er unødvendig. Hvis dette er tilfellet, vil ikke menneskerettsloven lenger være retningsgivende for hvilke konvensjoner som skal falle inn under § 92.

Høyesterett har imidlertid ved flere avgjørelser den senere tid både vist til § 92 så vel som menneskerettsloven.⁷³ Illustrerende er en nylig avsagt storkammeravgjørelse om tomtefeste.⁷⁴ Ved vurderingen av EMKs gjennomslagskraft vises det

⁷⁰ Innt. 186 S (2013-2014) pkt. 2.1.2 s. 22.

⁷¹ Johs. Andenæs og Arne Fliflet, *Statsforfatningen i Norge*, 10. Utgave, Oslo 2006 side 48, punkt 4.2

⁷² Se for eksempel Rt. 2014 s. 702, Rt. 2014 s. 1292 (avsnitt 17), Rt. 2014 s. 1105 (avsnitt 61), Rt. 2015 s. 93.

⁷³ Rt. 2014 s. 714, Rt. 2014 s. 1170, HR-2015-289-A og HR-2015-342-A. Se også HR-2015-843-S

⁷⁴ HR-2015-843-S.

både til Grunnloven § 92 "og" menneskerettsloven §§2 og 3.⁷⁵ Det skal riktignok utvises forsiktighet med å legge for mye i enkeltformuleringer i dommer, inkludert høyesterettsavgjørelser avsagt i storkammer, samt å tillegge uttalelser uten betydning for resultatet for stor vekt.⁷⁶ Ordvalget og henvisningen trekker likevel i retning av at bestemmelsene sidestilles og at menneskerettsloven fortsatt har reell betydning.

I juridisk teori er det foreløpig begrenset materiale om problemstillingen. Enkelte forfattere mener endringen av § 92 har satt en stopper for diskusjonen om hvilken gjennomslagskraft menneskerettighetskonvensjoner som ikke er gjennomført ved formell lov faktisk skal ha i norsk rett.⁷⁷ Høyesterettsdommer Bårdsen synes på sin side å legge mer vekt på forarbeidene og konkludere med at kun de inkorporerte konvensjoner etter menneskerettsloven har fått grunnlovs rang.⁷⁸

Uavhengig av diskusjonen om alle menneskerettighetskonvensjoner Norge er bundet av omfattes av Grunnloven § 92, er EMK og KDK utvilsomt inkludert, jf. menneskerettsloven § 2. Tidligere var KDK kun gjort til norsk rett gjennom likestillingsloven⁷⁹, men i 2009 ble den inkorporert i menneskerettsloven. Bakgrunnen var ønske om å gi KDK samme formelle rettslige stilling som andre viktige menneskerettighetskonvensjoner.

Etter dette må EMK og KDK ved motstrid gå foran alminnelig lovgivning på grunnlag av "lex superior"-prinsippet, slik at det er overflødig å vise til forrangsbestemmelsen i menneskerettsloven § 3.

Spørsmålet i fortsettelsen er hvorvidt EMK og KDK pålegger og i hvilken grad det åpnes for å særbehandle. Ettersom de to konvensjonene vil gå foran likestl. § 7 ved motstrid, vil de ha direkte innvirkning på adgangen til å særbehandle etter norsk

⁷⁵ HR-2015-843-S, avsnitt 53.

⁷⁶ Mads Henry Andenæs, *Rettskildelære*, 2. utgave, Oslo 2009, henholdsvis pkt 14.4 s. 87, pkt 14.6 s. 93 og pkt 14.5 s. 90

⁷⁷ Christopher Hansteen mfl., *Interessetvist og arbeidskamp*, Oslo 2015, kap. 14 side 378.

⁷⁸ Foredrag ved høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen, "De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett", innlegg i forbindelse med Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23.-24. mars 2015, avsnitt 14. Tilgjengelig på: <https://www.domstol.no/upload/Nordiske%20konstitusjonsdomstoler%20-%20Stockholm%20mars%202015.pdf> (sist besøkt 27. april 2015)

⁷⁹ Hellum og Ketscher, pkt 1.3.1 s. 38

rett. Vekten av EMD og Kvinnediskrimineringskomitéens praksis vil også kommenteres, men betydningen avgjørelsene og uttalelsene har for særbehandlingsadgangen vil først drøftes i del 4.

3.1.2 Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) og Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD)

Et forbud mot diskriminering fremgår av EMK artikkel 14. Artikkelen pålegger myndighetene en eksplisitt plikt til å "sikre" mot kjønnsdiskriminering.⁸⁰ Den europeiske menneskerettighetsdomstol er EMKs eget håndhevingsorgan og den viktigste fortolkeren av konvensjonen. Foruten at artikkel 14 pålegger offentlige myndigheter negative plikter, er det slått fast i rettspraksis at uttrykket "sikre" også pålegger staten positive plikter.⁸¹ Myndighetene er derfor pliktet til å aktivt iverksette og gjennomføre tiltak for å oppfylle diskrimineringsforbudet etter sitt innhold.

Diskrimineringsforbudet er imidlertid aksessorisk, noe som betyr at det er begrenset til å gjelde de tradisjonelle frihetsrettigheter som for øvrig er konvensjonsbeskyttet.⁸² Illustrerende er retten til respekt for privat- og familieliv og sikring av religions- og ytringsfrihet. Diskrimineringsforbudet i artikkel 14 kan derfor bare påberopes når en av de andre konvensjonsrettighetene berøres. Konvensjonen har ingen rettigheter som relaterer seg direkte til arbeidslivet. Diskrimineringsforbudet kommer derfor ikke til anvendelse ved ansettelser.

Som følge av artikkelens begrensede vern, ble tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK utarbeidet og vedtatt av Europarådet.⁸³ 1. april 2005 trådte protokollen i kraft. Tilleggsprotokoll nr. 12 gir et generelt, og dermed et styrket, vern mot diskriminering.⁸⁴ Norge har signert, men ikke ratifisert tilleggsprotokollen.⁸⁵

⁸⁰ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 2. utgave, Bergen 2007, s. 79, pkt 4.2.2

⁸¹ Den belgiske språksak (mot Belgia), Den europeiske menneskerettighetsdomstol, Serie A, Vol. 6, dom 23. juli 1968 § 9(4)

⁸² Dagmar Schiek og Victoria Chege, *European union non-discrimination law – comparative perspectives on multidimensional equality law*, 2009, s. 55 pkt 3.2.1

⁸³ se NOU 2009: 14, pkt, 24.2 s. 293

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Spørsmålet ble grundig drøftet i NOU 2009:14 pkt. 1.4

Et av flertallets hovedargumenter for å ikke ratifisere og inkorporere protokollen i menneskerettsloven, var faren for ”betydelig begrensning av norske myndigheters handlingsrom hva gjelder kravet til saklig myndighetsatferd”.⁸⁶ Mer presist var det uklart hvor vidtrekkende de positive forpliktelser ville bli etter protokollen.⁸⁷ Muligens anså utvalget det som sannsynlig at protokollen ville oppstille en handlingsplikt for staten til å foreta positiv særbehandling.

Ettersom artikkel 14 ikke omfatter diskriminering ved ansettelse og Norge ikke har ratifisert tilleggsprotokoll nr. 12, utgjør imidlertid EMK og tilhørende rettspraksis fra EMD ingen skranke for adgangen til å særbehandle etter likestil. § 7.

3.1.3 FNs konvensjon om avskaffelse av all diskriminering mot kvinner (KDK) og FNs Kvinnediskrimineringskomité (kvinnekomitéen)

Som det fremgår av punkt 3.1.2 er diskrimineringsbestemmelsen i EMK ineffektiv og lite brukt i norsk rett ved særbehandlingsspørsmål. Dette er en av hovedårsakene til at KDK ble opprettet.⁸⁸ Formålet med konvensjonen er å innføre et synlig, samlet og effektivt rettsvern for kvinners rettigheter samt avskaffe all diskriminering av kvinner.⁸⁹

KDK søker å håndtere kvinnediskrimineringssspørsmål på et felles internasjonalt nivå. Konvensjonen gjelder for alle kvinner på alle livets områder.⁹⁰ I motsetning til EMK, er ikke KDK begrenset til bestemmelsene nedfelt i konvensjonen.⁹¹ Diskrimineringsforbudet i KDK favner følgelig videre enn EMK artikkel 14.

KDK artikkel 4 nr. 1 regulerer adgang til positiv særbehandling. Det følger av artikkelen at:

”Dersom konvensjonspartene vedtar midlertidige særtiltak som tar sikte på å fremme faktisk likestilling mellom menn og kvinner, skal det ikke anses som

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ NOU 2009: 14 pkt. 24.6 s. 297-298

⁸⁸ jf. KDK fortalens sjette ledd: FN ”ER LIKEVEL UROLIG over at det fortsatt skjer utstrakt diskriminering mot kvinner, til tross for alle disse dokumenter”

⁸⁹ Jf. KDK artikkel 1

⁹⁰ *op.cit.* artikkel 2

⁹¹ Mary-Ann Hedlund og Brit Djuvik Semner, *Likestillings- og diskrimineringslovene bind I – med kommentarer*, Bergen 2008 s. 26-27 pkt. 1.2.3-1.2.4

en diskriminerende handling etter denne konvensjon, men skal ikke på noen måte føre til at det opprettholdes ulike eller atskilte standarder; disse tiltakene skal opphøre når målene om like muligheter og lik behandling er nådd”.

Tidsbegrensningen i artikkelens siste del, om at særbehandlingen må opphøre når formålet er nådd, er i overensstemmelse med likestl. § 7 bokstav c.

At positiv særbehandling ”ikke [skal] anses som en diskriminerende handling”, skiller seg derimot fra den norske bestemmelsen som regulerer at særtiltak på nærmere vilkår ”ikke er i strid med” diskrimineringsforbudet. Ordlyden i KDK artikkel 4. nr. 1 synes å være mer offensiv i favør likestilling sammenlignet med likestl. § 7. Mens den norske regelen oppstiller særtiltaksadgangen som et unntak fra diskrimineringsforbudet, gir artikkelen i KDK uttrykk for at visse typer forskjellsbehandling er nødvendig. Utover dette gir ikke ordlyden alene svar på hvor langt norske myndigheter må eller kan gå i å kjønnskvote.

KDK har intet domstolsorgan som avsier bindende avgjørelser, men FNs fremste ekspertorgan på området, kvinnekommisjonen,⁹² overvåker gjennomføringen av konvensjonen.⁹³ Kvinnekommisjonen har kompetanse til å avgi uttalelser av mer generell art om hvordan konvensjonen skal forstås. Uttalelsene kan deles i to kategorier.

For det første gis konkluderende observasjoner (”concluding comments”) til medlemsstatene etter artikkel 18. Observasjonene fungerer som en periodisk kontroll av statene og formidles som en avsluttende kommentar til de enkelte staters rapporter.

For det andre utferdiger komitéen hovedanbefalinger (”general recommendations”) i medhold av artikkel 21. Sistnevnte gir kompetanse til å utdype hvordan de forstår og tolker enkeltbestemmelser eller temaer av relevans for konvensjonen.⁹⁴

⁹² Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW-Committee)

⁹³ Hedlund og Semner, s. 26, pkt. 1.2.3

⁹⁴ KDK artikkel 21 nummer 1

Utgangspunktet er at de generelle anbefalingene ikke er juridisk bindende, men gir viktige bidrag ved tolkning av konvensjonen.⁹⁵ Dette er forenelig med hensikten bak å opprette komitéen ettersom organets formål vil undergraves hvis uttalelsene ikke vektlegges.⁹⁶ Dessuten har statene godtatt komitéens kompetanse ved ratifiseringen av KDK. Dette tilsier at komitéens standpunkt bør tillegges stor vekt, noe som også har blitt lagt til grunn av internasjonale og nasjonale domstoler og forvaltningsorganer.⁹⁷

Til dette kommer også at departementet i forbindelse med inkorporeringen av KDK, uttalte at:

”Når det gjelder dei *generelle tilrådingane* som kvinnekommiteen kjem med, og som gir uttrykk for komiteens syn på korleis føresegnene skal tolkast, må det truleg leggjast stort vekt på desse i ein reint folkerettslig samanheng. Kva innverknad dei har i ei konkret norsk sak, vil kunne variere alt etter kor klar fråsegna er, og i kva grad den konkrete saka er identisk med dei situasjonane komiteen truleg har hatt for auge under utarbeidinga.”⁹⁸

Følgelig må vekten av kvinnekommitéens generelle anbefalinger i utgangspunktet anses å være betydelig, *samtidig* som vekten må undergis en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle.

3.2 EU/EØS-rettslige forpliktelser

3.2.1 EU/EØS-rettens stilling i Norge

Etter EØS-loven §§ 1 og 2 skal Norges EØS-rettslige forpliktelser gjelde som norsk lov og gis forrang ved motstrid med lignende bestemmelser.⁹⁹ Avtalen forplikter

⁹⁵ Christine Chinkin og Marha Freeman, *Introduction. I: The Un Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – A Commentary*, Oxford 2012, side 24. Se også Ot.prp. nr 93 (2008-2009) Om lov om endringer av menneskerettsloven mv. pkt. 6.4 s. 32

⁹⁶ Case concerning Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v Democratic Republic of the Congo), dom avsagt 30. november 2010 premiss 66

⁹⁷ *Ibid.* og Hellum og Ketscher, s. 80 pkt. 2.7.2

⁹⁸ Ot.prp. nr. 93 (2008-2009) pkt. 6.4, s. 32.

⁹⁹ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Norge til å opprettholde vernet mot diskriminering innenfor de områdene EØS-avtalen dekker, noe som blant annet omfatter ansettelse i arbeidslivet.¹⁰⁰

Etter EØS-avtalen artikkel 69 og 70 fremgår det at Norge skal gjennomføre prinsippet om lik behandling av kvinner og menn i arbeidsforhold.¹⁰¹ EU har vedtatt en rekke direktiver om likestilling mellom menn og kvinner i arbeidslivet. Norge er i utgangspunktet ikke bundet til direktivene ettersom EU-traktaten ikke er en del av EØS-avtalen.¹⁰² Enkelte likestillingsdirektiver er imidlertid innlemmet i EØS-avtalen og disse er Norge forpliktet til å implementere i nasjonal lovgivning.¹⁰³

Saksmengden vedrørende positiv særbehandling har også vært betydelig for EU-domstolen etter EØS-avtalen trådte i kraft i 1994.¹⁰⁴ Norge er ikke direkte bundet av EU-domstolens avgjørelser. Grunnet homogenitetsprinsippet skal EØS-avtalen likevel tolkes og anvendes i samsvar med den underliggende EU-retten så fremt dette er mulig.¹⁰⁵

3.2.2 Traktat- og direktivbestemmelser som regulerer positiv særbehandling

Et av direktivene som er innlemmet i EØS-avtalen, er EUs kjønnsdirektiv 2006/54/EF¹⁰⁶ (likestillingsdirektivet) og fremstår som det viktigste direktivet for kjønnsdiskrimineringsvernet i dag. Likestillingsdirektivet, som grunnet forenkling- og moderniseringshensyn slår sammen flere eksisterende direktiver om likestilling,¹⁰⁷ kodifiserer rettsutviklingen hva gjelder adgangen til å sette i verk positive særtiltak.¹⁰⁸ Avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen om lovligheten av midlertidige særtiltak, foreligger kun i relasjon til Rådskdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet). Ved analysen av rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolens i

¹⁰⁰ Hellum og Ketscher, s. 40 pkt. 1.3.4

¹⁰¹ Dette tilsvare EU-traktaten artikkel 141

¹⁰² NOU 2009: 14 pkt. 4.6.1.1 s. 51

¹⁰³ EØS-loven § 1

¹⁰⁴ Se del 4

¹⁰⁵ jf. EØS-avtalen artikkel 1 nr. 1, artikkel 6 forutsetningsvis og del VII artikkel 105 nr. 2 og 1

¹⁰⁶ Direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltagelse

¹⁰⁷ Direktiv 2006/54/EF samler de tidligere direktivene 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomføringen av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgangen til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår og Europaparlamentets- og rådskdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002 til ett direktiv. Foreliggende rettspraksis fra EU-domstolen er også gjennomført i det nye direktivet.

¹⁰⁸ Direktiv 2006/54/EF fortalen pkt. (1)

del 4, vil derfor bestemmelsene i det opprinnelige likebehandlingsdirektivet stå sentralt.

Formålet med likestillingsdirektivet er at medlemslandene skal gjennomføre prinsippet om like muligheter og likebehandling for menn og kvinner i forbindelse med ansettelser og arbeidsforhold. Dette er sammenfallende med siktemålet i likebehandlingsdirektivet. Videre åpner artikkel 3 i likestillingsdirektivet for adgang til positiv særbehandling, og lyder etter tilpassningen ved EØS-komiteens avgjørelse¹⁰⁹ slik:

”For å sikre full likestilling i praksis mellom menn og kvinner i arbeidslivet, skal prinsippet om like handsaming ikkje hindre nokon medlemsstat frå å halde ved lag eller vedta tiltak som gjev særlege føremon som kan gjere det lettare for det underrepresenterte kjønn å utøve yrkesverksemd eller å førebygge eller vege opp for ulemper i yrkeskarrieren deira”.

I EU-traktaten er adgangen til positiv særbehandling fastsatt i artikkel 141 (4) og lyder slik:

“With a view to ensuring fully equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from maintaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers”.

Spørsmålet om adgangen til særbehandling etter artikkel 141 (4) tilsvarer adgangen etter likestillingsdirektivet artikkel 3, har vært oppe for EU- og EFTA-domstolen. Dette vil drøftes nærmere i punkt 4.2.1.

Som nevnt ovenfor knytter all relevant praksis fra EU- og EFTA-domstolen seg til det opprinnelige likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF. Før det går nærmere inn på rettspraksis fra de to håndhevingsorganene, er det derfor hensiktsmessig å

¹⁰⁹ Avgjørelse i EØS-komiteen nr. 33/2008 av 14. mars 2008 om endring av vedlegg XVIII til EØS-avtala, tilgjengelig på: <http://www.efta.int/sites/default/files/documents/legal-texts/eea/other-legal-documents/adopted-joint-committee-decisions/2008%20-%20Norwegian/033-2008n.pdf> (sist besøkt 13. mars 2015)

presentere artikkel 2(1) og (4) i direktivet. Det er gjennomgående disse artiklene som har vært hevdet brutt i tvister om positiv særbehandling.

Mens artikkel 2 (1) slår fast at verken direkte eller indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn måtte finne sted, statuerer artikkel 2 (4) at direktivet skulle:

”... be without prejudice to measures to promote equal opportunity for men and women, in particular by removing existing inequalities which affect women’s opportunities in the areas referred to in Article 1(1)”.

På lik linje med likestillingsdirektivets artikkel 3 og EU-traktatens artikkel 141 (4), åpnes det for adgangen til å sette i verk særtiltak, jf. henholdsvis ordlyden ”measures to promote equal opportunity”, ”særlege føremon” og ”measures providing for specific advantages”.

Utover at særbehandlingen må benyttes for å fremme like muligheter for kvinner og menn, er bestemmelsene tause om de nærmere vilkårene som må være innfridd. Slik bestemmelsene er formulert oppstilles heller ingen plikt til å særbehandle.¹¹⁰ Grensedragningene er nøye behandlet i EFTA- og EU-domstolen og vil inngå i analysen i del 4.

¹¹⁰ Schiek og Chege, s. 45 pkt.2.5.2.4

4. INNHOLDET I POSITIV SÆRBEHANDLING

Vilkårene for å benytte positiv særbehandling på grunnlag av kjønn som fremgår av likestl. § 7, er som nevnt trukket opp gjennom praksis. Hvordan håndhevings- og overvåkningsapparatene har tolket og anvendt vilkårene vil derfor analyseres for å kartlegge særbehandlingsadgangen.

Det foreligger en rekke avgjørelser fra EU- og EFTA-domstolen, noe som reflekteres ved at EØS-relevant praksis vies mye plass. Øvrig praksis og motstridsspørsmål vil drøftes fortløpende. Avslutningsvis oppsummeres de mest sentrale momentene.

4.1 Plikt eller kun adgang til å særbehandle?

Innledningsordene i likestl. § 7 åpner som nevnt for iverksetting og gjennomføring av midlertidige særtiltak for å øke andelen av det underrepresenterte kjønn. I det følgende vil det vurderes om det på bakgrunn av Norges internasjonale forpliktelser må innfortolkes en plikt til å særbehandle.

4.1.1. Rettstilstanden etter KDK og tilhørende praksis

Problemstillingen må for det første vurderes på grunnlag av KDK artikkel 4 nr. 1 og kvinnekomitéens generelle anbefaling nr. 25.¹¹¹

Som nevnt i punkt 3.1.3 oppstiller ikke konvensjonsteksten i KDK en uttrykkelig plikt for medlemslandene til å særbehandle. Kvinnekomitéen har imidlertid gitt en omfattende redegjørelse for fortolkningen av artikkel 4 nr. 1 i generell anbefaling nr. 25. Viktigheten av å ta i bruk positiv særbehandling som aktivt virkemiddel ble her understreket. Komiteen fremhevet at midlertidige særtiltak bør anses som en del av selve diskrimineringsforbudet – og ikke bare som et unntak – for å oppnå reell likestilling.¹¹² Selv om det ikke fremgår uttrykkelig, taler uttalelsene for at staten påbys å iverksette midlertidige særtiltak for å komme strukturell diskriminering til livs.

Kvinnekomitéen utdyper videre i anbefalingen at statene er:

¹¹¹ General Recommendation (GR) No. 25, thirtieth session, 2004, article 4 para. 1

¹¹² *op.cit.* avsnitt 14 og 18

”obliged to adopt and implement temporary special measures (...) if such measures can be shown to be necessary and appropriate in order to accelerate the achievement of the overall, or a specific goal of, women’s de facto or substantive equality”.¹¹³

Følgelig klargjøres det at statene må iverksette og gjennomføre særbehandling dersom tiltaket er nødvendig og egnet for oppnå faktisk kjønnslikestilling. Uttalelsene pålegger ikke statene en ubetinget særbehandlingsplikt, men *kan* gjøre det etter en konkret vurdering. Viser vurderingen at særtiltaket er nødvendig, egnet og vil medføre likestilling, må uttalelsene utvilsomt forstås slik at de innfortolker en plikt, jf. ordlyden ”obliged” i artikkel 4. nr. 1.

Spørsmålet er om det på bakgrunn av kvinnekomitéens uttalelser også må innfortolkes en særbehandlingsplikt etter likestl. § 7 i gitte tilfeller.

Vekten av kvinnekomitéens generelle anbefalinger som rettskildefaktor, må som omtalt vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.¹¹⁴ Komitéens uttalelser i generell anbefaling nr. 25 etterlater rom for skjønnsmessige vurderinger. Eksempelvis er det ikke gitt hvilke tiltak som anses ”nødvendig” og ”egnet”. Til tross for at det ikke oppstilles en generell særbehandlingsplikt, er uttalelsene oppklarende og tydelige: virkemiddelet er å anse som en presisering av diskrimineringsforbudet og må derfor nyttiggjøres. Kvinnekomitéens syn i generell anbefaling nr. 25 vedrørende forståelsen av KDK artikkel 4 nr. 1, er så klargjørende at det må innfortolkes i likest. § 7. Norge er derfor folkerettslig forpliktet til å etterleve oppfordringen til å kjønnskvote.

4.1.2 Rettstilstanden etter EU/EØS-retten og tilhørende rettspraksis

For det andre må pliktspørsmålet vurderes etter likestillingsdirektivets artikkel 3¹¹⁵ og rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen.

Artikkelen oppstiller ingen plikt til å særbehandle, jf. ordlyden ”ikkje hindre nokon medlemsstat frå å holde ved lag eller vedta tiltak som gjev særlege føremon”.

¹¹³ GR No. 25, avsnitt 24

¹¹⁴ Omtalt i punkt 3.1.3

¹¹⁵ Tilsvarende likebehandlingsdirektivet artikkel 2(4)

Avgjørende blir derfor om EU- og EFTA-domstolen innfortolker en plikt på tilsvarende måte som kvinnekomitéen.

Spørsmålet har blitt drøftet ved flere anledninger.¹¹⁶ Et eksempel er EU-domstolens tolkning av likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4)¹¹⁷ i sak C-450/93 (*Kalanke-saken*).¹¹⁸ Saken gjaldt en tysk kvoteordningsbestemmelse¹¹⁹ som ga kvinner fortrinnsrett dersom de var underrepresentert i sektoren og søkerne ellers var likt kvalifisert.

I vurderingen av om artikkel 2 (4) var til hinder for den nasjonale regelen, ble det vist til tidligere EU-rettspraksis om at bestemmelsen måtte tolkes presist og avgrenset.¹²⁰ Videre måtte unntaksbestemmelsen undergis en streng fortolkning ettersom det gjaldt et unntak fra individuelle rettigheter som direktivet hjemlet.¹²¹ Tolkningen illustrerer at EU-domstolen og kvinnekomitéens ulike tilnærming til spørsmålet medfører ulike tolkningsresultater. EU-domstolens slutning om at positiv særbehandling må anses som en unntaksregel fra likebehandlingsprinsippet, utelukker at det kan oppstilles en særbehandlingsplikt for medlemslandene.

I lys av EU-domstolens fortolkningsstil foretar retten etter min mening en korrekt analyse. Innen EU/EØS-retten er formålet å sikre fri bevegelighet for å legge til rette for et velfungerende marked. Å utvide diskrimineringsforbudet til å *omfatte* et påbud for statene til å særbehandle, vil signalisere at søkeres kvalifikasjoner må vike til fordel for andre forhold, som for eksempel kjønn. En kvoteringsregel som ikke tar hensyn til kandidatenes kvalifikasjoner i størst mulig grad, er ikke en hensiktsmessig tilnærming til å oppnå fellesskapets formål om et konkurransedyktig marked.

På grunn av at formålet med EU/EØS-samarbeidet er ulikt fra KDKs, vil EU- og EFTA-domstolen også nærme seg diskrimineringsspørsmål på en mer kjønnsnøytral måte

¹¹⁶ Se EFTA-domstolens avgjørelse E-1/012, *EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway*, EFTA Court Report 2003 s. 1 (Universitetet i Oslo-saken) premiss 37-45 hvor det vises til en rekke avgjørelser fra EU-domstolen

¹¹⁷ Tilsvarende artikkel 3 i likestillingsdirektivet

¹¹⁸ Sak C-450/93, *Eckhard Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, European Court reports 1995 side I-03051

¹¹⁹ jf. Landesgleichstellungsgesetz av 20 november 1990 (Bremen Law on Equal Treatment for Men and Women in the Public Service, *Bremisches Gesetzblatt*, side 433) § 4 (1) og (2)

¹²⁰ Sak 312/86, *Commission v France*, European Court reports 1988 side 06315, premiss 15

¹²¹ C-450/93, premiss 21, hvor det vises til Case 222/84, *Johnstin v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, European Court reports 1986 side 01651, premiss 36)

enn kvinnekomitéen. Mens KDK har et ensidig siktemål om å hindre diskriminering av kvinner,¹²² er formålet med likebehandlings- og likestillingsdirektivet at både menn og kvinner skal vernes mot forskjellsbehandling.¹²³ Det er således vanskeligere å balansere to motstående interesser, slik EU- og EFTA-domstolen blir tvunget til, enn å konsekvent favorisere tolkningsalternativer som legger til rette for bedret kvinnevern.

*Marschall-saken*¹²⁴ er et annet eksempel hvor pliktspørsmålet kom på spissen. Det fulgte av den aktuelle bestemmelsen at kvinner "must be given priority" hvis ikke forhold ved den mannlige søker veide tyngre.

Ordlyden "must" oppstilte dermed en plikt for arbeidsgiver til å ansette kvinner dersom nærmere vilkår var oppfylt. EU-domstolen anså likevel ikke forpliktelsesvilkåret som avgjørende, all den tid bestemmelsen inneholdt et forbehold som oppveide ubalansen.¹²⁵ Bestemmelsens elasticitet, ved at arbeidsgiver ble tvunget til å vurdere forhold knyttet til den mannlige søkeren, medførte en fravikelsesmulighet. Følgelig var ikke likebehandlingsdirektivet artikkel 2 (4) til hinder for bestemmelsen.

Å tillate kvoteringsordninger som etter omstendighetene plikter arbeidsgivere å særbehandle, er likevel ikke ensbetydende med at konvensjonsforpliktelsene pålegger medlemsstatene en særbehandlingsplikt. Rettstilstanden etter EU/EØS-retten er derfor at det kun foreligger *adgang* til å særbehandle, jf. *Kalanke-* og *Marschall-saken*.

4.1.3 Forrangsspørsmålet: Får KDK eller de EU/EØS-rettslige forpliktelsene gjennomslag i norsk rett?

Gjennomgangen viser at det foreligger motstrid mellom KDK og EU/EØS-reglene. Etter likestillingsdirektivet artikkel 3 er det kun adgang til å særbehandle, mens statene under gitte omstendigheter er forpliktet til å særbehandle etter KDK artikkel

¹²² KDK artikkel 1

¹²³ Direktiv2006/54/EF fortalen premiss (2) og artikkel 3

¹²⁴ Sak C-409/95, *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, European Court reports 1997 side I-06363

¹²⁵ *op.cit.* premiss 33

4 nr. 1. Spørsmålet er om KDK eller EU/EØS-retten skal få gjennomslag i tolkningen av likestillingsloven § 7.

Kollisjonsspørsmålet ble drøftet av EFTA-domstolen i *Universitetet i Oslo-saken*.¹²⁶ Sakens kjerne gjaldt lovlighet av å øremerke stillinger til kvinner og vil bli nærmere analysert i punkt 4.2. I fortsettelsen vil bare anførslene i saken om forholdet mellom KDK og EØS-retten diskuteres.

Et av spørsmålene var om likebehandlingsdirektivet skulle tolkes i samsvar med KDK artikkel 4 nr. 1. Norge anførte at positiv særbehandling måtte forstås som en del av diskrimineringsforbudet og ikke som et unntak fra det.¹²⁷ For å komme strukturell diskriminering til livs, hevdet Norge de var forpliktet til å benytte midlertidige særtiltak.

EFTA-domstolen var klar på at andre internasjonale konvensjoner som regulerer adgangen til positive særtiltak, var av mer veiledende enn bindende karakter.¹²⁸ Det kunne derfor ikke med hjemmel i KDK gjøres avvik fra forpliktelsene etter EØS-retten. Retten mente rettspraksis fra EU-domstolen måtte legges til grunn ved vurderingen av om særtiltakene i saken var lovlig etter EØS-avtalen.¹²⁹

Det er særlig to omstendigheter som gjør at KDK etter min oppfatning bør gis en mer fremtredende rolle i tolkningen av EU-retten og likestl. § 7 i dag.

For det første bør KDK tillegges betydning for EU- og EFTA-domstolens fortolkning av likestillingsdirektivet. Direktiv 2002/73/EF henviser, i motsetning til det opprinnelige likebehandlingsdirektivet, direkte til KDK.¹³⁰ Selv om det i dag er likestillingsdirektivet av 2006 som gjelder, tar dette opp i seg direktivet fra 2002.¹³¹ Dessuten fremheves det i likestillingsdirektivets fortale at medlemsstatene *i første rekke* skal bestrebe å forbedre kvinners stilling på arbeidsmarkedet.¹³²

¹²⁶ Sak E-1/02

¹²⁷ *op.cit.* premiss 25

¹²⁸ *op.cit.* premiss 58

¹²⁹ *op.cit.* premiss 45

¹³⁰ Direktiv 2002/73/EF fortalen pkt. (2)

¹³¹ Direktiv 2006/54/EF fortalen pkt (1)

¹³² *op.cit.* fortalen pkt (22)

Videre bygger EU blant annet på prinsippet om respekt for menneskerettighetene, samtidig som samtlige EU-medlemsstater har ratifisert kvinnekonvensjonen.¹³³ Dette forsterker at EU-rettens ikke-diskrimineringsprinsipp bør fortolkes i samsvar med utviklingen av menneskerettighetene for øvrig. EU- og EFTA-domstolen må derfor ta stilling til uttalelsene om særbehandlingsplikten oppstilt i generell anbefaling nr. 25 som kom to år etter EFTA-domstolens avgjørelse.¹³⁴

For det andre har KDK etter grunnlovsendringen¹³⁵ fått en høyere rettskildestatus i Norge enn de EØS-rettslige forpliktelsene. Da EFTA-domstolen avsa sin dom mot Norge, var ikke KDK inkorporert i menneskerettsloven.¹³⁶ Grunnet EØS-loven §§ 1 og 2 som sier at de EØS-rettslige forpliktelsene skal gjelde som norsk lov og gå foran alminnelige bestemmelser, kunne ikke KDK gis forrang ved motstrid. Ettersom KDK nå er på trinnhøyde med Grunnloven, vil konvensjonen gå foran de EØS-rettslige forpliktelsene, jf. Grl. § 92.

I mine øyne innebærer KDKs nye rettskildeposisjon i norsk rett og kvinnekomitéens generelle anbefaling nr. 25, at det i visse tilfeller må innfortolkes en plikt for norske myndigheter til å iverksette og gjennomføre særbehandling.

Da KDK ble inkorporert i menneskerettsloven, tok forarbeidene opp motstridsspørsmålet mellom KDK og EØS-retten i lys av Universitetet i Oslo-saken.¹³⁷ Forarbeidene fastslo at KDK ikke oppstilte krav om øremerking av stillinger.¹³⁸ Dette standpunktet kolliderer ikke nødvendigvis med mitt synspunkt. Å oppstille en plikt til å særbehandle er ikke ensbetydende med å tillate radikal kvotering. Ved at de øvrige vilkårene for å særbehandle også må være innfridd, står ikke statene fritt til å iverksette kjønnskvolter. Poenget er at dersom disse vilkårene er innfridd, foreligger en plikt – og ikke bare adgang – til å iverksette positiv særbehandling.

¹³³ Anne Hellum og Ruth Nielsen "Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO", *Kritisk juss* 2002 nr. 1-3, s. 129 pkt. 7

¹³⁴ Sak-1/02 er fra 2003, mens GR No. 25 er fra 2005

¹³⁵ Nærmere omtalt i pkt. 3.1.1

¹³⁶ Inkorporasjon fant først sted i 2009

¹³⁷ Ot.prp. nr. 93 (2008-2009), side 28

¹³⁸ *Ibid.*

Vilkårene om at særbehandlingen må være egnet, midlertidig, nødvendig og proporsjonal må være oppfylt. I tillegg til likestillingsloven § 7, følger dette av rikholdig rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen. Hvordan vilkårene er forstått og utpenslet i rettspraksis vil vurderes i punkt 4.2-4.6.

4.2 Adgang til radikal kjønnskvotering ved ansettelse?

Radikal kjønnskvotering innebærer at det underrepresenterte kjønn kan stilles foran en mer kvalifisert person av det motsatte kjønn, såfremt vedkommende anses kvalifisert.¹³⁹ Hensynet til kollektive rettferdighetssyn vil her trumfe enkeltindividets interesser. Ordlyden i konvensjonstekstene er taus hva gjelder lovligheten av radikal kvotering.¹⁴⁰ Spørsmålet er om EU- og EFTA-domstolen tillater radikal kjønnskvotering.

I *Tham-saken*¹⁴¹ måtte EU-domstolen ta stilling til lovligheten av ordninger betegnet som radikal kjønnskvotering. En svensk bestemmelse, som bygde på den såkalte Tham-forordningen¹⁴², ga søkere av det underrepresenterte kjønn med professorkompetanse fortrinnsrett framfor klart bedre kvalifiserte søkere. Den kvinnelige professoren var i utgangspunktet rangert som nummer tre blant åtte søkere, men fikk til slutt jobben blant annet på bekostning av en mannlig professor.¹⁴³

Paragraf 3 fastslo at det underrepresenterte kjønn skal velges dersom kandidaten hadde tilstrekkelige kvalifikasjoner, men tredje ledd inneholdt en reservasjon som lød:

”Positive discrimination must, however, not be applied where the difference between the candidates’ qualifications is so great that such application would give rise to a *breach of the requirement of objectivity* in the making of appointments” (min kursivering)

¹³⁹ Se mer utførlig under punkt 1.4.3

¹⁴⁰ som vist i punkt 3.1.1 og 3.2.2

¹⁴¹ Sak C-407/98, *Katarina Abrahamsson og Leif Andersson v Elisabeth Fogelqvist*, European Court reports 2000 side I-05539

¹⁴² Forordning (1995:936) “om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte § 3”

¹⁴³ C-407/98 premiss 18 og 20.

Saken kom opp for Överklagandenämnden (Nemnden). Nemnden fant at mannen var klart bedre kvalifisert enn kvinnen, men var usikre på hvordan § 3 i forordningen stilte seg i lys av likebehandlingsdirektivet.¹⁴⁴ Nemnden valgte derfor å forelegge flere tolknings spørsmål til EU-domstolen.¹⁴⁵ Det ene spørsmålet var hvorvidt artikkel 2 (1) og (4) i likebehandlingsdirektivet hindret en nasjonal regel som statuert i den nevnte § 3.¹⁴⁶

EU-domstolen påpekte at ordningen ga det underrepresenterte kjønn automatisk prioritet dersom de var tilstrekkelig kvalifisert.¹⁴⁷ Reservasjonen i § 3 tredje ledd, som fordret objektivitet ved utnevnelsen, garanterte ikke nødvendigvis for en konkret og objektiv *vurdering*. Retten konkluderte derfor med at en slik utvelgelsesmetode ikke var berettiget i medhold av artikkel 2(1) og (4).¹⁴⁸

Domstolen tilføyde at heller ikke artikkel 141 (4) i EU-traktaten kunne hjemle en slik utvelgelsesmetode. Begrunnelsen bunner ut i proporsjonalitetskravet, og forklares treffende på følgende måte:

” ... it is enough to point out that, even though Article 141 (4) EC allows the Member States to maintain or adopt measures providing for special advantages intended to prevent or compensate for disadvantages in professional careers in order to ensure full equality between men and women in professional life, *it cannot be inferred from this that it allows a selection method of the kind at issue in the main proceeding which appears, on any view, to be disproportionate to the aim pursued*” (min kursivering)

Dommen stadfester med dette at å ansette en kvalifisert kandidat av det underrepresenterte kjønn - på tross av at andre søkere er bedre kvalifisert - utgjør et uforholdsmessig inngrep i andre søkeres rettigheter. Hovedpoenget i dommen er således at proporsjonalitetskravet setter en stopper for adgangen til radikal kjønnskvolterering.

¹⁴⁴ *op.cit.*, premiss 23 og 26

¹⁴⁵ *op.cit.*, premiss 27

¹⁴⁶ *op.cit.*, premiss 27 1)

¹⁴⁷ *op.cit.*, premiss 52

¹⁴⁸ *op.cit.*, premiss 53

Lovligheten av radikal kvotering kom også opp for EFTA-domstolen i *Universitet i Oslo-saken*.¹⁴⁹ Med hjemmel i Universitets- og høyskoleloven § 30(3) øremerket Universitetet i Oslo (UiO) ti post doc-stipend og 12 nyopprettede professorater til kvinner. Ansettelsene skulle oppfylle universitetets handlingsplan for perioden 2000-2004, som innebar et mål om minst 30 prosent av de nyansatte professorene skulle være kvinner.¹⁵⁰

Spørsmålet for EFTA-domstolen var om Norge hadde brutt sine EØS-forpliktelser ved å vedta en regel som godtok at det kunne reserveres akademiske stillinger utelukkende for kvinner.¹⁵¹

Norge hevdet at tiltaket var forholdsmessig i lys av formålet om å utjevne den skjeve kjønnsfordelingen blant professorene. Øremerkingen var nødvendig for å møte den kvinnelige studentmassens behov, og EU-domstolen hadde i følge Norge ikke avgjort hvorvidt slik øremerking var omfattet av artikkel 2 (4).¹⁵²

EFTA-domstolen understreket viktigheten av proporsjonalitetsvilkåret. Særbehandlingen måtte begrenses til det som var rimelig og nødvendig for å oppnå formålet, samtidig som likebehandlingsprinsippet i størst mulig grad måtte forsøkes å bli imøtegått.¹⁵³ At universitetet ville bøte på den store reelle kjønnsrepresentasjonsulikheten, kunne ikke avhjelpe konvensjonsbruddet det innebar å gi en automatisk og ubetinget fortrinnsrett for kvinner.¹⁵⁴

I premiss 51 sammenligner retten universitets- og høyskoleloven § 30(3) med den relevante bestemmelsen i *Tham-saken*. Som nevnt ble den svenske bestemmelsen ansett å ha en utilfredsstillende seleksjonsprosedyre. Retten mente den norske bestemmelsen var enda mer kritikkverdig enn den svenske - all den tid menn ikke engang ble gitt mulighet til å søke. Følgelig ble delkonklusjonen at bestemmelsen var i strid med kravet om likebehandling.

¹⁴⁹ Sak E-1/02

¹⁵⁰ *op.cit.*, premiss 4.

¹⁵¹ *op.cit.*, premiss 20

¹⁵² *op.cit.*, premiss 29 og 30

¹⁵³ *op.cit.*, premiss 43

¹⁵⁴ *op.cit.*, premiss 22

Norge argumenterte også med at stillingene det var tale om å øremerke var nyopprettede, slik at de mannlige kandidatene ikke ble stilt i en dårligere posisjon med hensyn til å gjøre karriere enn de ville vært uten de øremerkede stillingene.¹⁵⁵ EFTA-domstolen kontrer her med at de nyopprettede professoratstillinger antagelig ble fordelt og utlyst etter en evaluering av eksisterende og behovet for fremtidige ansettelser.¹⁵⁶ Øremerkingen ville derfor påvirke mennenes adgang til å bli ansatt ved universitetet, all den tid ordningen ville ha innvirkning på antall ledige stillinger i fremtiden.¹⁵⁷

Etter min mening er domstolens argumentasjon på dette punkt overbevisende. Et ytterligere argument er at det i lignende tilfeller kan være vanskelig for domstolen å bevise at nytlyste stillinger grunner i et faktisk behov for utvidelse – og ikke bare er konstruert på bakgrunn av et ønske om likestilling. Selv om de nyopprettede stillingene ved UiO utgjorde en reell utvidelse av det totale antallet tilgjengelige poster, ville det i fremtidigere saker – dersom domstolen hadde sett på argumentet som en rettfærdiggjørelse – vært enkelt å omgå et slikt kriterium.

Retten bemerket at det i prinsippet må være mulig for den best kvalifiserte søker å få stillingen. Dette er umulig å oppnå dersom kvinner uansett blir prioritert bare de er tilstrekkelig kvalifisert, noe som er i tråd med EU-domstolens klargjøring i *Tham-saken*. Retten understreker at den nevnte § 30 (3) manglet elastisitet idet den ga absolutt og ubetinget prioritet til kvinnelige søkere.¹⁵⁸ Avvik fra retten til likebehandling, i form av særbehandling, kan bare tillates dersom det åpnes for en avveining mellom behovet for å fremme det underrepresenterte kjønn og en objektiv vurdering av det annet kjønns kvalifikasjoner. Radikal kjønnskvotering innfrir dermed ikke proporsjonalitetskravet og er ulovlig, noe som må innfortolkes i likestillingsloven § 7.

4.3 Adgang til moderat kjønnskvotering ved ansettelser?

Moderat kvotering innebærer at det underrepresenterte kjønn foretrekkes der søkerne har like eller tilnærmet like kvalifikasjoner. Selv om begge kandidatene er

¹⁵⁵ *op.cit.*, premiss 35

¹⁵⁶ *op.cit.*, premiss 52.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Op.cit.* premiss 54

godt kvalifisert, vil ikke særbehandling kunne benyttes dersom det underrepresenterte kjønn stiller betydelig dårligere. De individuelle interessene blir derfor bedre ivaretatt ved moderat kjønnskvoltering enn ved radikal kjønnskvoltering. Spørsmålet er hvorvidt moderat kvotering aksepteres, og i så fall hvilke vilkår og retningslinjer som oppstilles.

Et av spørsmålene Nemnden forela EU-domstolen i den nevnte *Tham-saken* gjaldt lovligheten av moderat kjønnskvoltering. Spørsmålet var om domstolen aksepterte en nasjonal regel som ga det underrepresenterte kjønn fortrinnsrett hvis kandidatene var like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert.¹⁵⁹ Domstolen konkluderte med at en slik regel ikke stred mot likebehandlingsdirektivet dersom søkerne ble undergitt en objektiv vurdering hvor deres særlige, personlige forhold ble hensyntatt.

I *Kalanke-saken* mente Mr. Kalanke seg ulovlig forbigått fordi Ms. Glissmann ble foretrukket som ny avdelingsleder. Kvoteringsordningen ga kvinner fortrinnsrett dersom de var underrepresentert i sektoren og søkerne ellers var likt kvalifisert.

Domstolen konkluderte med at kvoteordningsbestemmelsen ville garantere kvinner "absolute and unconditional priority", noe som gikk utover "promoting equal opportunities and overstep the limits" av unntaket i artikkel 2(4). Etter domstolens syn stengte unntaksbestemmelsen for en nasjonal regel som ga det underrepresenterte kjønn absolutt og ubetinget prioritet ved ansettelse eller forfremmelser.

Marschall-saken, som nevnt i punkt 4.1.2, oppstod i kjølvannet av *Kalanke-saken*. En kvinne fikk her en lærerjobb til fordel for en mann på grunn av positiv særbehandling. I motsetning til i *Kalanke-saken* var den nasjonale bestemmelsen i dette tilfellet mindre bastant utformet. Dersom kvinner var likt kvalifisert som menn og underrepresentert i sektoren, skulle de gis fortrinnsrett med mindre "reasons specific to an individual male candidate tilt the balance in his favour".¹⁶⁰ Dersom

¹⁵⁹ Sak C-407/98 premiss 60

¹⁶⁰ jf. Beamtengegesetz für das Land Nordrhein-Westfalen av 1. mai 1981, § 25 (5) andre setning. Også gjengitt i C-407/95 premiss 3.

forutsetningene om underrepresentativitet og kvalifikasjonslikhet forelå, var det avgjørende vilkåret om forhold ved den mannlige søker veide tyngre.

Følgelig kan det sluttet at kvoteringsordninger som gir det ene kjønn automatisk fortrinnsrett er uproporsjonalt, selv om søkerne er likt kvalifisert. Forutsetningen er derfor at alle kandidater undergis en objektiv og individuell vurdering for å forhindre automatisk og ubetinget prioritet.¹⁶¹ I motsatt fall vil det være et uforholdsmessig inngrep i den forbigåtte søkers krav på likebehandling og anses som et brudd på likebehandlingsdirektivet. Hvilke krav eller retningslinjer som stilles til utvelgelsesprosessen, vil drøftes i det følgende.

4.3.1 Stilles det særskilte krav til begrunnelse eller fremgangsmåte i utvelgelsesprosessen?

I *Marschall-saken* konkluderte retten med at kvoteringsordningen var lovlig, men understreket viktigheten av at alle kvalifiserte mannlige kandidater måtte garanteres en konkret og objektiv vurdering.¹⁶² Fortrinnsretten skulle gjelde hvis ikke en mannlige søker ut fra et eller flere seleksjonskriterier burde foretrekkes.¹⁶³

Sammenlignet med *Kalanke-saken* utpensler domstolen i *Marschall-saken* proporsjonalitetsvurderingen nærmere, ved å kreve ordninger som gir en objektiv og individuell vurdering av de mannlige søkerne. Elastiske kvoteringsbestemmelser med tilhørende objektivitetskrav medfører at kandidatenes kvalifikasjoner får den mest fremtredende rollen i ansettelsesprosessen. Personlig mener jeg dette er et vektig argument i debatten om at individuelle hensyn tilsidesettes i for stor grad ved kjønnskvoltering. I realiteten begrenses bestemmelsen her til formålet med positiv særbehandling, nemlig å fremme like muligheter – og ikke resultater - for kvinner og menn i ansettelsesprosessen.

Videre ble det presisert at kriteriene ikke måtte virke diskriminerende overfor de kvinnelige kandidatene.¹⁶⁴ Etter min mening følger det allerede av diskrimineringsforbudet i likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) at kun ikke-

¹⁶¹ Også fastslått i sak C-158/97, *Badeck and others*, European Court reports 2000 side I-01875, hvor det vises til *Kalanke-* og *Marschall-saken* i premiss 22-23.

¹⁶² Sak C-409/95 premiss 33

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ *Ibid.*

diskriminerende kriterier tillates i ansettelsesprosesser. Rettens ordvalg i denne forbindelse: "it should be remembered that those criteria must not ... discriminate" (min kursivering), indikerer også at slutningen ikke er oppsiktsvekkende.

I *Badeck-saken*¹⁶⁵ går retten enda lenger enn i *Kalanke-* og *Marschall-saken* i å vurdere hvilke seleksjonskriterier som er i tråd med likebehandlingsdirektivet.¹⁶⁶ Ved ansettelsen i saken skulle det blant annet tas hensyn til egenskaper ervervet ved utførelsen av familiemessige oppgaver, så fremt de hadde betydning for søkerens egnethet, kvalifikasjoner og faglige innsats. Retten påpekte at flere av kriteriene normalt var fordelaktige for kvinner, men at de måtte godtas fordi de var kjønnsnøytrale og i prinsippet kunne komme menn til gode.¹⁶⁷

At kriteriene godtas til tross for at retten anser de å være "in general favour of women" og "manifestly intended to lead to an equality which is substantive rather than formal",¹⁶⁸ indikerer at statene har et betydelig spillerom hva gjelder utvelgelsen av kriterier. Det kan hevdes at selv om unntaksbestemmelsen isolert sett skal tolkes snevert, betyr ikke det at kriteriene vurderingen bygger på er underlagt en streng tolkning.

Dessuten ble det påpekt i *Tham-saken* at de kjønnsnøytrale kriteriene skal anvendes åpent og være tilgjengelig for etterprøving.¹⁶⁹ Dette bidrar til å hindre vilkårlighet i vurderingen av hvilke søkere som er best egnede. Endelig ble det presisert at kjønnsdiskrimineringsvernet er det samme uavhengig av hvem som står for ansettelsen, og av om stillingen er på et høyere eller lavere nivå.¹⁷⁰ Kravene til utvelgelseskriteriene kan således ikke omgås, selv om arbeidsgiver skulle vise seg å være et høytstående statlig organ eller virksomhet.

4.4 Adgang til positiv særbehandling som unntak fra indirekte diskriminering?

Hittil har positiv særbehandling som unntak fra forbudet om direkte forskjellsbehandling blitt drøftet. I fortsettelsen vil i stedet adgangen til positiv sær-

¹⁶⁵ Sak C-158/97, *Badeck and others*, European Court reports 2000 side I-01875

¹⁶⁶ *op.cit.* premiss 31

¹⁶⁷ *op.cit.* premiss 32

¹⁶⁸ *op.cit.* premiss 32

¹⁶⁹ *op.cit.* premiss 49

¹⁷⁰ *op.cit.* premiss 2

behandling som unntak fra indirekte diskriminering vurderes. Indirekte kjønnsdiskriminering betyr at et krav eller en betingelse som gjelder begge kjønn, kun kan oppfylles av enten kvinner eller menn.¹⁷¹ Spørsmålet er om, og i tilfelle ut fra hvilke kriterier, særbehandling i slike tilfeller aksepteres.

*Schnorbus-saken*¹⁷² gjaldt jusstudenten Julia Schnorbus' søknad som praktikant høsten 1997. Etter tysk rett er yrkesopplæring hos en juridisk virksomhet en nødvendig betingelse for å gå opp til den andre juridiske statsprøve.¹⁷³ Schnorbus fikk ikke stillingen.

Arbeidsgiver viste til at det var for mange søknader sammenlignet med antall plasser. Videre ble avslaget begrunnet i en nasjonal bestemmelse som regulerte ansettelsesterminer for en praktikantperiode.¹⁷⁴ Praktikantstillingene var forbeholdt søkere som hadde avtjent militær eller sivil verneplikt. Ettersom bare menn hadde verneplikt, kunne ikke kvinnelige søkere dra fordel av fortrinnsretten. På dette grunnlag mente Schnorbus at utvelgelsesprosedyren var diskriminerende.¹⁷⁵

EU-domstolen tok først stilling til om lovgivningen innebar direkte eller indirekte diskriminering.¹⁷⁶

Retten fant at lovgivningen ikke innebar direkte forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn.¹⁷⁷ Bestemmelsen inneholdt en rekke omstendigheter som kunne tas i betraktning. Fortrinnsretten menn fikk kunne derfor ikke anses direkte basert på kjønn.¹⁷⁸ Lovgivningen ble imidlertid ansett å utgjøre indirekte forskjellsbehandling.¹⁷⁹ Retten presiserte i premiss 38 at det *ikke* var nødvendig å undersøke de konkrete virkningene av den aktuelle bestemmelsen. Det var tilstrekkelig å fastslå at en bestemmelse som gir fortrinn til personer som har

¹⁷¹ Se mer utfyllende i punkt 1.4.2

¹⁷² Sak C-79/99, *Julia Schnorbus v Land Hessen*, European Court reports 2000 side I-10997

¹⁷³ *op.cit.* premiss 14

¹⁷⁴ *op.cit.* premiss 15

¹⁷⁵ *op.cit.* premiss 16

¹⁷⁶ *op.cit.* premiss 20 2) og 3)

¹⁷⁷ *op.cit.* premiss 34

¹⁷⁸ *op.cit.* premiss 32

¹⁷⁹ *op.cit.* premiss 39

gjennomført verneplikten, utgjør indirekte diskriminering til fordel for menn ettersom kvinner ikke har en slik lovbestemt plikt.¹⁸⁰

For det andre vurderte retten hvorvidt bestemmelsens formål, om å kompensere for de vernepliktige søkeres ulempe, legitimerer forskjellsbehandlingen og om den var i tråd med likebehandlingsdirektivet.¹⁸¹

Domstolen starter med å minne om at artikkel 2 (4) åpner for å iverksette særtiltak både til fordel for kvinner og menn.¹⁸² Videre mente retten at bestemmelsen var saklig og av objektiv karakter.¹⁸³ Dette fordi den utelukkende skulle hensynta søkere som ufrivillig hadde fått forsinket studieløpet. Endelig påpekte domstolen at særtiltaket var proporsjonalt.¹⁸⁴ Søkerne som ikke fikk fortrinnsrett ble skadelidende i maksimalt 12 måneder, noe som tilsvarte forsinkelsen til de prioriterte søkeres vernepliktsperiode.¹⁸⁵ De saksøkte fikk derfor medhold i at direktivet ikke var til hinder for ansettelsesordningen.¹⁸⁶

Schnorbus-saken skiller seg fra de øvrige dommene ved at det er særbehandling på grunn av indirekte – og ikke direkte – diskriminering som drøftes. Dette er helt i tråd med ordlyden i likebehandlingsdirektivets artikkel 2 (1) og (4). Likevel legger domstolen de samme vilkårene til grunn i vurderingen som når det drøftes ut fra direkte diskriminering.

4.5 Oppsummert om positiv særbehandling på grunn av kjønn ved ansettelse

Gjennomgangen av praksis fra kvinnekomitéen og EU- og EFTA-domstolen viser at grensen for midlertidige særtiltak som kan iverksettes, er nøyere trukket opp enn innledningsformuleringen og formåls-, rimelighets- og varighetsvilkårene etter likestl. § 7 a), b) og c).

Hvorvidt det foreligger en særbehandlingsplikt under gitte omstendigheter, er utvilsomt det største usikkerhetsmomentet. Etter min mening taler dagens retts-

¹⁸⁰ *op.cit.* premiss 38 og 43

¹⁸¹ *op.cit.* premiss 20 4), 38 og 43

¹⁸² *op.cit.* premiss 42

¹⁸³ *op.cit.* premiss 44

¹⁸⁴ *op.cit.* premiss 46

¹⁸⁵ *ibid.*

¹⁸⁶ *op.cit.* premiss 47

kildesituasjon for et bekreftende svar på spørsmålet. Følgelig må innledningsordene "ikke er i strid med" i likest. § 7 heretter tolkes som et påbud om å særbehandle dersom de øvrige vilkårene er innfridd. Grunnet trinnhøyderegelelen i Grunnloven § 92 bør norske håndhevelsesorganer legge en slik forståelse til grunn, selv om ikke EU- og EFTA-domstolen i fremtiden innfortolker en slik plikt. Norge vil i så fall gå i mot sine EU/EØS-rettslige forpliktelser til fordel for å oppfylle forpliktelsene etter KDK.

Hva gjelder særbehandlingsadgangen er rettspraksis langt mer samstemt. Søkeren det er aktuelt å særbehandle må blant annet stamme fra det *underrepresenterte* kjønn. Dette harmonerer fullt ut med formålet om å komme strukturell diskriminering til livs.

Videre må søkeren ha *like eller tilnærmet like kvalifikasjoner* som kandidaten(e) av det motsatt kjønn. Dette innebærer at moderat kjønnskvoltering er tillatt mens det er forbud mot radikal kjønnskvoltering.¹⁸⁷

Dernest illustrerer rettspraksis at automatiske kvoteringsregler er forbudt.¹⁸⁸ Særtiltaksordningen må derfor inneholde fleksibilitet som gir det overrepresenterte kjønn enn reell mulighet i ansettelsesprosessen. Mer presist må kvalifikasjonsvurderingen avgjøres etter en *konkret, personlig og objektiv vurdering* av alle søkerne. Seleksjonskriterier som tilsynelatende er til fordel for kvinner, men som er kjønnsnøytrale, godtas fordi de i prinsippet kan komme menn til gode.¹⁸⁹

Dessuten må tiltaket være *egnet og nødvendig* eller *midlertidig*. I kravet til egnethet ligger at særtiltaket må være skikket til å oppnå formålet. Rekruttering av det underrepresenterte kjønn vil nesten unntaksvis være egnet. At kravet må være nødvendig eller midlertidig innebærer at særtiltaket må opphøre når formålet oppnås.¹⁹⁰ Er ikke tiltaket lenger nødvendig, vil det heller ikke være egnet og kravene henger således sammen.

¹⁸⁷ jf. punkt 3.1.1.1 *Tham-saken* og punkt 3.1.1.2 *Universitet i Oslo-saken*.

¹⁸⁸ Jf. punkt 3.2.1.1-3.2.1.3 *Kalanke-, Marschall- og Badeck-saken*

¹⁸⁹ Jf. punkt 3.2.1.3 *Badeck-saken*.

¹⁹⁰ *ibid.*

Det er vanskeligere å fastsette nærmere hva som ligger i proporsjonalitetsvurderingen. Ytterpunktene er *Badeck-* og *Schnorbus-saken* på den ene siden og *Tham-* og *Universitetet i Oslo-saken* på den andre siden. I sjiktet mellom henholdsvis moderat og radikal kvotering er det vanskelige grensedragninger for hvorvidt et særtiltak anses forholdsmessig. Kvoteringsordningens fleksibilitet og utvelgelses-kriterier er etter rettspraksis momenter av betydning.

Endelig illustrerer *Schnorbus-saken* at hvorvidt spørsmålet gjelder særbehandling som unntak fra direkte eller indirekte diskriminering, ikke endrer innholdet av de nevnte vilkårene.¹⁹¹

¹⁹¹ jf. punkt 3.1.3.1 *Schnorbus-saken*

5. NORSKE HÅNDHEVELSESGRANER AVGJØRELSER I LYS AV KDK OG EU/EØS-RETTE

I punkt 5.1 og 5.2 vil det vurderes hvorvidt nasjonale håndhevelsesorganer avsier avgjørelser i tråd med og bidrar til effektivt konvensjonsvern. Av omfangshensyn er det valgt ut to avgjørelser, hvorav en avgjørelse er fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda og en avgjørelse er fra Høyesterett. Det vil drøftes hvordan EMK, KDK og de EU-/EØS-rettslige kildene er tolket isolert og i lys av hverandre.

5.1. LDN 23/2009 ("Kvinnelig sorenskriver")¹⁹²

Spørsmålet i saken var om det ved utnevnelsen av en sorenskriver var handlet i strid med reglene om positiv særbehandling. Kvinnen som fikk sorenskriverjobben var i utgangspunktet innstilt som nummer tre, mens klageren var innstilt til utnevnelsen. Da Nemnda skulle klarlegge vurderingstemaene for hvorvidt særbehandling var lovlig, ble det tatt utgangspunkt i EU-traktaten artikkel 141 (4) før rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen ble trukket frem.

Nemnda viste blant annet til *Marschall-saken* og påpekte at den åpner for at kvinnelige jobbsøkere kan gis fortrinn ved underrepresentativitet. Forutsetningen, sa Nemnda, er "at kvinnen - på grunnlag av en objektiv og individuell vurdering - er like godt kvalifisert for stillingen som den mannlige søkeren hun går foran".¹⁹³ Dernest understreket Nemnda at radikal kjønnskvolter eller ordninger som ekskluderer menn fra å søke spesielle stillinger, var forbudt. Dette ble forankret i *Universitetet i Oslo-saken*.

Det springende punkt i saken var kandidatenes kvalifikasjoner, hvor nemnda delte seg i et flertall og mindretall. Nemnda anvender og tolker likevel EU-traktatens ordlyd og rettspraksis i tråd med gjennomgangen i del 4. KDK nevnes ikke, uten at dette skal tillegges for mye vekt for gjeldende rett ettersom tvisten pågikk før KDK ble inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven. Avgjørelsen illustrerer at Nemnda er orientert om sentrale internasjonale tolkningsbidrag, noe som er betryggende for å vareta konvensjonsvernet.

¹⁹² LDN-2009-23, *Kvinnelig sorenskriver*, 25. oktober 2009

¹⁹³ Under "Nemndas vurderinger"

5.2 Rt. 2014 s. 402 ("Admiral"-dommen)

I det følgende vil det redegjøres for faktum og saksgangen for håndhevingsorganene, før det vil ses på flertallets argumentasjon i lys av retningslinjene oppstilt av EU- og EFTA-domstolen. Flertallet og mindretallets bevistilnærming- og vurdering, vil kommenteres i punkt 6.3.

I februar 2008 fikk Louise K. Dedichen jobben som sjef for Forsvarets skolesenter i Oslo. Hun ble med det landets første kvinne med militærgrad på generalnivå. En av de andre søkerne til skolesenterjobben, brigader Øyvind K. Strandman, gikk til sak da han mente seg forbigått ved utnevnelsen.

Strandman var rangert som nummer en av tre på kandidurlisten til forsvarsstaben. Han stilte seg blant annet uforstående til at forsvarsdepartementet innstilte Dedichen, selv om hun ikke var på rangeringslisten og mente dette indikerte at hun ikke hadde jevnbyrdige kvalifikasjoner med ham. Strandman brakte derfor saken inn for Ombudet og Nemnda, før han til slutt saksøkte staten for brudd på likestillingsloven. Han fikk medhold av Nemnda og lagmannsretten, men staten v/Forsvarsdepartementet (departementet) vant frem i Oslo tingrett og til slutt i Høyesterett.

Flertallet presenterer dagjeldende § 3a i likestillingsloven av 1978 (dagens § 7) i avsnitt 61:

"Paragraf 3a åpner for særbehandling av det ene kjønn – såkalt moderat kjønnskvoltering – dersom det i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene. Bestemmelsen tolkes i tråd med praksis fra EFDomstolen."

Deretter vises det til *Tham-saken* og kravet om at søkerne må ha jevnbyrdige eller tilnærmet jevnbyrdige kvalifikasjoner og at hver kandidat må vurderes objektivt og individuelt. At ordlyden i § 3a isolert åpnet for moderat kjønnskvoltering, er strengt talt ikke riktig. På samme måte som dagens § 7, er det først *etter* at bestemmelsen er tolket i lys av EU- og EFTA-rettspraksis at forbudet mot radikal kvotering spesifiseres.

Mindretallet utviser således en bedre metodisk tilnærming, ved å først trekke frem ordlyden i § 3a, EU-domstolens praksis og deretter – basert på rettskildefaktorene – presisere at dette er ”såkalt moderat kjønnskvoltering”.¹⁹⁴ Det skal riktignok utvises forsiktighet med å fintolke høyesterettsavgjørelser. Likevel mener jeg mindretallets angrepsvinkel kan karakteriseres som svak, særlig dersom det viser seg å forekomme i kombinasjon med andre kritikkverdige tilnærminger.

Før mindretallet går over til å drøfte den konkrete problemstilling, vurderes departementets anførsel om at domstolens prøvingskompetanse er mer begrenset i denne saken enn ellers.¹⁹⁵ Anførselen ble begrunnet med at utnevnelsen var lagt til Kongen i statsråd, jf. Grunnloven §§ 21 jf. 28. Både mindretallet og flertallet avviser dette kontant og viser til EU-domstolens uttalelser i *Tham-saken*.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Rt. 2014 s. 402, avsnitt 108

¹⁹⁵ Rt. 2014 s. 402, avsnitt 71

¹⁹⁶ som gjennomgått i punkt 4.3.1

6. BEVISBYRDEREGELEN

Rettspraksis viser at bevisføringsplikt, beviskrav og hvilke bevis vurderingen kan baseres på ofte er omtvistet og av stor viktighet for saksutfallet ved spørsmål om positiv særbehandling.¹⁹⁷ Grunnet den praktiske betydningen vurderingene har for hvorvidt kjønnskvoltering etter § 7 tillates, er det hensiktsmessig å gå nærmere inn på bevisretten.

Bevisbyrderegelen i likest. § 27 erstatter likestillingsloven 1978 § 16 og viderefører gjeldende rett.¹⁹⁸ Regelen er antatt å samsvare med likestillingsdirektivets artikkel 19.¹⁹⁹ Delt bevisbyrde bidrar også til å overholde forpliktelse etter KDK artikkel 2 bokstav c) som pålegger statene å sikre kvinner "effektiv" beskyttelse mot diskriminering. Forholdet mellom § 27 og Norges internasjonale forpliktelser vil derfor ikke problematiseres.

6.1 Likestillingsloven § 27

6.1.1 Nærmere om delt bevisbyrde

Likestillingsloven § 27 regulerer at det ved påståtte brudd på bestemmelser i kapittel 2, skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis:

- "a) det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering og
- b) den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel har funnet sted."

De to hovedelementene i bevisbyrdebestemmelsen er hvem av partene som til enhver tid har bevisføringsplikt og hvilke krav som stilles til bevisets styrke. Ved vurderingen av hvilke krav som stilles for at bevis kan brukes for å underbygge et bevistema, må det derimot tas i utgangspunkt den alminnelige bevislæren og tilhørende praksis.²⁰⁰

¹⁹⁷ Se eksemplene i del 5: LDN-2009-23 og Rt. 2014 s. 402 med henvisninger til Rt. 2012 s. 424.

¹⁹⁸ Prop. 88 L (20122013) pkt. 20.2 "Til § 27 Bevisbyrde" s. 174

¹⁹⁹ Hellum og Ketscher, s. 325 pkt. 11.1.2

²⁰⁰ Henry John Mæland, *Kort prosess*, Bergen 2013, 3. revidert utgave kap. 10, s. 198

Bevisrettens overordnede formål er sannhetsmålsetningen, det vil si målet om at en dom skal bygge på sanne premisser som igjen leder til en materielt riktig dom.²⁰¹ Mot dette står hensynet til partsautonomi som innebærer at domstolen må respektere partenes enighet i dispositive saker.²⁰² På bakgrunn av ønske om effektiv håndheving av likestillingsspørsmålet, har lovgiver valgt en annen bevisbyrderregel enn den sivilrettslige hovedregelen etter tvisteloven.²⁰³

Tanken er at terskelen for å gå til sak skal være lavere for den ressursvake part ved å skyve risikoen for bevisvil over på arbeidsgiver, samtidig som det skal "inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling".²⁰⁴ I tillegg vil arbeidsgiver som oftest stå nærmest til å føre bevis, ved å ha gjennomført ansettelsesprosessen og således sitte på avgjørende opplysninger og kunnskap.²⁰⁵

Likestillingsloven opererer derfor med såkalt *delt bevisbyrde*. En arbeidssøker som hevder seg forbigått i en ansettelsesprosess på grunnlag av kjønn, må først fremsette tilstrekkelige bevis for sin påstand. Dernest går bevisføringsplikten over på arbeidsgiver som må bevise at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.

6.1.2 Klagers og arbeidsgivers bevisbyrde

Etter § 27 bokstav a) må klager bevise at det "foreligge(r)" omstendigheter²⁰⁶ som gir "grunn til å tro" at diskriminering har skjedd.

Ordlyden "grunn til å tro" oppstiller ikke krav om sannsynlighetsovervekt for at diskriminering har skjedd.²⁰⁷ Etter forarbeidene kreves likevel at "det er fremlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid

²⁰¹ Se for eksempel NOU 2001: 32 s. 454 Rett på sak – Lov om tvisteløsning (forarbeidene til tvisteloven) som gir uttrykk for en generelt prinsipp om at ved "utformingen av rettsregler om bevis, må man ha for øye at bevisreglene generelt må fremme materielt riktige avgjørelser"

²⁰² Jf. Lov 17. juni 2005 nr. 90 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 11.4 forutsentningsvis

²⁰³ Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. pkt. 9.2 s. 52

²⁰⁴ Rt. 2012 s. 424 avsnitt 36. Uttalelsen gjelder direkte til aml. § 13-8, men i Rt. 2014 s. 402 avsnitt 63 konstateres det at det samme må gjelde for likestillingsloven § 16 (som i dag tilsvarende likestl. § 27).

²⁰⁵ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet. Religion mv. pkt. 18.8.1 s. 129

²⁰⁶ Sml. ordlyden "opplysninger" som ble brukt før lovendringen i 2005. Antatt at endringen ikke har noen betydning i praksis, jf. Hedlun og Semner, s. 328 pkt. 11.2.3.1

²⁰⁷ Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) pkt. 11.8.1 side 130.

med likestillingsloven”.²⁰⁸ Videre viser rettspraksis at klagers påstand må ”støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter” og at dette ”må bero på en konkret vurdering”.²⁰⁹ Følgelig må det foreligge ytterligere holdepunkter eller indikasjoner enn påstand mot påstand om at en person ble ansatt fordi vedkommende er av et bestemt kjønn. Foreligger opplysninger om at avgjørende vekt har blitt lagt på kjønn, får arbeidsgiver bevisbyrden for at dette likevel ikke er tilfelle.

Uttryksmåten ”foreligge(r)” krever ikke at opplysninger om en eventuelt lovstridige forskjellsbehandlingen må stamme fra klageren selv. At andre, herunder Ombudet, kan fremlegge saksrelevant informasjon passer også godt ut fra systembetraktninger. Diskrimineringsombudsloven § 3 åpner for at Ombudet kan ta opp saker på eget initiativ og at de i denne forbindelse har omfattende veiledningsplikt. I lys av harmoniseringshensyn og det overordnede målet om å fatte en materielt riktig avgjørelse, ville det blitt kunstig å begrense bevisplikten til den alminnelige sivilrettslige regel om at *partene* har hovedansvaret for sakens opplysning.²¹⁰

Etter bevisbyrdebestemmelsens bokstav b), må ”den ansvarlige sannsynliggjør(e)” at forskjellsbehandlingen enten har vært lovlig etter § 7, eller at forbigåelsen bygger på andre forhold enn kjønnsaspektet. Det er med andre ord den innklagede som må bevise at det er mer sannsynlig at kjønnsdiskriminering ikke har funnet sted enn at det har det.

Dette medfører igjen at arbeidsgivere som er lite medgjørlig i kartleggingen av hvordan ansettelsesprosessen har foreløpt, ofte vil feile i å oppfylle beviskravet.²¹¹ Dersom klageren har oppfylt bevisbyrden etter bokstav a), mens arbeidsgiver for eksempel holder tilbake opplysninger eller ikke redegjør tilstrekkelig for saken, vil ikke arbeidsgiver oppfylle sin bevisbyrde etter bokstav b) og etter alle solemerker tape saken. Dette viser igjen at bevisbyrderregelen er en effektiviseringsmekanisme med slagkraft.

²⁰⁸ Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) pkt. 16.1 ”Til § 16” s. 169.

²⁰⁹ Jf. Sak 26/2006 og gjentatt i blant annet sak 22/2007. Tilnærmet det samme er uttrykt i ot.prp. nr. 33 (2004-2005), pkt. 11.8.1 side 130.

²¹⁰ Jf. tvisteloven § 21-4 (1) og Mæland s. 167 punkt 10.1

²¹¹ Se for eksempel uttalelser fra Likestillingsombudet i sak 2003/331

Som nøye omtalt i avsnitt 3.1.1 og 3.1.2, er tillatt særbehandling etter § 7 begrenset til moderat kvotering. Dette betyr at arbeidsgiver må etablere bevisovervekt for at den som ble ansatt var omtrentlig like godt kvalifisert som den forbigåtte personen av motsatt kjønn.

Det er likevel viktig å ha i mente at arbeidsgiver også har bevisbyrden for at de øvrige vilkårene som er oppstilt i § 7 og rettspraksis er oppfylt, jf. § 27 andre ledd som klargjør at bevisbyrderregelen gjelder "brudd på bestemmelsene i kapittel 2".

6.2 Særlig om bevisvurderingen i Rt. 2014 s. 402 ("Admiral"-dommen)

Det springende punkt i "Admiral-dommen" var hvorvidt kvinnen, Dedichen, var like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som mannen, Strandman. Departementet hadde som arbeidsgiver bevisbyrden for at de faktiske forhold oppfylte vilkårene for positiv særbehandling, jf. likestl. § 27. Avgjørende var derfor om departementet sannsynliggjorde at Dedichen hadde jevnbyrdige kvalifikasjoner med Strandman.

Flertallet viste til statens bevisbyrde og fremhevet at kvalifikasjonskravene for stillingen ofte står sentralt i bevisbedømmelsen. Førstvoterende presiserte dernest at hvorvidt de oppstilte kvalifikasjonskrav var innfridd måtte kunne prøves av domstolen, men at kontrollen var begrenset til en saklighets- og forsvarlighetskontroll. I subsumsjonen erkjente flertallet at både sakspapirer og uttalelser i forbindelse med ansettelsesprosessen inneholdt formuleringer som uttrykte positivitet om at Dedichens var kvinne. Selv om dette kunne tyde på at det var lagt avgjørende vekt på kjønn, var flertallet likevel av den oppfatning at kjønn bare var et tilleggsargument ved ansettelsen.

Dommer Skoghøy, som utgjorde mindretallet, mente det hadde blitt lagt betydelig vekt på at Dedichen var kvinne og at staten ikke hadde sannsynliggjort at hun var like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som Strandman. Skoghøy mente tvert om at det forelå *klar* sannsynlighetsovervekt for at Dedichen ble utnevnt i strid med likestillingsloven. Ut i fra de begivenhetsnære bevis, blant annet forsvarsstabens anbefaling, den kongelige resolusjonen og notatet fra departementets fagansvarlig, var det klart at Dedichen hadde svakere leder- og operativ erfaring sammenlignet

med Strandman.²¹² Etterfølgende forklaringer fra vitner som talte i motsatt retning, mente mindretallet hadde begrenset vekt.

En av dommens største svakheter, er etter min mening flertallets selvmotsigende tilnærming til vurderingen. I avsnitt 67 vises det til at begivenhetsnære bevis vil vektlegges særlig tungt i tråd med tidligere rettspraksis. Det understrekes at etterfølgende forsikringer fra arbeidsgiver og vitner om at diskriminering ikke har funnet sted vil "ha liten selvstendig bevisverdi".

I avsnitt 80-82 vektlegger flertallet likevel tre etterfølgende skriftlige erklæringer avgitt i anledning Høyesteretts vurdering av om kvalifikasjonskravene var saklig og forsvarlig. I avsnitt 92 tillegges også vitneforklaringene om selve kvalifikasjonsvurderingen fra statsråden, ekspedisjonssjefen og hennes underordnede avgjørende betydning. Dette til tross for at det forelå flere motstridende uttalelser som var avsagt i direkte tilknytning til ansettelsesprosessen. Departementet uttalte eksempelvis at "en kvinne vil kunne bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte". Videre ble det i foredrag til statsråd først uttrykt at Dedichen var best kvalifisert, før det ble uttalt at det "også" hadde blitt lagt vekt på "Forsvarets uttalte målsetting om å utnevne flere kvinnelige offiserer til høyere stillinger". Forklaringer gitt seks år senere av vitner tilknyttet arbeidsgiversiden trumfet etter flertallets syn de mest begivenhetsnære bevisene i saken.

Det var også motstridende bevis vedrørende vektleggingen av og søkeres faktiske tjenesteerfaring. Skoghøy påpeker i avsnitt 120 at departementet i ansettelsesprosessen syntes å ha problemer med å bli enig med seg selv:

"Etter først å ha uttalt at operativ erfaring, ledererfaring og formell utdanning ikke favoriserer noen av kandidatene, innrømmer departementet like etterpå at B [Dedichen] «riktignok mangler den ønskelige operative erfaringen»! Dette viser ikke bare at departementet – høyst naturlig – har ansett operativ erfaring som et viktig kvalifikasjonskriterium, men også at

²¹² Rt. 2014 s. 402, premiss 128

departementet mente at B ikke hadde den operative erfaringen som var ønskelig for stillingen”.

Operativ erfaring var en av de fem kriteriene søkerne ble vurdert etter av både forsvarsstaben og Forsvarsdepartementets fagavdeling.²¹³ Strandman hadde 14 års operativ erfaring mot Dedichens to. På dette punkt var det åpenbart at søkerne med god margin ikke stilte likt eller tilnærmet likt. Det er derfor med rette at Skoghøy benytter utropstegn som virkemiddel for å understreke at departementet må ha ansett kjønn som en kvalifikasjon og som et avgjørende moment.

Flertallet trakk på sin side frem fagavdelingens uttalelse i notat til statsråden om at ”operativ erfaring, solid erfaring samt solid formell utdannelse” ”ikke synes å favorisere kandidatene”.²¹⁴ Det ble deretter konstatert at det var uriktig at alle søkerne hadde like god operativ erfaring. Flertallet bagatelliserte likevel formuleringen ”som et resultat av et uheldig ordvalg som det er vanskelig å legge vekt på i den ene eller andre retningen.”²¹⁵ I lys av at spørsmålet for retten var om saksbehandlingen hadde vært saklig og forsvarlig, er det bemerkelsesverdig at (u)forsvarligheten av en usann uttalelse bare avfeies. Det bemerkes riktignok at det øvrige bevismaterialet ikke tydet på at avdelingen ikke sto inne for et slikt syn. Poenget er, igjen, at dette ”øvrige bevismaterialet” er etterfølgende beviser som etter sikker rett skal ha beskjeden bevisverdi.

Østberg og Mella har kritisert Høyesterett for å tilsidesette loven og fagmilitære hensyn til fordel for politiske årsaker.²¹⁶ Tross den alvorlige påstanden, viser analysen like fullt at den er sann. Bevisbyrderegelen i likestillingsloven skal riktignok effektivisere formålet om likestillingen. På en annen siden må håndhevelsesorganene likevel respektere alminnelig rettskildelære. Høyesteretts hadde bare en farbar vei for å komme til konklusjonen om at departementet sannsynliggjorde at søkerne hadde like eller tilnærmet like kvalifikasjoner. Denne veien var å legge avgjørende vekt på de *begivenhetsfjerne* bevis.

²¹³ Rt. 2014 s. 402, premiss 116

²¹⁴ Rt. 2014 s. 402, premiss 93

²¹⁵ *Ibid.*

²¹⁶ Øivind Østberg og Johannes Mella, ”Når Høyesterett frikjenner for kjønnsdiskriminering”, 12. mai 2014, tilgjengelig på: <http://minervanett.no/nar-hoyesterett-frikjenner-state-for-kjønnsdiskriminering/> (sist besøkt 18. mai 2015)

Det fremstår dermed som at Høyesterett argumenterer ut fra et på forhånd fastsatt resultat; nemlig å frikjenne staten for kjønnsdiskriminering for å fremme kvinnepolitikk.

7. AVSLUTTENDE BEMERKNINGER

Avhandlingen illustrerer at debatten om positiv særbehandling har tatt en ny vending fra 1978 og frem til i dag. Tidligere var debattens kjerne om kjønnskvotering kunne aksepteres som virkemiddel, mens det i dag strides om i *hvilken grad* det kan eller må særbehandles. Hovedlinjene, om at særtiltaket må være egnet, nødvendig, midlertidig og proporsjonalt, er det enighet om etter både KDK og EU/EØS-retten. Det nærmere innholdet i vilkårene er relativt omfattende og detaljert, jf. punkt 4.5. Dette medfører at lovgiver og arbeidsgiver må balansere på en knivsegg for å handle i tråd diskrimineringsforbudet og samtidig iverksette likestillingstiltak for kvinner.

Det største usikkerhetsmomentet knytter seg likevel til om statene i gitte tilfeller er forpliktet til å iverksette og gjennomføre særtiltak. KDK og kvinnekomitéens praksis mener den nevnte balansegangen løses best dersom særbehandling anses som en del av diskrimineringsforbudet. EU/EØS-rettslige forpliktelser og tilhørende rettspraksis betrakter derimot særbehandling som et lovlig unntak fra diskrimineringsforbudet. Følgelig sjonglerer menneskerettighetene og EU/EØS-retten kjønnskvotering forskjellig og spørsmålet om særbehandlingsplikt vurderes derfor i ulike retninger.

I tiden etter at særtiltakene i *Universitetet i Oslo-saken* ble ansett å være i strid med EU/EØS-retten, har Norge lagt seg på en svært restriktiv fortolkning av EU-rettens proporsjonalitetskrav.²¹⁷ Etter min mening er denne holdningen svært ugunstig når målet er at kjønnskvotering skal fungere som et aktivt virkemiddel. Tilbakeholdenhet med å utfordre dagens grenser og gråsoner gjør det vanskelig for domstolene å utpensle og videreutvikle kjønnskvoteringsvilkårene nærmere. Selv om det foreligger rikholdig rettspraksis fra EU- og EFTA-domstolen, foreligger ingen avgjørelser om positiv særbehandling fra midten av 2000-tallet og frem til i dag. Tatt i betraktning at kvinnekomitéens generelle anbefaling nr. 25 kom i 2005 og at KDK nå har fått grunnlovs rang, er det ønskelig at pliktspørsmålet kommer opp for domstolene og vurderes på nytt.

²¹⁷ Hellum og Ketcher, side 299 pkt 14.6.4.

Etter mitt syn vil en særbehandlingsplikt for Norge og de andre statene være fruktbart for å få kjønnskvoltering til å virke effektivt. Radikal kjønnskvoltering, hvor søkeres kvalifikasjoner kommer i andre rekke, vil i for stor grad gå utover kvalifikasjonsprinsippet og individuelle interesser. Som påpekt i punkt 4.1.3 kan det likevel ikke settes likhetstegn mellom radikal kjønnskvoltering og kjønnskvolteringsplikt. Proporsjonalitetsvilkåret må eksempelvis fortsatt være innfridd, hvilket vil si at arbeidsgiver ikke kan tvinges til å kvotere inn en kvinne dersom hun ikke er tilnærmet like godt kvalifisert som en mannlig søker.

Dersom det viser seg at EU- og EFTA-domstolen ikke velger å følge denne rettsutviklingen, blir det avgjørende om nasjonale håndhevelsesorganer får anledning til, og våger, å vurdere pliktspørsmålet. På bakgrunn av grunnlovsrevisjonen bør norske håndhevelsesorganer fastslå at det foreligger plikt til å særbehandle ettersom KDK og tilhørende praksis må gis forrang.

Norsk rettspraksis ved Admiral-dommen viser også betydningen av bevisbyrde-regelen i likestl. § 27. Hensikten med regelen er som nevnt å oppnå et effektivt diskrimineringsvern. Håndhevelsesorganene må likevel ha for øye at også det overrepresenterte kjønn har behov for å vernes mot diskriminering. *Kvinnepolitikken* kan ikke føre frem i særbehandlingsspørsmål, med mindre bevisene peker i denne retning. En fortolkningsstil som tilslører at departementet ikke anså Dedichen kvalifisert, er uholdbart både fra Høyesteretts side og for likestillingskampen.

8 LITTERATURLISTE

Bøker

Andenæs, Johs og Fliflet, Arne, *Statsforfatningen i Norge*, Bergen 2006, 10. utgave

Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Oslo 2008

Hedlund, Mary-Ann og Djuvik Semner, Brit: "Likestillings- og diskrimineringslovene bind I – med kommentarer", Oslo 2008

Chinkin, Christine og Freeman, Marsha, *Introduction. I: The Un Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women – A Commentary*, Oxford, 2012

Andenæs, Mads Henry, *Rettskildelære*, Oslo 2009, 2. utgave

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, Bergen 2007, 2. utgave

Hansteen, Christoffer, Kambestad, Sigurd-Øyvind, Monsen, Hans Christian og Studeland, Einar, *Interesstvist og arbeidskamp*, Oslo 2015

Schiek, Dagmar og Chege, Victoria, *European union non-discrimination law – comparative perspectives on multidimensional equality law*, 2009

Goldscheid, Julie, *Gender and equality law*, The library og Essays on equality and Anti-discrimination law, 2013

Artikler fra artikkelsamlinger, tidsskrifter og henvisninger til Internett

Hellum, Anne og Nielsen, Ruth, "Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO", *Kritisk Juss*, 2002, nummer 1-3 side 113-132

Ødegård, Arvid R og Andersen, Kari Bergeius, "Kritikk av en høyesterettsdom i likestillingssak – Rt 2014 side 402", *Lov og Rett*, 08/2014 s. 477-483. Tilgjengelig på idunn.no

<http://www.idunn.no/lor/2014/08/kritikk-av-en-hoyesterettsdom-i-likestillings-sak-rt-2014>

Høyesterettsdommer dr. juris Arnfinn Bårdsen, De nordiske høyesterettene som konstitusjonsdomstoler: Noen nyere utviklingslinjer i Norges Høyesterett, innlegg i forbindelse med Nordisk høyesterettsdommerseminar, Stockholm 23.-24. mars 2015, tilgjengelig på: domstol.no,

<https://www.domstol.no/upload/Nordiske%20konstitusjonsdomstoler%20-%20Stockholm%20mars%202015.pdf> (sist besøkt: 27. april 2015)

Øivind Østberg, og Johannes Mella, Når Høyesterett frikjenner for kjønnsdiskriminering, 12. mai 2014, tilgjengelig på minervanett.no,

<http://minervanett.no/nar-hoyesterett-frikjenner-state-for-kjonn-diskriminering/> (sist besøkt: 18. mai 2015)

LDO, statistikk: Alle henvendelser, tabell 1 og 2, tilgjengelig på ldo.no, <http://www.ldo.no/nyheiter-og-fag/ldos-statistikk/alle-henvendelser/> (sist besøkt: 28. mai 2015)

SSB, Indikatorer for kjønnslikestilling kommunene, 2013, tilgjengelig på: ssb.no, <http://www.ssb.no/befolkning/statistikker/likekom/aar/2015-03-02> (sist besøkt: 4. mai 2015)

Nasjonal lovgivning og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 31. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings og diskrimineringsombudet og Likestillings og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn (diskrimineringsloven om etnisitet),

Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven),

Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk (diskrimineringsloven om seksuell orientering)

Forskrift 17. juli 1998 nr. 662 om særbehandling av menn

Forarbeider

Ot.prp. nr. 33 (1974-75) Om likestillingsloven

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv.

NOU 2001: 32 s. 454 Rett på sak – Lov om tvisteløsning

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.

Ot.prp. nr 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv.

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.

St.meld. nr. 17 (2007-2008) Staten og Den norske kirke

NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Ot.prp. nr 93 (2008-2009) Om lov om endringer i menneskerettsloven

Dok. 16 (2011-2012) Rapport til Stortingets presidentskap fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning

Innstl. 186 (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag

Menneskerettighetskonvensjoner

Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene om de grunnleggende friheter (EMK) som endret ved ellefte protokoll 11. mai 1994 og fjortende protokoll 13. mai 2004

FNs konvensjon om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner 18. desember 1979 (KDK) med tilleggsprotokoll 6. oktober 1999

EU/EØS-rettslige primærkilder

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen)

Rådsdirektiv 76/207/EØF av 9. februar om gjennomføringen av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgangen til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår (likebehandlingsdirektivet)

Europaparlamentets- og rådsdirektiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av rådsdirektiv 76/2207/EØF (endringsdirektivet)

Rådsdirektiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like muligheter for og likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltagelse (likestillingsdirektivet)

Rettspraksis / praksis

Ombudet og Nemnda:

LKN 1/1991, *Hurum kommune mot Likestillingsombudet* ("Hurum-saken")

LDN nr. 23/2009, *A mot Justis- og politidepartementet* ("Kvinnelig sorenskriver")

LDN nr. 26/2006, *A mot B (Politidistrikt)*

LDN nr. 22/2007, *A (private selgere) mot B*

Kvinnediskrimineringskomitéens praksis:

General recommendation No. 25, thirtieth session, 2004, article 4 paragraph 1 – Temporary special measures.

EFTA-domstolen:

Sak E-1/02, EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway, EFTA Court Report 2003, side 1 (*Universitetet i Oslo-saken*)

EU-domstolen:

Sak C-170/84, *Bilka-Kaufhaus GmbH v Weber von Hartz*, European Court reports 1986 side 01607 (*Bilka-saken*)

Sak C-312/86, *Commission v France*, European Court reports 1988 side 06315

Sak C-450/93, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen*, European Court reports 1995 side I-3051 (*Kalanke-saken*)

Sak C-409/95, *Marschall v Land Nordrhein-Westfalen*, European Court reports 1997 side I-06363 (*Marschall-saken*)

Sak C-158/97, *Badeck and others*, European Court reports 2000 side I-01875 (*Badeck-saken*)

Sak C-407/98, *Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabeth Fogelqvist*, European Court reports 2000 side I-05539 (*Tham-saken*)

Sak C-476/99, *Schnorbus v Land Hessen*, European Court reports 2000 side I-10997 (*Schnorbus-saken*)