

Positiv særbehandling

1 Innhold

1	Innledning.....	6
2	Sammenfatning - avklaringer av problemstillinger	7
2.1	Innledning.....	7
2.2	Generelle problemstillinger.....	7
2.2.1	Vilkårene for positiv særbehandling	7
2.2.2	Formålet: mulighetslikhet eller resultatlikhet?	7
2.2.3	Krav om underrepresentasjon.....	8
2.2.4	Proporsjonalitetsprinsippet.....	9
2.2.5	Skal proporsjonalitetsprinsippet forstås på samme måte for alle diskrimineringsgrunnlag?	10
2.2.6	Har adgangen til positiv særbehandling blitt utvidet som følge av endringer i EU- direktivene?.....	12
2.2.7	Generelt om adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn.....	14
2.2.8	Rett eller plikt til å bruke positiv særbehandling?	15
2.2.9	Forholdet mellom positiv særbehandling og den generelle unntaksbestemmelsen....	17
2.3	Positiv særbehandling i arbeidslivet.....	18
2.3.1	Utlysning av stilling.....	18
2.3.2	Innkalling til intervju.....	20
2.3.3	Ansettelse.....	22
2.3.4	Lønn.....	24
2.3.5	Trainee-stillinger/praksisstillinger som rekrutteringstiltak.....	24
2.3.6	Særlig om særtiltak for å øke kvinneandelen i academia	25
2.3.7	Seniorpolitiske tiltak.....	28
2.4	Forholdet mellom tilrettelegging og positiv særbehandling.....	29
2.5	Positiv særbehandling ved opptak til utdanning.....	30
3	Nasjonal lovgivning og forskrifter om positiv særbehandling.....	31
3.1	Kjønn.....	31
3.1.1	Likestillingsloven § 7.....	31
3.1.2	Forskrift om særbehandling av menn	32
3.1.3	Universitets- og høyskoleloven § 6-3	34
3.1.4	Forskrift om opptak til høyere utdanning	35
3.1.5	Lover om kjønnsrepresentasjon ved offentlige utvalg, allmennaksjeselskaper og i forbindelse med valg.....	36
3.2	Etnisitet mv.....	38

3.2.1	Lovens ordlyd	38
3.2.2	Kommentar.....	38
3.3	Nedsatt funksjonsevne.....	39
3.3.1	Lovens ordlyd	39
3.3.2	Kommentar.....	39
3.3.3	Forskrift om statens tjenestemenn (funksjonshemmet/yrkeshemmet).....	40
3.4	Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk	41
3.4.1	Lovens ordlyd	41
3.4.2	Kommentar.....	42
3.5	Politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder	42
3.5.1	Lovens ordlyd	42
3.5.2	Kommentar.....	42
4	Avtaleverk.....	43
4.1	Innledning.....	43
4.2	Alle diskrimineringsgrunnlag	43
4.3	Kjønn.....	43
4.4	Etnisitet mv.....	45
5	EU/EØS-regelverk	47
5.1	Innledning.....	47
5.2	Kjønn.....	48
5.2.1	TFEU (den reviderte EU-traktaten- Lisboa-traktaten) artikkel 157 (4).....	48
5.2.2	EF-traktaten artikkel 141 (Amsterdam) – erstattet av artikkel 157 (4).....	48
5.2.3	Direktiv 2006/54 /EF (recast)	48
5.2.4	Opphevede direktiver om kjønnslikestilling:.....	49
5.2.5	Direktiv 2004/113/EF – om gjennomføring av likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester.....	50
5.3	Etnisitet	50
5.3.1	Lisboa-traktaten (TFEU) artikkel 19	50
5.3.2	Amsterdam-traktaten artikkel 13 - erstattet.....	51
5.3.3	Direktiv 2000/43/EF (rasedirektivet).....	51
5.4	Nedsatt funksjonsevne, religion og tro, seksuell orientering og alder	52
5.4.1	Direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet)	52
6	Praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen.....	52
6.1	EU-domstolen.....	52

6.1.1	Innledning.....	52
6.1.2	C-312/86 «Commission vs. France» (25. oktober 1988)	53
6.1.3	C-450/93 «Kalanke» (17. oktober 1995)	53
6.1.4	C-409/95 «Marschall» (11. november 1997)	54
6.1.5	C-158/97 «Badeck» (28. mars 2000).....	55
6.1.6	C-407/98 «Abrahamsson» (6. juli 2000).....	58
6.1.7	C-79/99 «Schnorbus» (7. desember 2000).....	59
6.1.8	C-476/99 «Lommers» (19. mars 2002).....	60
6.1.9	C-319/03 «Briheche» (30. september 2004).....	61
6.2	EFTA-domstolen	62
6.2.1	E-1/02 «Universitetet i Oslo» (24. januar 2003)	62
7	Internasjonale konvensjoner.....	63
7.1	Innledning.....	63
7.2	Kjønn - FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW)	64
7.3	Etnisitet mv. - FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD).....	66
7.4	Nedsatt funksjonsevne - FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD)	67
7.5	Etniske, religiøse, språklige minoiteter - FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)	67
8	Norsk rettspraksis.....	68
8.1	Innledning.....	68
8.2	Avgjørelser fra Høyesterett	68
8.3	Avgjørelser fra tingrettene	71
9	Rettspraksis fra andre land.....	74
9.1	Svensk praksis.....	74
9.1.1.	NJA 2006 s.683 (Högsta domstolen) - Kvoteordning etnisitet på jusstudiet	74
9.1.2	Svea hovrätt RH 2009:90 Favorisering av menn ved opptak til veterinærprogrammet	75
10	Forvaltningspraksis.....	76
10.1	Innledning.....	76
10.2	Uttalelser og vedtak fra Klagenemnda for likestilling (LKN) og Likestilling- og diskrimineringsnemnda (LDN).....	76
10.2.1	Kjønn.....	76
10.2.2	Etnisitet.....	88
10.2.3	Nedsatt funksjonsevne	90
10.2.4	Alder	91

10.3	Uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO).....	92
10.3.1	Kjønn.....	92
10.3.2	Etnisitet mv.....	109
10.3.3	Alder	113
11	Oversikt over proposisjoner, høringsnotater, offentlige utredninger og stortingsmeldinger	116
11.1	Likestillingsloven.....	116
11.2	Diskrimineringsloven	116
11.3	Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	117
11.4	Arbeidsmiljøloven kapittel 13	117
12	Relevante høringsuttalelser fra ombudet	117
13	Juridisk litteratur	117
14	Rapporter mv.....	118
15	Nyttige nettsider.....	118

1 Innledning

Positiv særbehandling kan ha mange former og ha store variasjoner i omfang. Et særtiltak kan være nødvendig for å sikre en underrepresentert gruppe reelle muligheter og et sentralt virkemiddel for å oppnå likestilling. Samtidig vil et slikt tiltak kunne medføre en negativ forskjellsbehandling av de som ikke omfattes av særtiltaket, og en utestegning fra et gode andre får. Positiv særbehandling er derfor en del av diskrimineringsretten som det er delte meninger om både rettslig og politisk.

Hvor grensene for positiv særbehandling går, er vanskelig å lese ut av ordlyden i norsk diskrimineringslovgivning. Rettskildebildet er vanskelig og dels utilgjengelig. Formålet med denne oppsummeringen er å bidra til at de rettslige rammene for positiv særbehandling blir enklere å forstå og at virksomheter som ønsker å iverksette særtiltak kan bli tryggere på hva som er tillatt etter lovverket. I denne juridiske oppsummeringen gir vi derfor en oversikt over gjeldende rett på området. Oppsummeringen tar for seg både nasjonale og internasjonale rettskilder som er relevante når grensene for positiv særbehandling skal trekkes opp. I tillegg ønsker vi med denne oppsummeringen å avklare en del rettslige problemstillinger som går igjen i ombudets klage- og veiledningssaker.

Alle diskrimineringsgrunnlag og samfunnsområder er omfattet av oppsummeringen. Arbeidsliv og utdanning er likevel de samfunnsområdene som får størst plass. Grunnen til dette er at det er mest praksis knyttet til disse to områdene.

Vi ønsker å fremheve at vi i oppsummeringen redegjør for gjeldende rett, altså slik lovverket er per i dag. Det er ikke i oppsummeringens hensikt å si noe om hvordan ombudet mener lovverket bør være når det gjelder positiv særbehandling. Vi håper imidlertid at oppsummeringen kan danne grunnlag for gode og nyanserte diskusjoner om dette.

2 Sammenfatning - avklaringer av problemstillinger

2.1 Innledning

I dette kapittelet ønsker vi å sammenfatte hva som kan utledes av rettskildene vi redegjør for i kapittel 3-10. Kapittelet tar opp problemstillinger som ofte dukker opp i ombudets arbeid med veiledningssaker og klagesaker.

2.2 Generelle problemstillinger

2.2.1 Vilkårene for positiv særbehandling

Vilkårene for positiv særbehandling fremgår av likestillingsloven¹ § 7, diskrimineringsloven om etnisitet² § 8, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven³ § 7, diskrimineringsloven om seksuell orientering⁴ § 7 og arbeidsmiljøloven⁵ § 13-6. Følgende vilkår er felles i disse bestemmelsene:

- Særbehandlingen må være egnet til å fremme lovens formål.
- Det må være et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere (proporsjonalitetsvurderingen)
- Særbehandlingen må opphøre når formålet med den er oppnådd.

I tillegg er det ifølge forarbeidene til tidligere likestillingslov av 1978 et vilkår at særbehandlingen må rettes mot den gruppen som står svakest på det aktuelle området.⁶ Dette fremgår ikke av lovens ordlyd, men inngår i en naturlig forståelse av vilkåret om å fremme lovens formål. Vilkaåret må derfor også gjelde for andre diskrimineringsgrunnlag enn kjønn.

Det vil bli redegjort nærmere for bestemmelsene om positiv særbehandling i oppsummeringens kapittel 3.

2.2.2 Formålet: mulighetslikhet eller resultatlikhet?

Innen EU-retten har positiv særbehandling tradisjonelt blitt ansett som et unntak fra likebehandlingsprinsippet og som et virkemiddel for å oppnå reell likestilling («substantive equality»). Hva som menes med reell likestilling er ikke nærmere definert i de aktuelle EU-direktivene eller traktatbestemmelsene. Dermed oppstår spørsmålet om formålet med positive særbehandlingstiltak skal være resultatlikhet (for eksempel at det skal være like mange kvinnelige og mannlige ansatte i en virksomhet eller annen representativitet) eller mulighetslikhet (at formålet er å gi reelt like muligheter).

Det er presisert i EU-bestemmelsene om positiv særbehandling at formålet med tiltakene skal være «to prevent or compensate for disadvantages linked to any [protected] grounds...». Dette peker mot

¹ Lov nr. 59/2013

² Lov nr. 60/2013

³ Lov nr. 61/2013

⁴ Lov nr. 58/2013

⁵ Lov nr. 62/2005

⁶ Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 41

at resultatlikhet ikke kan være formålet med særbehandlingstiltakene, men at man tar utgangspunkt i en underrepresentasjon som skyldes diskriminering, ulemper og barrierer og som tilsier at mulighetene for ulike grupper ikke er like. EU-domstolen har i sin tilnærming tatt utgangspunkt i mulighetslikhet.⁷ I Marschall-saken (sak C-409/95) uttalte domstolen at et vilkår for det positive særbehandlingstiltaket var en påvist kjønnsubalanse «*due to the prejudicial effects on women in employment which arise from social attitudes, behaviour and structures*». Dette er også uttrykt i forarbeidene til de ulike bestemmelsene om positiv særbehandling i det norske lovverket. I Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) om diskrimineringsloven er det uttalt på side 118 at «*Siktemålet med den særlige behandlingen må være å kompensere for en dårligere utgangsposisjon og bidra til å motvirke undertrykking*». Videre sies det i Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) om diskriminerings- og tilgjengelighetsloven på side 254 at

«Positiv særbehandling er bare tillatt overfor grupper eller enkeltindivider som ville hatt dårligere reelle muligheter enn andre i samfunnet dersom særordningene ikke fantes. Formålet med positiv særbehandling er å unngå reell ulikhet mellom gruppene eller å utjevne forskjeller mellom gruppene, ikke å gi den særbehandlede gruppen reelt sett bedre muligheter enn andre grupper i samfunnet.»

Utgangspunktet er altså at underrepresentasjonen må knyttes til diskriminering, ulemper og barrierer for at positiv særbehandling skal kunne brukes. Dette reiser spørsmål om adgangen til positiv særbehandling av menn. Slik særbehandling er tillatt etter forskrift om positiv særbehandling av menn (FOR-1998-07-17-622) ved opptak til utdanning og ansettelser forbundet med undervisning av eller omsorg for barn. Forskriften vil bli drøftet nærmere nedenfor under punkt 2.2.7 og 2.3, men vi vil kort nevne at departementet skriver i Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) på side 48 at menns underrepresentasjon på tradisjonelle kvinnearenaer ikke skyldes kjønnsdiskriminering, men snarere andre forhold. Likevel gikk man inn for å innføre en slik begrenset adgang til positiv særbehandling av menn ved forskriften, men da av hensyn til fremtidige generasjoners holdning til likestilling.

Tiltak med resultatlikhet som formål vil fort støtte an mot de grunnleggende vilkårene for tillatt positiv særbehandling, særlig vilkåret om forholdsmessighet. Det kan imidlertid tenkes at tiltak med resultatlikhet som formål kan være egnet til å fremme likestilling, og at de øvrige vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt, men dette vil måtte bero på en konkret vurdering.

2.2.3 Krav om underrepresentasjon

Positiv særbehandling må fremme likestilling. Det innebærer at det må være manglende likestilling eller underrepresentasjon på det aktuelle området man ønsker å sette inn tiltak på. Tiltakene må være rettet mot gruppen som står svakest på området og som er underrepresentert. Når det gjelder diskrimineringsgrunnlaget kjønn, har forvaltningspraksis tatt utgangspunkt i en kjønnsfordeling på 40 prosent eller mindre av det underrepresenterte kjønn når kravet om underrepresentasjon skal vurderes. Dette er imidlertid ikke et avgjørende måltall. Det må vurderes konkret om det er behov for likestillingsfremmende tiltak; det vil si om det er barrierer eller ulemper knyttet til kjønn som

⁷ Se for eksempel sak C-409/95 Marschall og C-366/99 Griesmar.

hindrer en jevnere fordeling, eller om svak representasjon av det ene kjønn mer er et utslag av tilfeldigheter eller har andre årsaker.

Kravet til underrepresentasjon reiser også spørsmål om hvilket utvalg man skal vurdere. Er det alle innenfor en bestemt stillingskategori på landsbasis, i en region, innenfor en avdeling eller en virksomhet? I forskrift om særbehandling av menn legges det for eksempel til grunn at det skal tas utgangspunkt i den aktuelle stillingskategori i virksomheten, og hvis virksomheten er inndelt i flere avdelinger, skal det tas utgangspunkt i den aktuelle avdeling. Det følger av forskriften at arbeidslivets parter kan inngå avtaler om annen inndeling.

Ombudet har lagt til grunn at når det gjelder positiv særbehandling av kvinner til dommerstillinger, må kvinneandelen i domstolene vurderes samlet sett (landsbasis), ikke bare ved den aktuelle domstol. Jo mindre utvalg man vurderer underrepresentasjon ut fra, jo vanskeligere vil det muligens være å påvise en sammenheng mellom underrepresentasjonen og kjønn.

Når det gjelder andre diskrimineringsgrunnlag, finnes det ikke et etablert nivå for når de skal anses for underrepresentert, men andelen som er representert i virksomheten må holdes opp mot det gruppens andel av befolkningen mer generelt skulle tilsi. Måling av underrepresentasjon på andre grunnlag enn kjønn kan imidlertid være problematisk av etiske og personvernmessige hensyn.

2.2.4 Proporsjonalitetsprinsippet

For at positiv særbehandling skal være lovlig, er det en forutsetning at det er forholdsmessighet mellom det man oppnår med særbehandlingen og de ulempene dette har for de som ikke får nytte godt av dette og som forskjellsbehandles. Dette vilkåret kalles for proporsjonalitetsprinsippet, og det er som regel dette vilkåret som er problematisk i saker om positiv særbehandling.

Proporsjonalitetsprinsippet er langt på vei utviklet gjennom EU-domstolens praksis (se sammendrag av dommene i kapittel 5). Disse dommene gjelder diskrimineringsgrunnlaget kjønn, og forhold i arbeidslivet. Domstolen har i disse sakene vært streng i sin tolkning av proporsjonalitetsprinsippet. Ved tolkningen av den nasjonale bestemmelsen om positiv særbehandling er praksis fra EU-domstolen en sentral rettskilde, se kapittel 6. Det betyr at EU-domstolens tolkning av tilsvarende direktivbestemmelser er førende for norsk lovtolkning.

Kort sagt kan man ut fra EU-domstolens praksis på området slutte at man ved ansettelser kun kan positivt særbehandle det ene kjønn dersom vedkommende er like godt kvalifisert eller tilnærmet like godt kvalifisert (moderat kvotering). Ifølge domstolen er det ikke adgang til å øremerke stillinger for det ene kjønn (radikal kvotering). Dette er imidlertid noe lempeligere når det gjelder utdanningsplasser (se punkt 2.3.5). Ombudet og nemnda har lagt de samme prinsippene til grunn i sine saker om positiv særbehandling. Vi går nærmere inn på adgangen til å bruke positiv særbehandling ved ansettelser i punkt 2.3.3.

Etter dette må det altså legges til grunn at bestemmelsen om positiv særbehandling skal tolkes snevert når det gjelder ansettelser. Dette må ses i sammenheng med forbudet mot direkte

diskriminering i arbeidslivet er svært strengt. Adgangen til positiv særbehandling utenfor arbeidslivets område vil ikke nødvendigvis være underlagt en like streng vurdering.

EU-domstolens sak C-409/95 («Marschall»)

Saken gjaldt en mann som ble forbigått til en stilling som lærer av en kvinne. Kvinnen ble tilbudt stillingen med hjemmel i nasjonal lovgivning, som fastslo at kvinner skulle foretrekkes framfor menn dersom de var underrepresentert og like godt kvalifisert.

Domstolen fant at bestemmelsen ikke var i strid med likebehandlingsdirektivet. Det var ifølge domstolen er forutsetning at søkerne blir gitt en objektiv og konkret vurdering. I tillegg tok domstolen forbehold for tilfeller hvor det forelå særlige individuelle forhold ved mannlige søkere. Det sentrale er at det ikke ble gitt et ubetinget fortrinn til kvinner, og at det er en viss fleksibilitet for at særbehandlingen skal være lovlig. Domstolen understreket også behovet for slik særbehandling, da det faktisk at to søkere har like gode kvalifikasjoner, ikke nødvendigvis betyr at de har like reelle muligheter.

Et mer utfyllende sammendrag av saken er gitt i kapittel 6.

2.2.5 Skal proporsjonalitetsprinsippet forstås på samme måte for alle diskrimineringsgrunnlag?

Som nevnt over, følger det av omfattende nasjonal og EU-rettslig praksis at adgangen til positiv særbehandling av kvinner i hovedsak er begrenset til såkalt moderat kvotering. Det er mindre praksis om positiv særbehandling på andre diskrimineringsgrunnlag, og et sentralt spørsmål er derfor om de begrensningene som praksis har trukket opp når det gjelder positiv særbehandling av kvinner er overførbare på andre diskrimineringsgrunnlag

Ombudet har i to av sine uttalelser lagt til grunn at proporsjonalitetsprinsippet ved positiv særbehandling av kvinner er overførbart til spørsmål om positiv særbehandling av etniske minoriteter (LDO 10/508 og 13/661). Ombudet viste i disse sakene til at harmoniseringshensyn tilsa at vilkåret om proporsjonalitet skulle tolkes på samme måte. Likestillings- og diskrimineringsnemnda fastslo det samme i sitt vedtak i sak 8/2014.

I vedtaket i sak 8/2014 skriver nemnda:

“Nemnda legger til grunn at prinsippene som er blitt utviklet gjennom EU- og EFTA-domstolen i saker om positiv særbehandling på grunn av kjønn kan anvendes som tolkningsfaktor ved etnisitet som diskrimineringsgrunnlag.”

Videre uttalte nemnda:

“Nemnda legger til grunn at grensene for forholdsmessighet som EU-domstolen trakk opp i dommene C-450/93 (Kalanke), C-409/95 (Marschall) og C-407/98 (Abrahamsson) fortsatt er

relevante, også for diskrimineringsgrunnlaget etnisitet. Dette innebærer at øremerking av stillinger ikke er tillatt etter loven, heller ikke for midlertidige stillinger.”

Etter dette må det legges til grunn at adgangen til radikal kvotering av personer med etnisk minoritetsbakgrunn er like begrenset som ved positiv særbehandling på grunn av kjønn (se punkt 2.3).

Ombudet har ikke tatt stilling til om proporsjonalitetsprinsippet skal forstås på samme måte når det gjelder positiv særbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne. I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er det uttalt at bestemmelsen om positiv særbehandling skal tolkes snevert på arbeidslivets område, men overlater til forvaltningspraksis å trekke opp grensene for lovligheten.⁸ Ombudet har ikke behandlet saker om radikal kvotering av personer med nedsatt funksjonsevne.

Diskrimineringsgrunnlaget nedsatt funksjonsevne skiller seg imidlertid fra andre diskrimineringsgrunnlag ved at personer uten nedsatt funksjonsevne ikke er vernet etter diskrimineringslovgivningen. Dette kan muligens tilsi at adgangen til positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne er videre, med mindre andre grupper av personer med nedsatt funksjonsevne blir forskjellsbehandlet negativt på grunn av særbehandlingen.

Ved ansettelse i staten vil likevel kvalifikasjonsprinsippet sette skranker for adgangen for positiv særbehandling. Her har imidlertid myndighetene fastslått i forskrift at personer med nedsatt funksjonsevne i visse tilfeller kan radikalt kvoterer.⁹ Ombudet har ikke vurdert lovligheten av denne. Departementet har imidlertid uttalt følgende i forarbeidene:

«Departementet antar i utgangspunktet at forskriften til tjenestemannsloven § 9 vil ligge innenfor rammene av det som er legitimt etter den nye bestemmelsen om positiv særbehandling.»

Ombudet har heller ikke behandlet saker om positiv særbehandling etter diskrimineringsloven om seksuell orientering (seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk).

⁸ Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 125.

⁹ Forskrift til lov om statens tjenestemenn § 9, se oppsummeringen punkt 3.3.3.

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2014 («NRK»)

Saken gjaldt spørsmål om NRKs stipendiatorordning FleRe for flerkulturelle journalister var i strid med diskrimineringsloven om etnisitet 2013 § 6, jf. § 8. Nemnda konkluderte med at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt. Bakgrunnen for stipendiatorordningen var at personer med etnisk minoritetsbakgrunn var underrepresentert i NRK. Nemnda la til grunn at FleRe-ordningen var egnet til å bedre tilgangen på arbeidsmarkedet for flerkulturelle journalister eller søkere med tilsvarende relevant utdanning som har minoritetsbakgrunn.

Nemnda la til grunn at prinsippene som er blitt utviklet gjennom EU- og EFTA-domstolen i saker om positiv særbehandling på grunn av kjønn kan anvendes som tolkningsfaktor ved etnisitet som diskrimineringsgrunnlag. Nemnda la etter dette til grunn at øremerking av stillinger ikke er tillatt etter loven, heller ikke for midlertidige stillinger. Nemnda mente imidlertid at stipendstillingene i NRK ikke var ordinære stillinger. Nemnda viste til EU-domstolens avgjørelse i Badeck-saken (C-158/97) som tilsier at adgangen til særbehandling av kvinner i offentlig sektor der kvinner er underrepresentert er noe lempeligere for såkalte utdanningsplasser. Nemnda la vekt på at ordningen var tidsmessig begrenset (10 måneder), at lønnsnivået lå under konkurransedyktig lønn og gis delvis som stipendiatlønn og at stipendiatorordningen hadde karakter av å være en opplæringsordning. Ved at det kun var fem stipendiatstillinger i året, rammet den ikke andre grupper uforholdsmessig hardt.

Nemnda viste til at stipendiatene ikke ble gitt fast stilling i NRK etter endt praksisperiode, men at de for en treårsperiode ble gitt en tilnærmet lik posisjon som andre ansatte i NRK til å søke på stillinger som bare utlyses internt. Ordningen fremstod derfor som mer attraktiv og effektiv ved at den fremmer formålet med FleRe-ordningen. I tillegg ble stipendiatene gitt fortrinn til ansettelse i stillinger hvis de var kvalifisert eller tilnærmet likt kvalifisert med andre søkere. Nemnda fant at dette var en form for moderat kvotering som lå innenfor hva som kan utledes av diskrimineringsloven § 8 om adgangen til å velge en person fremfor en annen på grunn av flerkulturell bakgrunn.

Et mer utfyllende sammendrag av saken er gitt i kapittel 10.

2.2.6 Har adgangen til positiv særbehandling blitt utvidet som følge av endringer i EU-direktivene?

En sentral problemstilling når det gjelder positiv særbehandling er om prinsippene som er utledet av EF/EU-domstolen og EFTA-domstolen om positiv særbehandling fortsatt er gyldige, eller om adgangen til positiv særbehandling har blitt utvidet på grunn av etterfølgende endringer i direktivene.

EU-dommene som trakk opp grensene for adgangen til positiv særbehandling på grunn av kjønn, gjaldt et direktiv som er opphevet. Direktivbestemmelsen som disse dommene ble avsagt etter (likebehandlingsdirektivet artikkel 2 nr. 4) ble først erstattet av direktiv 2002/73/EEC (endringsdirektivet) og senere av direktiv 2006/54/EF art. 3).

Ordlyden i det første direktivet skiller seg fra ordlyden i de to etterfølgende direktivene. Mens den tidligere artikkel 2 nr. 4 sa at direktivet ikke var *til hinder for foranstaltninger som hadde til formål å fremme like muligheter*, henviser direktivbestemmelsen i 2002/73/EEC (endringsdirektivet) art. 2 nr. 8 og 2006/54/EF (recast-direktivet art. 3) til Amsterdamtraktaten art. 141 (4):

*“For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underræsenterende køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervmæssige karriere”.*¹⁰

Det har blitt hevdet at ordlyden i disse traktatbestemmelsen medfører at det er en videre adgang til å bruke positiv særbehandling nå enn tidligere, ved at ordene “sikre fuld ligestilling” og “specifikke fordele” er brukt.

Hvorvidt endringen i ordlyden er ment å endre rettstilstanden går ikke fram av fortalen til direktivene. Etter det ombudet kjenner til, er dette heller ikke tatt opp i forarbeidene til direktivet. EU-domstolen har ennå ikke behandlet saker som gjelder positiv særbehandling hjemlet i artikkel 141(4). I flere saker for EF-domstolen har imidlertid Generaladvokatene argumentert for at artikkel 141 (4) åpner for større adgang til positiv særbehandling enn det tidligere direktivet.¹¹ Denne argumentasjonen ble også ført av Norge i EFTA-domstolen i saken om øremerking av stillinger for kvinner på universitetet (E-1/02). Denne argumentasjonen har imidlertid ikke ført frem. Praksis tyder derimot på at EF-domstolen har fortsatt å se på positiv særbehandling på samme måte som tidligere. Av Abrahamssondommen (C-407/98) fremgår følgende:

«Det skal hertil blot bemærkes, at selv om artikel 141, stk. 4, EF giver medlemsstaterne beføjelse til at opretholde eller vedtage foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervmæssige karriere, for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet, kan det ikke heraf udledes, at en udvælgelsesmetode som den i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet, er tilladt i medfør af denne bestemmelse.» (premiss 55)

Synspunktet i Abrahamson (C-407/98) ble videreført i Lommers (C-476/99) og Brieche /C-319/03). I Brieche uttalte domstolen:

“Uafhængig af spørgsmålet, om positive handlinger, der ikke kan tillades i henhold til direktivets artikel 2, stk 4, muligvis kan være tilladt i henhold til artikel 141, stk. 4, EF, er det tilstrækkelig af fastslå, at i henhold til den sidstnævnte bestemmelse må medlemsstaterne ikke vedtage betingelser for adgang

¹⁰ Ordlyden i art. 141 (4) er videreført i TFEU art. 157, som erstatter art. 141 (4). Se mer om dette i kapittel 5 i oppsummeringen.

¹¹ Se nærmere om dommene Badeck C-158/97 og Brieche C-319/03 i oppsummeringens kap. 6

til offentlig beskæftigelse som de i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet”.

Både Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda har lagt til grunn at rettstilstanden ikke er endret og at prinsippene som utledes av EU-dommene om positiv særbehandling derfor fortsatt er relevante. Som nevnt ovenfor, formulerte nemnda dette slik i sak 8/2014 om NRKs traineeordning for personer med minoritetsbakgrunn:

“Nemnda legger til grunn at grensene for forholdsmessighet som EU-domstolen trakk opp i dommene C-450/93 (Kalanke), C-409/95 (Marschall) og C-407/98 (Abrahamsson) fortsatt er relevante, også for diskrimineringsgrunnlaget etnisitet. Dette innebærer at øremerking av stillinger ikke er tillatt etter loven, heller ikke for midlertidige stillinger.”

Nemnda gikk ikke dypere inn i denne problemstillingen, utover å altså fastslå at grensene EU-dommene har trukket opp fortsatt gjelder.

Sitatene over viser, etter ombudets syn, altså at domstolen tolker inn et strengt vilkår om proporsjonalitet også etter Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4) og at rettstilstanden derfor ikke er endret. Som nevnt er Likestillings- og diskrimineringsnemnda av samme forståelse. Ombudet har i sine saker derfor lagt til grunn at «radikal kvotering» av underrepresenterte grupper derfor fortsatt ikke er tillatt ved ansettelser.

2.2.7 Generelt om adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn

Ombudet får jevnlig spørsmål om det er tillatt å positivt særbehandle menn. Henvendelsene ombudet får gjelder stort sett i forbindelse med rekruttering. Ombudet har lagt til grunn at adgangen til positiv særbehandling er snever. Vi vil redegjøre nærmere for bakgrunnen for dette.

I utgangspunktet skal positiv særbehandling brukes til å fremme kvinners stilling, jf. likestillingsloven § 7 og § 1 andre ledd. I sak 1/1991 fra tidligere Klagenemnda for likestilling («Hurumsaken») utelukket imidlertid ikke Klagenemnda muligheten for å benytte positiv særbehandling for menn, men uttalte at adgangen må være snevrere.¹² I St.meld. nr.70 (1991–1992) ble det foreslått å endre likestillingsloven for å åpne for positiv særbehandling for menn. Dette skulle «være et incitament for menn til å bryte de kjønnsdelte mønsteret på arbeidsmarkedet». Flertallet i forbruker- og administrasjonskomiteen gikk i Innst. S. nr. 148 (1992–93) imot framlegget om en generell adgang til positiv særbehandling av menn, men støttet positiv særbehandling for å få flere menn inn i barnehager, grunnskole og barneverninsintitusjoner. I forarbeidene til forskriftshjemmelen (Ot.prp. nr. 29 (1994–1995)), heter det at formålet ikke er samsvarende med formålet etter likestillingsloven § 1, men å styrke menns posisjon i relasjon til omsorg for barn og at dette ville øke likestilling mellom kjønnene, jf. s. 41. Se mer om forskriften nedenfor i kapittel 3.1.2.

¹² Denne uttalelsen falt før forskriftshjemmelen ble vedtatt.

I forbindelse med lovendringen i likestillingsloven 1. juli 2001 reiste flere av høringsinstansene spørsmålet om en utvidet adgang til positiv særbehandling til fordel for menn. Det ble argumentert med at menn også var underrepresentert i andre yrker enn de som er relatert til undervisning av og omsorg for barn, som for eksempel i store deler av helse- og omsorgssektoren for øvrig. Departementet gikk ikke inn for å utvide adgangen til positiv særbehandling av menn. Begrunnelsen for dette er at menns underrepresentasjon ikke skyldes kjønnsdiskriminering, men heller andre forhold. Videre ville det å utvide adgangen kunne komme i konflikt med lovens formål, samt at internasjonale forpliktelser antagelig setter grenser for hvor langt adgangen til positiv særbehandling av menn går, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 48.

Lovgiver har altså ved to anledninger tatt stilling til dette spørsmålet, og valgt ikke å åpne for en generell adgang til positiv særbehandling til fordel for menn. I tillegg er det presisert i Prop. 88 L (2012–2013) s. 171 at forskriften uttømmende regulerer adgangen til å særbehandle menn.

På bakgrunn av dette har ombudet lagt til grunn at likestillingsloven må tolkes slik at positiv særbehandling til fordel for menn er uttømmende regulert i forskrift om positiv særbehandling av menn (FOR-1998-07-17-622). Forskrift om positiv særbehandling av menn åpner for “moderat kvotering” av menn ved tilsetning i stillinger der hovedoppgaven er omsorg for eller undervisning av barn (se nærmere om forskriften i kapittel 3). Det er imidlertid viktig å merke seg at det også finnes bestemmelser i andre lover og forskrifter som regulerer adgangen til positiv særbehandling av menn. For eksempel inneholder universitets- og høyskoleloven § 6-3 en bestemmelse om positiv særbehandling som er kjønnsnøytral.¹³

Når det gjelder opptak til utdanning og adgangen til å gi tilleggs poeng til det underrepresenterte kjønn, understreket departementet i Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) at praksisen som hadde utviklet seg i forbindelse med positiv særbehandling av menn på dette området ikke skulle endres. Med praksis menes antagelig at det gis tilleggs poeng ved opptak til enkelte studier. I NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling* s. 332 framgår det at mannlige søkere får to tilleggs poeng ved opptak til veterinærutdanning og dyrepleierutdanning ved Norges veterinærhøgskole.

Spørsmålet om lovligheten av slike tilleggs poeng til underrepresentert kjønn ved opptak til utdanning generelt, og til fordel for menn spesielt, som er nedfelt i forskrift om opptak til høyere utdanning § 7-9 (FOR-2007-01-31-173), er ikke vurdert av ombudet eller domstolene. Spørsmålet er imidlertid brakt inn for ombudet, se sak 13/1844, som det per juni 2015 ikke er avgitt uttalelse i.

2.2.8 Rett eller plikt til å bruke positiv særbehandling?

Hvis vilkårene i bestemmelsene om positiv særbehandling er oppfylt, har den som ønsker å iverksette særtiltak rett til det. Den nasjonale lovgivningen gir imidlertid ingen plikt til å iverksette positive særtiltak.¹⁴ Slik ombudet ser det, kan det heller ikke utledes av andre bestemmelser i diskrimineringslovene at arbeidsgivere, offentlige myndigheter og så videre har en plikt til å bruke

¹³ Se punkt 3.1.3.

¹⁴ Se blant annet ot.prp.nr. 33 (2004-2005) s. 118

positiv særbehandling for å fremme likestilling og mangfold. Offentlige myndigheter og arbeidsgivere har riktignok en plikt til å arbeide aktivt og målrettet for likestilling gjennom aktivitetsplikten¹⁵, men det kan ikke ut fra denne bestemmelsen utledes en klar plikt til å bruke positiv særbehandling. Brudd på aktivitetsplikten er uansett ikke sanksjonert og håndheves ikke av ombudet.¹⁶

Etter det ombudet kan se, kan det heller ikke ut fra internasjonale konvensjoner utledes en plikt til å iverksette positiv særbehandling. Kvinnekomiteen, som fører tilsyn med FNs Kvinnekonvensjon, har i flere generelle anbefalinger oppfordret statene til å bruke positiv særbehandling som et virkemiddel, men selve konvensjonen gir ikke statene en plikt til å iverksette slike tiltak. Heller ikke Konvensjonen om funksjonshemmedes rettigheter inneholder noen direkte forpliktelse til dette.

Rasediskrimineringskonvensjonen er den FN-konvensjonen som går lengst i å gi statene en forpliktelse, da konvensjonsteksten sier at statene har en skjønnsmessig forpliktelse til å bruke positiv særbehandling for å ivareta menneskerettighetene til "racial groups".¹⁷ Etter det ombudet kjenner til, foreligger det ikke noen utdyping av hva dette innebærer fra komiteen og det er derfor vanskelig å fastlå det konkrete innholdet i forpliktelsen. Konvensjonene og komiteenes anbefalinger er gjengitt i kapittel 6 i oppsummeringen.

EU-direktivenes bestemmelser om positiv særbehandling kan, slik ombudet forstår det, heller ikke tolkes slik at det er en plikt til å iverksette positive særtiltak. I likhet med de nasjonale bestemmelsene, vil det være frivillig å benytte seg av slike tiltak dersom vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt.

Som nevnt gir altså ikke diskrimineringslovgivningen noen plikt til å bruke positiv særbehandling. Dette utelukker imidlertid ikke at en forpliktelse kan utledes av andre lover eller lignende. På noen områder er det regulert gjennom lov, forskrift og avtale at iverksettelsen av positive særtiltak er en forpliktelse. Dette gjelder blant annet Lov om allmennaksjeselskaper, Forskrift til tjenestemannsloven (nedsatt funksjonsevne) og enkelte tariffavtaler. Se kapittel 3 i oppsummeringen.

¹⁵ Se blant annet likestillingsloven § 12 og 23

¹⁶ Se uttalelser om håndheving av aktivitetspliktbestemmelsene i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 38/2010, som gjaldt likelønn.

¹⁷ Rasediskrimineringskonvensjonen artikkel 2 nr. 2

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 10/296 («Universitetet i Bergen»)

Saken gjaldt spørsmål om Universitetet i Bergen handlet i strid med likestillingsloven, diskrimineringsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 ved å utlyse skrivestipend utelukkende for kvinner og ikke til andre underrepresenterte grupper.

Ombudet slo fast at det kun er en adgang til positiv særbehandling, og at det ikke kan utledes en plikt til å benytte slik særbehandling. Ombudet fant derfor at Universitetet i Bergens tildeling av stipend til kvinner ikke var i strid med diskrimineringsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 selv om det også var underrepresentasjon av andre grupper enn kvinner ved universitetet.

Det er gitt et mer utfyllende sammendrag av saken i kapittel 10.

2.2.9 Forholdet mellom positiv særbehandling og den generelle unntaksbestemmelsen

Hovedregelen etter diskrimineringslovene er at direkte og indirekte diskriminering på angitte diskrimineringsgrunnlag er forbudt. Forbudet er imidlertid ikke absolutt, og det finnes to unntaksbestemmelser i de ulike lovene: Bestemmelsene om positiv særbehandling og bestemmelsene som fastslår at forskjellsbehandling er tillatt dersom forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.¹⁸

Hvilket av de to regelsettene med unntak som kommer til anvendelse, avhenger av forskjellsbehandlingens formål. Dersom formålet er å fremme likestilling, mangfold osv., kommer bestemmelsene om positiv særbehandling til anvendelse. Dersom forskjellsbehandlingen er begrunnet i andre formål, er det den ordinære unntaksbestemmelsen i de ulike lovene som skal brukes. Det følger av forarbeidene at handlingsrommet er videre for positiv særbehandling enn for den ordinære unntaksadgangen.¹⁹ Det skal altså mindre til for at forskjellsbehandlingen er lovlig dersom den er begrunnet i likestillingshensyn enn dersom den er begrunnet i andre saklige hensyn.

I enkelte tilfeller kan det imidlertid være vanskelig å vite hvilken bestemmelse som kommer til anvendelse. Dette gjelder særlig der særbehandlingen er begrunnet i hensynet til brukere av tjenester. Et typisk tilfelle er en offentlig tjenesteutøver som ønsker å ansette personer med minoritetsbakgrunn for at tjenestetilbudet skal få større legitimitet blant minoritetsbefolkningen. Det framgår av forarbeidene til diskrimineringsloven av 2005 (Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119), ombudets sak 10/508 og nemndas sak 8/2014 (ombudets sak 13/661) at slik forskjellsbehandling omfattes av regelen om positiv særbehandling.

Dersom vektleggingen av for eksempel kjønn eller etnisitet er nødvendig for å utføre oppgavene som ligger til stillingen, skal imidlertid dette vurderes etter den ordinære unntaksbestemmelsen.²⁰ Et typisk eksempel kan være å legge avgjørende vekt på kjønn i forbindelse med utvelgelse av rolleinnhavere i et teaterstykke eller ved ansettelse på et kasesenter. Denne unntaksadgangen

¹⁸ Se blant annet likestillingsloven § 6 og diskrimineringsloven om etnisitet § 7

¹⁹ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118

²⁰ Se for eksempel LKN 2002/12, som det er gitt sammendrag av i oppsummeringens punkt 10.2.

kalles innenfor EU-retten for unntak for «*genuine occupational requirement*» (GOR), det vil si et ekte og avgjørende yrkesmessig krav, og regnes altså ikke som positiv særbehandling.

Oppsummeringsvis kan man si at positiv særbehandling har en samfunnsmessig agenda og er basert på en gruppetilnærming. Slik særbehandling imøtekommer ikke spesifikke yrkesmessige krav, men har som mål å utfylle likebehandlingsbestemmelser for å sikre reell likestilling for en underrepresentert gruppe.

2.3 Positiv særbehandling i arbeidslivet

2.3.1 Utlysning av stilling

2.3.1.1 Oppfordre underrepresenterte grupper til å søke

Likestillingsloven § 17, diskrimineringsloven § 16, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 21, diskrimineringsloven om seksuell orientering § 15 og arbeidsmiljøloven § 13-2 slår fast at diskrimineringsforbudet gjelder ved *utlysning av stilling*. Tidligere likestillingslov § 4 sa eksplisitt at en stilling ikke må lyses ledig bare for det ene kjønn såfremt det ikke er en åpenbar grunn for det og at utlysningen ikke måtte gi inntrykk av at arbeidsgiver forventer eller foretrekker det ene kjønn. Denne presiseringen fremgår ikke lenger av lovteksten. Departementet har imidlertid uttalt at rettstilstanden ikke skal endres på dette punktet.²¹

Å oppfordre personer fra underrepresenterte grupper til å søke en stilling kan likevel være tillatt i medhold av bestemmelsene om positiv særbehandling. Når det gjelder vurderingen av hva som anses som underrepresentasjon vises til kapittel 2.2.3. Å oppfordre underrepresenterte grupper til å søke er ansett som en mild form for positiv særbehandling, og proporsjonalitetsvurderingen vil dermed bli mindre streng enn ved tildelingen av et gode (som for eksempel å bli ansatt).²² Det er likevel en forutsetning at de øvrige vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt, det vil si at det å oppfordre til å søke må ha til formål å fremme likestilling/ikke-diskriminering og tiltaket må være midlertidig.

Arbeidsgiver er ikke forpliktet etter diskrimineringslovgivningen til å oppfordre underrepresenterte grupper til å søke. Slike plikter kan imidlertid følge av andre bestemmelser i lov, forskrift eller avtaleverk. Universitets- og høyskoleloven § 6-3 er et eksempel på en slik lovhjemmel. Ifølge bestemmelsens andre ledd skal universiteter og høyskoler invitere kandidater som tilhører det kjønn som er klart underrepresentert i den aktuelle stillingskategori på det aktuelle fagområdet. Et eksempel på en slik bestemmelse i avtaleverk er Hovedavtalen i Staten § 21, der det er nedfelt en plikt for arbeidsgiver til å oppfordre kvinner til å søke lederstillinger dersom kvinner er underrepresentert. Ombudet håndhever verken universitets- og høyskoleloven eller avtaleverket.²³

²¹ Prp. 88 L (2012-2013) s. 172

²² Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 118 flg.

²³ Ombudet vil imidlertid kunne vurdere om avtaleverket i seg selv, eller praksis, er i strid med diskrimineringslovverket.

Ombudet kan derfor ikke ta stilling til om for eksempel et universitet har brutt universitets- og høyskoleloven dersom de ikke har oppfylt sin forpliktelse etter § 6-3 annet ledd.

2.3.1.2 Særlig om å oppfordre menn til å søke

Selv om oppfordring til å søke er et mildt særtiltak, er det, som nevnt over, likevel en form for særbehandling.²⁴ Adgangen til å oppfordre menn til å søke er dermed begrenset.²⁵ Å oppfordre menn til å søke stillinger vil kun være tillatt der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn, jf. Forskrift om positiv særbehandling av menn.

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 11/2197 («Bodø kommune»)

Saken gjaldt utlysning av stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier til et helse- og velferdssenter. I utlysningen stod det at det var et mål å rekruttere femti prosent menn i alle stillinger og medarbeidere med samisk eller annen kultur- og språkforståelse. Kvalifiserte søkere i disse gruppene ville bli kalt inn til intervju.

Ombudet vurderte først om utlysningen var i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3. Ombudet fant at utlysningsteksten ga inntrykk av at menn ville bli foretrukket, og dermed i utgangspunktet i strid med § 4 første ledd, jf. § 3. Spørsmålet ble dermed om vilkårene for positiv særbehandling i § 3a var oppfylt.

Ombudet gikk gjennom forarbeider til likestillingsloven som omhandler adgangen til positiv særbehandling av menn og uttalte:

«Lovgiver har altså ved to anledninger, av nyere dato, tatt stilling til dette spørsmålet, og valgt ikke å utvide adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn. Selv om ordlyden i § 3a ikke utelukker særbehandling til fordel for menn, taler både lovens formål, forarbeider og forvaltningspraksis for at slik særbehandling i arbeidslivet kun kan anvendes innenfor forskriftens område.»

Den tidligere Klagenemnda for likestilling åpnet for så vidt for at det kunne være adgang til å benytte positiv særbehandling til fordel for menn i den såkalte Hurum-saken (1/1991). Ombudet finner å måtte legge mindre vekt på denne uttalelsen, da den ble truffet før vedtagelsen av forskriftshjemmel og forskrift om særbehandling av menn.»

Ombudet fant derfor at utlysningen var i strid med likestillingsloven. Ombudet fant også at utlysningen var i strid med Forskrift om særbehandling av menn, da forskriften gjelder stillinger innen barnehage, grunnskole og barnevern. De aktuelle stillingene var, etter ombudets vurdering, ikke tilsvarende stillinger.

²⁴ Se blant annet Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 118 flg.

²⁵ Jf. oppsummeringens punkt 2.1.8

2.3.2 Innkalling til intervju

2.3.2.1 Generelt

Det å innkalle kandidater fra en underrepresentert gruppe til intervju er en form for positiv særbehandling. Forarbeidene uttaler imidlertid at denne typen positiv særbehandling har en mild form. Vilklårene for positiv særbehandling må likevel være oppfylt. At det er å anse som en mild form for positiv særbehandling, har imidlertid betydning for hvor strengt proporsjonalitetsvilkåret skal tolkes. Det følger av forarbeidene at det er først ved tildeling av et gode at proporsjonalitetsprinsippet setter grenser.²⁶ At vilklårene for positiv særbehandling gjelder, betyr blant annet at det er en forutsetning at den gruppen som særbehandles er underrepresentert. Når det gjelder det å oppfordre menn til å søke, betyr dette også at det ikke er adgang til å innkalle menn til intervju fordi de er menn, med mindre stillingen gjelder omsorg for eller undervisning av barn (forskrift om positiv særbehandling (jf. nedenfor). Ombudet har behandlet dette spørsmålet i sak 11/2197 (se sammendrag av saken i kapittel 10).

EF-domstolen konkluderte i Badeck-saken (C-158/97) med at det ikke var i strid med direktivet å sikre et visst antall kvinner til intervju. Det var imidlertid en forutsetning at de som ble innkalt fylte kvalifikasjonskravene.

Som nevnt tidligere, inneholder ikke diskrimineringslovenes bestemmelser om positiv særbehandling noen plikt til å innkalle underrepresenterte grupper til intervju. I visse sektorer er det imidlertid nedfelt en plikt til å gjøre dette gjennom forskrift og avtaleverk.

EU-domstolens sak C-158/97 («Badeck»)

Saken gjaldt spørsmål om den tyske delstaten Hessens likestillingslov var i strid med likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF). Loven hjemlet en rekke planer med bindende målsettinger og særtiltak som skulle styrke kvinners stilling i offentlig sektor. Særtiltakene omfattet varierte typer fortrinnsregler og kvoteringsordninger. Blant annet skulle alle kvinner kalles inn til intervju på områder der kvinner var underrepresentert og kvinnelige søkeren var like godt kvalifisert som den mannlige søkeren. Domstolen fant at ordningen var tillatt ettersom det ikke innebar at det ble tilstrebet et bestemt resultat for ansettelsen, men at kvinner fikk økt mulighet til å komme inn på arbeidsmarkedet.

Det er gitt et mer utfyllende sammendrag av saken i kapittel 6.

2.3.2.2 Særlig om nedsatt funksjonsevne

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 7 åpner for å positivt særbehandle en person med nedsatt funksjonsevne ved innkalling til intervju. Det må antas at vedkommende må være kvalifisert til stillingen for å kunne bli positivt særbehandlet inn til intervju, jf. Badeck-saken fra EU-domstolen. Ifølge forarbeidene vil det likevel ikke være krav om at vedkommende må være bedre kvalifisert enn andre som ikke har blitt kalt inn til intervju.

²⁶ Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven utleder ingen plikt til å særbehandle personer med nedsatt funksjonsevne ved innkalling til intervju. En slik forpliktelse følger imidlertid av Forskrift om statens tjenestemenn²⁷ § 9, som gjelder for virksomheter underlagt tjenestemannsloven. Denne forskriften sier at dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, skal det alltid innkalles minst en slik søker til konferanse før det gis innstilling. Det er viktig å merke seg at denne forskriften ikke gir en plikt til å innkalle enhver person med nedsatt funksjonsevne til intervju. Det er en forutsetning at vedkommende er kvalifisert, at vedkommende oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet og at vedkommende står i fare for å stå uten arbeid.

Virksomheter som er underlagt tjenestemannsloven vil også ha adgang til å positivt særbehandle etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 7. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven er ikke begrenset til søkere som er funksjonshemmet/yrkeshemmet og er heller ikke begrenset til søkere som står i fare for å stå uten arbeid. På den annen side utleder ikke diskriminerings- og tilgjengelighetsloven en forpliktelse, slik som forskriften gjør.

2.3.2.3 Særlig om etnisitet

Diskrimineringsloven om etnisitet § 8 åpner for positiv særbehandling også ved innkalling til intervju. Også her må det antas at søkeren som særbehandles må være kvalifisert til stillingen for å bli særbehandlet ved innkalling. Det er imidlertid ikke en forutsetning at vedkommende er bedre kvalifisert enn andre søkere som ikke blir innkalt til intervju. Diskrimineringsloven § 8 utleder imidlertid ingen plikt til å positivt særbehandle ved innkalling til intervju.

For arbeidsgivere i staten følger det av Statens personalhåndbok punkt 1.6.3 at statlige virksomheter skal innkalle minst en søker med innvandrerbakgrunn til jobbintervju, forutsatt at søkeren er kvalifisert. Det er søkere med landbakgrunn 2 som fortrinnsvis skal innkalles til intervju. Landgruppe 2 omfatter Europa utenfor EU/EFTA, Asia, Afrika, Sør- og Mellom-Amerika og Oseania utenom Australia og New Zealand.

Som nevnt ovenfor, betyr ikke dette at statlige arbeidsgivere ikke har mulighet til å positivt særbehandle personer med bakgrunn fra Landgruppe 1, da diskrimineringsloven § 8 åpner for dette hvis de øvrige vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt. De vil imidlertid ikke ha en forpliktelse til å gjøre dette.

Ombudet håndhever ikke brudd på plikter om positiv særbehandling som følger av avtaleverk, forskrifter og så videre, da ombudet kun håndhever diskrimineringslovgivningen. Ombudet kan imidlertid vurdere om avtaleverket er i strid med diskrimineringslovgivningen.

²⁷ Tjenestemannsloven gjelder for arbeidstakere tilsatt i statens tjeneste, jf. tjenestemannsloven § 1. Det følger av Forskrift til tjenestemannsloven § 1 presiserer hvilke arbeidstakere som er unntatt fra loven, jf. tjenestemannsloven § 3.

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 12/2115 («Statens personalhåndbok»)

Ombudet tok stilling til om det var diskriminering på grunn av nasjonal opprinnelse ved at Statens personalhåndbok skiller mellom personer med opprinnelse fra landgruppe 1 og 2, der statlige virksomheter må innkalle minst én søker fra landgruppe 2 til intervju.

Ombudet konkluderte med at det var en forskjellsbehandling av landgruppe 1, men at vilkårene for positiv særbehandling etter lovens § 8 for personer med bakgrunn i landgruppe 2 var oppfylt. Skillet mellom personer fra landgruppe 1 og 2 var etter ombudets oppfatning både hensiktsmessig og saklig begrunnet.

Ombudet mente at forskjellsbehandlingen fremmet formålet med diskrimineringsloven da personer med opprinnelse i landgruppe 2 står spesielt svakt på arbeidslivets område. Ombudet mente også at tiltaket var forholdsmessig da det var dokumentert at personer fra landgruppe 2 møtte flere hindringer i arbeidslivet enn de fra landgruppe 1, og at både lovens forarbeider og tidligere praksis fra ombudet tilsier at tiltak for å fremme lovens formål er uproblematiske i forhold til proporsjonalitetskravet. I tillegg hindrer ikke ordningen at personer fra landgruppe 1 blir innkalt til intervju eller at den best kvalifiserte får tilbud om jobben. Til slutt påpekte ombudet at ordningen er midlertidig og opphører når grunnlaget for den ikke lenger er til stede.

2.3.3 Ansettelse

Adgangen til positiv særbehandling ved tildelingen av en stilling er snevrere enn særtiltak som ikke innebærer selve tildelingen av et gode (jf. for eksempel Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119). Årsaken til dette er at slik forskjellsbehandling ved tildeling av selve godet vil være mer inngripende overfor de som rammes enn ved typiske kvalifiseringstiltak, som for eksempel å oppfordre underrepresenterte grupper til å søke en stilling eller ved å innkalle personer fra en underrepresentert gruppe til intervju (se over). Den begrensede adgangen til positiv særbehandling ved ansettelse må også sees i sammenheng med at det rettslige vernet mot direkte diskriminering i arbeidslivet er svært strengt.

Både EU-domstolen og EFTA-domstolen har tolket direktivbestemmelsene om positiv særbehandling svært strengt. EU-domstolen har i en rekke dommer slått fast at positiv særbehandling ved ansettelser og utnevnelser kun er tillatt dersom kandidatene er likt eller tilnærmet likt kvalifisert. Dette omtales ofte som moderat kvotering. Det innebærer at vedkommende fra den underrepresenterte gruppen ikke kan foretrekkes dersom han eller hun er dårligere kvalifisert. Dette omtales ofte som radikal kvotering. At det ikke er adgang til en slik form for særbehandling er uttrykkelig slått fast av EU- og EFTA-domstolen. Dette gjelder ved ansettelse i både faste og midlertidige stillinger, og det gjelder selv om stillingene kommer i tillegg til ordinære stillinger og ikke ville blitt opprettet dersom man ikke hadde til hensikt å øke andelen av en gruppe.

Automatisk fortrinnsrett til en underrepresentert gruppe når det gjelder ansettelse eller forfremmelse er heller ikke tillatt. Kandidatenes kvalifikasjoner må vurderes objektivt og det må tas hensyn til individuelle forhold ved søkerne. Vurderingen må foretas med utgangspunkt i klare kriterier. Denne begrensningen må sees i sammenheng med at positiv særbehandling skal være et virkemiddel for like muligheter, og ikke et likt resultat.

Når det gjelder adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn, kan dette kun benyttes i stillinger der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn, jf. forskrift om særbehandling av menn. Se nærmere om denne adgangen i punkt 2.3.3.1.

EFTA-domstolens sak E-1/02 («Universitetet i Oslo»)

EFTA-domstolen slo fast at Universitetet i Oslos plan om å opprette post.doc-stillinger øremerket kvinner med hjemmel i universitets- og høyskoleloven var uforenlig med likebehandlingsdirektivet .

EFTA-domstolen viste til tidligere praksis fra EF-domstolen og at proporsjonalitetskravet har blitt utformet og presisert gjennom disse dommene.

Når det gjaldt Norges anførsel om at post.doc-stillingene er trainingstillinger, jf. Badeck, viste EFTA-domstolen til at EU-kommisjonen har trukket en linje mellom “training for employment and actual places in employment”. Domstolen mente imidlertid at heller ikke for trainee-stillinger bør det være tillatt med absolutt øremerking for det ene kjønn. Domstolen viser til at det er begrensede muligheter for post.doc utenfor det offentlige.

Til anførselen om at dette er nye stillinger som ikke vil føre til at menn stilles dårligere, heter det i dommen at det er lite sannsynlig at ordningen ikke påvirkes av det totale antall stillinger. Ordningen vil dermed påvirke menns muligheter i fremtiden.

2.3.3.1 Særlig om positiv særbehandling av menn ved ansettelser

Positiv særbehandling til fordel for menn er uttømmende regulert i forskrift om særbehandling av menn (FOR-1998-07-17-622). Formålet med forskriften er å fremme likestilling mellom kjønnene ved at menn påtar seg omsorgsoppgaver for barn i det offentlige og ved at en økning av andelen menn i slike yrker vil redusere negative virkninger av et svært kjønnssegregert arbeidsmarked.

Eksempler som er omfattet er stillinger i barnehager/-parker, skolefritidsordninger, grunnskole og i barneverninstitusjoner. Arbeidsoppgavene må i vesentlig grad innebære direkte kontakt med barn. Stillinger som i hovedsak er av administrativ karakter omfattes dermed ikke. I en barnehage kan særbehandling derfor benyttes ved ansettelse til stillinger som assistent og avdelingsleder, men ikke til stillingen som styrer, kontorpersonale eller vaktmester.

Ved tilsetting i stilling der hovedoppgaven er omsorg for eller undervisning av barn, kan menn foretrekkes dersom den mannlige søkeren er vurdert å være tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søkeren, jf. § 2. Forskriften oppstiller ingen plikt til slik særbehandling. Det er i tillegg et vilkår at menn er underrepresentert i den aktuelle stillingskategorien, jf. § 4. Det er presisert at dersom virksomheten har flere avdelinger er det andelen mannlige ansatte i den avdeling der arbeidsoppgavene skal utføres som er avgjørende med mindre arbeidslivets parter har avtalt en annen inndeling. Når man skal vurdere hva som anses som underrepresentasjon, vil det være retningsgivende dersom det er under 40 prosent menn. En slik adgang til positiv særbehandling

omtales ofte som moderat kvotering. Forskriften åpner ikke for såkalt radikal kvotering, det vil si å legge avgjørende vekt på kjønn ved tilsetting selv om vedkommende er dårligere kvalifisert enn noen av motsatt kjønn, så lenge personen fyller minstekravene til stillingen.

Arbeidsgiver kan i medhold av forskriften også oppfordre menn til å søke slike stillinger.

Hovedavtalen i staten (HTA) § 21 nr. 4 bestemmer at *søkere fra det underrepresenterte kjønn skal foretrekkes ved tilnærmet like kvalifikasjoner*. Denne plikten må imidlertid tolkes i lys av forskrift om særbehandling av menn, til kun å omfatte ansettelse i stillinger der hovedoppgaven er omsorg for eller undervisning av barn.

2.3.4 Lønn

Likestillingsloven § 21 bestemmer at kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Forskjellsbehandling som har som formål å rette opp kjønnsbaserte lønnskjevheter kan være tillatt etter bestemmelsen om positiv særbehandling. Tilsvarende må forskjellsbehandling som har som formål å rette opp skjevheter i lønn knyttet til øvrig diskrimineringsgrunnlag være tillatt.

Generelle føringer i for eksempel tariffavtaler om at kvinner skal tilgodeses i lønnsoppgjøret må praktiseres innenfor rammen av likestillingslovens bestemmelser. Det er ikke i medhold av bestemmelsen om positiv særbehandling anledning til å gi gruppetillegg til kvinner som ikke har som formål å rette opp kjønnsmessige skjevheter og som fører til en situasjon der det gis ulik lønn til kvinner og menn for arbeid av lik verdi.

Det vil videre neppe være tillatt for eksempel å forskjellsbehandle kvinner og menn lønnsmessig ved tilsetting med den målsetting å rekruttere flere menn i stillinger der menn er underrepresentert, for eksempel innen helse- og sosialsektoren. En slik praksis vil være i strid med likelønnsbestemmelsen og selv om den vil være egnet til å oppnå målet om økt andel mannlige ansatte, kan den vanskelig anses som forholdsmessig etter bestemmelsen om positiv særbehandling.

2.3.5 Trainee-stillinger/praksisstillinger som rekrutteringstiltak

Med trainee-stillinger menes her stillinger av midlertidig karakter som øremerkes for visse grupper for å lette deres tilgang til arbeidsmarkedet. Ombudet har behandlet to saker om trainee-stillinger for personer med minoritetsbakgrunn. Dette er sak LDO 10/508 og LDO 13/661. Begge saker er omtalt i oppsummeringens kapittel 10. Sak 13/661, som gjaldt en trainee-ordning i NRK ble også behandlet av Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Nemnda konkluderte med at ordningen var lovlig. I det følgende vil vi redegjøre for hva som skal til for at en trainee-ordning skal være lovlig, på bakgrunn av nemndas vurderinger i NRK-saken og praksis fra EU-domstolen. Det er ikke avklart om de samme prinsippene vil gjelde for trainee-stillinger for personer med nedsatt funksjonsevne, da verken ombudet eller nemnda har behandlet dette spørsmålet.

Momenter som vil tale for at ordningen er lovlig:

- Det er større sannsynlighet for at ordningen er lovlig dersom den er en del av en helhetlig plan med flere tiltak.
 - Det må foreligge underrepresentasjon og det bør på forhånd kartlegges hvilke barrierer som hindrer gruppen i å bli ansatt gjennom ordinære ansettelsesprosesser.
 - Ordningen må fremme likestilling. Ordningen kan fremme likestilling blant potensielle søkere ved at den letter deres tilgang på arbeidsmarkedet, men ordningen kan også fremme likestilling ved at den ivaretar brukerne av tjenestene (ombudet og nemnda har uttalt at programledere med minoritetsbakgrunn kan bidra til å bygge ned stereotyper og fordommer blant TV-seere generelt, i tillegg til å treffe publikum med minoritetsbakgrunn bedre).
 - Stillingene må være rekrutteringstiltak og ikke ordinære stillinger. Formålet med stillingene må være å tilrettelegge for den underrepresenterte gruppen slik at de oppnår de nødvendige kvalifikasjoner for å kunne søke ordinære stillinger på et senere tidspunkt.
 - Søkerne må være kvalifiserte til den type arbeid (for eksempel være utdannet journalister dersom trainee-ordningen er rettet mot senere journaliststillinger)
 - I vurderingen av om ordningen er forholdsmessig må tiltakets varighet vurderes, samt lønnsnivå, hvor stor del av ordningen som innebærer opplæring, hva slags oppgaver kandidatene utfører i perioden og hvilke goder kandidatene oppnår i etterkant av ordningen.
 - Trainee-ordningen i NRK-saken hadde varighet på 10 måneder og dette kan tjene som ledetråd.
 - En stor del av perioden bør knyttes til ren opplæring, og det må bære preg av opplæring også i en eventuell praksisperiode, ved at det bør være god tilgang på veiledning.
 - Lønnsnivået i NRK-ordningen var lavere enn for ordinære journaliststillinger. Den første perioden med ren opplæring var det en stipendlønn som var vesentlig lavere, mens det i praksisperioden var nybegynnerlønn for journalister.
- Det må ikke gis et løfte om ansettelse i etterkant. Det vil imidlertid være tillatt å moderat kvotere personer fra traineeordningen til andre stillinger i etterkant. Det vil også være tillatt å la kandidatene stå som interne søkere i virksomheten etter endt traineeperiode.

2.3.6 Særlig om særtiltak for å øke kvinneandelen i akademia

Likestillings- og diskrimineringsombudet (og det tidligere Likestillingsombudet) har behandlet flere saker om særtiltak for å heve kvinneandelen i vitenskapelige stillinger ved universitetene. Mange av sakene gjelder bruk av moderat kvotering ved ansettelser. I disse sakene er det i hovedsak menn som har klaget til ombudet fordi de mener seg forbigått ved at universitetene har gått lenger for å rekruttere en kvinne enn det likestillingsloven åpner for. Disse sakene beror på konkrete kvalifikasjonsvurderinger og er dermed av liten prinsipiell interesse her.

I tillegg til ansettelsessaker har ombudet behandlet en del saker som gjelder ulike stipendordninger. Sakene ombudet har behandlet om slike økonomiske støtteordninger i akademia har omhandlet følgende ordninger: Skrivestipend, slutføringsstipend, overgangsstipend og kvalifiseringsstipend. Det er gitt sammendrag av sakene i oppsummeringens kapittel 10.

Ombudet har i disse sakene funnet at tiltakene er egnet til å fremme likestilling og særlig kvinners stilling. Ombudet har uttalt at det er en kjensgjerning at kvinner i større grad enn menn får avbrutt sine forskerkarrierer på grunn av blant annet barn og omsorgsansvar. Stipender som kan avhjelpe noe for uforutsigbarheten forskere møter, fremmer derfor kvinners stilling. Ombudet har i den siste saken også vist til at tiltak for å øke rekrutteringen til høyere akademiske stillinger er i tråd med FNs kvinnekomites anbefalinger til Norge. Ombudet viste i denne saken til at komiteen i sine avsluttende merknader til Norges to siste periodiske rapporter hadde uttrykt bekymring for den lave kvinneandelen i høyere stillinger i akademia og anbefalt Norge å iverksette tiltak for å rekruttere til denne type stillinger. Ombudet uttalte at et tiltak som kunne bidra til å øke rekrutteringsgrunnlaget til faste vitenskapelige stillinger, og som bidro til større forutsigbarhet i en fase av karrieren der mange kvinner faller fra på grunn av den uforutsigbare situasjonen, er med på å fremme likestillingslovens formål.

Ombudet har i disse sakene også konkludert med at de øvrige vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt. På bakgrunn av disse sakene, kan det utledes at følgende må foreligge for at stipendordninger skal være lovlige:

- Det må være underrepresentasjon av kvinner. Om det foreligger underrepresentasjon må vurderes konkret opp mot hvert enkelt fagfelt og institutt (Se ombudets sak 06/292). At kvinner er i overtall blant de vitenskapelige ansatte generelt tilsier ikke at positive særtiltak ikke kan benyttes når de høyere stillingene er mannsdominert. At phd-stillingene domineres av kvinner, tilsier ikke at kvinner på sikt vil nå opp til de høyere stillingene (se ombudets sak 14/1694)
- Hvilket fagfelt det skal forskes på/arbeides med er relevant (se ombudets sak 10/296). Å øke andelen på forskningsfelt som det tradisjonelt er kvinner som arbeider innenfor, vil kunne bidra til å sementere kjønnsstereotyper, snarere enn å fremme likestilling.
- Tiltakenes formål må være å fremme karriereutvikling og være kvalifiseringstiltak som ikke fører til fortrinn i en ansettelsesprosess. Hvis ordningene medfører at kandidatene automatisk får ansettelse i etterkant av kvalifiseringstiltaket, vil ordningen være uforholdsmessig inngripende og ulovlig.
- Det er sentralt for vurderingen om menn kan oppnå opprykk eller økonomisk støtte til forskning uavhengig av stipendordningen
- Ordningen må være midlertidig.
- Effekten av tiltaket må evalueres i etterkant.

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 12/1694 («Overgangsstipend»)

Saken gjaldt spørsmål om overgangsstipend til kvinnelige forskere var i strid med likestillingsloven. Stipendet var tilknyttet et forskningscenter underlagt et universitet og midlene var gitt fra Forskningsrådet for å øke prosentandelen av kvinner i de høyeste forskerstillingene. Stipendene hadde maks ett års varighet og søkeren forpliktet seg til å søke andre finansieringskilder i stipendperioden. Hvis søkeren fikk andre tildelinger, skulle overgangsstipendet bortfalle. Forskningsinstituttet hadde gitt ut tre slike stipender tidligere. Varigheten på disse hadde vært på henholdsvis sju, ni og ni måneder.

Ved forskningssettret var kvinnene i flertall blant post. doc-stillinger og phd-stillinger, men de var underrepresentert i de høyere forskerstillingene. Kvinnene som fikk de to utlyste stipendene ble ansatt i midlertidige forskerstillinger som var fullfinansiert av stipendene. Tittel på stillingene var avhengig av kvinnes arbeidserfaring.

Ombudet vurderte saken etter tidligere likestillingsloven § 3a om positiv særbehandling. Ombudet mente det ikke var noen tvil om at de to overgangsstipendene fremmet likestillingslovens formål, og viste til at kvinner var i mindretall blant de høyere forskerstillingene. Av stillingene på høyere nivå var kvinneandelen henholdsvis 40, 20 og 33 prosent. Ombudet uttalte at et tiltak som kunne bidra til å øke rekrutteringsgrunnlaget til faste vitenskapelige stillinger, og som bidro til større forutsigbarhet i en fase av karrieren der mange kvinner faller fra på grunn av dette, er med på å fremme likestillingslovens formål. At kvinner var i flertall ved senteret generelt og at kvinner var i flertall i de lavere stillingskategoriene, tilsa ikke nødvendigvis at kvinneandelen i de høyere stillingene vil øke automatisk på sikt.

Ombudet tok deretter stilling til om utlysning av to overgangsstipend oppfylte vilkåret om forholdsmessighet. Ombudet uttalte at det av EF-domstolens praksis kan utledes at en automatisk og ufleksibel fortrinnsrett for kvinner ved ansettelse eller forfremmelse ikke er tillatt.

Ombudet mente imidlertid at overgangsstipend skilte seg noe fra de typene stillinger som EF- og EFTA-dommene gjaldt. Overgangsstipendet hadde mer begrenset varighet. I tillegg var formålet med overgangsstipendet ikke å erverve en stilling, men å kvalifisere seg til senere ansettelse ved å få anledning til å søke om eksterne midler og dermed bidra til en mer forutsigbar situasjon.

Ifølge ombudets saker hadde kvalifiseringsstipender og skrivestipender blitt ansett for å være proporsjonale, og ikke lovstridige. Ombudet viste særlig til ombudets sak 10/296 (skrivestipend til kvinnelige forskere), ombudets sak 06/292 (sluttføringsstipend på kr. 100 000) og ombudets sak 06/35 (kvalifiseringsstipend til kvinner på kr. 200 000).

Ombudet mente at overgangsstipendene i denne saken, skilte seg noe fra de stipendene som tidligere har blitt vurdert, da formålet i disse sakene ikke var å gi tilknytning til universitetene, men frikjøp til forskning for å kvalifisere til høyere stillinger. En annen forskjell var at overgangsstipendene dekket full lønn. Personer som ikke mottok overgangsstipend hadde også mulighet til å søke om ekstern finansiering og å oppnå dette. Overgangsstipendet var dermed ikke

kvalifiserende i seg selv, men ga større forutsigbarhet og dermed større anledning for kvinner for å kvalifisere seg til senere ansettelser. Ombudet mente dermed at formålet bak overgangsstipendet var å fremme mulighetslikhet, og ikke nødvendigvis resultatlikhet. En slik tilnærming var etter ombudets syn i tråd med formålet bak positiv særbehandling slik dette er omtalt av EF-domstolen, jf. sak C-409/95 (Marschall).

Ombudet konkluderte med at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt og dermed ikke i strid med likestillingsloven § 3.

Det er også gitt sammendrag av saken i kapittel 10.

2.3.7 Seniorpolitiske tiltak

Ombudet får stadig henvendelser som gjelder seniorpolitiske tiltak, det vil si tiltak rettet mot eldre arbeidstakere, for eksempel i alderen 62 til 64 år. Dette kan typisk være tiltak som å gi pensjonsgivende lønnsinntekt for å bli værende i stillingen. Ofte har slike tiltak sin bakgrunn i arbeidsgivers økonomi eller ønske om å beholde kvalifisert arbeidskraft. Siden formålet med tiltakene ikke er å fremme likestilling og ikke-diskriminering for arbeidstakerne, har ikke ombudet behandlet slike spørsmål etter bestemmelsen om positiv særbehandling i arbeidsmiljøloven kapittel 13. Spørsmålet om seniortiltaket er lovlig vil da bli vurdert etter den vanlige unntaksregelen i arbeidsmiljøloven § 13-3 og vurderingstemaet blir da om tiltaket har et saklig formål, tiltaket er nødvendig for å nå formålet og det er forholdsmessighet mellom fordelene og ulempene.

Dersom seniortiltaket er en generell ordning som har til formål å ivareta mål om at eldre arbeidstakere skal kunne stå lenger i arbeid, vil seniortiltaket kunne falle inn under bestemmelsen om positiv særbehandling, for eksempel ved å fritta arbeidstakerne for enkelte arbeidsoppgaver. Det vil imidlertid ofte være en hårfin grense mellom hva som fremmer arbeidsgivers interesser og hva som fremmer likestilling generelt. Det er i denne forbindelse også viktig å fremheve at individuelle tilretteleggingstiltak ikke er å anse som positiv særbehandling, se under.

Likestillings- og diskrimineringsombudets sak 09/667 («seniorpolitiske tiltak»)

Saken gjaldt om seniorpolitiske tiltak i en kommune var i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1. Tiltakene ga fordeler i form av lønns- og arbeidsvilkår til en gruppe kommunalansatte som var mellom 62 og 64 år gamle. Ansatte som ble omfattet av tiltakene ved innføringen fikk adgang til å benytte seg av noen tiltak også etter fylte 65 år.

Formålet med tiltakene var å øke avgangsalderen for ansatte som har mulighet til å ta ut AFP, og for å påvirke sykefraværet i den aktuelle aldersgruppen. Arbeidstakerne som var omfattet, kunne få inntil 20 prosent reduksjon i arbeidstiden uten trekk i lønn eller få utbetalt en årlig bonus dersom de ikke tok ut AFP. For ansatte i aldersgruppen 65-66 år, som fylte vilkårene for seniortiltak, kunne det inngås avtale om delvis avtalefestet pensjon (AFP) tilsvarende seniortiltak, inntil 20 prosent.

Seniortiltakene var bare rettet mot de ansatte som ikke ville få AFP dekket gjennom kommunens AFP-avtale med Storebrand. Avtalen påla kommunen selv å betale pensjon til de ansatte som valgte å gå av når de er mellom 62 og 64 år gamle. Ansatte som ville få AFP gjennom andre ordninger, var ikke omfattet av tiltakene.

Ombudet vurderte om tiltakene kunne anses som positiv særbehandling etter arbeidsmiljøloven § 13-6, men fant at forholdet falt utenfor bestemmelsen, da tiltakene var begrunnet i kommunens egne økonomiske hensyn og ønske om å holde på kvalifisert arbeidskraft. Vurderingen var derfor om tiltakene oppfylte vilkårene i unntaksbestemmelsen i aml § 13-3. Ombudet fant at vilkårene ikke var oppfylt og at tiltakene dermed var lovstridige.

2.4 Forholdet mellom tilrettelegging og positiv særbehandling

Diskrimineringslovgivningen har enkelte bestemmelser som gir en uttrykkelig rett til individuell tilrettelegging for personer med nedsatt funksjonsevne. I tillegg kan det i noen tilfeller utledes en rett til tilrettelegging av det alminnelige diskrimineringsforbudet, som for eksempel tilrettelegging på grunn av graviditet og religion.

Det kan i noen tilfeller være vanskelig å skille mellom hva som er tilrettelegging og hva som er positiv særbehandling. Det vesentlige her er formålet. Mens positiv særbehandling er tiltak som har til formål å fremme likestilling og likeverd i et større perspektiv, er tilretteleggingstiltak relatert til individet og individets særskilte behov.

Etter ombudets syn er det viktig at tilrettelegging ikke anses som positiv særbehandling. Det er også klart uttalt i lovens forarbeider at tilrettelegging ikke er noen form for særbehandling. En oppfatning om at tilretteleggingsplikten i realiteten er positiv særbehandling kan være uheldig for den som trenger tilrettelegging. Det kan føre til at man føler seg som en byrde for arbeidsgiver, at tilrettelegging er en slags "ekstraservice" og at arbeidstakeren må være takknemlig for de tiltakene som faktisk kommer. Videre vil slike tiltak raskere kunne oppfattes som noe som går ut over det som er rimelig, og at en arbeidsgiver behandler sine ansatte særlig bra og med velvilje når de gir god tilrettelegging. En slik oppfatning kunne bidra til at kravene til tilretteleggingsplikten reduseres.

2.5 Positiv særbehandling ved opptak til utdanning

Hvorvidt positiv særbehandling kan benyttes ved opptak til utdanning må vurderes etter de generelle bestemmelsene om positiv særbehandling.

Med hjemmel i universitets- og høyskoleloven § 3-7 er forskrift om opptak til høyere utdanning gitt. Etter forskriften § 7-9 kan departementet bestemme at det ved opptak til enkelte utdanninger gis ett eller to tilleggspoeng til søkere fra det underrepresenterte kjønn. Det enkelte lærested kan også søke om at slike tilleggspoeng kan gis til det underrepresenterte kjønn. Kunnskapsdepartementet behandler slike søknader. Det gis i dag to tilleggspoeng til kvinner ved opptak til flere studier, blant annet ingeniørutdanninger og utdanning innen landbruk og informatikk. Likestillingsombudet behandlet i sak 2132/2004 spørsmål om å gi et halvt tilleggspoeng til kvinnelige søkere ved opptak til masterprogrammet i informatikk var i strid med likestillingsloven. Ombudet fant at tildelingen av et halvt tilleggsponeg var lovlig. Ombudet uttalte at forskjellene ikke måtte være for store mellom de best kvalifiserte som ikke fikk plass på studiet og de dårligst kvalifiserte som kom inn ved hjelp av tilleggspoeng. I dette tilfellet var det tale om en forholdsvis liten endring i snittkarakteren (en tiendedel), som ga en markert økning i kvinneandelen i studieprogrammet. Ordningen ble dermed ikke ansett for å være uforholdsmessig inngripende.

Positiv særbehandling til fordel for menn er i utgangspunktet uttømmende regulert i forskrift om særbehandling av menn.

Ifølge forskriften § 3 vil Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet gi nærmere retningslinjer for særbehandling av menn ved opptak til utdanning som særlig er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn, og hvor menn vil bli underrepresentert på linjen eller studiet.

Likevel har ikke BLD ønsket å endre praksisen når det gjelder positiv særbehandling av menn ved opptak til utdanning i medhold av Forskrift om opptak til høyere utdanning § 7-9 *Tilleggspoeng for underrepresentert kjønn*. Praksisen med tilleggspoeng for menn ved opptak til Norges Veterinærhøgskole er vurdert ikke å være i strid med likestillingsloven av Kunnskapsdepartementet, jf. NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling*.

Ombudet har ikke vurdert lovligheten av denne praksisen. Spørsmålet er imidlertid brakt inn for ombudet, se sak 13/1844, som det per juni 2015 ikke er avgitt uttalelse i. Relevant for vurderingen vil være om det er foretatt en analyse av hvor barrierene for det underrepresenterte kjønn oppstår, hvorvidt man kan øke andelen av det underrepresenterte kjønn med mindre inngripende tiltak og endelig om ordningen med tilleggspoeng er uforholdsmessig inngripende overfor kjønn som ikke er underrepresentert.

3 Nasjonal lovgivning og forskrifter om positiv særbehandling

3.1 Kjønn

3.1.1 Likestillingsloven § 7

3.1.1.1 Ordlyd

Likestillingsloven § 7 lyder:

«Positiv særbehandling av det ene kjønn er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- 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 er nådd*

Kongen kan gi nærmere bestemmelser om hvilke former for ulik behandling som tillates i medhold av denne lov, herunder bestemmelser om særbehandling av menn i forbindelse med undervisning av og omsorg for barn.»

Bestemmelsen erstatter den tidligere likestillingsloven § 3a. Den nye bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett og inneholder to vilkår som tidligere var ulovfestede.

3.1.1.2 Kommentar

Fordi positiv særbehandling innebærer en forskjellsbehandling av de som ikke nyter godt av tiltaket, må adgangen tolkes snevert.²⁸ Bestemmelsen gir ingen plikt til positiv særbehandling.

Vilkårene for positiv særbehandling følger nå av bestemmelsens ordlyd. Det første vilkåret, som også tidligere var nedfelt i ordlyden, er at den positive særbehandlingen må fremme lovens formål. Det følger av likestillingsloven § 1 at lovens formål er å fremme likestilling uavhengig av kjønnene, og at den spesielt tar sikte på å fremme kvinners stilling. Dette har blitt tolket slik at adgangen til å positivt særbehandle menn er begrenset og uttømmende regulert i egen forskrift (se oppsummeringens punkt 2.2.7).

I den tidligere likestillingsloven § 3a var det innfortolket et vilkår om at særbehandlingen måtte rettes mot det kjønn som stilte svakest på det aktuelle området. Dette vilkåret fremgår ikke eksplisitt av ordlyden i likestillingsloven § 7. Det følger imidlertid av forarbeidene til ny likestillingslov at ny bestemmelse er en videreføring av gjeldende rett. At særbehandlingen skal rettes mot det kjønn som står svakest, kan dessuten innfortolkes i vilkåret om at særbehandlingen må fremme lovens formål. Se nærmere om kravet til underrepresentasjon i punkt 2.2.3.

²⁸ Se ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 26 og ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 163

Videre følger det av bestemmelsen at det må være forholdsmessighet mellom målet og ulempene for de som forskjellsbehandles på bekostning av de som nyter godt av særtiltaket. Dette omtales gjerne som proporsjonalitetsprinsippet. Prinsippet er utviklet gjennom en rekke dommer fra EU-domstolen, som det er redegjort nærmere for nedenfor. Blant annet har EU-domstolen fastslått at positiv særbehandling ved ansettelser kun er tillatt dersom det foreligger tilnærmet like gode kvalifikasjoner. Såkalt "radikal kvotering" anses derimot for å være uproporsjonalt og dermed også ulovlig. Se nærmere om dette i punkt 2.2.4, 2.2.6 og 2.3.3.

Endelig er det i bestemmelsen oppstilt et vilkår om at tiltaket må opphøre når formålet med tiltaket er oppnådd.

Den nye likestillingsloven av 2013 som trådte i kraft 1. januar 2014, har forenklet regelverket om positiv særbehandling. I ny likestillingslov er blant annet presiseringen av foreningers adgang til forskjellsbehandling på grunn av kjønn fjernet. Adgangen til positiv særbehandling innenfor foreninger følger nå av den generelle regelen om positiv særbehandling i lovens § 7. Bestemmelsen om særbehandling av kvinners særlige rettigheter i forbindelse med svangerskap, fødsel og amming er også tatt bort. Det må imidlertid legges til grunn at det fortsatt er adgang til slik positiv særbehandling etter likestillingsloven § 7.

3.1.2 Forskrift om særbehandling av menn

3.1.2.1 Ordlyd

I medhold av likestillingsloven § 7 andre ledd er det gitt forskrift om særbehandling av menn (FOR-1998-07-17-622). De relevante forskriftsbestemmelsene er disse:

«§ 2.Særbehandling

Ved tilsetning i stilling der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn, og ved opptak til utdanning til slik stilling, kan en mann, i samsvar med regler gitt i eller i medhold av forskriften her, velges fremfor en kvinne når den mannlige søkeren vurderes å være like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søker (moderat kvotering).»

«§ 3.Særbehandling av menn ved opptak til utdanning

Kirke-, utdannings- og forskningsdepartementet kan gi nærmere retningslinjer for særbehandling av menn ved opptak til utdanning som særlig er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn, og hvor menn vil bli underrepresentert på linjen eller studiet.

Utdanningsinstitusjonene kan alltid iverksette tiltak for å øke rekrutteringen av menn til den aktuelle linje/studieretning, eksempelvis spesielt oppfordre menn til å søke opptak.»

«§ 4.Særbehandling i arbeidslivet

Mannlige søkere til stillinger hvor arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn, eksempelvis stillinger i barnehager/-parker, skolefritidsordninger, grunnskolen og i barneverninstitusjoner, kan særbehandles dersom menn er underrepresentert i den aktuelle

stillingskategori i virksomheten. Hvis virksomheten har flere avdelinger er det andelen mannlige tilsatte i den avdeling arbeidsoppgavene skal utføres, som er avgjørende, med mindre det er inngått avtaler mellom arbeidslivets parter om annen inndeling.

Arbeidsgiver kan i utlysningen spesielt oppfordre menn til å søke ovennevnte stillinger.»

3.1.2.2 Kommentar

Etter forskriften kan menn foretrekkes ved ansettelser i stillinger der hovedoppgaven er undervisning av, eller omsorg for, små barn dersom menn er underrepresentert. Formålet med forskriften er å fremme likestilling mellom kjønnene. Det er fremhevet i merknadene at det er barns manglende/lave grad av kontakt med menn som er utgangspunktet. Menn er dårligere representert enn kvinner i omsorgsykker og barn er mindre sammen med menn også utenfor skole/omsorgsinstitusjoner. Flere menn i omsorgsykker vil øke likestillingen i samfunnet også fordi en økt andel av menn vil redusere negative virkninger av et kjønnssegregert arbeidsmarked.

Eksempler på stillinger hvor arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn er barnehager/-parker, skolefritidsordninger, grunnskolen og i barneverninstitusjoner, jf. § 4. Vilåret er at arbeidsoppgavene skal ifølge merknadene til forskriften i vesentlig grad innebære direkte kontakt med barn. Stillinger av administrativ karakter omfattes ikke. For eksempel vil det i en barnehage kunne benyttes ved ansettelse i stilling som assistent og avdelingsleder, men ikke i stilling som styrer, kontorpersonale eller vaktmester.

Forskriften åpner kun for moderat kvotering ved ansettelse. Det betyr at menn kun kan foretrekkes til en stilling ved like eller tilnærmet like kvalifikasjoner. I merknadene til forskriften presiseres at 40-prosentregelen (at det ene kjønn er representert med mindre enn 40 prosent) vil være retningsgivende for hva som regnes som underrepresentasjon. I § 4 presiseres at det er representasjon i den aktuelle stillingskategori i virksomheten som er avgjørende. Hvis virksomheten har flere avdelinger er det andelen mannlige tilsatte i den avdeling arbeidsoppgavene skal utføres, som er avgjørende, med mindre det er inngått avtaler mellom arbeidslivets parter om annen inndeling.

I § 4 siste ledd presiseres at arbeidsgiver i utlysningen spesielt kan oppfordre menn til å søke ovennevnte stillinger.

Når det gjelder opptak til utdanning, følger det av § 3 at det kan gis nærmere retningslinjer for dette og at det alltid kan iverksettes tiltak for å få menn til å søke. I kommentarene til forskriftsbestemmelsen står det likevel at positiv særbehandling ved opptak kun er tillatt ved tilnærmet like vilkår. Forskrift om opptak til høyere utdanning åpner imidlertid også for tilleggspoeng til menn, se pkt. 3.1.4.

Som redegjort for i kapittel 2, har ombudet lagt til grunn at det etter dagens regelverk ikke er adgang til å positivt særbehandle menn utover forskriftens område.

3.1.3 Universitets- og høyskoleloven § 6-3

3.1.3.1 Ordlyd:

«§ 6-3. Utlysing av og ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger

(1) Ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger foretas av styret, eller etter styrets beslutning av underordnet organ eller ett eller flere ansettelsesutvalg. Styret selv fastsetter sammensetningen av ansettelsesutvalget. Studentene skal være representert i ansettelsesorganet, hvis ikke styret enstemmig bestemmer noe annet.

(2) Ansettelsesorganet utlyser selv undervisnings- og forskerstillinger. Hvis det ene kjønn er klart underrepresentert innen den aktuelle stillingskategori på vedkommende fagområde, skal de som er av dette kjønn spesielt inviteres til å søke.

(3) Ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger skjer på grunnlag av innstilling. Innstilling skjer ut fra sakkyndig bedømmelse etter den stillingsbeskrivelse som er gitt i utlysing og betenkning. Ansettelsesorganet kan avgjøre at det i tillegg skal gjennomføres intervju, prøveforelesninger eller andre prøver. Ansettelsesorganet kan i særskilte tilfeller bestemme at kravet om sakkyndig bedømmelse kan fravikes for undervisnings- og forskerstillinger som ikke er førstestillinger eller professorstillinger. Når det foretas sakkyndig bedømmelse, skal begge kjønn være representert blant de sakkyndige. Det skal legges vekt på likestillingshensyn ved ansettelse. I stillinger hvor det stilles krav om pedagogiske kvalifikasjoner, skal det foretas en særskilt vurdering av om søkerne oppfyller disse. Styret gir nærmere regler om bedømmelsen, jf. likevel sjette ledd.

(4) Når særlige grunner taler for det, kan styret foreta ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger uten forutgående kunngjøring. Slik ansettelse kan ikke foretas hvis mer enn ett medlem av styret motsetter seg dette.

(5) Styret selv bestemmer hvem som skal innstille og fastsetter nærmere regler om innstilling m.m.

(6) Departementet kan gi forskrift om fremgangsmåte og kriterier for ansettelse eller opprykk i undervisnings- og forskerstilling»

3.1.3.2 Kommentar:

Andre ledd regulerer adgangen til å invitere søkere av det underrepresenterte kjønn til å søke på stillinger. For at det skal være anledning til dette, må det ene kjønn være klart underrepresentert i den aktuelle stillingskategorien på det aktuelle fagområdet. Det kan tyde på at lovgiver med dette har ment at kravet til underrepresentasjon er strengere enn likestillingslovens krav om underrepresentasjon, og at det dermed må være større ubalanse enn forholdet 40/60.²⁹

Med stillingskategori menes typisk stipendiat, førsteamanuensis, professor. Det er mer uklart hva som ligger i fagområde.

Bestemmelsens tredje ledd pålegger universiteter og høyskoler å vektlegge likestillingshensyn ved ansettelse i undervisnings- og forskerstillinger. Dette innebærer at man ved tilnærmet like kvalifikasjoner kan foretrekke den søkeren som tilhører det underrepresenterte kjønn. I kommentar

²⁹ Kommentar på rettsdata.no av Jan Fridtjof Bernt

til bestemmelsen, legger Jan Fridtjof Bernt på rettsdata.no til grunn at terskelen for å kunne gjøre dette må være den samme som etter andre ledd. Altså må det foreligge en klar underrepresentasjon og underrepresentasjonen må ses ut fra den enkelte stillingskategori og det enkelte fagområdet. På bakgrunn av EFTA-saken om øremerking av stillinger ved Universitet i Oslo, må det legges til grunn at adgangen til å vektlegge likestillingshensyn er begrenset til moderat kvotering. Frem til EFTA-domstolens dom falt, inneholdt universitets- og høyskoleloven også en hjemmel til radikal kvotering/øremerking av stillinger. Denne ble imidlertid fjernet som følge av at EFTA-domstolen fant at bestemmelsen var direktivstridig.

Dette betyr altså at det kun vil være tillatt å vektlegge kjønn ved tilnærmet like kvalifikasjoner. Ryssdalutvalget understreket imidlertid i NOU 2003:25 at EFTA-domstolen i sin dom viser til betydningen av retningslinjer for vurdering av kandidatenes kvalifikasjoner, og at det i slike vurderinger vil være rom for å ta i betraktning faktorer som erfaringsmessig vil kunne bringe kvinnelige søkere i en mer fordelaktig stilling enn de kvalifikasjoner som tradisjonelt har vært vektlagt, og som i de fleste tilfeller har favorisert menn.³⁰

Universitets- og høyskolelovens bestemmelse om positiv særbehandling er kjønnsnøytral. Det betyr at det også er adgang til å positivt særbehandle menn. Universitets- og høyskoleloven er en særlov som går foran likestillingsloven ved motstrid.

3.1.4 Forskrift om opptak til høyere utdanning

3.1.4.1 Ordlyd

Med hjemmel i universitets- og høyskoleloven § 3-7³¹ er forskrift om opptak til høyere utdanning (FOR-2007-01-31-173) gitt³². Forskriften § 7-9 lyder:

«§ 7-9. Tilleggs poeng for underrepresentert kjønn

Departementet kan bestemme at det for enkelte utdanninger gis ett eller to tilleggs poeng for søkere av det kjønn som er klart underrepresentert blant studenter eller yrkesutøvere fra vedkommende utdanning.»

3.1.4.2 Kommentar

Etter forskriften § 7-9 kan departementet bestemme at det ved opptak til enkelte utdanninger gis ett eller to tilleggs poeng for søkere av det underrepresenterte kjønn. Det enkelte lærested kan også søke om at slike tilleggs poeng kan gis til det underrepresenterte kjønn. Kunnskapsdepartementet behandler slike søknader. I NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling* s. 332 framgår det at det i dag gis to tilleggs poeng til kvinner ved opptak til en rekke studier blant annet ingeniøruddanning, og utdanning innen landbruk og informatikk.

³⁰ Ot.prp. nr. 79 (2003–2004).

³¹ Lov nr. 15/2005

³² Dette er en videreføring av forskrift (F14.12.1999 nr. 1505) § 3-15. Forskriftshjemmel i tidligere universitetslov (1995) § 39 nr. 3.

Se mer om dette i kapittel 2, punkt 2.5.

3.1.5 Lover om kjønnsrepresentasjon ved offentlige utvalg, allmennaksjeselskaper og i forbindelse med valg

3.1.5.1 Innledning

Nedenfor følger en oversikt over en del lover som har regler om kjønnsrepresentasjon ved offentlige utvalg, allmennaksjeselskaper og i forbindelse med valg etter kommunevalgloven og universitets- og høyskoleloven. Bestemmelsene det er vist til nedenfor er kjønnsnøytrale. Verken EU-domstolen, norske domstoler eller ombudet har tatt stilling om slike kjønnsnøytrale tiltak er i tråd med diskrimineringsregelverket.

3.1.5.2 Likestillingsloven § 13 – Kjønnsbalanse i offentlige utvalg

Bestemmelsen tilsvarer den tidligere likestillingsloven av 1978 § 21. Den håndheves ikke av ombudet, men av Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet og reglene om håndheving og rapportering følger av en egen forskrift (2. februar 1996 nr. 110). Bestemmelsen lyder slik:

«Når et offentlig organ oppnevner eller velger utvalg, styrer, råd, nemnder, delegasjoner mv., skal begge kjønn være representert på følgende måte:

- a) Har utvalget to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.*
- b) Har utvalget fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.*
- c) Har utvalget seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.*
- d) Har utvalget ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire.*
- e) Har utvalget flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.*

Første ledd gjelder også ved valg av varamedlemmer.

Departementet kan gi dispensasjon når det foreligger særlige forhold som gjør det åpenbart urimelig å oppfylle kravene.

Første ledd gjelder ikke for utvalg mv. som etter lov bare skal ha medlemmer fra direkte valgte forsamlinger. For utvalg mv. valgt av folkevalgte organer i kommuner og fylkeskommuner, gjelder bestemmelsene i kommuneloven.

Kongen gir forskrift om håndheving og rapportering. Kongen kan også gi forskrift med utfyllende bestemmelser etter denne bestemmelsen.»

3.1.5.3 Universitets- og høyskoleloven § 9-4 om valg og oppnevning av styret ved universiteter og høyskoler.

Universitets- og høyskoleloven § 9-4 bestemmer at begge kjønn skal være representert i den enkelte valgkrets, ved at det henvises til likestillingsloven § 13. I motsetning til likestillingsloven § 13 har ikke universitets- og høyskoleloven unntak for direkte valgte forsamlinger.

3.1.5.4 Allmennaksjeloven § 6-11a

Allmennaksjeloven § 6-11a gjelder krav om representasjon av begge kjønn i styret i allmennaksjeselskaper. Bestemmelsen lyder slik:

«(1) I styret i allmennaksjeselskap skal begge (1054) kjønn være representert på følgende måte: (1055)

- 1. Har styret to eller tre medlemmer, skal begge kjønn være representert.*
- 2. Har styret fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to.*
- 3. Har styret seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre.*
- 4. Har styret ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og har styret flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent.*
- 5. Reglene i nr. 1 til 4 gjelder tilsvarende ved valg av varamedlemmer.*

(2) Første ledd omfatter ikke styremedlemmer som skal velges blant de ansatte etter § 6-4 eller § 6-37 første ledd. Når det skal velges (1056) to eller flere styremedlemmer som nevnt i første punktum, skal begge kjønn være representert. Det samme gjelder for varamedlemmer. Annet og tredje punktum gjelder ikke dersom et av kjønnene utgjør mindre enn 20 prosent av samlet antall ansatte i selskapet på det tidspunkt valget skjer.»

3.1.5.5 Kommunevalgloven §§ 36-38

Kommunevalgloven har bestemmelser om kjønnsrepresentasjon i §§ 36, 37 og 38.

Kommunevalgloven § 36 regulerer fremgangsmåten ved forholdsvalg og listeforslag. § 36 annet ledd lyder:

Skal det velges to eller tre medlemmer, skal hvert kjønn være representert på den enkelte liste. Skal det velges fire eller fem medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst to. Skal det velges seks til åtte medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst tre. Skal det velges ni medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst fire, og skal det velges flere medlemmer, skal hvert kjønn være representert med minst 40 prosent. Ved valg til folkevalgte organer som etter lov bare består av medlemmer av kommunestyre eller fylkesting, og ved valg av arbeidsutvalg for folkevalgte organer, skal disse reglene følges så langt det er mulig. Når det gjelder representasjon av begge kjønn i styret i selskaper som er eid av kommuner og fylkeskommuner i fellesskap, vises til kapittel 12 A.

Kommunevalgloven § 37 regulerer valgoppgjøret ved forholdsvalg. Tredje ledd lyder slik:

«Viser det seg at et kjønn etter denne fremgangsmåte vil bli representert med færre medlemmer fra en liste enn det som følger av kravene i § 36 nr. 2, rykker kandidater fra det underrepresenterte kjønn så langt mulig opp på listen i det omfang som er nødvendig for å oppnå slik balanse.

Kommunevalgloven § 38a tredje ledd bestemmer at reglene i § 36 om kjønnsbalanse gjelder ved avtalevalg:

«Kravene til kjønnsbalanse i § 36 nr. 2 gjelder tilsvarende. Viser det seg at et kjønn vil få færre medlemmer enn det som følger av første punktum, skal kandidater fra det underrepresenterte kjønn settes inn i det omfang som er nødvendig for å oppnå slik balanse. Ved valg til folkevalgte organer som etter lov bare består av medlemmer av kommunestyre eller fylkesting, og ved valg til arbeidsutvalg for folkevalgte organer, skal disse regler følges så langt det er mulig.»

3.2 Etnisitet mv.

3.2.1 Lovens ordlyd

Diskrimineringsloven § 8 regulerer adgangen til positiv særbehandling og tilsvarende tidligere diskrimineringslov § 8. Bestemmelsen er en videreføring av gjeldende rett og fastslår følgende:

«Positiv særbehandling på grunn av etnisitet, religion eller livssyn er ikke i strid med forbudet i § 6 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»

Ordlyden tilsvarende altså ordlyden i likestillingsloven § 7.

3.2.2 Kommentar

Bestemmelsen medfører ingen plikt til positiv særbehandling. Adgangen til positiv særbehandling gjelder alle grunnlag i loven, men vil være mest aktuell for etniske minoriteter. Formålet med bestemmelsen er å unngå reell ulikhet, utjevne bestående forskjeller mellom grupper, ikke å gi den særbehandlede gruppen reelt sett bedre muligheter enn andre.

Forarbeidene til tidligere diskrimineringslov, som fortsatt er relevante rettskilder, understreker at ikke enhver form for positiv særbehandling er tillatt: «Slik særbehandling er bare tillatt når det foreligger en saklig og rimelig grunn til særbehandlingen; det er et vilkår at særbehandlingen skal bidra til å fremme lovens formål. Siktemålet med den særlige behandlingen må være å kompensere for en dårligere utgangsposisjon og bidra til å motvirke undertrykking.», jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005). I ansettelsessaker og ved opptak til utdanning er utgangspunktet at det må foreligge en underrepresentasjon av gruppen som særbehandles. Videre skal det innfortolkes et forbehold om at det må være forholdsmessighet mellom tiltaket og det formålet man ønsker å oppnå. Og til sist skal den positive særbehandlingen opphøre når formålet med den er oppnådd. Se mer om dette i oppsummeringens kapittel 2.

Ifølge forarbeidene vil også positiv forskjellsbehandling som begrunnes i hensynet til grupper som skal betjenes, for eksempel brukere av barneverntjenesten, falle inn under definisjonen positiv særbehandling, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119. Det er altså ikke et vilkår at bare de personene som omfattes av den positive særbehandlingen selv har behov for slik behandling.

I forarbeidene nevnes eksempler på hva som anses som lovlig særbehandling: utlysninger i etniske minoriteters tidsskrifter, likestillingsutvalg i virksomheter, representasjon av etniske minoriteter i ansettelsesutvalg/innstillingsråd, oppfordre etniske minoriteter til å søke, sikre et visst antall kandidater med minoritetsbakgrunn til intervju.

Positiv særbehandling av en etnisk minoritetsgruppe kan innebære diskriminering av en eller flere andre minoritetsgrupper. Denne grensetrekningen for hvor langt positiv særbehandling kan gå uten å komme i strid med forbudet mot etnisk diskriminering må overlates til praksis.

3.3 Nedsatt funksjonsevne

3.3.1 Lovens ordlyd

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 7 tilsvarer tidligere diskriminerings- og tilgjengelighetslov § 5 og bestemmer følgende om positiv særbehandling:

«Positiv særbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne er ikke i strid med forbudet i § 5 når:

- 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»*

3.3.2 Kommentar

Bestemmelsen og dens begrunnelse følger samme mal som de tilsvarende bestemmelsene i de andre diskrimineringslovene.

Bestemmelsen åpner for særskilte ordninger som gir bestemte grupper/personer fordeler i enkelte situasjoner. Det foreligger ikke noen plikt til slik særbehandling. Se imidlertid omtale av forskrift til tjenestemannsloven § 9 nedenfor.

Særbehandling er kun tillatt overfor personer/grupper som uten særtiltak ville hatt dårligere reelle muligheter enn andre i samfunnet. Formålet med bestemmelsen er å unngå ulikhet og utjevne forskjeller mellom gruppene, ikke gi personer/grupper reelt sett bedre muligheter.

Lovens formål er å fremme likestilling og likeverd, sikre like muligheter og rettigheter til samfunnsdeltakelse for alle uavhengig av funksjonsevne, og å hindre diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, jf. § 1.

En forutsetning for at særbehandling kan tillates er at det foreligger saklig og rimelig grunn og at tiltaket bidrar til å fremme lovens formål. Videre er det krav om forholdsmessighet, som må avgjøres konkret i hvert tilfelle. Det skal særlig vektlegges gruppens behov, tiltakets egnethet, om tiltaket får negative konsekvenser for andre, og om det finnes alternative måter. Tiltaket skal opphøre når

formålet er oppnådd. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for permanente ordninger når det er behov for dem. Ulemper knyttet til nedsatt funksjonsevne vil i stor grad kreve løpende kompensering.³³

Adgangen til positiv særbehandling gjelder generelt innenfor lovens virkeområde. Ettersom bestemmelsen er en unntaksregel skal den tolkes snevert på arbeidslivets område. Dette er en videreføring av gjeldende rett, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002–2003). Eksempel på tiltak som kan være tillatt er å oppfordre personer med nedsatt funksjonsevne til å søke en stilling. Tiltak som tar sikte på å redusere diskriminerende barrierer vil være lovlige. Først når nedsatt funksjonsevne blir vektlagt ved tildeling av et gode, kan forholdsmessighetsbegrensningen sette grenser for hva som er tillatt, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 124. De nærmere grensene må fastsettes gjennom forvaltningspraksis.

Det understrekes at det er adgang til, men at det må utvises forsiktighet når man gir positiv særbehandling til en begrenset gruppe fordi det lett kan innebære diskriminering av dem som ikke tilgodesees, men som er i en tilsvarende situasjon. Positiv særbehandling som er målrettet og en del av en mer helhetlig strategi, må kunne aksepteres, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 125. Grensedragningen overlates til praksis.

I Prop. 88 L (2012–2013) s. 180 gis følgende eksempler på lovlig positiv særbehandling: mentorordninger, egne støtteordninger eller kurs for arbeidsgivere som ansetter personer med nedsatt funksjonsevne, eller særlig tilrettelegging utover det diskriminerings- og tilgjengelighetsloven eller arbeidsmiljøloven krever.

Samme sted presiseres det at det skal mye til for at positiv særbehandling av personer med nedsatt funksjonsevne vil være lovstridig.

3.3.3 Forskrift om statens tjenestemenn (funksjonshemmet/yrkeshemmet)

Med hjemmel i tjenestemannsloven³⁴ § 5 nr. 1 er forskrift om statens tjenestemenn av 11. november 1983 nr. 1608 gitt. Forskriften § 9 inneholder følgende bestemmelse om positiv særbehandling av funksjonshemmede arbeidssøkere:

«Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, skal det alltid innkalles minst én slik søker til konferanse før det gis innstilling.

Dersom det blant kvalifiserte søkere til en stilling er noen som oppgir å være funksjonshemmet/yrkeshemmet, og enten er eller blir uten arbeid, kan slik søker tilsettes selv om det finnes bedre kvalifiserte søkere til stillingen.

Som funksjonshemmet/yrkeshemmet anses:

³³ Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) s. 254

³⁴ Lov nr. 3/1983

a) søker som er registrert som yrkeshemmet i Arbeids- og velferdsetatens register,

b) søker som har fullført attføring i Arbeids- og velferdsetatens regi i løpet av de siste 12 månedene før søknadstidspunktet,

c) søker som oppebærer hel eller gradert uførepensjon.

Kommer søkeren fra en annen statsetat der det ikke har vært mulig å føre vedkommende over i annet arbeid, skal saken behandles etter reglene i forskriftenes § 7 nr. 7. Dersom søkeren ber om det, skal innstillingsmyndigheten gjøre henvendelse til lege, offentlig eller privat institusjon for at slike opplysninger som søkeren mener er viktige for seg, kan bli lagt fram.

Dersom arbeidsstedet har bedriftshelsetjeneste, attføringsutvalg eller annet utvalg med tilsvarende funksjon, skal en representant for disse gi uttalelse om søkerens mulighet for å kunne skjøtte arbeidet, om søkeren selv ønsker det.»

Forskriften er ikke vurdert opp mot bestemmelsen om positiv særbehandling i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5, men det er uttalt i Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 124 at departementet antar at forskriften § 9 ligger innenfor rammen av det som er tillatt etter loven § 5. Spørsmål om positiv særbehandling må imidlertid vurderes konkret og eventuelt avklares gjennom rettspraksis.

Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet sendte i 2011 en endring i forskriftsbestemmelsen ut på høring. I høringsbrevet foreslo departementet at persongruppen som omfattes av forskriftsbestemmelsen skulle utvides. Forslaget innebar at forskriften skulle gjelde «personer med nedsatt funksjonsevne». Det ble også foreslått at begrensningen om at vedkommende ikke måtte ha annet arbeid å gå til skulle fjernes. I det samme forslaget foreslo imidlertid departementet også å fjerne «kvoteringsbestemmelsen» i annet ledd, det vil si bestemmelsen om at en funksjonshemmet/yrkeshemmet kan gå foran ved ansettelse selv om vedkommende ikke er like godt kvalifisert som en annen søker. Departementet ønsket imidlertid å beholde adgangen til å innkalle minst en søker med nedsatt funksjonsevne til intervju.

Forskriftene til tjenestemannsloven § 9 er imidlertid per juni 2015 ikke endret i tråd med forslaget.

3.4 Seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk

3.4.1 Lovens ordlyd

Adgangen til å positivt særbehandle personer på grunn av deres seksuelle orientering følger av diskrimineringsloven om seksuell orientering § 7. Bestemmelsen erstatter arbeidsmiljøloven § 13-6, sjømannsloven § 33E og likestillingsloven § 3a der disse bestemmelsene gjelder seksuell orientering,

kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.³⁵ Ordlyden i bestemmelsen er den samme som for diskrimineringsgrunnlagene kjønn, etnisitet og nedsatt funksjonsevne. Bestemmelsen lyder slik:

«Positiv særbehandling på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk er ikke 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.»*

3.4.2 Kommentar

Bestemmelsen er som nevnt kun en videreføring av tidligere bestemmelser om positiv særbehandling på grunn av seksuell orientering. Rettskilder som fastslår det nærmere innholdet i de tidligere bestemmelsene, vil dermed også være relevante for tolkningen av diskrimineringsloven om seksuell orientering § 7. I punkt 3.5 redegjøres det nærmere for arbeidsmiljøloven § 13-6.

3.5 Politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon og alder

3.5.1 Lovens ordlyd

Arbeidsmiljøloven § 13-6 bestemmer følgende om positiv særbehandling:

«Særbehandling som bidrar til å fremme likebehandling er ikke i strid med bestemmelsene i dette kapittelet. Særbehandlingen skal opphøre når formålet er oppnådd.»

3.5.2 Kommentar

Bestemmelsen i arbeidsmiljøloven (2005) § 13-6 er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølov § 54 E. Arbeidsmiljøloven § 54 E ble inntatt i den tidligere arbeidsmiljølov (1977) i 2004 etter mal fra likestillingsloven. Ordlyden i bestemmelsen var i tråd med EUs rammedirektiv³⁶. Departementet mente det i utgangspunktet lå innenfor arbeidsgivers styringsrett å stille enkelte personer/grupper bedre hvis målet er likebehandling. EU-direktivets prinsipper om likebehandling la imidlertid begrensninger på adgangen til positiv forskjellsbehandling, og det var derfor nødvendig med en lovfesting, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) s. 43. Det ble videre presisert i forarbeidene at tiltak for å fremme enkeltgrupper bør forbeholdes der fordelene ved tiltakene er større enn fordelene ved at alle skal behandles likt. Ettersom bestemmelsen er en unntaksbestemmelse, ble det også vist til at den skal tolkes snevert.

Det er understreket i forarbeidene (Ot.prp. 49 (2004–2005)) at bestemmelsen om positiv særbehandling er en unntaksregel som skal tolkes snevert.

³⁵ Prop. 88 L (2012–2013)

³⁶ Rådsdirektiv 2000/78/EF

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 13-6 er noe annerledes enn de øvrige diskrimineringslovenes bestemmelser om positiv særbehandling, ved at vilkårene for positiv særbehandling fremgår uttrykkelig av de øvrige diskrimineringslovene. De samme vilkårene gjelder imidlertid også for arbeidsmiljøloven § 13-6, men er fortsatt ulovfestede vilkår. Positiv særbehandling er kun tillatt når tiltaket bidrar til å fremme likebehandling, det må være større fordeler ved å positivt særbehandle enn å behandle alle likt (forholdsmessighet) og tiltaket må opphøre når formålet er oppnådd. Det framgår at bestemmelsen gir adgang til å opprette tiltak som tar sikte på å beskytte eller styrke posisjonen til eldre/ynge arbeidstakere/arbeidssøkere osv. i arbeidslivet.

4 Avtaleverk

4.1 Innledning

For å gi et mer helhetlig bilde av reglene om positiv særbehandling viser vi også til bestemmelser om positiv særbehandling i Hovedavtalen i staten (HTA), samt personalpolitiske føringer gitt av staten som arbeidsgiver. Ombudet håndhever ikke Hovedavtalen i staten eller andre personalpolitiske føringer om likestilling. På generelt grunnlag kan vi likevel si at det ikke vil være i tråd med arbeidsgivers aktivitetsplikt dersom arbeidsgiver ikke følger avtalene de er bundet av.

4.2 Alle diskrimineringsgrunnlag

Hovedavtalen i Staten 2012-2014 har en bestemmelse om rekruttering i § 20 som gjelder positiv særbehandling:

“Dersom en gruppe nevnt i § 19 nr. 1 siste setning, er underrepresentert blant de ansatte i virksomheten eller i en bestemt stillingsgruppe, bør arbeidsgiver i utlysningen oppfordre den underrepresenterte gruppen til å søke.

Er det kvalifiserte søkere fra den underrepresenterte gruppen til en bestemt stilling, bør arbeidsgiver kalle inn minst en slik søker til intervju. Tilpasningsavtalen skal regulere hvilke stillingsgrupper i den enkelte virksomhet som bestemmelsen gjelder for.”

4.3 Kjønn

Hovedavtalen i staten har følgende bestemmelse om likestilling, herunder positiv særbehandling, i § 21 nr. 2, 3, 4 og 5:

«2. Tilpasningsavtalen

Tilpasningsavtalen skal inneholde bestemmelser om likestilling. Bestemmelsene skal inneholde kompetanseutviklingstiltak, for eksempel tiltak for at kvinner skal tildeles kvalifiserende arbeidsoppgaver på lik linje med menn, spesielt med sikte på ledelsesoppgaver, og tiltak for å sikre kjønnsnøytrale kriterier for lønnsfastsettelse og en likestillingsfremmende praktisering av disse.

Tilpasningsavtalen skal også inneholde nærmere bestemmelser om positiv særbehandling innenfor rammen av nr. 3 og 4 nedenfor. Adgangen til positiv særbehandling av menn er begrenset, jf. likestillingsloven § 3 a jf. forskrift om særbehandling av menn av 17. juli 1998 nr. 622.

Det kjønn er underrepresentert som har mindre enn 40 % av de tilsatte i den aktuelle stillingsgruppe. Hva som forstås med stillingsgruppe, defineres i tilpasningsavtalen. Videre avtales det om reglene i nr. 3 og 4 skal omfatte alle stillingsgrupper innen virksomheten og om kjønnsfordelingen i gruppen skal vurderes for virksomheten på landsbasis, for mindre geografiske områder eller innenfor det enkelte arbeidssted.

3. Utlysning av stillinger

Utlysningsteksten for stillinger skal utformes med sikte på å rekruttere søkere av begge kjønn. For stillingsgrupper der det ene kjønn er underrepresentert, bør det i utlysningsteksten tas inn en oppfordring om at det underrepresenterte kjønn bør søke stillingen, jf. likevel nr. 2. For lederstillinger der kvinner er underrepresentert, skal det i utlysningsteksten tas inn en oppfordring om at kvinner bør søke stillingen. De tillitsvalgte skal ha anledning til å uttale seg om utlysningsteksten før stillingen kunngjøres.

4. Rammen for kjønnskvoltering

Hvis det til en ledig stilling melder seg flere søkere som har tilnærmet like kvalifikasjoner for stillingen, skal søkere fra det kjønn som er underrepresentert i den aktuelle stillingsgruppe foretrekkes, jf. likevel nr. 2.

5. Embeter og stillinger som besettes av Kongen i statsråd

Kongen i statsråd avgjør om og i hvilken utstrekning prinsippene i nr. 3 og 4 skal gjelde ved utnevning i embeter og andre stillinger som besettes av Kongen i statsråd.»

I departementets kommentarer heter det:

«Positiv særbehandling til fordel for det ene kjønn er hjemlet i likestillingsloven § 3a. Adgangen til å særbehandle må være i samsvar med likestillingslovens formål som er å fremme likestilling og særlig ta sikte på å bedre kvinnens stilling. EFTA-domstolen behandlet i 2003 en sak som gjaldt universitetenes bruk av øremerking av spesielle stillinger til fordel for kvinner, og fastslo at slik øremerking var i strid med EØS-avtalen.

3)

Det gitt en egen forskrift om særbehandling av menn for å styrke menns posisjon i relasjon til omsorg for barn. (Kgl. res 17. juli 1998). Forskrift om særbehandling av menn gir hjemmel for moderat kvotering (mannlig søker kan tilsettes dersom vedkommende er like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert som den kvinnelige søker) der arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn (barnehager/parker, skole-fritidsordninger, grunnskole og i barnevernsinstitusjoner).

4)

Statistikk – kjønnsrepresentasjon

Det er viktig at det utarbeides årlig statistikk over kjønnsrepresentasjonen for de ulike stillingskategoriene. Det er bare gjennom bruk av denne at virksomheten lovlig kan benytte adgangen til å oppfordre det underrepresenterte kjønn til å søke stillingen og benytte kvoteringsadgangen. Med underrepresentasjon forstås i denne sammenheng mindre enn 40 % (kvinner). Dersom likestillingsstatistikken viser en underrepresentasjon på det aktuelle fagområdet, kan denne benyttes som grunnlag for å oppfordre det underrepresenterte kjønn til å søke og å benytte moderat kjønnskvotering ved ansettelse (forutsatt under 40 %). Forutsetning for å bruke statistikken er at den gir et godt og oppdatert uttrykk for den faktiske tilstanden på utlysings- og ansettelsestidspunktet. Det vises til ovenstående om at det pr i dag foreligger en begrenset adgang til positiv særbehandling til fordel for mannlige søkere.

5)

Kvalifikasjonsprinsippet

En stilling skal ikke lyses ledig for bare det ene kjønn, med mindre det finnes en åpenbar grunn til det. Likestillingslovens vilkår om åpenbar grunn tolkes strengt, og forstås slik at det må foreligge en saklig og akseptabel grunn knyttet til stillingens innhold. Det følger av det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet at siktemålet i en tilsettingssak er å finne den søkeren som etter en helhetsvurdering må anses som best kvalifisert for stillingen. At virksomheten i kunngjøringsteksten tar inn en særskilt oppfordring til kvinner om å søke lederstillinger, er i samsvar med likestillingslovens formål og den personalpolitiske føringen som gjelder i staten om at det fortsatt er behov for å øke antallet kvinnelige søkere til lederstillinger.

6)

Kvotering

Det er tillatt med moderat kvotering, men ikke såkalt radikal kjønnskvotering, dvs å tilsette en dårligere kvalifisert søker.

7)

Justisdepartementets lovavdeling har uttalt at det vil kunne være i strid med Grunnloven om embeter og andre stillinger som besettes i statsråd ble omfattet av en kvoteringsregel i Hovedavtalen og tilpasningsavtalene. Avtalefestede kvoteringsregler vil derfor ikke kunne anvendes når slike stillinger skal besettes. Det betyr imidlertid ikke at Kongen i statsråd ikke har adgang til å kvotere. Det er selvsagt fullt mulig å benytte kjønnskvotering som virkemiddel for å øke kvinneandelen også ved embetsutnevnelser mv., men partene i arbeidslivet kan ikke ved avtale forplikte Kongen i statsråd til å gjøre det.»

4.4 Etnisitet mv.

Ifølge Statens personalhåndbok (SPH) punkt 2.3.2.3 har Regjeringen pålagt alle statlige etater å innkalle minst én person med innvandrerbakgrunn til intervju for kunngjorte stillinger, se PM 2010-08, og Statens personalhåndbok punkt 1.6.3. Det er en forutsetning at søkeren er kvalifisert for stillingen.

I SPH punkt 1.6.3 står det følgende:

«Det er et overordnet mål at statlige etater skal rekruttere flere personer med innvandrerbakgrunn. I oktober 2011 hadde 8,2 % av de tilsatte i statlig tariffområde innvandrerbakgrunn. 4,2 % hadde bakgrunn fra Europa utenom EU/EFTA, Asia, Afrika, Sør- og Mellom-Amerika.

Innvandrerandelen i staten har økt med omlag ½ prosentpoeng hvert år siden 2006. Det har altså vært en positiv utvikling, men det er store forskjeller mellom departementsområdene. Variasjonene kan skyldes særskilte kompetansekrav i sektorene, variasjoner i kvalifikasjoner og ulikheter når det gjelder ønsker blant innvandrere om å arbeide i ulike deler av staten. Men det er også store variasjoner med hensyn til erfaring og kunnskap i virksomhetene når det gjelder å oppnå mangfold. Det er særlige utfordringer knyttet til å rekruttere søkere med ikke-vestlig bakgrunn.

De statlige virksomhetene må arbeide systematisk for å utnytte bredden av kompetanse i hele befolkningen når de skal finne fram til og rekruttere kvalifiserte medarbeidere. Ved å sikre at rekrutteringsarbeidet også omfatter personer med innvandrerbakgrunn, vil staten øke mulighetene for å rekruttere dyktige ansatte.

Statlige virksomheter skal innkalle minst en søker med innvandrerbakgrunn til jobbintervju, forutsatt at søkeren er kvalifisert, se PM 2010-08. Dersom det er søkere med innvandrerbakgrunn som ikke er innkalt til intervju/ innstilt, skal dette forklares i innstillingen. Det er søkere med landbakgrunn 2 (jf. SSBs definisjon) som fortrinnsvis skal innkalles til intervju av søkere med innvandrerbakgrunn. Landgruppe 1: EU/EFTA-land, Nord-Amerika, Australia og New Zealand. Landgruppe 2: Europa utenom EU/EFTA, Asia (inkl. Tyrkia), Afrika, Sør- og Mellom-Amerika og Oseania utenom Australia og New Zealand.

Innvandrere har høyere ledighet enn befolkningen for øvrig, og innvandrere fra Asia og Afrika er i høyere grad arbeidsledige enn andre innvandrergupper. En årsak kan være diskriminering. Det er viktig at statlige virksomheter er oppmerksom på, og bidrar til å motvirke dette. FAD har gjennomført et forsøk med moderat kvotering av ikke-vestlige innvandrere i 12 statlige virksomheter. Moderat kvotering betydde i forsøket at når to søkere var tilnærmet likt kvalifisert, kunne man ansette den med ikke-vestlig bakgrunn. Institutt for Samfunnsforskning utførte en «Evalueringsrapport om forsøket med moderat kvotering». Det er i gang en 2-årig utvidet forsøksperiode i de virksomhetene som deltok i den første forsøksperioden, samt i BLD.

SSBs definisjon av begrepet innvandrerbakgrunn lyder: Innvandrerbakgrunn har man dersom man selv er født i utlandet og har innvandret, eller dersom man har foreldre som begge er utenlandskfødte. Se for øvrig SSB-rapport 2009/8 «Innvandrere ansatt i staten».

SSB har innført en ny standard for todeling når det gjelder landbakgrunn: For mer om reglene mht kunngjøring av stilling i denne forbindelse se også pkt 2.3.2.3 og om tilsettingsprosessen pkt 2.4.2.9. FAD vil følge utviklingen på området. Se FADs hjemmeside www.fad.dep.no.»

I januar 2008 startet et forsøksprosjekt med moderat kvotering av innvandrere ved ansettelser i 12 statlige virksomheter. Prøveperioden er utvidet fra januar 2012. I den utvidete prøveperioden skal virksomhetene kvotere når to søkere er tilnærmet likt kvalifisert (tidligere var det formulert som «kan»).

5 EU/EØS-regelverk

5.1 Innledning

Norsk diskrimineringsrett er i stor grad basert på EUs lovgivning og rettspraksis på området, og EU-rettens utvikling på dette området har stor betydning for norsk diskrimineringsrett.³⁷ Dette ser man tydelig når det gjelder positiv særbehandling.

Den EU-rettslige diskrimineringslovgivningen er nedfelt i direktiver, som er utledet av ulike traktatbestemmelser.³⁸ For at et direktiv skal være bindende for Norge, må det være EØS-relevant.³⁹ At et direktiv er EØS-relevant har betydning for EFTA-domstolens kompetanse og i spørsmål om forrang etter EØS-loven § 2. Direktivene som ikke omfattes av EØS-avtalen er i utgangspunktet ikke bindende for Norge, og Norge er ikke forpliktet til å implementere slike direktiver i norsk lovgivning. Norge kan likevel velge å implementere direktivenes krav i lovgivningen.

Direktiv 2006/54 som gjelder kjønnslikestilling er EØS-relevant og direkte bindende for Norge. EUs ikke-diskrimineringspakke med direktiv 2000/78 og 2000/43, som omhandler blant annet etnisitet, alder, seksuell orientering og nedsatt funksjonsevne, er derimot ikke EØS-relevant. Norge har likevel implementert de to direktivene, og de er dermed viktige rettskilder når vi skal tolke det norske diskrimineringslovverket.⁴⁰ At disse direktivene ikke er EØS-relevante medfører imidlertid at det ikke er anledning til å bringe spørsmål om diskriminering på grunn av blant annet etnisitet, alder, seksuell

³⁷ Se EØS-avtalen artikkel 6 og ODA-avtalen artikkel 3 nr. 2

³⁸ Den sentrale traktatbestemmelsen når det gjelder kjønnslikestilling er Lisboa-traktaten (TFEU) artikkel 157³⁸, mens forbudet mot diskriminering på grunn av rase, religion, funksjonshemming, alder og seksuell orientering er nedfelt i TFEU artikkel 19.

³⁹ Utgangspunktet for vurderingen av om et direktiv er EØS-relevant er tolkningen av EØS-avtalen. Hvorvidt direktivet er relevant vil altså i stor grad avhenge av hvilken traktatbestemmelse direktivet er hjemlet i, og hvorvidt denne traktatbestemmelsen har sin motsats i EØS-avtalen. Det er imidlertid ikke automatisk at et direktiv blir EØS-relevant, selv om det er hjemlet i en bestemmelse som er tilsvarende en bestemmelse i EØS-avtalen. Avgjørelsen av om sekundærlovgivning er EØS-relevant tas i EØS-komiteen. Dette er en politisk beslutning som ikke kan overprøves rettslig. Også direktiver som har hjemmel i traktatbestemmelser som ikke har noen direkte parallell i EØS-avtalen, kan bli ansett å være EØS-relevante. Dette kan imidlertid være vanskeligere å avgjøre og avgjørelsen i EØS-komiteen beror på juridisk, administrativt og politisk skjønn.

⁴⁰ Regjeringen har uttalt at vårt regelverk skal være minst på høyde med nivået i de to direktivene. I den såkalte Gjensidige-dommen (HR-2011-01291-A), som gjaldt aldersdiskriminering, uttalte Høyesteretts førstvoterende i premiss 44 at han legger til grunn at arbeidsmiljølovens bestemmelser om aldersdiskriminering må tolkes slik at de blir forenlige med rådsdirektivet (2000/78/E) (rammedirektivet). Høyesterett har således i sin tolkning av diskrimineringsforbudet i arbeidsmiljøloven kapittel 13 tatt utgangspunkt i EU-domstolens avgjørelser (se blant annet Kystlink-dommen (HR-2010-00303), Helikopter Service-dommen (HR-2012-00325-A), Gjensidige-dommen (HR-2011-01291-A) og SAS-dommen HR-2011-00910-A)).

orientering og nedsatt funksjonsevne inn for EFTA-domstolen. Det betyr også at direktivet ikke har forrang foran norsk lovgivning.

I det følgende gis det en oversikt over traktatbestemmelser og direktivbestemmelser som er relevante for spørsmålet om adgangen til positiv særbehandling på de ulike diskrimineringsgrunnlagene. Enkelte av direktivene er opphevet. Grunnen til at de likevel er tatt med her er at innholdet i direktivene i stor grad er videreført i Recast-direktivet og at flere relevante dommer fra EF-domstolen/EFTA-domstolen gjelder disse direktivene. Det vil bli redegjort for de enkelte dommene fra EF-domstolen nedenfor.

5.2 Kjønn

5.2.1 TFEU (den reviderte EU-traktaten- Lisboa-traktaten) artikkel 157 (4)

Etter vedtakelsen av Lisboa-traktaten er artikkel 157 den sentrale bestemmelsen om kjønnslikestilling, herunder positiv særbehandling, i EU. Artikkel 157 (4) omhandler positiv særbehandling og lyder:

“For at sikre full likestilling mellom menn og kvinner i praksis på arbeidsmarkedet er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtaker foranstaltninger der taker sikte på å innføre spesifikke fordele, der har til formål å gjøre det lettere for den underrepresenterte kjønn å utøve en ervervsaktivitet eller å forebygge eller oppveie ulemper i den ervervsmessige karriere”.

5.2.2 EF-traktaten artikkel 141 (Amsterdam) – erstattet av artikkel 157 (4)

Artikkel 141 trådte i kraft 1. mai 1999 og var delvis en videreføring av Romatraktaten artikkel 119. Artikkelen 141 fjerde ledd omhandler positiv særbehandling og lyder slik:

“For at sikre full likestilling mellom menn og kvinner i praksis på arbeidsmarkedet er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtaker foranstaltninger, der taker sikte på å innføre spesifikke fordele, der har til formål å gjøre det lettere for den underrepresenterte kjønn å utøve en ervervsaktivitet eller å forebygge eller oppveie ulemper i den ervervsmessige karriere.”

5.2.3 Direktiv 2006/54 /EF (recast)

Direktiv 2006/54 er utledet av EF-traktaten artikkel 141 (3), nå TFEU artikkel 157 (4), og ble innlemmet i EØS-avtalen i 2008. Direktivet innebar en revidering av en rekke direktiver som regulerte kjønnslikestilling, og innebar en sammenslåing av følgende direktiver: likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF), likelønnsdirektivet 75/117/EØF), direktivet om yrkesbaserte trykdeordninger (86/378/EØF), bevisbyrdedirektivet (97/80/EF) og endringsdirektiver, herunder direktiv 2002/73/EF. Direktivet innebar også en kodifisering av rettspraksis.

Fortalen pkt 22 lyder:

«I henhold til traktatens artikel 141, stk. 4, og for at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis på arbejdsmarkedet er princippet om ligebehandling ikke til hinder for, at medlemsstater opretholder eller vedtager foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underrepræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere. I betragtning af den nuværende situation og under hensyntagen til erklæring nr. 28 i Amsterdam-traktaten bør medlemsstaterne i første række bestræbe sig på at forbedre kvindernes stilling på arbejdsmarkedet.»

Artikkel 3 lyder:

«Medlemsstaterne kan opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med traktatens artikel 141, stk. 4, for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder på arbejdsmarkedet.»

5.2.4 Opphevede direktiver om kjønnslikestilling:

5.2.4.1 Direktiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet - OPPHEVET)

Direktiv 76/207/EØF ble innlemmet i recastdirektivet (2006/54) og opphevet i 2006. Direktivet nevnes likevel her fordi flere av avgjørelsene fra EF-domstolen gjelder dette direktivet (se under).

Artikkel 2 nr. 4 lyder:

«Dette direktiv er ikke til hinder for foranstaltninger til fremme af lige muligheder for mænd og kvinder, særlig ved at afhjælpe de faktiske uligheder, som påvirker kvindernes muligheder paa de i artikel 1, stk. 1, anførte områder.»

5.2.4.2 Direktiv 2002/73/EØF (endringsdirektivet – OPPHEVET)

Direktiv 2002/73/EØF var en endring av direktiv 76/207/EØF. Direktivet brakte likebehandling vedrørende kjønn på linje med rasedirektivet og rammedirektivet. Også bestemmelsen om positiv særbehandling ble endret, og ordlyden ble mer i samsvar med de to nevnte direktivene, jf 2002/73/EØF artikkel 2 nr. 8. Direktivet var ikke gjort til en del av EØS-retten da EFTA-domstolen behandlet saken om øremerkede post. doc-stillinger.

Fortalen pkt 2 lyder:

«Alle menneskers ret til lighet for loven og beskyttelse mod forskelsbehandling er en universel rettighed, der anerkendes i verdenserklæringen om menneskerettigheder og FNs konvention om afskaffelse af alle former for racediskrimination, FNs konventioner om borgerlige og politiske rettigheder og om økonomiske, sociale og kulturelle rettigheder og den europæiske konvention til beskyttelse af menneskerettigheder og grunnlæggende frihedsrettigheder, som alle medlemstaterne har undertegnet.»

Fortalen pkt 7 lyder:

«Dette direktiv anfægter ikke foreningsfriheden, herunder retten til at oprette faglige sammenslutninger sammen med andre og til at melde sig ind i faglige sammenslutninger for at forsvare egne rettigheder. Foranstaltninger i overensstemmelse med traktatens artikel 141 stk. 4, kan omfatte medlemskab af eller fortsat aktivitet i organisationer eller fagforeninger, hvis hovedformål er i praksis at fremme princippet om ligebehandling af mænd og kvinder.»

Fortalen pkt 14 lyder:

«Medlemstaterne kan i henhold til traktatens artikel 141, stk. 4, opretholde eller vedtage foranstaltninger, der tager sigte på at indføre specifikke fordele, der har til formål at gøre det lettere for det underræpræsenterede køn at udøve en erhvervsaktivitet eller at forebygge eller opveje ulemper i den erhvervsmæssige karriere. I betragtning af den nuværende situation og under hensyntagen til erklæring 28 til Amsterdam-traktaten bør medlemstaterne i første omgang tilstræbe at forbedre kvindernes stilling på arbejdsmarkedet.»

Fortalen pkt 15 lyder:

«Forbudet mod forskelsbehandling bør ikke være til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper for en persongruppe af det ene køn. Sådanne foranstaltninger tillader sammenslutninger af personer af det ene køn, hvis hovedformål er at fremme disse personers særlige behov og at fremme ligestillingen mellem mænd og kvinder.»

Artikel 2 nr. 8 lyder:

«Medlemstaterne kan opretholde eller vedtage foranstaltninger i overensstemmelse med traktatens artikel 141, stk. 4, for i praksis at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder.»

5.2.5 Direktiv 2004/113/EF – om gennemføring af likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med adgang til og levering av varer og tjenester

Artikel 6 lyder:

«For at sikre fuld ligestilling mellem mænd og kvinder i praksis må princippet om ligebehandling ikke afholde nogen medlemsstat fra at opretholde eller vedtage særlige foranstaltninger for at forebygge eller kompensere for ulemper på grund af køn.»

5.3 Etnisitet

5.3.1 Lisboatraktaten (TFEU) artikkel 19

«1. Med forbehold for traktatens øvrige bestemmelser og innenfor rammen av den myndighet Unionen har tillagt det, kan Rådet ved enstemmighet etter en særlig

regelverksprosess og etter at Europaparlamentet har gitt sitt samtykke, treffe egnede tiltak for å bekjempe forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, rase eller etnisk opprinnelse, religion eller tro, uførhet, alder eller seksuell legning.

2. Som unntak fra nr. 1 kan Europaparlamentet og Rådet etter den ordinære regelverksprosessen vedta grunnleggende prinsipper for Unionens stimulerings tiltak for å støtte tiltak truffet av medlemsstatene for å bidra til at målene nevnt i nr. 1 oppnås, men uten at dette innebærer noen form for harmonisering av medlemsstatenes lover og forskrifter.»

5.3.2 Amsterdamtraktaten artikkel 13 - erstattet

”Med forbehold af denne traktats øvrige bestemmelser og inden for rammerne af de beføjelser, som traktaten tillægger Fællesskabet, kan Rådet med enstemmighed på forslag af Kommissionen og efter høring af Europa-Parlamentet træffe hensigtsmæssige foranstaltninger til at bekæmpe forskelsbehandling på grund af køn, race eller etnisk oprindelse, religion eller tro, handicap, alder eller seksuel orientering.

Når Rådet, uden at der er tale om nogen form for harmonisering af medlemsstaternes love og administrative bestemmelser, vedtager fællesskabs-tilskyndelsesforanstaltninger til støtte for medlemsstaternes aktioner med henblik på at bidrage til virkeliggørelsen af målene i stk. 1, træffer det uanset stk. 1 afgørelse efter fremgangsmåden i artikel 251.”

5.3.3 Direktiv 2000/43/EF (rasedirektivet)

Hjemmel for direktiv 2000/43/EF er EF-traktaten artikkel 13, som tilsvarer Lisboa-traktaten artikkel 19. Direktivet er ikke EØS-relevant.

Fortalen punkt 17 lyder:

«Forbud mod forskelsbehandling bør ikke være til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper for en gruppe af personer af en bestemt race eller etnisk oprindelse, og sådanne foranstaltninger kan gjøre det muligt at opprette organisationer af personer af en særlig race eller etnisk oprindelse, når deres hovedmål er at fremme disse personers særlige behov.»

Artikkel 5 lyder:

«For at sikre fuld likestilling i praksis er prinsippet om likebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager spesifikke foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til race eller etnisk oprindelse.»

5.4 Nedsatt funksjonsevne, religion og tro, seksuell orientering og alder

5.4.1 Direktiv 2000/78/EF (rammedirektivet)

Hjemmel for direktiv 2000/78/EF er tidligere EF-traktaten artikkel 13, nå Lisboa-traktaten artikkel 19. Direktivet er ikke EØS-relevant.

Fortalen punkt 26 lyder:

«Forbud mod forskelsbehandling bør ikke være til hinder for opretholdelse eller vedtagelse af foranstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper for en gruppe af personer af en bestemt religion eller tro, med et bestemt handicap, eller af en bestemt alder eller seksuell orientering, og sådanne foranstaltninger kan gjøre det mulig at oprette organisationer af personer af en bestemt religion eller tro, med et bestemt handicap, eller af en bestemt alder eller seksuell orientering, når deres hovedmål er at fremme disse personers særlige behov.»

Artikkel 7 lyder:

*«1. For at sikre fuld ligestilling i arbeidslivet er princippet om likebehandling ikke til hinder for, at de enkelte medlemsstater opretholder eller vedtager særforanstaltninger, der har til formål at forebygge eller opveje ulemper knyttet til en eller flere af de i artikkel 1 anførte grunde.
2. For så vidt angår handicappede er princippet om likebehandling ikke til hinder for, at medlemsstaterne opretholder eller vedtager bestemmelser vedrørende sundhedsbeskyttelse og sikkerhet på arbeidsplassen, eller for foranstaltninger, der tager sigte på at oprette eller opretholde bestemmelser eller fasiliteter med henblik på at beskytte eller fremme deres erhvervsmæssige inegration.»*

Merknad:

Ordlyden i rammedirektivet, rasedirektivet og samledirektivet/recast har altså flere likhetstrekk og avviker fra ordlyden i det opphevede direktivet 76/207/EØF. En sentral problemstilling er om, og eventuelt hvilken, betydning dette har for adgangen til radikal kvotering, jf. nedenfor.

6 Praksis fra EU-domstolen og EFTA-domstolen

6.1 EU-domstolen

6.1.1 Innledning

EØS-avtalen artikkel 6 fastslår at bestemmelser som innholdsmessig er like med tilsvarende bestemmelser i EU-retten, skal tolkes i samsvar med de avgjørelser som har relevans. Det er kun dommer som var avsagt da EØS-avtalen ble inngått i 1992 som omfattes av EØS-avtalen artikkel 6. Avgjørelser fra EF-domstolen som er avsagt etter inngåelsen av EØS-avtalen vil likevel være en sentral tolkningsfaktor ved tolkningen av norsk rett, jf. ODA-avtalen artikkel 3 og Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 12 og 41.

I det følgende gis en oversikt over dommer fra EU-domstolen (tidligere EF-domstolen) som gjelder positiv særbehandling.

6.1.2 C-312/86 «Commission vs. France» (25. oktober 1988)

Saken gjaldt direktiv 76/207/EEC art. 2 (3) og art. 2 (4).

Faktum:

Saken gjaldt en kollektiv avtale som hjemlet særrettigheter for kvinner. Rettighetene innebar blant annet utvidet foreldrepermisjon, reduksjon i arbeidstimer for kvinner over 59 år, alderspensjon, ekstra ferie, lønnet sykefravær for å ta seg av syke barn osv.

Domstolens vurdering:

Domstolen fant at unntaket fra prinsippet om likebehandling mellom kvinner og menn oppstilt i direktiv 76/207 art 2 (3), som beskytter kvinner spesielt i forbindelse med graviditet og morskap, ikke kan begrunne tiltak (foranstaltninger) for beskyttelse av kvinner i kraft av at de er eldre arbeidstakere eller foreldre, fordi dette kan gjelde både mannlige og kvinnelige arbeidstakere.

Domstolen uttalte videre at unntaket i art 2 (4) har det (presise og) avgrensede formål å gi hjemmel for tiltak (foranstaltninger) som tilsynelatende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reduserer de reelle ulikhetene i samfunnet. Bestemmelsene tar kun sikte på enkelte unntak fra prinsippet om likebehandling og legitimerer (berettiger) ikke en nasjonal lovgivning som opprettholder særrettigheter for kvinner i kollektive avtaler som fantes før direktivet trådte i kraft.

Domstolen anså derfor ikke direktivet korrekt gjennomført i nasjonal lovgivning som flere år etter fristen for gjennomføringen overløt arbeidslivets parter å oppheve visse former for forskjellsbehandling uten å ha fastsatt en frist for gjennomføringen av forpliktelsen.

Konklusjon:

Frankrike hadde ikke oppfylt sine forpliktelser etter traktaten idet den ikke innenfor den fastsatte fristen hadde truffet alle de nødvendige tiltak for å oppfylle gjennomføringen av direktiv 76/207.

6.1.3 C-450/93 «Kalanke» (17. oktober 1995)

Saken gjaldt direktiv 76/207/EEC art 2 (1) og art. 2 (4).

Faktum:

Saken gjaldt ansettelse til en avdelingslederstilling i Bremen Parks Department/statsgartneriet i Bremen. Ifølge nasjonalt regelverk skulle kvinnelige kandidater ansettes dersom den mannlige og kvinnelige søkeren var like godt kvalifisert og kvinner var underrepresentert. Lovgivningen slo fast at dette også gjelder ved forfremmelse. Regelen innebar altså et ubetinget fortrinn for kvinner ved like kvalifikasjoner. Underrepresentasjon forelå dersom kvinner ikke utgjorde minst halvparten innenfor en personalgruppe på det enkelte lønnstrinnet.

En kvinne (Glissmann) og en mann (Kalanke) var aktuelle til stillingen. Personalutvalget (ansettelsesutvalget) ønsket ikke å følge statsgartneriembetets forslag om å ansette Kalanke. En ankenemnd avgjorde at Kalanke og Glissmann var like godt kvalifisert og at kvinnen derfor hadde fortrinnsrett, jf. nasjonal lovgivning.

Domstolens vurderinger:

Domstolen slo først fast at en bestemmelse som gir kvinner fortrinnsrett, er en forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Vurderingstemaet ble dermed om ordningen stod seg i henhold til direktiv 7/207 art 2 (4).

Domstolen uttalte at denne artikkelen åpner for særtiltak som kan sette kvinner i stand til å konkurrere på lik linje med menn i arbeidsmarkedet. Domstolen mente imidlertid at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende, da det er en unntaksbestemmelse, og at den nasjonale bestemmelsen gikk lenger enn å fremme like muligheter. Domstolen fant dermed at den nasjonale bestmmelsen var videre enn det direktivet ga hjemmel for og at bestemmelsen måtte tolkes innskrenkende.

Konklusjon:

Det nasjonale regelverket var i strid med direktivet.

6.1.4 C-409/95 «Marschall» (11. november 1997)

Saken gjaldt direktiv 76/207 art 2 (1) og (4).

Faktum:

En mann, Marschall, søkte på en forfremmelsesstilling som lærer. Hvis han fikk stillingen ville det innebære at han gikk opp et lønnstrinn. Han ble imidlertid forbigått av en kvinne. Bakgrunnen for forbigåelsen var at nasjonal lovgivning tilsa at kvinner skulle foretrekkes hvis de var *underrepresentert og like godt kvalifisert (lige egnethed, kundskaber og faglig indsats)*. Det var imidlertid unntak fra denne regelen dersom det var individuelle forhold ved den mannlige søkeren som veide tyngre. Regelen var altså fleksibel og ekskluderte ikke alle menn automatisk.

Domstolens vurderinger:

Domstolen uttalte at fleksibiliteten i bestemmelsen skilte dette saksforholdet fra saksforholdet i Kalanke-saken. Domstolen uttalte også at fordommer og stereotypier ligger bak rekrutteringstradisjoner som fører til at kvinner ikke har like muligheter som menn på arbeidsmarkedet. Selv om en mannlig og en kvinnelig søker er like godt kvalifisert, ser det ut til at arbeidsgivere velger å ansette mannen. Dette skyldes forestillinger om kvinners rolle og evner på arbeidsmarkedet og antakelsen om at kvinner avbryter karriereløpet pga hjemlige og familiemessige forpliktelser det kan være vanskelig å tilrettelegge for, samt fravær på grunn av graviditet, fødsel og amming. Domstolen viste til at det at to søkere har like gode kvalifikasjoner, ikke betyr at de har like muligheter.

Domstolen mente at slike nasjonale bestemmelser som det her var snakk om kan bidra til å gi likere muligheter for kvinner og menn og danne motvekt til stereotype forestillinger. Domstolen fastslo imidlertid at det er en forutsetning at kvinner er underrepresentert for at en slik ordning skal være

tillatt. Det er også en forutsetning at søkerne blir vurdert objektivt/konkret, og at kvalifikasjonene til kvinnen som skal foretrekkes er like gode som kvalifikasjonene til den mannlige søkeren. Domstolen tok forbehold for de tilfellene det forelå særlige individuelle forhold ved den mannlige søkeren. Det vesentlige var altså at det ikke må gis ubetinget fortrinn til kvinner, men være en viss fleksibilitet i tiltaket for at tiltaket skal være lovlig.

Konklusjon:

Nasjonal lovgivning var ikke i strid med direktivet.

6.1.5 C-158/97 «Badeck» (28. mars 2000)

Saken gjaldt direktiv 76/207/EØF art 2 (1) og (4).

Faktum:

Spørsmålet i saken var om likestillingsloven til den tyske delstaten Hessen var i strid med direktivet. Loven hjemlet en rekke planer med bindende målsettinger og særtiltak som skulle styrke kvinners stilling i offentlige stillinger. Særtiltakene var varierte i omfang og omfattet ulike typer fortrinnsregler og kvoteringsordninger. Loven var gyldig i 13 år, og var således tidsbegrenset.

Ifølge loven var «tjenestegrenene» forpliktet til å arbeide for likestilling i offentlig forvaltning og avskaffe underrepresentasjon ved å gjennomføre planer. Det fulgte av loven at likestillingsplanene skulle inneholde bindende målsettinger når det gjaldt å styrke kvinneandelen ved ansettelser og forfremmelser. Det var nedfelt i loven at det ved utforming av målsettinger skulle tas særlig hensyn til særlige forhold for de enkelte områder og tjenestegrener.

Ansettelser og forfremmelser

Ifølge hver enkelt plan skulle mer enn halvparten av ledige stillinger besettes av kvinner, dersom kvinner var underrepresentert. Dette gjaldt imidlertid ikke dersom utførelsen av arbeidet tilsa at en mann skulle tilsettes. Videre var det nedfelt at dersom det ikke var tilstrekkelig antall kvalifiserte kvinnelige søkere, kunne et tilsvarende mindre antall stillinger besettes med kvinner. Ved forfremmelse uten stillingsutlysning, skulle det, på områder der kvinner var underrepresentert, fastsettes at andelen kvinner skulle tilsvare andelen av kvinner i den umiddelbart lavere avlønningsgruppe på det gjeldende område.

Særlig om vitenskapelige stillinger

Videre bestemte loven at midlertidige stillinger på det vitenskapelige området skulle ansettes med en andel kvinner som minst tilsvarte andelen kvinner blant doktorandene på det gjeldende fagområdet.

Praksisplasser (traineestillinger)

Loven hadde også tiltak for å fremme likestilling ved tildeling av praksisplasser. Bestemmelsen om praksisplasser sa at kvinner innenfor fag der kvinner er underrepresentert skulle tas i betraktning for minst halvparten av plassene, så sant staten ikke var den eneste som tilbød slike praksisplasser.

Innkalling til intervju

Loven inneholdt også en bestemmelse om innkalling til intervju. Dersom kvinner var underrepresentert til stillingen, skulle arbeidsgiver kalle inn minst like mange kvinner som menn til intervju. Forutsetningen var at kvinnene oppfylte de fastsatte kvalifikasjonskravene.

Kriterier som skulle legges til grunn ved ansettelse og forfremmelse

I loven var det regulert hvilke kriterier som skal vektlegges ved ansettelse. Ved vurderingen av kvalifikasjoner skulle det tas hensyn til ferdigheter og erfaringer som var oppnådd på grunn av omsorg for barn eller personer i familien med behov for pleie. Det var en forutsetning at disse kvalifikasjonene var av betydning for søkerens egnethet, innsats og kvalifikasjoner. Det var videre bestemt at det bare skulle tas hensyn til ansiennitet, alder og tidspunkt for siste forfremmelse dersom dette hadde betydning for søkerens egnethet, innsats og kvalifikasjoner. Det var også nedfelt at det ikke skulle tas hensyn til sivilstand eller inntekt. Deltidsarbeid, permisjon og forsinkelser i avslutning av utdanning på grunn av barnepass eller omsorgsarbeid for pårørende, måtte ikke komme søkerne til skade ved vurderingen av dem.

Organer

Endelig bestemte loven at minst halvparten skulle være kvinner ved innsetting av utvalg, sakkyndige råd, representantskaper og styrever og tilsvarende organer.

Domstolens vurderinger:

Domstolen viste til prinsippene som ble utledet av Marschall-dommen om at tiltak som har til formål å fremme ansettelse av kvinner ved å gi dem fortrinnsrett til stillinger der de er underrepresentert, er i tråd med direktivet forutsatt at:

- kvinner ikke automatisk og ubetinget får fortrinn og
- det foretas en objektiv og konkret vurdering, der alle søkerens særlige personlige forhold også kommer i betraktning.

Ansettelser

Det første spørsmålet domstolen tok stilling til var om det var i tråd med direktivet at kvinner skulle foretrekkes ved ansettelse *ved like kvalifikasjoner* og underrepresentasjon. Ifølge den nasjonale bestemmelsen var det først og fremst egnethet, kvalifikasjoner og faglig innsats som var relevante i vurderingen av hvem som skulle anses. Hvilke kriterier som var relevante i denne vurderingen, var nærmere regulert. Domstolen uttalte at kriteriene, som det er redegjort for under «faktum» ovenfor, var kjønnsnøytrale, men at de normalt er til fordel for kvinner. Kriteriene var ikke omtvistet i saken. Domstolen uttalte videre at den nasjonale bestemmelsen om fortrinn for kvinner ved ansettelse ikke var ubetinget, slik som var tilfelle i Kalankesaken. Menn kunne bli ansatt dersom det forelå tungtveiende grunner til det. Disse tungtveiende grunnene var regulert ved lov. Domstolen la også vekt på at loven presiserte at målsettingene i planen skulle ta hensyn til særlige forhold som gjelder innenfor de aktuelle sektorer og tjenestegrener. Videre var det vist til at regelen om fortrinnsrett for kvinner sto tilbake for 5 andre regler om fortrinnsrett (herunder for søkere med nedsatt funksjonsevne, langtidsarbeidsløse, deltidsansatte på visse vilkår med mer.) Domstolens konklusjon var at det første spørsmål ble ansett å være i tråd med direktivet.

Vitenskapelige stillinger

Det andre spørsmålet domstolen tok stilling til var om det var tillatt å ha en bestemmelse om at kvinneandelen blant vitenskapelige ansette skulle tilsvare andelen av kvinner blant kandidatene, doktorande og studentene innenfor fagområdene. Bestemmelsen kom bare til anvendelse dersom de kvinnelige søkerne var like godt kvalifisert som de mannlige.

Domstolen la vekt på at ordningen ikke fastsatte en absolutt øvre grense, men at grensen skulle fastsettes på bakgrunn av faktiske antall personer innenfor en faggruppe. Vurderingen var dermed konkret. Domstolen kom til at ordningen var i tråd med direktivet.

Praksisplasser/"utdanningsplasser"

Det tredje spørsmålet domstolen vurderte var om det var tillatt at minst halvparten av praksisplassene i fag der kvinner var underrepresentert skulle tildeles kvinner. Dette gjaldt praksisplasser som staten ikke var alene om å tilby.

Domstolen la vekt på at det ikke automatisk kunne opprettes en fast kvote for praksisplasser. Dersom det ikke forelå tilstrekkelig antall kvinnelige søkere, kunne mer enn halvparten av stillingene besettes av menn. Domstolen la også vekt på at staten ikke var den eneste som ga utdanning/praksis innenfor dette feltet. Det var også mulig å få tilsvarende praksisplasser i privat sektor. Menn var dermed ikke utelukket fra utdannelsen. Det var ikke krav om at de kvinnelige søkerne var like godt kvalifisert som de mannlige søkerne, men domstolen kom likevel frem til at svaret på det tredje spørsmålet var at ordningen var tillatt. Dette kan tolkes som at adgangen til positiv særbehandling er videre når det gjelder slike praksisplasser enn det som gjelder ved ansettelser.

Innkalling til intervju

Det fjerde spørsmålet gjaldt et tiltak som innebar at kvinner ble garantert innkalling til intervju til stillinger på områder der kvinner var underrepresentert og der den kvinnelige søkeren var like godt kvalifisert som mannlige søkere.

Domstolen påpekte at ordningen ikke innebar at det tilstrebes et bestemt resultat for ansettelsen, men at kvinner som oppfyller kvalifikasjonskravene fikk bedre muligheter til å komme inn på arbeidsmarkedet og gjøre karriere. Domstolen fant at ordningen var tillatt.

Organer

Det femte spørsmålet var om det er tillatt at minst halvparten av medlemmene «ved besættelsen af hverv i organer, der repræsenterer arbejdstagerne, i repræsentantskaber og i bestyrelser, skal være kvinder». Domstolen kom til at også dette var tillatt.

Oppsummering av Badeck-dommen:

Badeck-dommen har blitt ansett som en oppmykning av den tidligere praksisen fra EU-domstolen. Det som særlig er trukket frem i denne sammenheng er at domstolen i stor grad åpner for øremerking av stillinger ved praksisplasser/utdanningsplasser. Det er likevel viktig å merke seg at denne øremerkingen ikke var helt automatisk. Det var mulig å få tilsvarende utdanning ved andre

institusjoner og at det overrepresenterte kjønn fikk tilgang til plassene hvis det var for få søkere av det underrepresenterte kjønn. Det åpnes også for positiv særbehandling ved ansettelser, så lenge regelen er fleksibel og ikke automatisk, ved at regelen om fortrinn kan settes til side dersom det foreligger andre "retlige" grunner ved søkere av det motsatte kjønn. Domstolen åpner også for «resultatkvote» på ansettelser, så lenge kvoteantallet er forholdsmessig med antallet studenter osv på det enkelte fag og de kvinnelige søkerne var like godt kvalifiserte som de mannlige. Det kan endelig se ut til at det har betydning at alle disse tiltakene var deler av en større helhetlig plan for å fremme likestilling.

6.1.6 C-407/98 «Abrahamsson» (6. juli 2000)

Saken gjaldt direktiv 76/207/EØF.

Faktum:

Saken gjaldt en ansettelse av professor ved det matematisk-naturvitenskapelige fakultet ved Gøteborg universitet og spørsmålet om Høgskoleforordningen var i tråd med direktivet. Høgskoleforordningen bestemte at det det var adgang til å ansette det underrepresenterte kjønn selv om vedkommende ikke var bedre kvalifisert. Det var imidlertid et vilkår at det ikke må foreligge for store forskjeller i kvalifikasjonene. Bakgrunnen for bestemmelsen var at likestillingen i academia gikk tregt.

Av utlysningen fremgikk det at bedre kjønnssammensetning og likestilling var et mål og at det derfor kunne bli aktuelt med positiv særbehandling. Ansettelsesutvalget innstilte en mann som nummer 1 og en kvinne som nummer 2. Rektor overprøvde imidlertid ansettelsesutvalget, og innstilte kvinnen. Rektoren mente at mannen var best kvalifisert, men at forskjellen i kvalifikasjoner ikke var så stor. Rektor mente derfor at ansettelsen var lovlig og ikke kjønnsdiskriminerende.

Den mannlige søkeren og en annen kvinnelig søker mente begge at de var bedre kvalifisert enn kvinnens om fikk stillingen og de klaget saken inn for klagenemnden. Klagenemnden fant at den mannlige søkeren var klart bedre kvalifisert enn kvinnen som ble tilbudt professoratet. Klagenemnden ba deretter EF-domstolen gi en prejudisiell avgjørelse om saken.

Domstolens vurderinger:

Domstolen viste til domstolens uttalelse i Badeck, som igjen bygger på Marschall-dommen, hvor det fremgikk at et tiltak som har til formål å fremme ansettelsen av kvinner ved å gi dem fortrinnsstilling innenfor sektorer i offentlig forvaltning hvor kvinner er underrepresentert, må betraktes som tillatt dersom

- tiltaket ikke gir kvinner, som er like kvalifisert som deres mannlige medsøkere, en automatisk og ubetinget fortrinnsrett
- Søkerene vurderes objektivt med hensyn til alle søkerenes særlige, personlige forhold

Domstolen uttalte at denne saken skilte seg fra Kalanke, Marschall og Badeck ved at det gis fortrinn til det underrepresenterte kjønn selv om vedkommende ikke har like gode kvalifikasjoner som søkeren av det overrepresenterte kjønn.

Domstolen henviste til Badeck-dommen premiss 31 og 32 som sier at det i en kvalifikasjonsvurdering er tillatt å ta hensyn til visse positive og negative kriterier, som , selv om de er kjønnsnøytrale og derfor kan komme menn til gode, normalt er til fordel for kvinner. Det er dermed tillatt å bestemme at ansiennitet, alder og tidspunkt for siste forfremmelse, bare skal vektlegges dersom disse kvalifikasjonene har betydning for søkerens egnethet, kvalifikasjoner og faglige innsats. Det kan også besluttes at sivilstand eller inntekt er uten betydning og at deltidsarbeid, orlov og forsinkelser i utdanning på grunn av barnepass eller pleie av pårørende, ikke må komme til ugunst. Domstolen presiserer imidlertid at det må være åpenhet om at slike kriterier vektlegges, slik at vurderingen er etterprøvbare.

I den gjeldende saken var det ikke nedfelt noe sted at slike kriterier kunne bli vektlagt. Det fremgikk ikke noe sted at fortrinnsregelen kunne bli satt til side etter en objektiv vurdering av personlige forhold og hvilke personlige forhold som eventuelt ville bli vektlagt. Ved tilstrekkelige kvalifikasjoner var det utelukkende kjønn som avgjorde ansettelsen.

Domstolen uttalte at selv om artikkel 141 (4) åpner for å iverksette tiltak som gir “specifikke fordele” osv, må det like fullt foretas en proporsjonalitetsvurdering. Domstolen kom frem til at det aktuelle regelverket ikke var i tråd med direktivet.

Domstolen tok deretter stilling til om direktivets artikkel 2 (1) og (4) også vil være til hinder dersom det er snakk om et på forhånd bestemt begrenset antall stillinger eller stillinger opprettet som ledd i en plan, og det skjer positiv særbehandling ved ansettelse i disse stillingene.

Til dette svarte domstolen at også dette vil være direktivstridig, så lenge tiltaket er ubetinget og uforholdsmessig.

Til sist tok domstolen stilling til spørsmålet om det ved positiv særbehandling er tilstrekkelig at det underrepresenterte kjønn er like godt eller tilnærmet like godt kvalifisert, forutsatt at vurderingen er objektiv og at alle særlige personlige forhold tas i betraktning.

På dette spørsmålet svarte domstolen at en slik praksis er forenelig med direktivet, så lenge søkerne vurderes objektivt og alle søkerens særlige, personlige forhold tas i betraktning.

Prinsippene som ble lagt til grunn i saken, gjaldt uavhengig av hvilket nivå stillingene var på.

Konklusjon:

Ordningen var strid med direktivet.

6.1.7 C-79/99 «Schnorbus» (7. desember 2000)

Saken gjaldt direktiv 76/207 EØF artikkel 2 (4).

Faktum:

Saken gjaldt fortrinnsrett til praktikantstillinger innen jus for personer som hadde avtjent verneplikt. En kvinne, Julia Schnorbus, hadde bestått den første juridiske statsprøven, og måtte i henhold til det gjeldende regelverket ha praktikantstilling for å kunne gå opp til den andre juridiske statsprøven. Det var en forutsetning å ha denne andre prøven for å kunne få dommerstilling eller høyere offentlige

stillinger. Det var flere søkere enn plasser, og Schnorbus nådde ikke frem i loddtrekingen om plasser. Hun måtte derfor vente tolv måneder på praktikantstilling. Schnorbus påklaget dette og viste til at praksisen var diskriminerende ved at mannlige søkere som hadde avtjent verneplikt fikk praktikantstilling uten loddtreking.

Også andre omstendigheter enn verneplikt kunne gi fortrinn, dersom utsettelsen ville være særlig urimelig. Formålet med fortrinnsretten var å redusere ulempene militærtjeneste medfører for karrieren.

Domstolens vurderinger:

Domstolen vurderte først spørsmålet om dette falt innenfor direktivets virkeområde. Det var påberopt at saken gjaldt ventetiden og ikke selve ansettelsen. Domstolen tilbakeviste dette og uttalte at *“nationale bestemmelser, der indeholder regler om ansættelsesterminer for udøvelse af praktisk juridisk virksomhed, der er en forudsætning for ansættelse inden for den offentlige sektor, falder inden for direktivets anvendelsesområde”*.

Domstolen fant videre at saken reiste spørsmål om indirekte, og ikke direkte, diskriminering på grunn av kjønn, men at ordningen var i tråd med direktivet artikkel 2 (4) og dermed tillatt. Domstolen fant at ordningens formål utelukkende var å veie opp for den ulempe militærtjenesten medførte for studieløpet og at ordningen dermed var av objektiv karakter. Domstolen la vekt på at personer som hadde avtjent verneplikt i et år allerede hadde blitt forsinket i tolv måneder, det vil si like lenge som andre personer som tapte loddtrekingen måtte vente.

Konklusjon:

Ordningen var ikke i strid med direktivet.

6.1.8 C-476/99 «Lommers» (19. mars 2002)

Saken gjaldt direktiv 76/207 EØF.

Faktum:

Lommers var ansatt ved det nederlandske landbruksdepartementet. Lommers fikk ikke tilbud om barnepass, da barnepass var forbeholdt kvinnelige ansatte. Barnepass var et særtiltak for å få opp kvinneandelen i departementet, der kvinner var underrepresentert.

Tilbudet til kvinnelige ansatte i departementet var en barnehageplass per 20. kvinne, og de som fikk barnehageplass måtte selv betale for denne. Ifølge regelverket kunne det gis barnehageplass til menn i nødstilfelle.

Den nederlandske likestillingsloven var tilsvarende den norske når det gjaldt positiv særbehandling.

Domstolens vurderinger:

Domstolen la vekt på at det i denne saken ikke var snakk om stillinger, men om arbeidsbetingelser som kan lette kvinners karriereutvikling ved at det blir enklere for kvinner å arbeide og konkurrere på markedet.

Domstolen tok opp at det er en risiko for at ordningen kan bidra til å opprettholde tradisjonell kjønnsrolledeleling.

Domstolen uttalte at det hadde betydning for proporsjonalitetsvurderingen, og at det i utgangspunktet var direktivstridig, at fedre ble ekskludert fra en slik ordning. Domstolen la imidlertid vekt på at ikke alle kvinnelige ansatte fikk tilbud om barnehageplass. Det var færre plasser enn etterspørselen tilsa, og dermed venteliste for å få plass. Videre la domstolen vekt på at menn ikke var fullstendig avskåret fra å få barnehageplass. Det var en åpning for å få plass i nødstilfelle, for eksempel dersom en mannlig ansatt var aleneforsørger. Domstolen la også vekt på at det var mulig for mannlige ansatte å få barnehageplass på det åpne markedet.

Konklusjon:

Ordningen var i tråd med direktivet.

6.1.9 C-319/03 «Briheche» (30. september 2004)

Saken gjaldt direktiv76/207/EØF.

Faktum:

Den 48 år gamle enkemannen Brièche hadde søkt om adgang til flere "udvælgelsesprøver" med henblikk på ansettelse i den franske offentlige forvaltning. Brièche fikk avslag på søknaden. I avslaget ble det vist til at han ikke oppfylte aldersvilkåret. Ifølge det nasjonale regelverket måtte personer som skulle ta en slik prøve være under 45 år. Det ble imidlertid gjort unntak fra aldersgrensen for enker som var ugifte og hadde forsørgerplikt overfor minst ett barn og som var nødt til å arbeide. Det var ingen tilsvarende ordning for enkemenn i tilsvarende situasjon.

Domstolens vurderinger:

Domstolen fant at ordningen innebar en forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Spørsmålet var om vilkårene for positiv særbehandling i direktivets artikkel 2 (4) var oppfylt. Domstolen viste til tidligere avsagte dommer fra EF-domstolen og de prinsipper som kunne utledes av disse dommene:

- Tiltak som fjerner eller reduserer ulikheter i samfunnet tillates
- fortrinn for kvinner er forenelig med direktivet forutsatt at den ikke gir kvinner som er like kvalifisert som deres mannlige medsøkere automatisk og ubetinget fortrinn, men at søkerne vurderes objektivt under hensyn til alle søkeres særlige og personlige forhold
- Rekkevidden av tiltaket beror på proporsjonalitetsprinsippet

Det aktuelle regelverket ga kvinner en automatisk og absolutt fortrinnsrett ved at de ble fritatt for aldersgrensen. Menn i samme situasjon var helt utelukket fra fritaket. Domstolen konkluderte med at en slik ordning ikke er i tråd med direktivet.

Domstolen vurderte deretter om regelverket var i strid med EF artikkel 141 (4), som av flere anføres å i større grad åpne for positiv særbehandling enn det aktuelle direktivet. Domstolen uttalte følgende om dette spørsmålet:

«Uafhægig af spørgsmålet, om positive handlinger, der ikke kan tillades i henhold til direktivets artikel 2, stk 4m muligvis kan være illadt i henhold til artikel 131, stk. 4, EF, er det tilstrækkelig at fastslå, at i henhold til den sidstnævnte bestemmelse må medlemsstaterne ikke vedtage betingelser for adgang til offentlig beskæftigelse so de i hovedsagen omhandlede, der under alle omstændigheder ikke står i et rimeligt forhold til formålet (jf. i denne retning Abrahamsson og Anderson-dommen, præmiss 55).»

Ifølge domstolen utgjorde proporsjonalitetsprinsippet også en skranke etter denne bestemmelsen.

Konklusjon:

Regelverket var i strid med direktivet.

6.2 EFTA-domstolen

6.2.1 E-1/02 «Universitetet i Oslo» (24. januar 2003)

Faktum:

Universitetet i Oslo hadde med grunnlag i universitets- og høyskoleloven utformet en plan om å opprette post.doc-stillinger øremerket kvinner. Planen var en del av en større handlingsplan, og et av handlingsplanens mål var å få minst 30 prosent kvinner inn i professoratene. Post.doc-stillingene var midlertidige stillinger over fire år. Øremerkingen var forbeholdt stillinger der den kvinnelige andelen vitenskapelige ansatte var under 10 prosent, og hvor det var et misforhold mellom antallet kvinnelige studenter og antallet kvinnelige vitenskapelige ansatte.

Saken ble brakt inn for EFTA-domstolen. Problemstillingen var om universitetsloven og ordningen med øremerking var i tråd med direktiv 76/207/EEC. Endringsdirektivet 2002/73 var ikke en del av EØS-avtalen på dette tidspunktet.

Norske myndigheter anførte følgende:

- I internasjonal rett har det vært anerkjent at det må iverksettes særtiltak for å bedre kvinners stilling. Norge viste blant annet til Cedaw art. 4.
- Likebehandlingsdirektivet må tolkes i tråd med EF-traktaten artikkel 141 (4), noe som tilsier en videre adgang til positiv særbehandling. Norge mente at det med den nye bestemmelsen må legges en ny definisjon av positiv særbehandling til grunn, der positiv særbehandling ikke anses som et unntak fra diskrimineringsforbudet, men en presisering av selve forbudet.
- Stillingene er midlertidige og dermed ikke uproporsjonale, jf. Badeck. Saksforholdet i Abrahamsonsaken var langt mer inngripende.
- Stillingene er nyopprettede til dette formålet. Menn vil dermed ikke stilles dårligere, ved at det ikke tas av de ordinære stillingene. Stillingene utgjør en svært liten andel av det totale antallet stillinger.
- Schnorbusdommen og Lommersdommen støtter Norges syn ved at tiltak som skal kompensere for ulempe, og at det dreier seg om et begrenset antall stillinger.
- Kvinnelige vitenskapelig ansatte er viktig for å møte kvinnelige studenters behov.

Domstolens vurderinger:

EFTA-domstolen viser til tidligere praksis fra EF-domstolen, herunder *Commission v. France*, *Kalanke*, *Marshall*, *Badeck* og *Abrahamson*. EFTA-domstolen viser da særlig til proporsjonalitetskravet som har blitt "utformet og presisert" gjennom disse dommene.

Domstolen avviser Norges anførsler om at ny definisjon av positiv særbehandling må legges til grunn. Domstolen viser til at den nye formuleringen av positiv særbehandling ikke på dette tidspunktet var en del av EØS-avtalen. Domstolen understreker også at den individuelle rettigheten til likebehandling står sterkest. Domstolen avviser også Norges anførsel om at ordningen faller innunder unntaksbestemmelsen i likebehandlingsdirektivet art 2 (2).

Domstolen tilbakeviser også at *Lommersdommen* er relevant, og viser til at ordningen med barnepass til kvinner ikke ekskluderte menn så absolutt som er tilfelle i universitetssaken. I tillegg viser domstolen til at det i *Lommers* var et privat, alternativt marked. Det er det ikke i universitetssaken. Domstolen tilbakeviser også at *Schnorbusdommen* støtter Norges syn.

Når det gjelder Norges anførsel om at post.doc-stillingene er trainingstillinger, jf. *Badeck*, viser EFTA-domstolen til at EU-kommisjonen har trukket en linje mellom "training for employment and actual places in employment". Domstolen mener at heller ikke for trainee-stillinger bør det være absolutt øremerking for det ene kjønn. Domstolen viser til at det er begrensede muligheter for post.doc utenfor det offentlige.

Til anførselen om at dette er nye stillinger som ikke vil føre til at menn stilles dårligere, heter det i dommen at det er lite sannsynlig at ordningen ikke påvirkes av det totale antall stillinger. Ordningen vil dermed påvirke menns muligheter i fremtiden.

Konklusjon:

Ordningen var i strid med direktivet.

7 Internasjonale konvensjoner

7.1 Innledning

Positiv særbehandling har en sentral plass også i internasjonale konvensjoner og anses som et viktig virkemiddel for å nå reell likestilling. I det følgende gis en oversikt over traktatbestemmelser fra FN-konvensjonene, samt uttalelser fra enkelte av komiteene.

De FN-konvensjonene som Norge har ratifisert er juridisk bindende, og dermed relevante rettskilder ved tolkningen av nasjonal diskrimineringslovgivning. Konvensjoner som er inkorporert gjennom menneskerettighetsloven har høyere rang enn norsk lov, og vil gå foran norsk lov ved motstrid, mens konvensjoner som er inkorporert gjennom diskrimineringslovgivningen har samme status som annen norsk lov, jf. nedenfor.

Rekommandasjonene fra komiteene har status som «soft law» og er ikke rettlig bindende. De har likevel betydning som tolkningsfaktorer.

7.2 Kjønn - FNs kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW)

FNs konvensjon av 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner, som trådte i kraft 3. september 1981, er gjort til norsk lov gjennom menneskerettsloven § 2, og har forrang foran nasjonal lov ved motstrid, jf. menneskerettsloven § 3.⁴¹ I konvensjonens art 4 heter det følgende:

«1. Dersom konvensjonspartene vedtar midlertidige særiltak som tar sikte på å fremme faktisk likestilling mellom menn og kvinner, skal det ikke anses som 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.

2. Dersom konvensjonspartene vedtar særlige tiltak, herunder de tiltak som er omhandlet i denne konvensjon, for å gi vern i forbindelse med svangerskap og fødsel, skal dette ikke anses som en diskriminerende handling.»

General comments

No 5 (1988)

“Recalling article 4.1 of the Convention,

Recommends that States parties make more use of temporary special measures such as positive action, preferential treatment or quota systems to advance women's integration into education, the economy, politics and employment.”

No. 8 (1988)

“Recommends that States parties take further direct measures in accordance with article 4 of the Convention to ensure the full implementation of article 8 of the Convention and to ensure to women on equal terms with men and without any discrimination the opportunities to represent their Government at the international level and to participate in the work of international organizations.”

No 23 (1997)

“Temporary special measures

15. While removal of de jure barriers is necessary, it is not sufficient. Failure to achieve full and equal participation of women can be unintentional and the result of outmoded practices and procedures which inadvertently promote men. Under article 4, the Convention encourages the use of temporary special measures in order to give full effect to articles 7 and 8. Where countries have developed effective temporary strategies in an attempt to achieve equality of participation, a wide range of measures has been implemented, including recruiting, financially assisting and training women

⁴¹ Konvensjonen er ratifisert av Norge 21. mai 1981.

candidates, amending electoral procedures, developing campaigns directed at equal participation, setting numerical goals and quotas and targeting women for appointment to public positions such as the judiciary or other professional groups that play an essential part in the everyday life of all societies. The formal removal of barriers and the introduction of temporary special measures to encourage the equal participation of both men and women in the public life of their societies are essential prerequisites to true equality in political life. In order, however, to overcome centuries of male domination of the public sphere, women also require the encouragement and support of all sectors of society to achieve full and effective participation, encouragement which must be led by States parties to the Convention, as well as by political parties and public officials. States parties have an obligation to ensure that temporary special measures are clearly designed to support the principle of equality and therefore comply with constitutional principles which guarantee equality to all citizens.”

No 25 (2004)

“Temporary special measures

19. States parties should clearly distinguish between temporary special measures taken under article 4, paragraph 1, to accelerate the achievement of a concrete goal for women of de facto or substantive equality, and other general social policies adopted to improve the situation of women and the girl child. Not all measures that potentially are, or will be, favourable to women are temporary special measures. The provision of general conditions in order to guarantee the civil, political, economic, social and cultural rights of women and the girl child, designed to ensure for them a life of dignity and non-discrimination, cannot be called temporary special measures.

24. Article 4, paragraph 1, read in conjunction with articles 1, 2, 3, 5 and 24, needs to be applied in relation to articles 6 to 16 which stipulate that States parties shall take all appropriate measures. Consequently, the Committee considers that States parties are obliged to adopt and implement temporary special measures in relation to any of these articles if such measures can be shown to be necessary and appropriate in order to accelerate the achievement of overall, or a specific goal of, women.s de facto or substantive equality.

34. Under article 3, States parties are invited to report on the institution(s) responsible for designing, implementing, monitoring, evaluating and enforcing such temporary special measures. Such responsibility may be vested in existing or planned national institutions, such as women.s ministries, women.s departments within ministries or presidential offices, ombudspersons, tribunals or other entities of a public or private nature with the requisite mandate to design specific programmes, monitor their implementation, and evaluate their impact and outcomes. The Committee recommends that States parties ensure that women in general, and affected groups of women in particular, have a role in the design, implementation and evaluation of such programmes. Collaboration and consultation with civil society and non-governmental organizations representing various groups of women is especially recommended.

35. The Committee draws attention to and reiterates its general recommendation No. 9, on statistical data concerning the situation of women, and recommends that States parties provide statistical data

disaggregated by sex in order to measure the achievement of progress towards women's de facto or substantive equality and the effectiveness of temporary special measures.

37. The Committee reiterates its general recommendations 5, 8 and 23, wherein it recommended the application of temporary special measures in the fields of education, the economy, politics and employment, in the area of women representing their Governments at the international level and participating in the work of international organizations, and in the area of political and public life. States parties should intensify, within their national contexts, such efforts especially with regard to all facets of education at all levels as well as all facets and levels of training, employment and representation in public and political life. The Committee recalls that in all instances, but particularly in the area of health, States parties should carefully distinguish in each field between measures of an ongoing and permanent nature and those of a temporary nature.

38. States parties are reminded that temporary special measures should be adopted to accelerate the modification and elimination of cultural practices and stereotypical attitudes and behaviour that discriminate against or are disadvantageous for women. Temporary special measures should also be implemented in the areas of credit and loans, sports, culture and recreation, and legal awareness. Where necessary, such measures should be directed at women subjected to multiple discrimination, including rural women.

39. Although the application of temporary special measures may not be possible under all the articles of the Convention, the Committee recommends that their adoption be considered whenever issues of accelerating access to equal participation, on the one hand, and accelerating the redistribution of power and resources, on the other hand, are involved as well as where it can be shown that these measures will be necessary and most appropriate under the circumstances.”

7.3 Etnisitet mv. - FNs rasediskrimineringskonvensjon (CERD)

FNs internasjonale konvensjon om avskaffelse av alle former for rasediskriminering av 21. desember 1965, som trådte i kraft 4. januar 1969, er gjort til norsk lov gjennom diskrimineringsloven § 2.

I konvensjonens artikkel 1 nr. 4 heter det:

«Særlige tiltak som treffes utelukkende for å sikre en tilfredsstillende framgang for grupper eller enkeltpersoner som har en bestemt rasemessig eller etnisk tilhørighet, og som har behov for nødvendig beskyttelse for å kunne nyte eller utøve menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, skal ikke anses som rasediskriminering, forutsatt at disse tiltak ikke fører til at det opprettholdes atskilte rettigheter for grupper med ulik rasemessig tilhørighet, og forutsatt at tiltakene ikke skal bestå etter at de mål som lå til grunn for tiltakene, er nådd.»

I artikkel 2 nr. 2 heter det:

«Konvensjonspartene skal, når forholdene tilsier det, treffe særlige og konkrete tiltak på de sosiale, økonomiske, kulturelle og andre områder for å sikre at grupper eller enkeltpersoner med en bestemt

rasemessig tilhørighet får tilfredsstillende utvikling og beskyttelse, slik at de kan nyte sine menneskerettigheter og grunnleggende friheter fullt ut og på like vilkår. Disse tiltakene skal ikke under noen omstendighet medføre at det opprettholdes forskjellige eller atskilte rettigheter for grupper med ulik rasemessig tilknytning etter at de mål som lå til grunn for tiltakene, er nådd.»

I generell rekommandasjon nr 14 (1993) Definition of discrimination står det blant annet:

“The Committee observes that a differentiation of treatment will not constitute discrimination if the criteria for such differentiation, judged against the objectives and purposes of the Convention, are legitimate or fall within the scope of article 1, paragraph 4, of the Convention. In considering the criteria that may have been employed, the Committee will acknowledge that particular actions may have varied purposes. In seeking to determine whether an action has an effect contrary to the Convention, it will look to see whether that action has an unjustifiable disparate impact upon a group distinguished by race, colour, descent, or national or ethnic origin.”

I generell rekommandasjon nr. 32 (2009) står det følgende:

“Special measures to secure advancement of certain racial or ethnic groups / special and concrete measures to ensure development and protection of certain racial groups or individuals belonging to them.”

7.4 Nedsatt funksjonsevne - FNs konvensjon om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne (CRPD)

FNs konvensjon av 13. desember 2006 om rettighetene til personer med nedsatt funksjonsevne bestemmer følgende i artikkel 5 nr. 4:

“Specific measures which are necessary to accelerate or achieve de facto equality of persons with disabilities shall not be considered discrimination under the terms of the present Convention.”

7.5 Etniske, religiøse, språklige minoriteter - FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP)

I FNs konvensjon av 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter artikkel 27 er det bestemt følgende:

«I de stater hvor det finnes etniske, religiøse eller språklige minoriteter, skal de som tilhører slike minoriteter ikke nektes retten til, sammen med andre medlemmer av sin gruppe, å dyrke sin egen kultur, bekjenne seg til og utøve sin egen religion, eller bruke sitt eget språk.»

Bestemmelsen er tolket slik at det er adgang og i en viss grad plikt for staten til å iverksette positiv særbehandling, for å sikre blant annet kultur- og språkutøvelse for personer innenfor minoritetskulturene, jf. NOU 2002:12 pkt. 13.6.3.

8 Norsk rettspraksis

8.1 Innledning

Det er lite rettspraksis som gjelder diskrimineringslovgivningen, herunder saker med spørsmål om lovlig positiv særbehandling. Sakene som omtales nedenfor gjelder spørsmål om staten handlet i strid med likestillingsloven ved utnevning av henholdsvis sjef for Forsvarets skolesenter og sorenskriver.

8.2 Avgjørelser fra Høyesterett

HR-2014-00831-A (sak nr. 2013/1275)

Spørsmål om Staten v/Forsvarsdepartementet handlet i strid med likestillingsloven av 1978 § 4, jf. § 3 og 3a ved å legge vekt på kjønn da en kvinne ble utnevnt som kontreadmiral og beordret til stilling som sjef for Forsvarets skolesenter.

Stillingen som «sjef Forsvarets skolesenter – generalmajor/kontreadmiral» ble kunngjort i oktober 2007. I utlysningen var det oppgitt at stillingen kunne søkes av brigaderer/flaggkommandører og generalmajorer/kontreadmiraler. For øvrig var det ingen angitte krav til kvalifikasjoner. Det var elleve søkere til stillingen: to kvinner og ni menn.

Forsvarsstabens personalavdeling begynte saksforberedelsen. I notat 18. desember 2007 framgår det at forsvarsstaben mente at alle søkerne var kvalifisert for stillingen, men anså tre menn som best kvalifisert. En mannlig søker – A – ble rangert som nummer én. Forsvarsdepartementets fagavdeling – FD I – vurderte deretter søkerne. I notat til statsråden av 23. januar 2008 anbefalte FD I å utnevne den kvinnelige søkeren (B). Ekspedisjonssjef sendte deretter saken via departementsråd til statsråden. Departementsråden gjorde en påtegning hvor han under tvil støttet FD Is anbefaling, men ga uttrykk for at kvinnen ikke var den best kvalifiserte søkeren, men at hun også var kvalifisert. Departementsråden la vekt på de helt klare politiske føringer om kvinnelige ledere i Forsvaret. Statsråden støttet FD Is anbefaling. Kvinnen ble utnevnt i statsråd 1. februar 2008.

A brakte saken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet, som i uttalelse av 16. juli 2009 (sak 08/1259) kom fram til at staten ikke handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3. Ombudet kom til at vilkårene for å anvende positiv særbehandling var til stede fordi staten hadde sannsynliggjort at de to søkerne var tilnærmet like godt kvalifiserte til stillingen.

Klager brakte deretter ombudets uttalelse inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. I uttalelse av 18. november 2009 (sak 33/2009) konkluderte nemnda med at staten handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 (dissens 3-2). Nemnda fant enstemmig at kjønn var vektlagt til kvinnens fordel. Nemndas flertall (3) konkluderte videre med at staten ikke hadde sannsynliggjort at de to kandidatene var tilnærmet like godt kvalifiserte, slik at vilkårene i § 3a ikke var oppfylt. Nemndas uttalelse er ikke bindende for staten. Staten var uenig med nemnda og ga uttrykk for at man ikke ville følge uttalelsen. Mannen anla da sak for Oslo tingrett. Tingretten avsa dom 5. oktober

2011, hvor staten ble frifunnet. Oslo tingrett fant vurderingen noe vanskelig, men etter en samlet vurdering av bevissituasjonen, ble retten stående ved at staten hadde sannsynliggjort at søkerens kjønn ikke ble vektlagt i den utnevnte kvinnens favør.

A anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 7. mai 2013 avsa dom om at utnevnelsen var i strid med likestillingsloven § 3, jf. § 3a. Staten ble dømt til å betale erstatning på 650 000 kroner for økonomisk tap og 50 000 kroner for ikke-økonomisk tap. Lagmannsretten fant at saken reiste to hovedspørsmål. For det første om kvinnen som ble utnevnt var bedre kvalifisert enn de øvrige søkerne. Dersom retten kom fram til at hun ikke var det, var spørsmålet om det var adgang til å bruke positiv særbehandling, herunder om hun var likt eller tilnærmet like godt kvalifisert. Lagmannsretten kom til at kvinnen ikke hadde tilnærmet like gode kvalifikasjoner som klager, og at det ble lagt vekt på kjønn ved utnevnelsen i strid med likestillingsloven.

Staten anket til Høyesterett over lagmannsrettens bevisvurdering og rettsanvendelse. Kvinnen som ble utnevnt var partshjelper til støtte for staten ved behandlingen i Høyesterett. Høyesterett avsa dom 29. april 2014 om at tingrettens dom stadfestes.

Om forståelsen av likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling, uttalte Høyesterett at likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 forbyr ansettelsesmyndigheten å stille to personer ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, det vil si å legge avgjørende vekt på kjønn ved ansettelsen. Bestemmelsen har et årsakskrav for å sikre at kvinner og menn ikke stilles ulikt. Spørsmålet om kjønnsdiskriminering oppstår ikke dersom den som blir ansatt er bedre kvalifisert enn den som mener seg forbigått. Søkerne er da ikke i en sammenlignbar situasjon og stilles dermed ikke ulikt.

Videre uttalte Høyesterett at vurderingstema er hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiver mener den som ansettes bør ha, og hvordan han totalt sett bedømmer søkerens kvalifikasjoner. Kun dersom arbeidsgiver på grunn av kjønn har unnlatt å ansette den han mener er best kvalifisert, er likestillingsloven brutt.

Dersom arbeidsgiver ville ha ansatt søkeren uavhengig av kjønn, foreligger det ikke kjønnsdiskriminering selv om arbeidsgiver har sett det som positivt at personen var av et bestemt kjønn. Kjønn er da et tilleggsargument uten avgjørende betydning.

Når det gjelder bevisbyrdebestemmelsen, uttalte Høyesterett at det forhold at den som er ansatt hadde dårligere formelle kvalifikasjoner enn andre søkere, kan inngå i bevisvurderingen av hva arbeidsgiver har vektlagt ved ansettelsen. Dette er ikke uten videre avgjørende ettersom andre omstendigheter kan peke i motsatt retning. Hvorvidt det foreligger omstendigheter som kan gi grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling, eller om det er sannsynliggjort at det ikke er lagt vekt på kjønn, er rene faktiske spørsmål som må avgjøres etter alminnelig bevisbedømmelse hvor domstolene har full kompetanse.

Om domstolenes prøvesrett uttalte Høyesterett at arbeidsgiver i kraft av styringsretten bestemmer hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse og hvordan de ulike kravene skal

veies mot hverandre. Domstolene skal ikke overprøve hvorvidt arbeidsgivers beslutninger innenfor rammen av styringsretten er optimale eller påkrevde, men om det foreligger misbruk av styringsretten, jf. Rt. 2011 s. 841 avsnitt 50. Domstolene skal altså foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene. Domstolene må som utgangspunkt også kunne prøve hvorvidt kvalifikasjonskravene som er stilt, er oppfylt.

Ved overprøving av arbeidsgivers faglige skjønn, må domstolene vise tilbakeholdenhet med å sette sine vurderinger over arbeidsgivers. Også her må domstolskontrollen begrenses til en saklighets- og forsvarlighetskontroll.

Når det gjelder beskyttelsen mot kjønnsdiskriminering må den ifølge Høyesterett være den samme uavhengig av hvem som står for ansettelsen og av om stillingen er på et høyere eller lavere nivå, jf. EU-domstolens dom i sak C-407/98 (Abrahamsson). Innslaget av faglig skjønn vil imidlertid være større der utnevnelsen gjelder lederstillinger og/eller foretas av Kongen i statsråd, slik at prøvelseskompetansen av den grunn blir begrenset.

Flertallet i Høyesterett (4) fant at det var saklig og forsvarlig å anse kvinnen som den best kvalifiserte søkeren. Argumentet om at hun var kvinne var bare et tilleggsargument og ikke avgjørende for utnevnelsen. Utnevnelsen var dermed ikke i strid med likestillingsloven. Mindretallet (1) mente det ble lagt betydelig vekt på at hun var kvinne ved utnevnelsen i strid med likestillingsloven.

Høyesterett fant at staten hadde bevisbyrden for at likestillingsloven ikke var brutt, jf. likestillingsloven § 16, og viste til departementsavdelingens notat til statsråden og foredraget til kongelig resolusjon hadde uttalelser om betydningen av å utnevne en kvinne. Disse ga i alle fall isolert sett holdepunkter for at det var lagt avgjørende vekt på kjønn. Videre viste Høyesterett til at det gikk fram av departementsrådets påtegning at han la avgjørende vekt på kjønn. Spørsmålet var deretter om staten til tross for dette hadde sannsynliggjort at den likevel ikke hadde lagt avgjørende vekt på kjønn ved utnevnelsen.

Høyesterett så først på kvalifikasjonskravene som ble stilt, og kom til at både fastsettelsen av kravene og vektingen av disse var saklig og forsvarlig. Det fulgte ikke bestemte krav av stillingsinstruks eller utlysningstekst. Etter bevisførselen la Høyesterett til grunn at Forsvarsstaben la vesentlig større vekt på operativ erfaring enn det departementet gjorde. Departementet framhevet på sin side tjeneste ved Forsvarets skolesenter og kjennskap til forvarets utdanningssystem som en viktig kvalifikasjon. Det ble særlig lagt vekt på at det var en topplederstilling uten operative oppgaver, samt at erfaring fra og kunnskap om det organet man skal lede, er noe som ofte vektlegges ved ansettelser og utnevnelser.

Høyesterett fant videre at det var saklig og forsvarlig å anse kvinnen som best kvalifisert for stillingen. Det ble fremhevet at det for topplederstillinger må være vid adgang til å legge vekt på personlig egnethet.

Anførsler fra As side om at det gikk rykter i fagmiljøet om at det skulle utnevnes en kvinne, fant Høyesterett ikke grunnlag for at stemte med virkeligheten. Etter Høyesteretts syn kunne ikke uttalelsene i saksdokumentene om betydningen av å utnevne en kvinne bokstavfortolkes og heller ikke leses uavhengig av det øvrige innholdet. Etter en samlet vurdering – i lys av konklusjonen om at det var saklig å anse kvinnen som best kvalifisert – fant Høyesterett at betydningen av at hun var kvinne kun var et tilleggsargument, som ikke hadde vært avgjørende for utnevningen.

A og partshjelper for A, Befalets fellesorganisasjon ble fritatt fra å erstatte statens sakskostnader for alle instanser. Høyesterett la særlig vekt på at sakspapirene hadde formuleringer som kunne tyde på at kjønn var vektlagt, saken var av velferdsmessig betydning for A og på styrkeforholdet mellom partene.

Momentene ovenfor gjorde seg ikke gjeldende i vurderingen av om den utnevnte kvinnen burde tilkjennes sakskostnader. Kvinnen hadde ikke hatt noen innvirkning på de ovennevnte forhold. Selv om hun ikke var part i saken, hadde saken stor betydning for henne. Utfallet av saken kan lett få betydning for hvordan kvinnen vil bli vurdert dersom hun søker en annen stilling, samt for respekten for henne som sjef for Forsvarets høgskole. Det er heller ikke forskjell i styrkeforholdet mellom kvinnen og A.

Mindretallet (1) mente at det ikke lot seg bestride at regjeringen la betydelig vekt på at B var kvinne og at det var klar sannsynlighetsovervekt for at utnevningen var i strid med likestillingsloven på bakgrunn av sakspapirene. Mindretallet viste til at FD I hadde lagt til grunn at kandidatene stod likt når det gjaldt operativ erfaring, ledererfaring og formell utdanning, noe som etter mindretallets syn var positiv uriktig. Mindretallet uttalte også at kjønn i sakspapirene var anvendt som en faglig kvalifikasjon, noe som er klart i strid med likestillingsloven. Formuleringene kunne heller ikke etter mindretallets oppfatning bortforklares med sviktende formuleringsevne. Mindretallet viste til at Høyesterett i en rekke avgjørelser har fremholdt at etterfølgende forklaringer som blir avgitt fra vitner med binding til partene og som står i motstrid til mer begivenhetsnære bevis, ikke kan tillegges særlig vekt. De begivenhetsnære bevis ga i denne saken etter mindretallets syn et temmelig entydig bilde.

8.3 Avgjørelser fra tingrettene

Oslo tingrett, dom av 8. juli 2010 (TOSLO-2010-7432)⁴² Utnevning av sorenskriver, moderat kvotering, likestillingsloven §§ 3 og 3a

Saken gjaldt krav om dom for at utnevning av sorenskriver var i strid med likestillingsloven § 3 jf. § 3a samt krav om erstatning for økonomisk og ikke-økonomisk skade.

Innstillingsrådet for dommere avga innstilling med mannlig søker A (saksøker) som nr. 1 og kvinnelig søker C som nr. 3. Innstillingsdokumentet inneholdt ingen beskrivelse eller vurdering av spørsmålet om kjønnskotering. Innstillingen ble etter dette oversendt departementet, og det ble utarbeidet notat om saken til departementsledelsen. I påtegning til notatet ble det argumentert for at C burde

⁴² LDN 23/2009 og LDO 09/203.

utnevnes som sorenskriver. Påtegningen kritiserte innstillingen for nærmest å se bort fra Cs periode som konstituert sorenskriver. Påtegningen endte slik: «*Det er underlig å bare basere seg på intervjuet hvor hun ikke gjorde det så godt, når man har flere års praktisk erfaring som sorenskriver. Også tatt 'kvinneprofilen' i fht. domstolledere tror jeg at jeg hadde satt C på 1. plass.*» Departementsråden mente C var minst like godt kvalifisert som de to andre innstilte. Ut fra dette mente departementsråden at departementet ikke ville «få noen problem i forhold til likestillingsloven/-ombudet ved å ansette henne». Kongen i statsråd utnevnte C til sorenskriver ved X tingrett.

Ombudet ga uttalelse om at Justisdepartementet ikke hadde brutt likestillingsloven § 4 andre ledd jf. § 3 og § 3a ved utnevnelsen. Klager brakte ombudets uttalelse inn for nemnda. Nemnda ga uttalelse hvor nemndas flertall mente at vilkårene i likestillingsloven § 3a var oppfylt da departementet utnevnte C til sorenskriver idet det var vanskelig å fastslå om den kvinnelige eller mannlige kandidaten var best kvalifisert.

Retten fant at staten v/Justisdepartementet måtte frifinnes. Retten viste innledningsvis til at Kongen, dvs. regjeringen utnevner dommere etter å ha innhentet innstilling fra innstillingsrådet for dommere, jf. Grunnloven § 21, jf. domstolloven § 55 flg. Det skal innstilles tre søkere for å sikre at regjeringen «får reell innflytelse og valgmulighet», jf. Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) s. 103 flg.

Det var ikke bestridt at regjeringen ellers var bundet av alminnelige saklighetskrav og lovverket for øvrig, herunder at forskjellsbehandling på grunn av kjønn er forbudt etter likestillingsloven § 3 med mindre regelen om positiv særbehandling i § 3a kommer til anvendelse.

Retten viste til at det er en målsetting om å øke andelen kvinnelige dommere som går fram av Ot.prp. nr. 44 (2000–2001) og innstillingsrådets praksis/policynotat.

Saksøker bestred ikke at det var en adgang til positiv særbehandling i forbindelse med utnevnelse av domstolleder forutsatt at de som konkurrerte om stillingen var tilnærmet like godt kvalifisert. Han var også enig i at kvinner er underrepresentert og at det ville ha stor likestillingsmessig betydning å utnevne en kvinne framfor en mann. Uenigheten bestod kun i om det i forbindelse med utnevnelsen kunne legges til grunn at B var tilnærmet like godt kvalifisert for stillingen. Det var heller ikke omtvistet at staten v/Justisdepartementet hadde bevisbyrden for at vilkårene for positiv særbehandling til fordel for B var oppfylt, jf. likestillingsloven § 16, noe som etter rettens oppfatning også måtte legges til grunn på bakgrunn av innstillingsrådets enstemmige innstilling.

Retten viste til at innstillingsrådet for dommere vurderte at A og C ikke var tilnærmet like godt kvalifisert. At det ikke sies noe om hvorvidt moderat kvotering var vurdert skyldes at innstillingsrådet ikke vurderte de to søkerne som tilnærmet like godt kvalifisert.

Departementet la ikke samme vekt som innstillingsrådet på det inntrykk søkerne hadde gitt under intervjuet fordi den utnevnte kvinnen etter departementets vurdering hadde vist gode lederegenskaper, dokumentert ved saksavvikling i løpet av sin konstitusjonsperiode som sorenskriver, og gode referanser.

Retten kom under tvil til at det ikke kunne legges avgjørende vekt på innstillingsrådets vurdering. Departementet og innstillingsrådet hadde som påpekt av nemndas flertall vurdert de forskjellige elementene i de to søkeres kvalifikasjoner ulikt. Retten fant, slik som nemndas flertall, at verken departementets eller innstillingsrådets avveining framstod som en urimelig eller uforsvarlig kvalifikasjonsvurdering og at det var vanskelig å fastslå at den ene framstod som mer korrekt enn den andre. Dersom det ble sett bort fra innstillingsrådets vurdering av hvilket inntrykk søkerne gjorde under intervjuet framstod de to søkerne temmelig likt kvalifisert. Enkelte av kriteriene trakk riktignok i favør av saksøker, men likevel ikke mer enn at det kunne legges til grunn at de to var tilnærmet like godt kvalifiserte.

Retten var enig med staten i at domstolene i denne forbindelse og under henvisning til den frihet regjeringen har når det gjelder utnevning av dommere og domstolledere bør være tilbakeholdne med å overprøve avveiningen av skjønsmessige momenter som regjeringen har foretatt og som framstår saklig og relevant.

Retten viste til at avgjørelsen hadde budt på tvil. Det ble vist til vurderingen til nemndas mindretall og forklaringen fra innstillingsrådets medlemmer.

Saksomkostninger ble ikke tilkjent, jf. tvisteloven § 20-2 (3) bokstav a. Avgjørelsen hadde budt på tvil og saksøker hadde god grunn til å få saken prøvd for domstolene.

9 Rettspraksis fra andre land

9.1 Svensk praksis

9.1.1. NJA 2006 s.683 (Högsta domstolen) Kvoteordning etnisitet på jusstudiet

Høsten 2003 innførte Uppsala universitet en forsøksordning der 10 prosent av plassene ved opptak til jusstudiene skulle avsettes til søkere der begge foreldre var «utenlandsfødte». Formålet var å øke det etniske og sosiale mangfoldet blant studentene.

30 av 300 plasser ble forbeholdt søkere der begge foreldrene er utenlands fødte. Dette var inngangskriteriet, og de 30 plassene ble nærmere tildelt etter karakter og etter intervju med kandidatene.

Søkere med begge foreldre født utenlands som hadde gode nok karakterer til å komme inn etter de vanlige reglene, kom inn under det ordinære opptaket og var ikke en del av den særskilte kvoteordningen.

De to kvinnelige klagerne kom ikke inn på studiet, men hadde høyere poengsum enn samtlige av de 30 som kom inn gjennom kvoteordningen.

Den svenske likebehandlingsloven (Lag (2001:1286) om likebehandling av studenter i högskolan) har ikke en egen bestemmelse om positiv særbehandling. Saken ble vurdert etter den alminnelige unntaksadgangen fra diskrimineringsforbudet i likebehandlingslovens § 7 andre ledd: «*Förbudet gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. Lag (2003:311).*»

Tingretten fant at de to klagerne var stilt dårligere i likebehandlingslovens forstand. Retten viste til EU retten og slo fast at handlingsrommet for positiv særbehandling etter likebehandlingsdirektivet (etnisitet) ikke bør være større enn etter likestillingsdirektivet.

Tingretten konkluderte med at det ikke er tillatt å gi noen fra en underrepresentert gruppe fortrinn når disse er dårligere kvalifisert enn andre. Ordningen er i strid med likebehandlingsloven. Klagerne får utbetalt 75 000 SEK i erstatning.

Svea hovrätt fastholdt tingrettens avgjørelse.

Högsta domstolen karakteriserte ordningen som en kvalifisert form for positiv særbehandling (etnisk kvotering), og bruker betegnelsen «sterk» positiv særbehandling, tilsvarende radikal kvotering – om tilfeller der dårligere kvalifiserte får en fordel fremfor bedre kvalifiserte.

Domstolen mente likebehandlingslovens ordlyd tilsier at det ikke er adgang til sterk positiv særbehandling, dvs særbehandling ved ulike kvalifikasjoner. Forarbeidene til loven viser også kun til særbehandling ved likeverdige kvalifikasjoner. Domstolen fant det derfor ikke nødvendig å vurdere ordningen opp mot EU-retten.

Domstolen fastholdt hovrättens avgjørelse. Ordningen var i strid med likebehandlingsloven.

9.1.2 Svea hovrätt RH 2009:90 Favorisering av menn ved opptak til veterinærprogrammet

Sveriges lantbruksuniversitet (SLU) har en egen folkehøyskolekvote ved inntaket til veterinærprogrammet. Innenfor denne kvoten innførte universitetet en såkalt vektet loddtrekning ved inntaket. De mannlige søkerne var i mindretall og fikk gjennom vektingen seks ganger større mulighet til å få studieplass sammenlignet med kvinnene. Alle som kom inn på studiet måtte ha høyeste karakter, og i praksis ble kjønn avgjørende. Resultatet var at det kun ble tatt opp menn via folkehøgskolekvoten. Utvalgsmetoden medførte at kvinnene, uansett resultat, var avskåret fra å komme inn. Veterinærprogrammet ved SLU er det eneste i landet.

47 kvinner saksøkte universitetet for ulovlig kjønnsdiskriminering. Kvinnene vant saken og ble tilkjent 35 000 kroner hver i oppreisning.

Den svenske likebehandlingsloven (Lag (2001:1286) om likebehandling av studenter i högskolan) har ikke en egen bestemmelse om positiv særbehandling. Saken ble vurdert etter den alminnelige unntaksadgangen fra diskrimineringsforbudet i likebehandlingslovens § 7 andre ledd:» Förbudet gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. Lag (2003:311).»

I denne saken dreide det seg om forskjellsbehandling av søkere med like kvalifikasjoner. Retten slo fast at søkerens kjønn hadde vært avgjørende og at det ikke var foretatt en helhetsvurdering av søkerne. Kvinner hadde bare hatt en teoretisk mulighet til å komme inn gjennom folkehøyskolekvoten, og retten fant det tvilsomt om en slik ordning kunne falle innunder lovens unntaksbestemmelse. Særbehandlingen oppfylte uansett ikke kravet til proporsjonalitet. Det dreide seg om få plasser, så den positive særbehandlingen hadde hatt liten effekt for likestillingen, men var svært inngripende for de kvinnene som ble rammet.

10 Forvaltningspraksis

10.1 Innledning

Nedenfor følger en gjennomgang av uttalelser og vedtak fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda/den tidligere Klagenemnda for likestilling og uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet. Det er tatt med noen få uttalelser og vedtak som er vurdert etter de ordinære unntaksbestemmelsene (for eksempel arbeidsmiljøloven § 13-3) istedenfor positiv særbehandlingsbestemmelsene. Disse sakene er tatt med for å belyse skillet mellom unntaksbestemmelsen og bestemmelsen om positiv særbehandling.

10.2 Uttalelser og vedtak fra Klagenemnda for likestilling (LKN) og Likestilling- og diskrimineringsnemnda (LDN)

10.2.1 Kjønn

10.2.1.1 Ansettelse og utnevnelser

LKN-2005-4 Ansettelse, spørsmål om tilnærmet like kvalifikasjoner

Saken gjaldt spørsmål om NTNU handlet i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3 og § 3a ved tilsetting av førsteamanuensis i pedagogikk. En sakkyndig bedømmelseskomité rangerte enstemmig en mannlig søker A foran en kvinnelig søker B på grunn av faglig relevans for stillingen. Det ble oppnevnt en egen komité for å vurdere søkerens pedagogiske kvalifikasjoner. Komiteens innstilling var delt. Flertallet innstilte A som nr. 1. Instituttstyret vedtok med seks mot fire stemmer at A ble rangert foran B. SVT- fakultetets eget likestillingsombud - anbefalte bruk av moderat kjønnskvoltering på bakgrunn av at B hadde tilnærmet like gode kvalifikasjoner som A. I sitt notat til fakultetsstyret valgte fakultetsdirektøren å fremme innstillingen fra flertallet. Fakultetsstyret fattet vedtak om å tilsette B i stillingen.

Nemnda fant enstemmig at NTNU ikke hadde brutt likestillingsloven. NTNU bestred at tilsettingen var spesielt begrunnet i likestillingshensyn, men viste til at B var best kvalifisert. Nemnda var imidlertid delt i sin begrunnelse. Flertallet (4) fant at A måtte anses bedre kvalifisert enn B. Etter flertallets syn forelå det ut fra gjennomgangen av tilsettingsprosessen klare indikasjoner på at likestillingshensyn hadde vært tema. Flertallet viste til at mindretallet i instituttstyret viste til og siterte retningslinjene om kvinneandeler. Videre anbefalte det interne likestillingsombudet kvotering. I tillegg framgikk det av fakultetsdirektørens innstilling at han vurderte retningslinjene for kvinneandeler, men at han endte med å fremme innstillingen fra flertallet i instituttstyret. Etter nemndas syn ga den samme gjennomgangen forankring til synspunktet om at A og B i det minste kan anses å ha tilnærmet like gode kvalifikasjoner. På denne bakgrunn fant nemnda ikke grunn til å ta stilling til om tilsettingen var begrunnet i likestillingshensyn. Kvinneandelen på det aktuelle instituttet var under 40 prosent, og B kunne uansett vært kvotert til stillingen i henhold til retningslinjene om kvinneandeler. Nemnda viste til at innholdet av retningslinjene fremmet likestilling.

Mindretallet (1) fant at NTNU hadde sannsynliggjort at det forelå andre og kjønnsnøytrale omstendigheter som førte til at B ble ansatt framfor A. Mindretallet la ikke avgjørende vekt på at fakultetsstyrets begrunnelse ble gitt i ettertid og viste til at det ikke foreligger plikt til å gi en samtidig begrunnelse i slike tilsettingssaker. I tilfelle klagesak måtte begrunnelse gis i ettertid. Mindretallet bemerket imidlertid at det ville være en fordel om det ble gitt samtidig begrunnelse i slike saker.

LKN-2002-12 (NB! Ikke vurdert etter likestillingsloven § 3a) Oppfordre menn til å søke stillinger, «åpenbar grunn», likestillingsloven § 4

Saken gjaldt spørsmål om Moskenes kommune handlet i strid med likestillingsloven ved å oppfordre menn til å søke stillinger i helse- og omsorgssektoren. Det ble søkt etter sykepleiere, vernepleiere, hjelpepleiere, omsorgsarbeidere, assistenter og hjemmehjelpere.

Klagenemnda fant at kommunen i dette tilfellet ville hatt en «åpenbar grunn» til å lyse i alle fall enkelte av vikariatene ledig bare for menn. Kommunen hadde et klart saklig behov for mannlige pleie- og omsorgsarbeidere til å håndtere visse deler av pasientgruppen. Videre fant nemnda at det måtte være nokså klart at når en kommune har adgang til å lyse en stilling ledig bare for menn, vil det være uproblematisk å nøye seg med å oppfordre menn til å søke stillingen. Nemnda viste også til § 3 siste ledd som fastslår at forskjellsbehandling kan tillates i særlige tilfeller når den har et saklig formål, er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.

Nemnda fant ikke grunn til å gå inn på § 3a i det aktuelle tilfellet da bestemmelsen ikke var gjeldende på det tidspunkt annonsen ble benyttet, og viste til at loven ble endret 14. juni 2002 med ikrafttredelse 1. juli s.å.

LKN-1999-2 Tilsetting i videregående skole, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om tilsetting i stilling som rådgiver/spesialpedagog innen fengselsundervisningen for Vestre fengselsdistrikt, som er lagt til Time videregående skole var i strid med likestillingsloven.

Nemnda uttalte at saken avviker fra sakene som vanligvis blir lagt fram for nemnda idet den som mener å ha blitt utsatt for urettmessig behandling mener det kommer av andre forhold enn kjønn og at de likestillingshensyn arbeidsgiver gjør gjeldende, er vikarierende argument.

Under behandlingen av tilsettingssaken var det gjort saksbehandlingsfeil som innebar at det i ettertid var vanskelig å fastslå hva slags forhold som var avgjørende for at rådet vedtok å tilsette B i stedet for A. Rektor hadde en samtale med A om saken, og ifølge A kom han ikke inn på spørsmålet om likestilling og bedre kjønnsmessig fordeling. Klagenemnda fant ikke grunn til å betvile As framstilling på dette punktet og påpekte at synet ikke var imøtegått i særlig grad.

Selv om stillingen var utlyst med oppfordring til kvinner å søke, var det etter nemndas syn mange faktorer som talte for at det var andre forhold enn kjønn som var avgjørende.

Klagenemnda fant det ikke sannsynliggjort at kjønn var vektlagt på en slik måte at det kunne sies at en søker var valgt framfor en annen på grunn av kjønn. Tilsettingen var da ikke i strid med likestillingsloven. Nemnda påpekte likevel at det ville ha vært legitimt å legge vekt på kjønn for å bøte på den skeive kjønnsfordelingen i det pedagogiske personalet på skolen under forutsetning at den kvinnelige kandidaten var kvalifisert for stillingen og at kjønn var en reell begrunnelse.

LKN-1996-9 Oppfordrer kvinner til å søke stilling, underrepresentasjon, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om utlysning av ledig stilling som journalist i avisen Østlendingen ved avdelingskontoret på Tynset med spesiell oppfordring til kvinner om å søke var i strid med likestillingsloven. Klager mente annonsen var i strid med likestillingsloven ettersom det allerede var et kvinneflertall ved Østlendingens avdelingskontor på Tynset. Avisen viste til at kvinner var underrepresentert i redaksjonen. Østlendingen/Hamar Dagblad har flere avdelingskontorer, men den redaksjonelle staben må ses på som en enhet som lager et felles produkt ifølge avisen.

Nemnda slo fast at forskjellsbehandling av kvinner og menn i utgangspunktet var i strid med likestillingsloven, men at forbudet ikke rammet ulik behandling som fremmer lovens formål. Utlysning av ledige stillinger med særlig oppfordring til kvinner om å søke stillinger var etter nemndas syn en akseptert form for positiv særbehandling.

Spørsmålet om den aktuelle stillingsutlysningen lå innenfor likestillingslovens rammer måtte etter nemndas vurdering vurderes ut fra avisens samlede redaksjonelle stab. Hvorvidt en avdeling eller et kontor kan anses som en selvstendig enhet mht. likestillingslovens regler måtte vurderes konkret. Nemnda fant ikke grunnlag for å anse avdelingskontoret på Tynset som en selvstendig enhet. Kvinner var klart underrepresentert, og annonsen var i samsvar med lovens formål å fremme likestilling. Utlysningen var i samsvar med § 3.

LKN-1992-3 Ansettelse, underrepresentasjon, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om ansettelsen av A framfor B som universitetsstipendiat i filosofi ved Universitetet i Tromsø var i strid med likestillingsloven. Bedømmelseskomiteen gikk enstemmig inn for følgende rangering: B, C, A. Likestillingsutvalget anbefalte at A ble ansatt, utvalget framhevet likestillingshensyn. Instituttstyret sluttet seg til komiteens innstilling. Administrasjonen forela saken for tilsetningsutvalget med tilråding om å tilsette B. Tilsetningsrådet vedtok med fire mot én stemme å tilsette A med B på andre plass.

Hensikten var ifølge tilsetningsutvalget å få flere kvinner inn i vitenskapelige fagmiljø. Miljøet var svært mannsdominert. Det var flere kvinner enn menn i stipendiatstillingene, men det kunne etter tilsetningsutvalgets syn ikke være riktig å se stipendiatstillingene som egen kategori. Disse stillingene er rekrutteringsstillinger som tar sikte på å kvalifisere til stillinger på et høyere nivå. Klagenemnda var enig i denne vurderingen.

Nemnda uttalte at likestillingsloven i sin ordlyd ikke setter noen grense for hvor store forskjeller som kan aksepteres i søkerens kvalifikasjoner. Nemnda så ikke bort fra at de likestillingsmessige fordeler en ansettelse har, kunne veies opp av andre hensyn når forskjellen mellom to blir stor, og at en stor

kvalifikasjonsforskjell derfor kunne sette grenser for hva som faller innenfor lovens rammer. Nemnda fant det ikke nødvendig å ta stilling til hvor den grensen måtte gå.

Nemnda uttalte at den ikke hadde forutsetninger for å kunne vurdere den faglige bedømmelsen som er foretatt av søkerne. Det framgikk imidlertid at A hadde meget gode forskerpotensialer og tilfredsstilte betenkningens krav. Hun ble rangert blant de beste av søkerne både av bedømmelseskomiteen og av instituttet. Nemnda fant at slik søkeres kvalifikasjoner var beskrevet for nemnda ga det ikke grunnlag for å fastslå brudd på likestillingsloven. Dette gjaldt selv om B var innstilt som nr. én og faglig sett må anses bedre kvalifisert enn A. Konklusjonen var at ansettelsen var lovlig positiv særbehandling.

LKN-1991-1 Kjønnsnøytrale kvoteringsregler i kommunes handlingsplan for likestilling, særbehandling til fordel for menn, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om de kvoteringsregler Hurum kommune hadde vedtatt i sin handlingsplan for likestilling var i strid med likestillingsloven. Kommunen hadde vedtatt å oppfordre det underrepresenterte kjønn til å søke og bruk av moderat kvotering ved tilsetting.

Klagenemnda presiserte innledningsvis lovens generelle hovedregel om at forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt. Spørsmålet var om kvoteringsreglene Hurum kommune hadde vedtatt likevel var tillatt etter bestemmelsen om positiv særbehandling.

Nemnda viste til lovens formål om særlig å bedre kvinnens stilling og lovens forarbeider, og uttalte at loven åpner i og for seg for positiv særbehandling til fordel for menn, men at denne adgangen er snevrere enn tilsvarende adgang til fordel for kvinner.

Etter nemndas oppfatning ville det å ta sikte på en særbehandling som skal virke til fordel for menn i noen situasjoner og kvinner i andre ville kunne gjøre det lettere å akseptere positiv særbehandling av menn enn hvis det bare var det siste som var siktemålet. Samtidig ville ikke et slikt kjønnsnøytralt vedtak om moderat kvotering uten videre ligge innenfor lovens rammer ettersom det etter loven skal mer til for å særbehandle menn enn kvinner.

Begrunnelsen for vedtaket om kjønnskvotering var i stor grad knyttet til å få flere menn inn i omsorgsykker, selv om det også var framhevet at det var ønskelig å få flere kvinner inn i tekniske yrker og i lederstillinger.

Loven måtte etter nemndas syn forstås slik at det er nødvendig i større grad å sette i verk tiltak og gjøre mer på sektorer hvor kvinner er underrepresentert enn tilsvarende på sektorer hvor menn er underrepresentert. Nemnda kunne ikke se at kommunen hadde oppfylt dette vilkåret. Når det gjaldt ansettelse av kvinner i stillinger der de var underrepresentert, syntes det forutsatt at utviklingen måtte gå sin gang og være lite knyttet til bruk av kjønnskvoteringsbestemmelsen. Nemnda fant ikke at kommunens prognoser om forventet sterk økning av kvinneandelen i lederstillinger ga noen fullgod begrunnelse for hvorfor det først og fremst var satset på å oppmuntre menn til å tre inn i tradisjonelle kvinneyrker.

Nemnda viste også til at en kjønnsnøytral kvoteringsordning i daværende arbeidsmarked kunne føre til at menn i større eller mindre grad fortrenger kvinner fra stillinger i omsorgsykker og kontorsektoren uten at kvinner i tilsvarende grad ville få innpass i typiske mannsyrker.

Nemnda bemerket også at den vanskelig kunne se at det var saklig begrunnet å få menn inn i kontoryrker. Dette støttet opp under nemndas syn om at ordningen gikk utover lovens rammer. Generelt framholdt nemnda at for å kunne særbehandle menn ved ansettelser måtte dette være begrunnet nettopp i den aktuelle virksomheten. Det ville ikke være aktuelt å særbehandle menn for å bedre dette kjønns stilling, i motsetning til det som gjelder for særbehandling av kvinner, hvor det nettopp er hensynet til å bedre kvinnens stilling som er det sentrale. En kvoteringsordning som for menns vedkommende hadde vært knyttet til omsorgsykker ville lettere kunne passere enn en slik generell ordning som Hurum kommune vedtok.

Når det gjaldt spørsmålet om utlysning av stillinger måtte dette ses i sammenheng med hvor langt det er tillatt å gå i å særbehandle det ene kjønn ved ansettelsen.

10.2.1.2 Lønn og andre goder knyttet til arbeidsforhold

LKN-2004-10 Tildeling av barnehageplass, prioritering av stipendiater som er mødre, uforholdsmessighet

Saken gjaldt spørsmål om regelen om at barn av kvinnelige stipendiater ble prioritert foran barn av mannlige stipendiater ved opptak til barnehageplasser ved Universitetet i Oslo, var i strid med likestillingsloven.

Nemnda slo innledningsvis fast at universitetets regler om opptak til barnehager i utgangspunktet er direkte forskjellsbehandling av kvinner og menn fordi de er av forskjellig kjønn. Nemnda vurderte deretter om lovens § 3a kom til anvendelse.

Nemnda så ikke bort ifra at barnehageplass kunne være et egnet tiltak for å rekruttere kvinner til en utdanning eller et yrke. Nemnda viste til at halvparten av stipendiatene ved UiO var kvinner. Prosentandelen var noe lavere for dem som disputerte (ca. 40 prosent). Prosentdelen kvinner i stipendiatgruppa og blant de som disputerte var etter nemndas syn så høy at det å rekruttere flere kvinnelige stipendiater ved hjelp av positiv forskjellsbehandling ikke kunne forsvares. Spørsmålet var likevel om tiltaket kunne forsvares som et virkemiddel for å rekruttere flere kvinner som stipendiater og derved gi grunnlag for økt rekruttering av kvinner i mellom- og toppstillinger. Nemnda fant at UiO ikke hadde påvist at tiltaket var egnet til å rekruttere kvinner i mellom- og toppstillinger i en grad som står i forhold til den ulempen ulik behandling av kjønnene medførte, og fant det ikke godgjort at tiltaket var egnet til å fremme likestilling.

LKN-1999-7 Lokale lønnsforhandlinger, sentral føring i tariffavtale, likestillingsloven §§ 5, jf. 3

Saken gjaldt spørsmål om avlønning av radiograf A sammenlignet med avlønningen av kvinnelige radiografer ved et sentralsykehus var i strid med § 5, jf. § 3.

Ved de lokale lønnsforhandlingene fikk kvinnelige radiografer opprykk til lønnsramme 0903. En mannlig radiograf som var plassert i samme stillingskode fikk opprykk til lønnsramme 0901. Tillegget til de kvinnelige radiografene ble gitt under henvisning til en sentral føring i Hovedtariffavtalen 5.1. Nemnda viste til at en slik kjønnsbetinget forskjellsbehandling i utgangspunktet var i strid med likestillingsloven § 5 med mindre reglene om positiv særbehandling kom til anvendelse, og i begrunnelsen heter det videre:

«I dette tilfellet fikk alle de kvinnelige radiografene i den aktuelle stillingskoden et større lønnstillegg enn sine mannlige kolleger. Forskjellsbehandlingen hadde ikke som formål å rette opp kjønnsmessig skjevheter i avlønning av radiografene - de hadde i utgangspunktet lik lønn. Det er de ulike lønnstilleggene som har ført til at en situasjon med ulik lønn for arbeid av lik verdi basert på kjønnsmessige skillelinjer. Fylkeskommunen har fremholdt at dette i og for seg ikke har vært noe mål, men at løsningen er et resultat av oppfølging av sentrale føringer for lønnsoppgjøret.

Klagenemnda tar ikke stilling til hvordan den aktuelle tariffbestemmelsen generelt skal forstås, men bemerker at tariffavtaler må praktiseres innenfor rammen av gjeldende norsk lovgivning, herunder likestillingsloven. At partene i tariffavtalen er enige om å etablere en ordning som innebærer lønnsforskjeller basert på kjønn kan i prinsippet ikke være avgjørende. I denne saken er det heller ikke tale om et mer eller mindre tilfeldig resultat, slik situasjonen ofte kan være i denne typen forhandlinger. Dokumentene i saken tyder snarere på at arbeidsgiver fremmet et tilbud som oversteg forventningene til flertallet – dvs de kvinnelige radiografene. Selv om partene må innrømmes et visst spillerom i slike lokale forhandlinger hvor det er en pott til fordeling, er den lønnsforskjell som ble etablert mellom de kvinnelige og mannlige radiografene i stillingskode 6564 etter Klagenemndas syn i strid med likestillingslovens krav om at lik lønn for arbeid av lik verdi, jf. likestillingsloven § 5, jf. § 3.»

LKN-1997-2 Lokale lønnsforhandlinger, sentral føring i tariffavtale, likestillingsloven §§ 5, jf. 3

Saken gjaldt spørsmål om lønnsopprykk og avlønning av en kvinnelig tekniker var i strid med § 5, jf. § 3. Nemnda kom til at lønnsfastsettelsen, som var resultat av lokale lønnsforhandlinger i staten i medhold av Hovedtariffavtalen 2.3.3 om årlige forhandlinger, ikke var i strid med likestillingsloven § 5 og § 3. Saken gjaldt en kvinnelig tekniker som fikk lønnsopprykk med ett lønnstrinn under henvisning til Hovedtariffavtalens tilråding om at kvinner skulle tilgodeses i lønnsoppgjøret.

Nemnda fant at opprykket hovedsakelig var begrunnet i at hun var kvinne, og uttalte følgende:

«Slik prioritering basert på kjønn, vil i utgangspunktet være i strid med likestillingslovens krav om likebehandling av kvinner og menn, hvis ikke forskjellsbehandlingen har til formål å rette opp kjønnsforankrede skjevheter. Ved vurderingen av om prioriteringen av den kvinnelige teknikeren er i strid med likestillingsloven, må det imidlertid tas hensyn til at oppgjør av denne typen normalt fører til at det oppstår lønnsforskjeller som både kan være og virke urimelige. Slike ulikheter vil imidlertid kunne rettes opp over noe tid.

Likestillingsombudet har i sin vurdering lagt til grunn at det ut fra likelønnsbetraktninger ikke skulle være grunn til å gi lønnsopprykk til D og har videre fremholdt at prioriteringen fremstår som tilfeldig.

Etter Klagenemndas vurdering vil resultatet av slike lønnsforhandlinger – når man går inn på hver enkelt person – ofte kunne fremstå som nokså tilfeldig.

Det er opplyst at kvinner er underrepresentert i denne delen av Luftfartsverkets virksomhet. Ved vurderingen av om det ved utvelgelsen var lovlig å legge vekt på kjønn og likestillingshensyn i en større bedriftsorganisasjon, mener Klagenemnda at dette aspekt må ses i et noe videre tidsperspektiv. I organisasjoner der kvinner er underrepresentert må det etter Klagenemndas vurdering – i alle fall på kort sikt – aksepteres at kvinner tilgodeses i denne type forhandlinger, selv om prioriteringen av den enkelte ikke alltid har til formål å rette en etablert kjønnsbasert lønnskjevhet.»

10.2.1.3 Utdanning

LDN-2006-20 Yrkesmessig videreutdanning, uforholdsmessighet

Saken gjaldt spørsmål om delvis dekning av kursavgift for kvinner og 2/3 kvote for kvinner ved deltakelse på kurs i styrearbeid var i strid med likestillingsloven. Innovasjon Norge og Møre og Romsdal fylke inviterte til kvalifiseringsprogram for styrekandidater. Kurset skulle bestå av tre samlinger og en 72 timers hjemmeeksamen. Kurset skulle gi seks studiepoeng og innebar en kursavgift for deltakerne på kr. 6000,- i tillegg til utgifter til litteratur, reise og opphold. I invitasjonen stod det følgende om dekning av kursavgift for kvinnelige søkere: «Møre og Romsdal fylke kan etter søknad dekke 50 % av kursavgiften for kvinner som ikke får dekket denne av arbeidsgiver». Videre stod det følgende om utvelgelse av deltakere: «Ved opptak av deltagere vil det i tillegg til utdanning og erfaring, bli lagt vekt på å få en gruppe med variert bakgrunn. Vi ønsker gjerne deltakere både fra landbruk, fiskeri og reiseliv. Kvinner er prioritert målgruppe ved at 2/3 av plassene er avsatt til kvinner.»

Nemnda fant at delvis dekning av kursavgift for kvinner og 2/3 kvote for kvinner ved deltakelse på kurset i styrearbeid var tillatt etter likestillingsloven § 3a. Nemnda fant at det aktuelle kurset var yrkesutdanning eller yrkesmessig videreutdanning. Adgangen til å delta på slike kurs var dermed omfattet av Likestillingsdirektivet (76/207/EØF), som var en del av EØS-avtalen. Det ble i denne sammenheng vist til EF-domstolens sak C-158/97 (Badeck). Statistiske data viste at kvinner var klart dårligere representert i selskapsstyrer enn menn. Nemnda fant det også klart at tiltakene var egnet til å fremme likestilling i form av bedre muligheter for kvinner som ønsket å bli rekruttert som styremedlemmer. Videre kom nemnda til at tiltakene ikke var uforholdsmessig inngripende overfor menn, og viste til at Stortinget har vedtatt at allmennaksjeselskapene skal ha minst 40 prosent kvinner i styrene og at med en faktisk kvinneandel på 20 prosent må det aksepteres en forholdsvis sterk forskjellsbehandling. Nemnda viste også til at menn ikke er utelukket fra kurset og har også mulighet til å få tilsvarende opplæring gjennom andre utdanningstilbud.

LKN-2005-23 Reise- og utdanningsstipend, uforholdsmessighetsvurdering

Saken gjaldt spørsmål om Høgskolen i Buskerud handlet i strid med likestillingsloven ved å tildele jenter som begynner på ingeniørutdanningene ved høgskolen et reise- og utdanningsstipend på kr. 25 000,-.

Nemnda la til grunn at det innenfor de aktuelle studieretningene og blant ferdige utdannede ingeniører innenfor de samme fagområdene, var sterk mannsdominans. Nemnda mente på denne bakgrunn av stipendordningen var likestillingsfremmende. Nemnda viste til at ved at flere kvinner tar utdanning innenfor teknologiske fag, ville kvinneandelen i denne sektoren øke. Det ville føre til mindre kjønnsdelt arbeidsmarked og derigjennom fremme likestilling.

Nemnda fant videre at tiltaket var egnet til å oppnå formålet, og viste til ombudets begrunnelse. I tillegg viste nemnda til at økningen i antallet nye kvinnelige studenter. Selv om disse tallene ikke var evaluert, ga tallene grunn til å tro at stipendordningen har medvirket til at flere kvinnelige studenter hadde søkt til ingeniørutdanningene.

Selv om nemnda hadde forståelse for at mannlige studenter kunne oppleve ordningen som urettferdig, fant nemnda at tiltaket ikke var uforholdsmessig inngripende overfor de mannlige studentene. De mulige positive virkningene veide etter nemndas syn langt tyngre enn de negative sidene. Nemnda viste til at det i en situasjon med så skjev kjønnsfordeling måtte det være rom for å prøve ut nye og omdiskuterte virkemidler med sikte på å oppnå bedre kjønnsbalanse enn ellers. Nemnda understreket at tiltaket ikke ville være lovlig dersom det etter evaluering skulle vise seg at det hadde ingen eller svært liten effekt, og at det bare ville være lovlig til formålet med særbehandlingen er oppnådd.

LKN-2005-12 (NB! Ikke vurdert etter § 3a) Tildeling av barnehageplass, prioritering av jenter, ulovfestet unntaksregel

Saken gjaldt spørsmål om Frognerbakken barnehage handlet i strid med likestillingsloven ved å legge vekt på kjønn ved tildeling av barnehageplass. Barnehagen hadde tildelt to av tre ledige plasser på småbarnsavdelingen til jenter til tross for at dette ikke fulgte vanlig prioriteringsrekkefølge for å unngå en avdeling som bare bestod av gutter.

Nemnda vurderte om forskjellsbehandlingen likevel var tillatt etter den ulovfestede unntaksregelen om saklig grunn. Nemnda tok utgangspunkt i at saken var utenfor rettsområdet som er omfattet av direktiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet). Det var ikke tale om å forfordle rettigheter på tross av kvalifikasjoner. Barna hadde ikke rett på plass ved Frognerbekken barnehage.

Nemnda viste videre til at likestilling er en menneskerett og til Kvinnekonvensjonen artikkel 5a som oppstiller en plikt for statene til å ta i bruk passende virkemidler for blant annet å modifisere kjønnsstereotype kjønnsroller. Statens plikt til å fremme likestilling kom blant annet til uttrykk i den offentlige handlingsplanen for barnehager. Planen gjaldt for både offentlige og private barnehager og påla disse å fremme likestilling mellom kjønnene.

Barnehagens vedtekter ga mulighet for å fravike prioriteringsrekkefølgen for å kunne sikre en kjønnsblandet sammensetning. Slik nemnda så det var det vanskelig å fremme likestilling i praksis for helt små barn dersom bare det ene kjønn skulle være representert blant barna i avdelingen. Nemnda la videre vekt på at den skjeve kjønnsfordelingen ville forplantet seg oppover i aldersgruppene etter hvert som barna ble eldre.

Det at barnehageplass i mange kommuner var et knapphetsgode innebar etter nemndas syn ikke andre vurderinger med hensyn til saklighetskriteriet.

Ettersom nemnda kom til at forskjellsbehandlingen var tillatt etter den ulovfestede saklighetsadgangen, fant nemnda ikke at det var nødvendig å ta stilling til om forskjellsbehandlingen var tillatt etter § 3a.

LKN-2002-4 Opptak til skole, radikal kvotering, likestillingsloven §§ 6 og 3

Saken gjaldt spørsmål om Statens utdanningskontor i Vest-Agders praktisering av opptaksreglene til United World Colleges (UWC) var i strid med likestillingsloven. Utvelgelsesprosessen bestod grovt sett av følgende trinn: Innledningsvis ble det foretatt en grovsiling under hensyntagen til alder og karakterer. Derneft fulgte en intervjurunde og avslutningsvis ble det tatt hensyn til at UWC ønsket en kjønnsmessig fordeling av søkerne på ca. 50 prosent av hvert kjønn. Utviklingen hadde vært at andelen kvinnelige søkere hadde økt, mens antallet mannlige søkere hadde sunket, slik at ved opptaket til skoleåret 2001/2002 var kun 20 prosent av søkerne menn og 80 prosent kvinner. Kjønn ble i dette tilfellet således en avgjørende kvalifikasjon for vurderingen av hvilke studenter som skulle tilbys plass.

Nemnda vurderte først om ombudet hadde utøvet riktig lovanvendelse da hun i sin andre avgjørelse hadde avgjort saken etter likestillingsloven § 3 tredje ledd og ikke etter § 6 tredje ledd. Nemnda uttalte at adgangen til positiv særbehandling etter § 6 tredje ledd var snevrere enn etter hovedregelen om særbehandling etter § 3 tredje ledd. Etter § 6 tredje ledd var det kun tillatt med moderat kvotering på nærmere angitte vilkår. Regelen i § 6 tredje ledd er en mer spesiell regel enn den generelle hovedregel, og § 6 måtte få forrang. Radikal kvotering var etter lovens ordlyd ikke tillatt når det gjaldt opptak til skoler som i det foreliggende tilfelle tok sikte på å rekruttere til yrke eller profesjon. Nemnda viste til at den er kjent med lovforslaget i Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) som foreslår å oppheve § 6 tredje ledd.

Nemnda vurderte deretter om det hadde funnet sted en slik rettsutvikling at det ved opptak til skoler likevel er adgang til radikal kvotering. Adgangen til radikal kvotering må tolkes i overensstemmelse med Norges forpliktelser etter EØS-avtalen, jf. presumpsjonsprinsippet og EØS-lovens § 2. Nemnda fant at det var nødvendig å vurdere lovligheten opp mot Norges EØS-rettslige forpliktelser. Videre viste nemnda til likebehandlingsdirektivets bestemmelser. Nemnda fant at det ikke var mulig med eksisterende opptaksprosedyre å si om alle gutter som ble tatt opp er likt kvalifisert med alle jenter som ikke ble tatt opp. Nemnda viste til at det følger av Kalanke-saken, Marschall-saken og Abrahamson-saken at en ordning som gir automatisk og absolutt fortrinnsrett til det underrepresenterte kjønn hvor denne er tilstrekkelig kvalifisert, men mindre kvalifisert enn den best kvalifiserte søker er uforenlig med prinsippet om lik behandling av kvinner og menn, jf. direktivets art. 2. Nr. 1 og nr. 4 og artikkel 141 nr. 4 i Amsterdam-traktaten. Likestillingsloven § 3 tredje ledd måtte tolkes i samsvar med EØS-rettslige forpliktelsene og følgelig er radikal kvotering ikke tillatt. Etter nemndas syn bringer EØS-retten ikke noe nytt mht. UWC og saken måtte avgjøres etter § 6 tredje ledd.

Avgjørende når det gjaldt vurderingen etter likebehandlingsprinsippet var at opptaksprosedyren ikke sikret at alle søkerne først blir vurdert etter kvalifikasjoner før det underrepresenterte kjønn ble valgt i de tilfeller hvor søkerne var tilnærmet likt kvalifisert. EF-domstolen har tolket likebehandlingsdirektivet til også å omfatte utdanning som er kvalifiserende for arbeidslivet, jf. Schnorbus-saken. Det er nemndas oppfatning at allmennutdanning som videregående skole, som UWC tilbyr, i dag må anses som et vanlig grunnkrav for å kvalifisere for de fleste stillinger i arbeidslivet.

Nemnda var ikke uenig i at en jevn kjønnsfordeling kunne være fordelaktig i en skolesituasjon, men uttalte at likebehandlingsprinsippet imidlertid sikrer individers individuelle rett til å bli likebehandlet uavhengig av kjønn. Nemnda uttalte at for å nå målsettingen kunne moderat kvotering være et aktuelt virkemiddel. Likeledes viste nemnda til at ulike former for markedsføring kunne være et virkemiddel for å jevne ut skjevhet i søkermassen.

LKN-2000-9 Datakurs forbeholdt jenter, likestillingsloven § 6

Saken gjaldt spørsmål om et datakurs forbeholdt jenter som ble arrangert av IT-Akademiet i Bergen var i strid med likestillingsloven § 6.

Nemnda viste til lovens hovedregel om at kvinner og menn skal ha samme adgang til skole- og kurstilbud. Forskjellsbehandling som fremmer likestilling er etter § 3 tredje ledd ikke lovstridig. Etter § 6 tredje ledd kan positiv særbehandling av det ene kjønn godtas ved opptak til kurs.

Nemnda uttalte at den var enig med ombudet i at det aktuelle tilbudet om datakurs for jenter ikke var i strid med likestillingsloven selv om menn ikke ble gitt et helt tilsvarende tilbud, og tiltrådte i det alt vesentlige ombudets begrunnelse. Videre la nemnda til grunn at it-bransjen var klart mannsdominert og at et kurs som det aktuelle var egnet til å fremme kvinners deltakelse i slike fagmiljøer. Nemnda bemerket at kurstilbud som dette på sikt ville kunne komme i konflikt med § 6 dersom kurstilbudet samlet innebar at menn over tid fikk et dårligere nybegynnertilbud enn jenter. Kortsiktige tiltak som dette kunne imidlertid godtas selv om søkere kunne oppleve der provoserende å bli avvist fordi de er menn.

LKN-1999-9 Mekkekurs, sikkerhetskontroll, prioritering av kvinner, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om NAFs tilbud om mekkekurs og sikkerhetskontroll for kvinnelige medlemmer er i strid med likestillingsloven § 3.

Klagenemnda var enig med ombudet i at NAF hadde gitt en saklig begrunnelse for tilbud om mekkekurs for kvinnelige medlemmer og tilbud om sikkerhetskontroll som en gest den 8. mars og at disse tiltakene kunne være egnet til å fremme likestilling. Kurset var spesielt myntet på jenter, men mannlige medlemmer kunne også delta.

LKN-1997-8 Uttak av brannkonstabel til befalskurs, spørsmål om tilnærmet like kvalifikasjoner, likestillingsloven §§ 6 og 3

Saken gjaldt spørsmål om Trondheim Brann- og Feiervesens uttak av brannkonstabel A til befalskurs 2 ved Norges brannskole, var i strid med reglene i likestillingsloven § 6 jf. § 3. Det var ni søkere til kurs, derav en kvinne, brannkonstabel A. Arbeidstakerrepresentanten fremmet forslag om at røykmester/brannmester B skulle innstilles som nr. 1 til befalskurs 2. Brannsjefen fremmet forslag om at A skulle prioriteres. Prioriteringen var begrunnet i ønske om å sikre rekruttering av kvinner til befalsstillinger i brannvesenet. Brannsjefens innstilling ble vedtatt med formannens dobbeltstemme.

Innledningsvis fastslo nemnda at det ikke var tvil om at A ble tatt opp på befalskurs fordi hun var kvinne. Det dreide seg om utdanningstilbud som var regulert av likestillingsloven § 6 tredje ledd. Nemnda var enig med likestillingsombudet i at det sentrale spørsmålet var om særbehandlingen av A hadde skjedd på tilnærmet like vilkår, idet øvrige vilkår i § 6 tredje ledd måtte anses oppfylt.

Nemnda var enig med ombudet i at kriteriet om tilnærmet like vilkår ikke kan tolkes så strengt at søkere fra det underrepresenterte kjønn må ha nøyaktig samme kvalifikasjoner som søkere fra det overrepresenterte kjønn. Loven oppstiller imidlertid en grense for hvor store forskjeller som kan aksepteres. Nemnda var også i utgangspunktet enig med ombudet i at grensen i det enkelte tilfelle må vurderes opp mot den likestillingseffekt som et tiltak må anses å ha og at det innenfor visse rammer kan være grunn til å praktisere bestemmelsen lempeligere jo større likestillingseffekten er. Nemnda påpekte imidlertid at dette var en særregel som ga mindre rom for positiv særbehandling enn den generelle bestemmelsen i § 3. Formålsbetraktninger med forankringer i lovens § 1 måtte tillegges begrenset vekt på grunn av at særbehandlingen måtte skje på ellers tilnærmet like vilkår.

Nemnda kom til at vilkåret om tilnærmet like vilkår ikke var oppfylt. B hadde betydelig lengre yrkeserfaring og en stilling som i opplæringsplanen var prioritert for nettopp dette kurset. Forskjellene i Bs favør var så vidt markerte at det ikke var rom for å prioritere A ved opptaket innenfor rammen av § 6 tredje ledd.

10.2.1.4 Tilskuddsordninger, tildeling fra legat, rundskriv mv.

LDN-2006-1 Høyere kommunalt tilskudd, uforholdsmessighetsvurdering

Saken gjaldt spørsmål om høyere kommunalt tilskudd til bedrifter som rekrutterer kvinnelige styreledere var i strid med likestillingsloven. Tilskuddet var i utgangspunktet 50 prosent av første års kostnad oppad begrenset til kr. 25 000,-. Bedrifter som valgte kvinnelig styreleder blant de eksterne profesjonelle kandidatene fikk imidlertid dekket 100 prosent av kostnadene oppad begrenset til kr. 50 000,-.

Av 5160 styreledere i aksjeselskaper i Vest-Agder var ni prosent kvinner. Nemnda fant dermed at det var åpenbart at kvinner var spesielt dårlig representert. Det var også klart at tiltaket var egnet til å fremme likestilling i form av bedre muligheter for kvinner som ønsker å være profesjonelle styreledere. Ordningen var midlertidig og vilkåret om at særbehandlingen kun skal vare til formålet er oppnådd, var dermed oppfylt. Nemnda fant at tiltaket ikke var et uforholdsmessig inngrep overfor menn. Ordningen utelukket ikke menn fra å bli valgt som styreleder ved de aktuelle bedriftene, selv om bedriften ville legge vekt på det høyere tilskuddet. Nemnda viste til at i alle tilfeller er

misforholdet så stort at menn må tåle at bedriftene gis noe større motivasjon til å velge kvinnelig styreleder.

LKN-2002-11 Legat, kun tildeling til kvinner

Saken gjaldt spørsmål om statuttene til Inger Haldorsens legat til fremme av vitenskapelig arbeid var i strid med likestillingsloven. Ifølge statuttene skulle utdeling fra legatet kun skje til kvinner.

Nemnda delte seg i et flertall og et mindretall. Nemndas flertall (5) viste til at ordlyden i statuttene var direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, noe som i utgangspunktet er forbudt. Flertallet fant at utdeling fra legatet ikke hadde betydning for opptak til studier eller tildeling av stillinger. Ordlyden i statuttene var således ikke omfattet av likebehandlingsreglene etter EØS-avtalen.

Flertallet viste til at slik forholdene var ved de fleste universitet og høyskoler ville kvinner oftest være i mindretall i faste vitenskapelige stillinger. Dette kunne ikke sies generelt. En konkret vurdering på det enkelte fagområde var påkrevd for det enkelte tilfellet. En tildeling av midler til kvinner på fagområder med en jevn kjønnsfordeling kunne ikke automatisk sies å fremme likestilling.

Flertallet fant imidlertid at statuttene måtte tolkes i sin kontekstuelle sammenheng. Statuttens punkt 5 foreskrev utdeling av midler til kvinner og statuttens punkt 6 sa at legatet skulle ha et styre på tre kvinnelige akademikere. Testators ønske har vært å bidra til å fremme kvinnens stilling ved universiteter og høyskoler. At testator har foreskrevet at kvinnelige akademikere skal sitte i styret indikerte at testator hadde ment at kvinner i academia vil ha bedre forutsetninger for å kunne vurdere behovet for tildelingene. Legatets styre opplyste at det i praksis hadde som formål å fremme likestilling mellom kjønnene ved å støtte kvinners vitenskapelige arbeid ved norske universiteter og høyskoler. Dette måtte karakteriseres som et tiltak som tok særlig sikte på å bedre kvinnens stilling, jf. § 1. Kvinneperspektivet ble underbygget med tall som viste at kvinneandelen fremdeles var lav i de fleste vitenskapelige stillinger og at styret ved sin praksis hadde tatt sikte på at legatet skulle bidra til å rette opp denne skjevheten. Flertallet bemerket imidlertid at ordlyden i statuttene burde angi at utdeling fant sted til de fagområder hvor kvinner er underrepresentert i forhold til antall ansatte i vitenskapelige stillinger.

Mindretallet (1) var enig med flertallet i at det ikke var påvist at praksis var i strid med likestillingsloven. Mindretallet var av den oppfatning av at statuttene i seg selv var i strid med likestillingsloven ettersom menn var avskåret fra å søke og at kvinner ikke var underrepresentert i alle stillingskategorier på universitet og høyskole.

LKN-1980-3 Oppfordring i rundskriv om flere menn i forbrukernemnder, likestillingsloven § 3

Saken gjaldt spørsmål om det var i strid med likestillingsloven at Forbrukerutvalget i Østfold hadde oppfordret kommunene i fylket til å få inn flere menn i forbrukernemndene i rundskriv av 7. juni 1979. Videre gjaldt saken spørsmål om ombudet eller nemnda kunne påby Forbrukerutvalget å sende nytt rundskriv til kommunene og da slik at oppfordringen til kjønnskvotering ble generell og kunne gjelde samtlige kommunale nemnder.

Nemnda forstod klager slik at hun mente det var i strid med likestillingsloven at Forbrukerutvalget hadde sendt kommunene et rundskriv med anbefaling om kjønnskvoltering av menn til forbrukernemndene uten at det kom fram at det var større behov for kjønnskvoltering til fordel for kvinner i langt de fleste mannsdominerte kommunale nemnder og råd.

Nemnda fant at Forbrukerutvalget ikke handlet i strid med likestillingsloven ved formuleringen om kjønnskvoltering til fordel for menn i rundskrivet. Nemnda viste til at det bare var forbrukernemnder som hørte under Forbrukerutvalgets saksområde, og det var naturlig at dette utvalget måtte begrense seg til å påpeke overfor kommunene hvilken konkret kjønnskvoltering som var aktuell for å fremme likestilling i disse nemndene. Det måtte bli opp til de sentrale fylkeskommunale og kommunale instanser å vurdere behovet for å oppfordre generelt til kjønnskvoltering, eventuelt om det var behov for å oppmuntre bare til fordel for kvinner i mannsdominerte nemnder og råd.

Det kunne ikke etter nemndas vurdering pålegges utvalget i rundskriv til kommunene om kjønnskvoltering med sikte på forbrukernemndene, å formulere skrevet på en så generell måte at det faktisk ville omfatte alle nemnder og råd.

Nemnda påpekte at rundskrivet når det ses isolert kan få enkelte til å reagere. Nemnda mente imidlertid man ikke måtte se bort fra at utvalg på fylkes- og kommuneplan hvor menn dominerer, kunne ha sendt ut lignende rundskriv i favør av kvinnekvoltering eller inspirerer til slike oppfordringer.

10.2.2 Etnisitet

LDN-2014-8 – Øremerkede trainee-stillinger til journalister med minoritetsbakgrunn

Saken gjaldt NRKs stipendiatordning for flerkulturelle journalister. Stipendiatstillingene var en del av NRKs FleRe-prosjekt og tok sikte på å gi opplæring i journalistikk i NRK. Ordningen ble opprettet i 2008 og hadde som mål å rekruttere personer med minoritetsbakgrunn til NRK. Etter 2008 har NRK lyst ut fem stipendiatstillinger hvert år.

Stipendordningen hadde ti måneders varighet og opplæringen bestod av teori (10 uker) og praksis (fem og en halv måned). Lønnen i opplæringsperioden var stipendiatlønn, mens det praksisperioden ble gitt nybegynnerlønn for journalister.

For å kvalifisere for stipendordningen måtte søkerne ha familiebakgrunn fra Afrika, Asia, Sør-Amerika eller tidligere Øst-Europa. De måtte i tillegg ha gode allmennkunnskaper, relevant høyere utdanning og/eller journalistisk erfaring. Det var en forutsetning med gode norskkunnskaper. Stipendiatene var ikke garantert stilling i NRK etter endt stipendperiode, men de fikk intern status i tre år etter endt program. I tillegg ble stipendiatene gitt en begrenset fortrinnsrett til ansettelse til eksternt utlyste stillinger.

Bakgrunnen for stipendiatordningen var at personer med etnisk minoritetsbakgrunn var underrepresentert i NRK. Tall fra 2010 viste at bare 3,8 prosent av fast ansatte hadde minoritetsbakgrunn. Blant journalister var tallet lavere. Under to prosent av NRKs ansatte hadde

bakgrunn fra Asia, Afrika, Sør-Amerika og tidligere Øst-Europa. NRK hadde som målsetting at ansatte skal speile befolkningen. Dette fulgte både av vedtektene og av NRKs mangfoldstrategi. Av de 35 som hadde fullført stipendiatperiode i NRK, hadde 22 fortsatt stillinger i NRK. I 2009 vant NRK regjeringens mangfoldspris for tiltaket. I tillegg til stipendiatordningen, hadde NRK iverksatt andre tiltak for å øke rekrutteringen av personer med minoritetsbakgrunn. NRK opplyste at de også har ansatt flerkulturelle journalister som ikke har gått gjennom det aktuelle opplæringsprogrammet. Dette var den første saken nemnda behandlet om positiv særbehandling på grunn av etnisitet. Nemnda vurderte først om tiltaket fremmet diskrimineringslovens formål. Nemnda viste til at personer med minoritetsbakgrunn er underrepresentert blant journalistene, at NRK får få søkere med minoritetsbakgrunn og at det er vanskelig å få gode søkere med minoritetsbakgrunn som når opp i konkurranse med andre. Nemnda la i likhet med ombudet til grunn at FleRe-ordningen var egnet til å bedre tilgangen på arbeidsmarkedet for flerkulturelle journalister eller søkere med tilsvarende relevant utdanning som har minoritetsbakgrunn. I likhet med ombudet mente nemnda at ordningen i tillegg ville føre til NRK fremstår som mangfoldig og bedrer tilbudet til innvandrerbefolkningen. Nemnda viste til at en statskanal som NRK bør i så stor grad som mulig gi et riktig bilde av hvordan det mangfoldige Norge ser ut.

Nemnda vurderte deretter om tiltaket fra forholdsmessig, det vil si om det var et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere. I forholdsmessighetsvurderingen vurderte nemnda først om EU-domstolens prinsipper om positiv særbehandling på grunn av kjønn kan overføres til etnisitet. Det vil si om adgangen til å positivt særbehandle på grunn av etnisitet er like snever som ved positiv særbehandling på grunn av kjønn. Nemnda la til grunn at prinsippene som er blitt utviklet gjennom EU- og EFTA-domstolen i saker om positiv særbehandling på grunn av kjønn kan anvendes som tolkningsfaktor ved etnisitet som diskrimineringsgrunnlag. Dommene sier at øremerking av stillinger er direktivstridig og at adgangen til positiv særbehandling i arbeidslivet er snever. Ifølge dommene er det krav om at samtlige søkere skal gis en objektiv og individuell vurdering, slik at det er en mulighet for den best kvalifiserte søkeren å få stillingen. I sak E-1/02 slo EFTA-domstolen fast at de samme prinsippene gjelder for midlertidige stillinger, og at det ikke har betydning om de øremerkede stillingene kommer i tillegg til ordinære stillinger.

Nemnda la etter dette til grunn at øremerking av stillinger ikke er tillatt etter loven, heller ikke for midlertidige stillinger. Nemnda mente imidlertid at stipendstillingene i NRK ikke var ordinære stillinger. Nemnda viste til EU-domstolens avgjørelse i Badeck-saken (C-158/97) som tilsier at adgangen til særbehandling av kvinner i offentlig sektor der kvinner er underrepresentert er noe lempeligere for såkalte utdanningsplasser. Formålet med utdanningsplassene var å oppnå nødvendige kvalifikasjoner for senere å få tilgang til arbeid og dermed bidra til like muligheter. EU-domstolen la vekt på at kvoten gjaldt utdanningsplasser hvor ikke bare staten tilbød utdanning, men hvor det også fantes plasser i privat sektor der menn ikke var utelukket fra plassene. Nemnda viste også til uttalelser fra EFTA-domstolen om utdanningsplasser (E-1/02).

I den videre vurderingen av ordningen la nemnda vekt på at stipendiatene fylte kompetansekravene og dermed var kvalifisert til stillingene. Nemnda la også vekt på at journalister med flerkulturell

bakgrunn reelt sett hadde dårligere muligheter til arbeid om denne ordningen ikke fantes og at stipendiatorordningen til nå vært det mest vellykkede tiltaket knyttet til rekruttering av journalister med annet, språk, kulturell og nettverkskompetanse. Videre mente nemnda at det i forholdsmessighetsvurderingen av NRKs stipendiatorordning blant annet var relevant å legge vekt på momenter som ordningens varighet, lønnsnivå og om arbeidsoppgavene var ordinære eller om det var en opplæringsordning. Nemnda la vekt på at ordningen var tidsmessig begrenset (10 måneder), at lønnsnivået lå under konkurransedyktig lønn og gis delvis som stipendiatlønn og at stipendiatorordningen hadde karakter av å være en opplæringsordning. Nemnda la vekt på at den første delen av perioden var ren opplæring og at det for den øvrige delen var satt av ressurser til veiledning.

Nemnda fant etter dette at ordningen kunne betraktes som en form for tilrettelegging og at den var egnet og nødvendig for å fremme etnisk likestilling. Ved at det kun var fem stipendiatstillinger i året, rammet den ikke andre grupper uforholdsmessig hardt.

Nemnda vurderte etter dette om ordningen likevel gikk for langt ved at stipendiatene fikk tilgang på noen goder i etterkant av ordningen. Godene gikk ut på å stå som intern søkere i tre år etter endt periode, samt fortrinnsrett til stillinger. Dette spørsmålet vurderte nemnda annerledes enn ombudet. Nemnda viste til at stipendiatene ikke ble gitt fast stilling i NRK etter endt praksisperiode, men at de for en treårsperiode ble gitt en tilnærmet lik posisjon som andre ansatte i NRK til å søke på stillinger som bare utlyses internt. Ordningen fremstod, ifølge nemnda, derfor som mer attraktiv og effektiv ved at den fremmer formålet med FlerRe-ordningen. I tillegg ble stipendiatene gitt fortrinn til ansettelse i stillinger hvis de var kvalifisert eller tilnærmet likt kvalifisert med andre søkere. Nemnda fant at dette var en form for moderat kvotering som lå innenfor hva som kan utledes av diskrimineringsloven § 8 om adgangen til å velge en person fremfor en annen på grunn av flerkulturell bakgrunn.

Nemnda konkluderte etter dette med at NRK ikke hadde handlet i strid med diskrimineringsloven, da vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.

10.2.3 Nedsatt funksjonsevne

LDN-2012-16 – Kompensasjonsordning for psykiske belastningsskader

Saken gjaldt spørsmål om «Forskrift om særskilt kompensasjonsordning for psykiske belastningsskader som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner» (forskrift nr. 1768/2009) var i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Spørsmålet var om ordningen var i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven ved at bare psykiske belastningsskader, og ikke fysiske skader, var omfattet.

Forskriften gjaldt for personer som hadde tjenestegjort i internasjonale operasjoner i perioden 1. januar 1978 til 31. desember 2009. For å få kompensasjon var det en forutsetning at at vedkommende har en psykisk diagnose, har tjenestegjort i en utenlandsoperasjon og at det foreligger en legeerklæring om mulig årsakssammenheng mellom den psykiske ervervmessige uførheten og utenlandsoperasjonen. Formålet med kompensasjonsordningen er å finne en løsning på

de eldre erstatningssakene, og at veteranene skulle få en kompensasjon for psykiske plager de er påført som følge av deltakelse i internasjonale operasjoner. Mange av disse sakene er svært gamle, og det er derfor vanskelig å fremskaffe tilstrekkelig dokumentasjon etter ordinære erstatningsregler. Nemnda fant at ordningen reiste spørsmål om diskriminering etter § 4 ved at personer med fysiske belastningsskader blir stilt dårligere enn personer med psykiske belastningsskader. Nemnda måtte derfor vurdere om vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 4 fjerde ledd var oppfylt. Nemnda fant at forskjellsbehandlingen i ordningen var saklig ved psykiske belastningsskader skilte seg ut. Det er sannsynlig at slike skader skyldes utenlandsoppdrag. Å styrke rettsvernet til en gruppe som tidligere ikke har vært godt nok ivaretatt, er saklig. Nemnda uttalte videre at forskjellsbehandlingen ikke var uforholdsmessig inngripende, da fysiske skader dekkes gjennom yrkesskadelovgivningen. Nemndas konklusjon var derfor at vilkårene for unntak var tilstede.

Nemnda vurderte deretter om ordningen var i overnestemmelse med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 om positiv særbehandling. Nemnda kom til at ordningen heller ikke var i strid med denne bestemmelsen. Særbehandlingen hadde en saklig og rimelig grunn, ved at den tilgodeser en gruppe som tidligere falt utenfor yrkesskadelovgivningen. Nemnda uttalte:

«I følge Ot.prp. nr. (2007-20085) side 125, bør det utvises en viss forsiktighet med å gi positiv særbehandling til bare en eller noen grupper der det foreligger reelle ulikheter for flere grupper. En positiv særbehandling som er målrettet mot enkelte grupper, og som er ledd i en mer helhetlig strategi, må likevel kunne aksepteres.

Etter nemndas vurdering, vil det for noen med fysiske belastningsskader foreligge reell ulikhet, siden det kan være like vanskelig å bevise en årsakssammenheng som ved psykiske belastningsskader. Det er likevel en forskjell mellom de to gruppene, siden det er større sannsynlighet for at en psykisk belastningsskade har direkte årsakssammenheng med utenlandsoperasjonen enn en fysisk belastningsskade. Kompensasjonsordningen er også en målrettet ordning som anses å være en del av en helhetlig strategi. Ordningen gjelder for militært personell som har tjenestegjort i internasjonale operasjoner i perioden 1. januar 1978 til 31. desember 2009. For personell som har tjenestegjort etter 1. januar 2010 er det lovfestet et objektivt ansvar i forsvarspersonelloven § 12 b.»

10.2.4 Alder

LDN-2013-44 – Særavtale for eldre lærere – kort bemerkning om positiv særbehandling

En lektor på en videregående skole hadde benyttet seg av et seniortiltak som fulgte av en særavtale. Seniortiltaket innebar en reduksjon i undervisningstimer for lærere som var nådd en viss alder, slik at de fikk mer tid til annet pedagogisk arbeid. Årsverket ble altså ikke redusert, men tiltaket skulle gjøre arbeidsbyrden mindre. Lærerne kunne selv velge å benytte seg av tiltaket. Lærere som benyttet seg av tiltaket hadde imidlertid begrenset mulighet til å arbeide overtid sammenlignet med lærere som ikke benyttet seg av tiltaket, da det i utgangspunktet kun ble gitt overtidstillegg dersom undervisningstiden oversteg årsrammen. Det var altså begrenset mulighet til å få overtid for annet pedagogisk arbeid. Lektoren mente at seniortiltaket på denne måten var aldersdiskriminerende overfor eldre arbeidstakere.

Nemnda behandlet saken etter forbudet mot indirekte diskriminering i aml § 13-1. Nemnda fant at lektoren ikke var utsatt for indirekte diskriminering og viste til følgende begrunnelse fra ombudets uttalelse:

«Ombudet legger til grunn at seniortid er et gode som tar sikte på å avlaste arbeidstakeren med de mest belastende arbeidsoppgavene, og at ordningen er frivillig. Arbeidstakere over 60 år kan velge å benytte seg av seniortiltaket eller avstå fra det og få utbetalt overtid på lik linje med yngre arbeidstakere.

Seniorlærere vil dermed få en valgmulighet som yngre arbeidstakere ikke har, og de kan derfor ikke anses å være i en sammenlignbar situasjon med yngre lærere og eldre lærere som ikke benytter seniortid. Seniortid kan på denne måten anses å være en form for positiv særbehandling overfor eldre arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 13-6.

At A ikke kan få over hundre prosent beskjefligelse, skyldes ikke alder, men vilkårene i avtalen om seniortid. At ordningen, som i utgangspunktet begunstiger eldre arbeidstakere og som arbeidsgiver ikke er lovpålagt å tilby, kunne vært enda gunstigere eller utformet på en annen måte, reiser dermed ikke spørsmål om aldersdiskriminering.»

Nemnda bemerket for ordens skyld at nemnda ikke tok stilling til om selve seniortiltaket var innenfor lovens regler om positiv særbehandling, da dette ikke var et omtvistet tema partene imellom.

Merknad

Selv om ombudet og nemnda ikke vurderte om ordningen var i tråd med bestemmelsen om positiv særbehandling i aml § 13-6, er saken et eksempel på et tiltak som kan være å anse som et positivt særtiltak. Dette i motsetning til andre seniortiltak som først og fremst tar sikte på å fremme arbeidsgivers interesser, jf. punkt 10.3.4 nedenfor.

10.3 Uttalelser fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO)

10.3.1 Kjønn

10.3.1.1 Utlysning av stilling, tilsettinger og utnevnelser

LDO-13-287 Ansettelse av førsteamanuensis ved universitetet, spørsmål om tilnærmet like kvalifikasjoner

En mann mente seg forbigått til en stilling som førsteamanuensis på grunn av kjønn. Han mente at han var klart bedre kvalifisert enn kvinnen som ble ansatt og at universitetet dermed ikke hadde adgang til å positivt særbehandle kvinnen ved ansettelsen.

Kvinner var klart underrepresentert ved fakultet (26,1 prosent) og ved instituttet (14,3 prosent). Det var ti søkere til stillingen. En sakkyndig komite plasserte mannen og kvinnen blant de fem beste kandidatene. Etter å ha foretatt en vurdering av de fem søkeres kvalifikasjoner rangerte komiteen søkerne og satte klageren som nummer to og kvinnen som nummer en. Det fulgte av mandatet til

komiteen at komiteen skulle ta stilling til om det var mannlige og kvinnelige søkere som står likt, dersom det fremgikk av utlysningsteksten at moderat kvotering kan være aktuelt. Komiteen fant at dette ikke var aktuelt og uttalte at forskjellen mellom de to øverste (klageren og en annen mann) og kvinnen var "substantial".

Rangeringen ble opprettholdt også etter prøveforelesning og intervju. Det fremgikk at klageren gjorde et noe dårligere inntrykk på forelesning og intervju enn kvinnen, men rangeringen ble likevel ikke endret. Det ble imidlertid uttalt at forskjellen mellom dem var minsket. Mannen som stod som nummer en takk da søknaden.

Instituttleder, som skulle gi innstilling, var usikker på om det var aktuelt å buke moderat kvotering. Ifølge personalreglementet skulle innstillingsmyndigheten positivt særbehandle kvinner ved tilnærmet like kvalifikasjoner. Instituttleder kontaktet Likestillingskomiteen, som fant at moderat kvotering skulle anvendes. Etter dette skrev instituttlederen sin endelige innstilling, der kvinnen ble innstilt som nummer en og klager som nummer to. Fakultetsstyret fattet deretter vedtak der styret enstemmig vedtok at kvinnen skulle ansettes. I etterkant av dette skrev den sakkyndige komite et brev til fakultetet der de skrev at de reagerte på ansettelsen og at de mente at klager var klart bedre kvalifisert enn kvinnen.

Ombudet fant at særbehandlingen fremmet lovens formål. Spørsmålet i saken var om søkerne hadde tilnærmet like kvalifikasjoner. Ombudet uttalte at ombudet ikke hadde forutsetninger for å vurdere de to søkeres kvalifikasjoner. Det som skulle vurderes var om ansettelsen var godt begrunnet og om det var lagt vekt på usaklige og utenforliggende omstendigheter ved vurderingen av de to søkerne. Dersom vurderingen fremstod som usaklig og ubegrunnet, kunne dette være et moment som talte for at forskjellsbehandlingen var ulovlig.

Ombudet viste til at instituttleder hadde kommet til en annen konklusjon enn den sakkyndige komiteen og at det i slike tilfeller er spesielt viktig at innstillingen er godt begrunnet. Ombudet fant at universitetet ikke hadde sannsynliggjort at det var grunnlag for å konkludere annerledes enn den sakkyndige komiteen. Etter ombudets syn var det mest sannsynlig at klager var best kvalifisert og at kvinnen ikke var tilnærmet like godt kvalifisert som han. Ombudet viste til at den sakkyndige komiteen hadde uttalt at forskjellen mellom kandidatene var "substantial", og la til grunn at komiteen med dette mente forskjellen var betydelig og at den sakkyndige komite hadde foretatt en konkret sammenligning av de to kandidatene. Etter ombudets syn hadde ikke instituttleder argumentert tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at denne vurderingen var feil eller at komiteen hadde unnlatt å vurdere kvalifikasjoner som tilsa at kvinnen var tilnærmet like godt kvalifisert som klager. Ombudet viste også til at komiteen som vurderte intervju og prøveforelesning ikke hadde endret på rangeringen. Selv om klager gjorde det dårligere på intervju og prøveforelesning, var det ikke sannsynliggjort at resultatet av intervjuet tilsa at forskjellen mellom kandidatene ble så mye minsket at kvalifikasjonene kunne anses å være tilnærmet like. Slik ombudet så det, hadde ikke heller ikke Likestillingskomiteen gitt noen nærmere begrunnelse for at søkerne var tilnærmet like godt kvalifisert enn det instituttleder hadde gjort.

Ombudet fant etter dette at universitetets begrunnelse for tilsidesettelse av den sakkyndige komiteens vurdering ikke var tilstrekkelig til å sannsynliggjøre at kandidatene var tilnærmet like godt kvalifisert. Særbehandlingen var demed ikke proporsjonal og demed ulovlig.

LDO-11-2197 Innkalling til intervju, tidligere likestillingslov § 3a, tidligere diskrimineringslov § 8

Saken gjaldt spørsmål om en kommunes utlysning av stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier til et helse- og velferdssenter var i strid med likestillingsloven og/eller diskrimineringsloven. I annonsen stod det at det var et mål å rekruttere 50 prosent menn i alle stillinger og medarbeidere med samisk eller annen kultur- og språkforståelse. Kvalifiserte søkere i disse gruppene ville bli innkalt til intervju.

Kommunen anførte at de i stillingsannonsen kun uttrykte en målsetting. Kommunen ønsket å arbeide for å bedre kjønnsbalanse innenfor ansatte i helsesektoren, og mente at en bedre kjønnsbalanse ville være en fordel både for brukere av kommunens tjenester og for de ansatte. Kommunen viste også til at personer med annen kulturbakgrunn har vanskelig for å få innpass på arbeidsmarkedet. Fra tidligere ansettelsesprosesser hadde kommunen erfaring med at andelen søkere fra de to nevnte gruppene var svært lav.

Ombudet vurderte først om utlysningen var i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3. Ombudet fant at utlysningsteksten ga inntrykk av at menn ville bli foretrukket, og dermed i utgangspunktet i strid med § 4 første ledd, jf. § 3. Spørsmålet ble dermed om vilkårene for positiv særbehandling i § 3a var oppfylt.

Ombudet gikk gjennom forarbeider til likestillingsloven som omhandler adgangen til positiv særbehandling av menn og uttalte:

«Lovgiver har altså ved to anledninger, av nyere dato, tatt stilling til dette spørsmålet, og valgt ikke å utvide adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn. Selv om ordlyden i § 3a ikke utelukker særbehandling til fordel for menn, taler både lovens formål, forarbeider og forvaltningspraksis for at slik særbehandling i arbeidslivet kun kan anvendes innenfor forskriftens område.

Den tidligere Klagenemnda for likestilling åpnet for så vidt for at det kunne være adgang til å benytte positiv særbehandling til fordel for menn i den såkalte Hurum-saken (1/1991). Ombudet finner å måtte legge mindre vekt på denne uttalelsen, da den ble truffet før vedtagelsen av forskriftshjemmel og forskrift om særbehandling av menn.»

Ombudet mente at Klagenemndas uttalelser i sak 1/1991 som åpnet for at det kan være adgang til å positivt særbehandle menn, ikke kunne tillegges vekt da denne ble truffet før vedtakelsen av forskriftshjemmelen. Ombudet fant derfor at utlysningen var i strid med likestillingsloven. Ombudet fant også at utlysningen var i strid med Forskrift om særbehandling av menn, da forskriften har utgangspunkt i stillinger innen barnehage, grunnskole og barnevern. De aktuelle stillingene var, etter ombudets vurdering, ikke tilsvarende stillinger.

Ombudet vurderte deretter om utlysningen var i strid med diskrimineringsloven. Utlysningen innebar en diskriminering av personer med norsk bakgrunn som ikke var samisk, og var i utgangspunktet lovstridig. Spørsmålet ble dermed om vilkårene i diskrimineringsloven § 8 var oppfylt.

Ombudet fant at utlysningen kunne bidra til å fremme lovens formål, og vurderte deretter om kravet om proporsjonalitet var oppfylt. Ombudet viste til lovens forarbeider som sier at virkemidler som å sikre et visst antall med innvandrerbakgrunn til intervju, er uproblematisk med hensyn til proporsjonalitetskravet. Det er først ved tildeling av et gode at dette kravet er begrensende. Ombudet fant heller ikke at dommer fra EU-retten satte begrensninger for denne type virkemiddel.

Ombudet konkluderte med at utlysningen ikke var i strid med diskrimineringsloven. Saken ble ikke påklaget.

LDO-09-1017 Tilsetting, prioritering av kvinne, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om vektlegging av alder og kjønn ved ansettelse av valgkampmedarbeider var i strid med arbeidsmiljøloven og likestillingsloven. En mann hevdet å være diskriminert på grunn av kjønn og alder i forbindelse med ansettelse i stillingen.

Arbeidsgiver avviste at ansettelsen var lovstridig. Det ble hevdet at avgjørelsen i ansettelsessaken var tatt på bakgrunn av søkerens personlige egenskaper, praktiske erfaring og formelle kvalifikasjoner. Subsidiært hevdet arbeidsgiver at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.

Klager kunne ikke dokumentere påstanden om aldersdiskriminering, og han oppfylte dermed ikke sin bevisbyrde. Ombudet kom da fram til at alder ikke var vektlagt i strid med arbeidsmiljøloven.

Det var ikke tvilsomt at kjønn var tillagt vekt i bedømmelsen av søkerne. Da vektlegging av kjønn i utgangspunktet er lovstridig, ble spørsmålet om unntaket om positiv særbehandling kom til anvendelse.

Vurderingen ble deretter om de to aktuelle søkerne var tilnærmet like godt kvalifisert, da dette er en forutsetning for at det skal være lov å legge vekt på kjønn ved ansettelse. Ombudet uttalte at dette er en skjønnsmessig vurdering, hvor ombudets kompetanse er begrenset til å sette til side vurderinger som fremstår som uforsvarlige eller urimelige, jf. praksis fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Ombudet fant at arbeidsgivers vurdering av søkerne ikke framstod som uforsvarlig eller urimelig.

Ombudet fant videre at vilkåret om underrepresentasjon var oppfylt. Avslutningsvis veide ombudet hensynet til likestilling opp mot ulempen for den som ble stilt dårligere som følge av tiltaket. Ombudet påpekte i denne sammenheng at det var snakk om en tidsbegrenset stilling som utgjorde i overkant av tre månedersverk. Ombudet mente likestillingshensyn måtte veie tungt og ansettelsen kunne ikke anses som uforholdsmessig byrdefull. Ombudet konkluderte med at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.

LDO-08-1982 Utnevnelse av tingrettsdommer, underrepresentasjon på landsbasis, spørsmål om tilnærmet like kvalifikasjoner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om vektlegging av kjønn ved utnevnelse av tingrettsdommer var i strid med likestillingsloven.

En mannlig søker ble innstilt som nr. 1 av innstillingsrådet for dommere. Som nr. 2 innstilte rådet en kvinnelig søker. Domstolleder uttalte at hun mente den kvinnelige søkeren var best kvalifisert. Kvinnen som var innstilt som nr. 2 ble senere utnevnt til stillingen.

Spørsmålet for ombudet var om vilkårene for bruk av positiv særbehandling var oppfylt. Myndighetenes uttalte målsetting var å øke antallet kvinnelige dommere i førsteinstans. Til spørsmålet om kvinner var underrepresentert, anførte departementet at kvinneandelen i domstolene måtte vurderes samlet sett og ikke bare ved den aktuelle domstol. Ombudet sluttet seg til dette. På landsbasis var det kun 33 prosent kvinnelige dommere i førsteinstans, og ombudet kom dermed til at vilkåret om underrepresentasjon var oppfylt.

Ombudet fant videre at kvinnen som ble utnevnt var tilnærmet like godt kvalifisert som den mannlige søkeren. Ombudet viste til nemndas sak 23/2009. Ombudet mente det avgjørende spørsmålet var om departementets avveining av søkerens kvalifikasjoner var å anse som en urimelig eller uforvarlig kvalifikasjonsvurdering. Ombudet fant at innstillingsrådet og domstolleder hadde en ulik vektning av søkerens kvalifikasjoner. Innstillingsrådet la særlig vekt på den mannlige søkerens grundighet, arbeidskapasitet og dokumenterte resultater fra arbeidet som dommer, samt personlige egnethet. Domstolleder la betydelig vekt på at den kvinnelige søkeren hadde best eksamenskarakterer og anså henne bedre faglig kvalifisert. Ombudet fant at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.

LDO-07-928 Utnevnelse av domstolleder, spørsmål om tilnærmet like kvalifikasjoner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om vektlegging av kjønn ved utnevnelse av kvinnelig domstolleder var i strid med likestillingsloven. En mann klaget til ombudet etter at han ikke ble utnevnt som domstolleder. Justisdepartementet mente kvinnen var bedre kvalifisert enn mannen, og hevdet at det uansett ville være tillatt å legge vekt på kjønn i favør av kvinnen, fordi hun var tilnærmet like godt kvalifisert som mannen. Mannen mente på sin side at han var klart bedre kvalifisert, slik at vilkårene for å anvende positiv særbehandling ikke var oppfylt.

Justisdepartementet fikk medhold i at positiv særbehandling var tillatt. Ombudet konstaterte innledningsvis at det grunnleggende vilkåret om å fremme likestilling var oppfylt ettersom det bare var ansatt menn ved domstolen, og det generelt var få kvinnelige ledere i norske domstoler. Ombudet sammenlignet de to søkerens kvalifikasjoner og kom til at mannen totalt sett framstod som noe bedre kvalifisert på grunn av sin erfaring som dommer. Kvinnen hadde omtrent like lang erfaring fra juridisk virksomhet, men først og fremst som advokat. Ombudet mente at erfaringen som dommer måtte være mest relevant til en stilling som leder av en domstol. Etter ombudets vurdering

var det likevel ikke større forskjeller i kvalifikasjoner enn at de to kandidatene måtte anses som tilnærmet like godt kvalifisert. Vilkårene for å legge vekt på kjønn i kvinnens favør var dermed etter ombudets vurdering oppfylt.

LDO-07-607 Stillingsutlysning, prioritering av menn, tidligere likestillingslov § 3a, forskrift om særbehandling av menn

Saken gjaldt spørsmål om en kommunes utlysning av ledig stilling som klassekontakter ved en ungdomsskole, var i strid med likestillingsloven. Stillingsutlysningen brukte formuleringen "her ønskes mannlige klassekontakter".

Ombudet viste til at likestillingsloven § 4 første ledd, fastslår at det ikke er tillatt å lyse ledig en stilling for bare det ene kjønn, eller at utlysningen for øvrig gir inntrykk av at arbeidsgiver forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen. Forbudet gjelder med mindre man har en åpenbar grunn til å lyse ut stillingen for personer av det ene kjønn. Lovens vilkår skal tolkes strengt. Kravet til åpenbar grunn måtte knyttes til at det må foreligge en saklig og akseptabel grunn knyttet til stillingens innhold.

Videre viste ombudet til at Forskrift om særbehandling av menn (forskrift 17. juli 1998, 662) § 4 annet ledd gir adgang til å oppfordre menn til å søke stillinger hvor menn etter er underrepresentert. Forutsetningen er at det gjelder stillinger hvor "arbeidsoppgavene i hovedsak er rettet inn mot undervisning av eller omsorg for barn, [...] dersom menn er underrepresentert i den aktuelle stillingskategori i virksomheten."

Ombudet uttalte deretter:

«Forskrift om særbehandling av menn § 4 annet ledd tillater arbeidsgivere å spesielt 'oppfordre' menn til å søke bestemte stillinger, for eksempel i undervisning, jf § 4 første ledd. Kvinner kan imidlertid ikke utelukkes fra å søke stillingen, og arbeidsgiver har derfor ikke anledning til å gi uttrykk for at menn vil bli foretrukket til stillingen. Når Andenes ungdomsskole benytter formuleringen 'her ønskes det mannlige klassekontakter', mener ombudet at det i for sterk grad gir kvinner inntrykk av at de ikke vil bli vurdert som kvalifisert til stillingene.

Andenes ungdomsskole har lyst ut ledig stilling som klassekontakt. Det er derfor klart at stillingen omfattes av forskriften om særbehandling av menn fra 17. juli 1998 nr. 622. Selv om kommunen i brev av 11. april 2007 har understreket at formuleringen er ment som at begge kjønn vil komme i betraktning til stillingen, er ombudet kommet frem til at stillingsannonsen er i strid med likestillingsloven § 4, jf. forskriften. Det er ikke tilstrekkelig at kommunen i tilsettingsprosessen er åpen for å vurdere også kvinnelige søkere, dersom dette ikke kommer klart nok frem av stillingsannonsen. Slik annonsen var utformet, var det en klar risiko for at kvinner ikke oppfatter seg som ønsket eller kvalifisert til stillingen som klassekontakt, og av den grunn ikke søker stillingen.

Ombudet konstaterer at Andøy ungdomsskole ved å benytte formuleringen 'Her ønskes mannlige søkere som kan være klassekontakter' i stillingsannonse til kontaktlærer, har handlet i strid med likestillingsloven § 4, jf forskrift om særbehandling av menn § 4 annet ledd.»

LDO-07-83 *Tilsetting av avdelingsleder/undervisningsinspektør, tidligere likestillingslov § 3a*

Saken gjaldt spørsmål om en skole handlet i strid med likestillingsloven ved å tilsette en mann framfor to kvinnelige søkere i stilling som avdelingsleder/undervisningsinspektør. Dernest om skolen hadde plikt eller anledning til å benytte positiv særbehandling til fordel for to kvinnelige søkere.

Ombudet fant det sannsynliggjort at mannen var den best kvalifiserte søkeren til stillingen. Ombudet konstaterte deretter at likestillingsloven § 3a regulerer adgangen til å benytte positiv særbehandling. Den inneholder ingen plikt til å særbehandle. Ombudet fant ikke at det at arbeidsgiver hadde oppfordret kvinner til å søke bandt arbeidsgiver til å ansette en kvinne i stillingen.

Ombudet presiserte at det kun er adgang til moderat kvotering, og at i dette tilfellet var den mannlige søkeren bedre kvalifisert. Det var dermed ikke adgang til kvotering i dette tilfellet.

Skolen hadde imidlertid foretatt moderat kvotering av de to kvinnene, slik at de ble rangert foran en annen mannlig søker.

Skolen hadde etter ombudets vurdering ikke forskjellsbehandlet de to kvinnelige søkerne i strid med likestillingsloven.

LDO-06-1975 *Utnevnelse av tingrettsdommer, tidligere likestillingslov § 3a*

Saken gjaldt spørsmål om vektlegging av kjønn ved utnevnelse av tingrettsdommer var i strid med likestillingsloven.

Ombudet fant at det var grunn til å tro at kjønn var vektlagt ved utnevnelsen. Ombudet viste til at innstillingsrådet for dommere enstemmig innstilte mannlig søker A som nr. én til stillingen. Kvinnelig søker B ble deretter utnevnt til tingrettsdommer. Justisdepartementets redegjørelse til ombudet bar også preg av et ønske om endring av kjønnssammensetningen av dommere ved den aktuelle tingretten.

Basert på de framlagte opplysningene om formelle kvalifikasjoner, erfaring og personlige egenskaper fant ombudet at departementet hadde gjort sannsynlig at A og B var tilnærmet like godt kvalifisert. De hadde begge erfaring fra offentlig forvaltning, som dommerfullmektig og som advokat. Begge hadde variert ledererfaring. Ombudet kunne ikke se at As lengre erfaring kunne tillegges avgjørende vekt i hans favør når man så søkerens samlede erfaringer og kvalifikasjoner i sammenheng.

Ombudet fant videre at kvinner var underrepresentert i domstolene generelt og ved tingretten spesielt. To av åtte tingrettsdommere var kvinner. Etter ombudets vurdering ville positiv særbehandling av kvinner ved utnevnelse av dommere fremme likestilling.

Ombudet fant ikke at det var et uforholdsmessig inngrep overfor mannen som ikke ble utnevnt. Ombudet bemerket at det på generelt grunnlag vanskelig kunne anføres at utnevning av en kvinne framfor en mann innebar et uforholdsmessig inngrep dersom begge er like godt kvalifisert, og kvinner var i mindretall. Velferdsmessige grunner kunne imidlertid tilsa at man i det konkrete tilfelle ikke kunne velge en kandidat av et bestemt kjønn av likestillingshensyn. Slike grunner var imidlertid ikke anført i den konkrete saken.

Ombudet konkluderte med at vilkårene for å benytte positiv særbehandling var til stede, og at departementet ikke handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3 ved utnevningen.

LDO-06-810 Ansettelse i undervisningsinspektørstilling, prioritering av kvinne, tidligere likestillingslov § 3a

En kvinne ble ansatt i stilling som undervisningsinspektør. En mann mente han var forbigått på grunn av kjønn ved ansettelsen. Klager var innstilt som nummer én til stillingen, hadde vikariert i stillingen i ett og et halvt år og var anbefalt av rektor ved skolen. Innstillingen ble endret i samråd med Utdanningsforbundet med den begrunnelse at man ville opprettholde kjønnsbalansen i skoleledergruppa. Klager anførte at han var klart bedre kvalifisert, og at vilkårene for positiv særbehandling ikke var oppfylt.

Utlysningsteksten sa ingen ting om hvilke kvalifikasjoner man krevde av søkerne. Da stillingen som undervisningsinspektør er en skolelederstilling, la ombudet til grunn at skoleledererfaring var en ønsket formell kvalifikasjon, og at det var relevant å legge vekt på pedagogisk utdanning og erfaring. Skolesjefen viste til at begge kandidatene hadde erfaring med utviklings- og prosjektarbeid, men den kvinnelige kandidaten hadde lengst pedagogisk erfaring. Ombudet la stor vekt på at den mannlige kandidaten hadde generell erfaring som skoleleder og at han hadde spesiell erfaring ved at han hadde vikariert i den aktuelle stillingen i ett og et halvt år. Ombudet la også vekt på at han hadde erfaring utover sin høgskoleutdanning som adjunkt, og at han var anbefalt for stillingen av rektor som nærmeste arbeidsgiver, hvilket måtte tilsa at han var vurdert som personlig egnet. På denne bakgrunn kom ombudet etter en helhetsvurdering til at den mannlige søkeren var bedre kvalifisert for stillingen enn kvinnen som ble ansatt. Bevisbyrden gikk dermed over på arbeidsgiver etter likestillingsloven § 16, som måtte sannsynliggjøre at vilkårene for positiv særbehandling etter § 3 a var oppfylt. Kommunen greide ikke å sannsynliggjøre dette, og ombudet konkluderte derfor med at lovens § 4, annet ledd jf. § 3 var overtrådt.

Ombudet bemerket for øvrig at uavhengig av om kommunen hadde sannsynliggjort at kvalifikasjonene var tilnærmet like, ville det allikevel ikke vært adgang til positiv særbehandling. Årsaken var at tiltaket mest sannsynlig ikke var egnet til å fremme likestilling på skolen. Ved vurdering av kjønnsfordeling blant de ansatte på en arbeidsplass, er det i praksis lagt vekt på kjønnsfordelingen på den enkelte avdeling, institutt, departement osv., i motsetning til kjønnsfordelingen blant ansatte i samme stillingsgruppe med samme arbeidsgiver. Det var med andre ord kjønnsfordelingen blant de ansatte på skolen som var relevant i denne saken, ikke kjønnsfordelingen blant alle skolelederne i kommunen. På den aktuelle skolen var rektor en kvinne, og kvinneandelen blant de ansatte var 96 prosent. På denne bakgrunn var ansettelsen av en kvinnelig

undervisningsinspektør etter ombudets syn ikke et egnet tiltak for å fremme likestilling. Dersom skoleledergruppa *kun* besto av menn eller kvinner, ville vurderingen muligens blitt annerledes.

LDO-06-568 Utnevning av tingrettsdommer, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om vektlegging av kjønn ved utnevning av tingrettsdommer var i strid med likestillingsloven.

Ny kvinnelig tingrettsdommer ble utnevnt i statsråd 7. april 2006. En mannlig søker hevdet at han var forbigått på grunn av kjønn, og at vilkårene for positiv særbehandling ikke var oppfylt. Klager hevdet at han var klart best kvalifisert, da han var innstilt som nummer en av innstillingsrådet for dommere og hadde omfattende og variert praksis. Klager viste til at departementet begrunnet fravikelsen fra innstillingen med at politikerne ville ha en kvinne til embetet fordi det ikke fantes kvinner ved denne domstolen, og at det generelt er få kvinnelige dommere.

Ombudet fant at både klager og den som ble utnevnt hadde lang og allsidig erfaring, både som dommerfullmektig og fra politi- og påtalemyndighet med mer. Etter ombudets vurdering var den mest fremtredende forskjellen mellom kandidatene at klager hadde 12 år lengre arbeidserfaring. Ombudet presiserte imidlertid at det ikke er slik at den med lengst erfaring uten videre anses som best kvalifisert, eller skal ha et slags fortrinn ut fra ansiennitetsbetraktninger. Erfaringens innhold, lengde, øvrige kvalifikasjoner og personlige egenskaper inngår i en helhetsvurdering.

Sentralt for ombudet sto bevisbyrdereglene i likestillingsloven § 16. Bevisbyrden lå på departementet, som måtte sannsynliggjøre at de ikke hadde handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd jf. § 3, alternativt at vilkårene for positiv særbehandling etter likestillingsloven § 3 a var oppfylt, herunder at kandidatene hadde tilnærmet likeverdige kvalifikasjoner.

Ombudet fant at det hadde vært ulike oppfatninger av kvalifikasjonene til søkerne i ansettelsessaken, men la vekt på at klager var enstemmig innstilt som nummer én av innstillingsrådet for dommere. En så klar og entydig innstilling av klager som den best kvalifiserte, stilte særlige krav til departementets redegjørelse når de fravek denne og påberopte seg adgangen til positiv særbehandling. Departementet redegjorde ikke for kvalifikasjonene og erfaringene til kandidaten som ble utnevnt og hva som var utslagsgivende for at kandidatene ble ansett som tilnærmet like godt kvalifiserte, til tross for flere anmodninger om slik redegjørelse fra ombudet. Ombudet kom derfor til at departementet ikke hadde oppfylt sin bevisbyrde når det gjaldt å sannsynliggjøre at kandidatene var tilnærmet like godt kvalifisert, og at Justis- og politidepartementet handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd jf. § 3 ved utnevning av tingrettsdommer.

LDO-06-403 Professorstilling øremerket kvinner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om professorstilling øremerket kvinner var i strid med likestillingsloven.

Til tross for at EFTA-domstolens avgjørelse fra 2003 slo fast at øremerking av stillinger for det ene kjønn ikke var tillatt, holdt ombudet likevel muligheten åpen for at ansettelsesprosesser igangsatt før dommen ble avsagt, kunne fullføres dersom universitetet hadde kommet så langt at det var gitt et bindende tilbud. Det var imidlertid ikke tilfelle i denne saken. Det viste seg å være vanskelig å finne tilstrekkelig kvalifiserte kvinnelige kandidater til den opprinnelige stillingen innen fagområdet akvakultur/havbruk. Universitetet endret derfor fagområde, og opprettet i stedet en professorstilling innen benthosøkologi. Heller ikke for denne stillingen fant de tilstrekkelig kvalifiserte kvinnelige kandidater, og ingen ble ansatt i den øremerkede stillingen i løpet av 2003 og 2004. I 2005 ble stillingen utlyst enda en gang. Stillingen var da omgjort, ved at kvalifikasjonskravene var senket og det var opprettet en tidsavgrenset stilling på kvalifiseringsvilkår. Hensikten var slik ombudet forstod det at den som ble ansatt skulle kunne tilegne seg fullverdig professorkompetanse i løpet av de tre årene hun var ansatt i stillingen. Ombudet kom derfor til at det i realiteten var en ny ansettelsesprosess og en ny stilling som var utlyst, øremerket for kvinner, etter at EFTA-domstolen hadde slått fast at dette ikke var tillatt. Universitetet i Tromsø hadde dermed handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3a ved tilsetting av professor i fiskeri-biologi/fiskeriforvaltning.

10.3.1.2 Lønn, stipender mv.

LDO-12-1694 – Øremerkede overgangsstipend til kvinner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt overgangsstipend til kvinnelige forskere. Stipendet var tilknyttet et forskningscenter underlagt et universitet og midlene var gitt fra Forskningsrådet for å øke prosentandelen av kvinner i de høyeste forskerstillingene. Stipendene hadde maks ett års varighet og søkeren forpliktet seg til å søke andre finansieringskilder i stipendperioden. Hvis søkeren fikk andre tildelinger, skulle overgangsstipendet bortfalle. Forskningsinstituttet hadde gitt ut tre slike stipender tidligere. Varigheten på disse hadde vært på vært sju måneder, ni måneder og ni måneder. Ved forskningssettret var kvinnene i flertall blant post. doc-stillinger og Phd-stillinger, men de var underrepresentert i de høyere forskerstillingene. Kvinnene som fikk de to utlyste stipendene ble ansatt i midlertidige forskerstillinger som var fullfinansiert av stipendene. Tittel på stillingene var avhengig av kvinnes arbeidserfaring.

Ombudet vurderte saken etter den tidligere likestillingsloven § 3a om positiv særbehandling. Ombudet mente det ikke var noen tvil om at de to overgangsstipendene fremmet likestillingslovens formål, og viste til at kvinner var i mindretall blant de høyere forskerstillingene. Av stillingene på høyere nivå var kvinneandelen henholdsvis 40 prosent, 20 prosent og 33 prosent. Ombudet viste også til at tiltak for å øke rekrutteringen til høyere akademiske stillinger var i tråd med FNs kvinnekomites anbefalinger til Norge. Ombudet viste til at komiteen i sine avsluttende merknader til Norges to siste periodiske rapporter hadde uttrykt bekymring for den lave kvinneandelen i høyere stillinger i academia og anbefalt Norge å iverksette tiltak for å rekruttere til denne type stillinger. Ombudet uttalte at et tiltak som kunne bidra til å øke rekrutteringsgrunnlaget til faste vitenskapelige stillinger, og som bidro til større forutsigbarhet i en fase av karrieren der mange kvinner faller fra på grunn av dette, er med på å fremme likestillingslovens formål. At kvinner var i flertall ved senteret generelt og at kvinner var i flertall i de lavere stillingskategoriene, tilsa ikke nødvendigvis at kvinneandelen i de høyere stillingene vil øke automatisk på sikt.

Ombudet tok deretter stilling til om utlysning av to overgangsstipend oppfylte vilkåret om forholdsmessighet. I denne vurderingen måtte ombudet ta hensyn til at EF-domstolen og EFTA-domstolen har tolket proporsjonalitetskravet svært strengt i saker om øremerking av stillinger. Ombudet uttalte at det av EF-domstolens praksis kan utledes at en automatisk og ufleksibel fortrinnsrett for kvinner ved ansettelse eller forfremmelse ikke er tillatt. Dette må ses i sammenheng med at EF-domstolen har slått fast at positiv særbehandling skal være et middel for å oppnå like muligheter og ikke likt resultat.

Ombudet mente imidlertid at overgangsstipend skilte seg noe fra de typene stillinger som EF- og EFTA-dommene gjaldt. Overgangsstipendet hadde mer begrenset varighet (ifølge stillingsutlysningen opptil ett år, men hadde i praksis vart i mellom sju og ni måneder). I tillegg var formålet med overgangsstipendet ikke å erverve en stilling, men å kvalifisere seg til senere ansettelse ved å få anledning til å søke om eksterne midler og dermed bidra til en mer forutsigbar situasjon. Ombudet viste videre til at ombudet og nemnda tidligere har behandlet saker om andre typer stipender. Ifølge ombudets saker hadde kvalifiseringsstipender og skrivestipender blitt ansett for å være proporsjonale, og ikke lovstridige. Ombudet viste særlig til ombudets sak 10/296 (skrivestipend til kvinnelige forskere), ombudets sak 06/292 (sluttføringsstipend på kr. 100 000) og ombudets sak 06/35 (kvalifiseringsstipend til kvinner på kr. 200 000).

Ombudet mente at overgangsstipendene som var gjenstand for vurdering i denne saken, skilte seg noe fra de stipendene som ble vurdert i de tidligere sakene, da formålet i disse sakene ikke var å gi tilknytning til universitetene men frikjøp til forskning for å kvalifisere til høyere stillinger. Overgangsstipendene ble gitt til personer som i utgangspunktet ikke hadde noen ansettelse med universitetet, og formålet med stipendet var å sikre tilknytning og lønn mens de søkte om eksterne midler. En annen forskjell var at overgangsstipendene dekket full lønn. Felles for sakene var imidlertid at det gjaldt begrensede midler og at stipendperioden dermed var kortvarig. I tillegg har stipendene til felles at de ikke er noen betingelse for senere å bli ansatt eller forfremmet eller for å få ekstern finansiering. Personer som ikke mottok overgangsstipend hadde også mulighet til å søke om ekstern finansiering og å oppnå dette. Overgangsstipendet var dermed ikke kvalifiserende i seg selv, men ga større forutsigbarhet og dermed større anledning for kvinner for å kvalifisere seg til senere ansettelser. Ombudet mente på denne bakgrunn at formålet bak overgangsstipendet var å fremme mulighetslikhet, og ikke nødvendigvis resultatlikhet. En slik tilnærming var etter ombudets syn i tråd med formålet bak positiv særbehandling slik dette er omtalt av EF-domstolen, jf. sak C-409/95 (Marschall).

Ombudet konkluderte med at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt og dermed ikke i strid med likestillingsloven § 3.

LDO-13-1844- Teknologi-camp for jenter ved NTNU, likestillingsloven § 7

Saken gjaldt NTNUs rekrutteringstiltak Teknologi-camp for jenter og spørsmålet om tiltaket var i strid med likestillingsloven § 5. Teknologicampen var et markedsføringstiltak rettet mot kvinnelige elever i videregående skole. Målet med tiltaket var å rekruttere flere jenter til de femårige studiene i datateknikk, elektronikk, kommunikasjonsteknologi, teknisk kybernetikk og det treårige

bachelorprogrammet i informatikk. Teknologi-camp for jenter hadde tre dagers varighet, og hotell og reise ble dekket av NTNU. På Teknologi-campen fikk deltakerne informasjon om studiene, møte studenter og ansatte og delta på forelesninger og workshops. Det ble særlig lagt vekt på at deltakerne skulle få møte kvinnelige studenter, forskere og ledere i næringslivet.

Bakgrunnen for tiltaket var at det i mange år hadde vært vanskelig å få jenter til å søke seg inn på studier innen informasjons- og kommunikasjonsteknologi (IKT). Tiltaket var ett av flere tiltak for å øke kvinneandelen ved disse studiene og tiltaket ble tildelt NTNUs likestillingspris i 2013.

Ombudet vurderte saken etter regelen om positiv særbehandling i likestillingsloven § 7. Tiltaket hadde en midlertidig karakter, så vurderingstemaet i saken var om de to andre vilkårene var oppfylt, det vil si om tiltaket fremmet lovens formål og om fordelene ved tiltaket veide opp for ulempene dette hadde for gutter som ikke fikk ta del i tiltaket.

Ombudet fant at tiltaket utvilsomt fremmet lovens formål og viste til at kvinnelige studenter var klart underrepresentert ved de aktuelle studiene med en kvinneandel som varierte fra 9,5 prosent (elektronikk) til 28,4 prosent (kommunikasjonsteknologi). Ombudet la også til grunn at kvinner var underrepresentert i bransjen. Ombudet mente også at tiltaket var egnet til å fremme lovens formål ved at NTNU gjennom sin statistikk hadde vist at kvinneandelen ved IKT-studiene hadde økt i perioden særlig tiltaket har eksistert, og det også var fremlagt resultater av spørreundersøkelser og tall som viste at det hadde vært en direkte sammenheng mellom Teknologi-camp og jenters valg av studier. Selv om økt kvinneandel også kunne skyldes andre forhold, mente ombudet at NTNU i tilstrekkelig grad hadde dokumentert at Teknologi-camp for jenter hadde en positiv effekt på kjønns sammensetningen ved IKT-studier ved NTNU. Ombudet mente dessuten at slike tiltak også var egnet til å fremme likestilling i et bredere perspektiv ved at det kunne bidra til bevisstgjøring av kjønne utdannings- og yrkesvalg og bidra til et mindre kjønnsdelt arbeidsmarked.

Ombudet fant også at tiltaket oppfylte kravet om forholdsmessighet. Ombudet mente tiltaket var lite inngripende ved at det var et tredagers seminar. Tiltaket var ment for å motivere kvinnelige elever, og ga ikke faglige fordeler senere eller fordeler ved opptak til studiene. Ordningen var dessuten ikke det eneste rekrutteringstiltaket ved NTNU, da det fantes flere rekrutteringstiltak som var åpne for begge kjønn. Ombudet mente at denne konkrete forholdsmessighetsvurderingen var i tråd med tidligere praksis og viste til tidligere Klagenemnda for likestilling sak 2000/9 og 2005/23. Ombudet viste også til den tidligere likestillingslovens forarbeider (Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 47) hvor det var uttalt at positive særlig tiltak innen utdanning er et viktig virkemiddel:

«Effektive virkemidler for å fremme mer utradisjonelle valg kan bidra til å bryte ned den sterke kjønnssegregeringen. Dette kan i neste omgang bidra til å dempe lønnsforskjellene mellom kjønnene. Adgangen til positiv særbehandling kan derfor synes å være spesielt interessant som virkemiddel på utdanningsområdet.»

Ombudet konkluderte etter dette med at tiltaket oppfylte vilkårene for positiv særbehandling og at ordningen dermed ikke var diskriminerende overfor gutter.

LDO-11-2445 Ulikt gruppetillegg for kvinner og menn – lokale lønnsforhandlinger, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om lønnsfastsettelsen for professorer ved et universitet etter lokale forhandlinger, jf. Hovedtariffavtalen 2.3.3 om årlige forhandlinger, var i strid med likestillingsloven § 5, jf § 3. Partene var, med bakgrunn i H.T.A pkt 2.3.3, enige om at kvinner skulle få en større andel av avsetningen i de lokale forhandlinger enn fordelingen av antall årsverk mellom kvinner og menn tilsier. For det aktuelle universitetet betød dette at kvinner skulle ha minimum 42 prosent av potten. Det ble avsatt egne midler i det lokale oppgjøret. Fordi potten var liten, var det enighet om å gjennomføre en gruppeforhandling. Det ble forhandlet for professorer som gruppe.

Resultatet av forhandlingene ble at 61,52 prosent av potten gikk til kvinnelig vitenskapelig ansatte, og 38,48 prosent til menn. Kvinnelige professorer lå forut for forhandlingene lønnsmessig høyere enn mannlige professorer. Etter forhandlingene ble denne lønnsforskjellen større.

Klager mente det ikke var grunnlag for å positivt særbehandle kvinner i lønnsforhandlingene, da det ikke var noen lønnskjevhet å rette opp. Han mente dessuten at økt lønn for kvinnelige professorer ikke var det rette tiltaket for å få økt rekruttering blant kvinner til akademien.

Universitetet anførte at lønnstillegget var et tiltak for å få økt andelen kvinner i høyere stillinger i akademien. Universitetet viste til at kjønnsbalansen blir dårligere i de høyere vitenskapelige stillingene. Økt lønn var bare ett av flere tiltak universitetet benyttet seg av for å få opp andelen kvinner.

Ombudet uttalte at lønnsinnplasseringen innebar en direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Spørsmålet ble dermed om lønnsinnplasseringen likevel var tillatt etter regelen om positiv særbehandling i § 3a.

Ombudet viste til to saker fra den tidligere Klagenemnda for likestilling (sak 2/1997 og 7/1999), som begge gjaldt forskjellsbehandling i forbindelse med lokale lønnsforhandlinger.

Ombudet uttalte at det i denne saken ikke hadde vært snakk om å utjevne kjønnsmessige lønnskjevheter. Ombudet fant det dermed tvilsomt om særbehandlingen kunne sies å være rettet mot det kjønn som stod svakest på det aktuelle området. I denne saken var ikke resultatet av lønnsforhandlingene tilfeldig, slik de ofte er ved lokale forhandlinger. Gruppetillegget som ble gitt var snarere begrunnet i kjønn. Det var altså lønnstilleggene som hadde ført til en situasjon med ulik lønn for arbeid av lik verdi. Ombudet uttalte så at det vanskelig kunne se at vilkåret om at tiltakets egnethet var oppfylt. Ombudet mente det var mindre sannsynlig at en slik forskjellsbehandling med hensyn til lønn skulle ha den ønskede effekt på rekrutteringen til vitenskapelige toppstillinger. Kvinnenes karrierevalg blir gjort år i forveien.

Ombudets konklusjon var at vilkårene for å benytte positiv særbehandling etter likestillingsloven § 3a ikke var til stede.

LDO-10-296 Skrivestipend, prioritering av kvinner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om Universitet i Bergen handlet i strid med likestillingsloven, diskrimineringsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 ved å utlyse skrivestipend utelukkende for kvinner.

Ombudet tok først stilling til om utlysning av skrivestipend var i strid med diskrimineringsloven, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven og arbeidsmiljøloven kapittel 13 ettersom tiltaket bare omfattet diskrimineringsgrunnlaget kjønn. Klager hadde påpekt at også andre grunnlag var underrepresentert innenfor de respektive fagmiljøene. Ombudet uttalte at det kun er en adgang til positiv særbehandling, og at det ikke kan utledes en plikt til å benytte særbehandling. Ombudet fant derfor at stipendordningen ikke var i strid med disse lovene.

Ombudet vurderte deretter om utlysningen av skrivestipend var i strid med likestillingsloven ved at menn var utelukket fra å søke. Ombudet viste til at utgangspunktet er at slik forskjellsbehandling er forbudt med mindre bestemmelsen om positiv særbehandling kommer til anvendelse.

UiB opplyste at tiltaket hadde som mål å forhindre at kvinner falt fra i overgangen til faste vitenskapelige stillinger. Det framgikk ikke av utlysningsteksten at stipendene ble gitt i fagmiljøer der kvinner var underrepresentert. UiB understreket imidlertid i redegjørelsen til ombudet at tiltaket ikke ble benyttet ved stillingsgrupper der kvinner utgjorde mer enn 40 prosent ved et institutt. Ombudet la dermed til grunn at kvinner var underrepresentert i de stillingsgrupper det ble rekruttert fra.

Skrivestipendet hadde et todelt mål. Det skulle både styrke andelen kvinnelige vitenskapelig ansatte og få opp forskning om temaet kjønnsproblematikk. Det gikk fram av UiBs handlingsplan at kvinneandelen blant førsteamanuenser og professorer lå på under henholdsvis 40 og 20 prosent samlet sett. Det var et uttalt mål å utjevne den skjeve kjønnsbalansen. Ombudet viste til at dette var i tråd med Kvinnekonvensjonens ekspertkomité's anbefalinger til Norge. Skrivestipendet var nettopp ment som et kompensierende tiltak for å få frigjort mer tid til meritterende forskning. Ombudet fant at et tiltak som kunne bidra til å øke rekrutteringsgrunnlaget til faste vitenskapelige stillinger var med på å fremme likestillingslovens formål.

Ombudet uttalte videre at hvilket tema man utlyser stipend til ikke reiser spørsmål etter likestillingsloven, men bemerket likevel at tematikken kjønnsproblematikk ikke vil være et argument for å utelukke menn til forskningen. Etter ombudets syn ville utlysningstekstens sammenblanding av de ulike målsettingene kunne sementere en stereotyp forestilling om at kvinner er nærmest til å forske på denne tematikken.

Ettersom stipendet utelukkende ga tid til karriereutvikling ved å kvalifisere seg til faste vitenskapelige stillinger, og ikke førte til noe fortrinn i en konkret ansettelsesprosess, mente ombudet at tiltaket ikke var en vesentlig ulempe for dem som ikke kunne søke.

Ombudet bemerket også at særtiltak kun er tillatt så lenge det fremmer formålet og til formålet med særbehandlingen er oppnådd. Hvis det etter en evaluering av tiltaket hadde vist seg at det hadde

liten eller ingen effekt, vil tiltaket være i strid med loven. Ombudet forutsatte dermed at slike typer tiltak ble evaluert.

LDO-08-1047 Dekning av lønn ved uttak av foreldrepermisjon, prioritering av kvinner kvinner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om ulik dekning av lønnstap for kvinner og menn i forbindelse med uttak av foreldrepermisjon var i strid med likestillingsloven.

Lønn under svangerskap og fødsel ble betalt i henhold til gjeldende retningslinjer for selskapet og gjeldende lovgivning. Etter 10 måneders ansettelse inkl. prøvetid og i uoppsagt stilling, betalte selskapet full lønn i inntil 38 uker av fødselspermisjon for mor. Ved alternativ uttak på inntil 48 uker, ville lønn bli redusert til 80 % av full lønn. Selskapet betalte etter 10 måneders ansettelse inkl. prøvetid full lønn i fars omsorgspermisjon (inntil 2 uker) i forbindelse med fødsel, og det samme gjaldt for uttak av far sin del av fødselspermisjonen (fedrekvote – pr. 2007 seks uker). Ved farspermisjon utover dette, ytte selskapet lønn i samsvar med Folketrygdens bestemmelser på 6 G.

Ombudet konstaterte at slik forskjellsbehandling er forbudt etter hovedregelen i likestillingsloven § 3. Ombudet vurderte deretter om forskjellsbehandlingen likevel kunne være tillatt etter likestillingsloven § 3a.

Tiltaket var begrunnet med at selskapet ønsket å rekruttere flere kvinnelige ansatte. Det var ikke tvil om at kvinner var underrepresentert i selskapet og tiltaket var dermed rettet mot det kjønnet som stod svakest.

Videre uttalte ombudet:

«I utgangspunktet er det positivt at A iverksetter tiltak som skal motvirke klare kjønnskjøvheter i arbeidsstyrken. Det er imidlertid ombudets oppfatning at As ulike dekning av lønn ved uttak av foreldrepermisjon, snarere manifesterer tradisjonelle kjønnsrollemønstre enn å fremme likestilling. Etter ombudets syn kan tiltaket medføre at det primært er kvinner som tar ut foreldrepermisjon, slik at familien ikke skal rammes økonomisk ved uttak av permisjon. Dersom menn blir gitt like gode vilkår ved foreldrepermisjon, kunne andelen menn som tok lengre foreldrepermisjon ha økt. Tiltaket fremstår derfor ikke som egnet til å realisere lovens formål om å fremme likestilling.

Etter dette er det ikke nødvendig å gå inn på en drøftelse av om de øvrige vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt. Konklusjonen er at As regler om ulik dekning av lønn ved foreldrepermisjon ikke er tillatt særbehandling etter likestillingsloven § 3 a.»

LDO-06-292 Sluttføringsstipend, prioritering av kvinner

Saken gjaldt spørsmål om utlysning av sluttføringsstipend for fast vitenskapelig ansatte kvinner som var i gang med doktorgraden var i strid med likestillingsloven.

Universitetet i Stavanger utlyste sluttføringsstipend for 2006 forbeholdt fast vitenskapelig ansatte kvinner som var i gang med doktorgraden. Sluttføringsstipendet var på kr. 100 000,-. Formålet med stipendet var todelt: å bidra til at flere av de kvinnelige vitenskapelige ansatte ved universitetet kunne oppnå doktorgrad og øke det generelle kompetansenivået ved de kvinnedominerte instituttene. Ombudet vurderte delmålene ulikt.

Ombudet konstaterte at tiltaket rettet seg mot det kjønn som stod svakest på området, da kvinnene utgjorde henholdsvis 12 prosent og 26 prosent av professorene og førsteamanuensene ved universitetet.

Doktorgrad var en forutsetning for å kvalifisere til førstestillingene, førsteamanuensis og professor. Hvis flere av de vitenskapelig ansatte kvinnene oppnådde doktorgrad, ville det kunne bidra til at andelen kvinner i førstestillinger økete. Ombudet la til grunn at det ut fra likestillingshensyn var ønskelig med flere kvinner i professorstillinger. Sluttføringsstipend forbeholdt kvinner ville kunne bidra til målet om jevnere kjønnsfordeling. Kjønnsfordelingen på de ulike fagfeltene måtte imidlertid tas i betraktning når egnetheten av stipendordningen skulle vurderes, slik at stipendene bare kunne forbeholdes kvinner innen fagfelt der kvinner var underrepresentert.

Selv om ordningen utelukket menn som var ansatt på disse instituttene, fant ombudet at ordningen ikke var uforholdsmessig inngripende. Det var ikke tale om store summer, og ut fra kunnskapen om ulike forskningsvilkår innen academia fant ombudet at den positive særbehandlingen som stipendet innebar, var proporsjonal. På den bakgrunn kom ombudet til at tildeling av tre sluttføringsstipend til ansatte ved Institutt for allmennlærerutdanning og spesialpedagogikk og Institutt for kultur- og språkvitenskap ikke var i strid med likestillingsloven § 3a, jf. § 3.

Ombudet kom i samme uttalelse til at tildeling av to stipender til universitetslektorer ved Institutt for sosialfag var i strid med likestillingsloven da instituttet var kvinnedominert. Når det gjaldt formålet om å øke kompetansen på de kvinnedominerte fagene, mente ombudet at problemet med lavt faglig nivå innen de kvinnedominerte fagmiljøene måtte sies å være et problem som først og fremst handlet om det generelle nivået i fagene og anseelsen av dem. Formålet med å øke nivået ved de kvinnedominerte fagene var legitimt, men dette kunne nås uten å utelukke menn fra stipendordningen. Ombudet fant derfor at å utelukke menn fra å søke stipend som skulle øke kompetansen på faget generelt var uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet i strid med likestillingsloven § 3a, jf. § 3.

LDO-06-35 Kvalifiseringsstipend, øremerket kvinner, tidligere likestillingslov § 3a

Saken gjaldt spørsmål om utlysning av kvalifiseringsstipend øremerket kvinner var i strid med likestillingsloven. HF-fakultetet ved Universitetet i Bergen utlyste høsten 2005 tre kvalifiseringsstipend for opprykk til professor. Stipendene var øremerket det underrepresenterte kjønn ved fakultetet, det ville si kvinner. Maksimal sum per ansatt var 200 000 kroner, og midlene skulle brukes til frikjøp i opptil to semestre, utgifter til utenlandsopphold samt litteratur og annen drift.

Ombudet tok først stilling til om tiltaket var egnet til å fremme likestilling. Ombudet la til grunn at det var en kjensgjerning at kvinner i langt større grad fikk avbrutt sin yrkesmessige karriere på grunn av barn og omsorgsoppgaver, og at de dermed hadde en dårligere karriereutvikling enn menn. Tiltak som kompenserte for karrieremessige ulemper måtte derfor sies å være egnet til å fremme likestilling.

Etter en helhetsvurdering kom ombudet til at øremerking av kvalifiseringsstipend for kvinner var et egnet virkemiddel for å fremme likestilling, men at tildelingen av et stipend som ble gitt til en kvinnelig førsteamanuensis ved Institutt for kulturkunnskap og kunsthistorie ikke var egnet da dette var et kvinnedominert institutt.

Neste spørsmål for ombudet var om stipendordningen var et forholdsmessig tiltak. Mannlige førsteamanuenser, som ellers oppfylte vilkårene, ville ikke bli vurdert for stipendene og ble dermed stilt dårligere enn kvinner. Ombudet la imidlertid vekt på at de ansatte førsteamanuensene ikke var avhengig av å motta stipend for å kvalifisere seg som professor. Vanligvis skulle man kunne gjøre dette mens man er ansatt som førsteamanuensis på vanlige vilkår. Når det måtte legges til grunn at mannlige førsteamanuenser klarte å kvalifisere seg i større grad enn kvinnelige på grunn av de kjønntypiske livene kvinner og menn lever, kunne tiltaket etter ombudets syn ikke sies å være for inngripende i forhold til formålet.

På denne bakgrunn kom ombudet til at HF-fakultetet lovlig kunne utlyse stipender øremerket kvinnelige førsteamanuenser, forutsatt at stipendene ble gitt kvinner ansatt på institutter hvor kvinner var underrepresentert på professornivå. Tildeling av stipend til en ansatt på Institutt for kulturkunnskap og kunsthistorie, som var kvinnedominert, var i strid med likestillingsloven § 3, jf. § 3a.

10.3.1.3 Fritid, foreninger mv.

LDO-11-1368 Forening, gratis greenfee, prioritering av kvinner, tidligere likestillingslov §§ 8, 3a
Saken gjaldt spørsmål om en golfklubbs tilbud om gratis greenfee for kvinner hver fredag var i strid med likestillingsloven.

Ombudet viste til at likestillingslovens § 8 bestemmer at en forening skal være åpen på like vilkår for kvinner og menn når medlemskapet er av betydning for et enkelte medlems yrkeskarriere eller faglige utvikling (§ 8 nr. 1) eller foreningens formål i det vesentlige er å bidra til løsningen av alminnelige samfunnsproblemer (§ 8 nr. 2).

Golfklubbens hovedformål var etter ombudets vurdering å drive golfidrett. Ombudet viste til at det av lovens forarbeider framgikk at vilkåret om at «foreningens formål i det vesentlige er å bidra til løsningen av alminnelige samfunnsproblemer» ikke skulle underlegges en snever tolkning. Det var videre forutsatt i forarbeidene at foreninger for idrettsutøvelse måtte være åpne for begge kjønn. Det samme synet ble framholdt i juridisk teori. Ombudet fant på denne bakgrunn at foreningen måtte være åpen på like vilkår for begge kjønn.

Gratis greenfee for kvinner hver fredag var dermed etter ombudets vurdering i utgangspunktet i strid med hovedregelen i § 3. Spørsmålet var dermed om bestemmelsen om positiv særbehandling i § 3a kom til anvendelse, slik at forskjellsbehandlingen likevel var tillatt.

Ombudet fant at særbehandlingen var rettet mot det kjønnnet som stod svakest på området. Golfklubben hadde i underkant av 30 prosent kvinnelige medlemmer. Ombudet kom videre til at tiltaket var både egnet til å fremme likestilling og tilfredstilte kravet til proporsjonalitet. Det ville etter ombudets syn ha likestillingsmessig betydning å øke kvinneandelen i styrer, råd og utvalg i en idrettsforening. Ombudet la videre vekt på at forskjellsbehandlingen ikke medførte en vesentlig ulempe for dem som ikke fikk tilbud om gratis greenfee. Ombudet bemerket også at det så ut til at tiltaket hadde hatt den ønskede effekt, og at golfklubben ville fortsette med praksisen i ett til to år før den ville foreta en endelig vurdering av om tiltaket hadde bidratt til å nå formålet.

Golfklubben handlet etter dette ikke i strid med likestillingsloven § 3, jf. § 3a ved at den tilbød gratis greenfee til kvinner hver fredag.

10.3.2 Etnisitet mv.

10.3.2.1 Stillingsannonse, innkalling til intervju og tilsetting

LDO-10-508 Opprettelse av traineestillinger, tidligere diskrimineringslov § 8

Saken gjaldt Barne- og ungdoms- og familieetatens traineestillinger for personer med ikke-vestlig bakgrunn og om opprettelsen av disse stillingene var i strid med diskrimineringsloven §4.

Bufetats traineeprogram ble opprettet for å skape økt mangfold i etaten, og inngikk som ett av flere tiltak for å nå målet om å øke andelen ansatte ansatte fra den ikke-vestlige innvandrerbefolkningen i Bufetat som helhet, og Bufdir spesielt. Målet var at endelen skulle være på fem prosent innen 1. januar 2012, og at andelen skulle andelen ellers i befolkningen. Formålet med opprettelsen av traineestillingene var todelt. For det første skulle ordningen tilrettelegge for å styrke minoriteters rettigheter. For det andre var formålet å gi et godt kvalitativt tilbud til brukerne av Bufetat.

I traineeprogrammet var det åtte stillinger. Varigheten på stillingene var 18 måneder. Traineene ville få mulighet til å arbeide tre ulike steder i Bufetat. Det fulgte av stillingsannonsen at det var et krav om at søkerne måtte ha ikke-vestlig bakgrunn (dvs. personer som har innvandret til Norge og har to foreldre som er født i enten Afrika, Asia med Tyrkia, Sør- og Mellom-Amerika eller tidligere Øst-Europa. I tillegg personer født i Norge og som har to foreldre som er født i et av de ovennevnte områder) for å være aktuelle til stillingene. Videre stod det i annonsen at stillingene var midlertidige, men ville gi mulighet for fast jobb etter traineperioden, at lønnen var konkurransedyktig og ville bli vurdert etter utdanning og erfaring.

Ombudet vurderte saken etter regelen om positiv særbehandling i diskrimineringsloven § 8. Ombudet viste til lovens forarbeider der det står at både tiltak som opprettes for å styrke minoriters stilling i arbeidslivet og tiltak som opprettes av hensyn til grupper som skal betjenes av de aktuelle personene, faller innenfor definisjonen positiv særbehandling (jf. Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) s. 119.)

Ombudet vurderte først om tiltaket bidro til å fremme diskrimineringslovens formål, fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion og livssyn, jf. lovens § 1.

Ombudet fant at at det var sannsynliggjort at opprettelsen av traineestillingene vil bidra til å fremme likestilling, sikre like muligheter og rettigheter og å hindre diskriminering, og uttalte at større mangfold blant de ansatte i Bufetat kunne bidra til å gi barnevernet og familievernet økt legitimitet blant personer med ikke-vestlig bakgrunn. Ombudet mente at legitimitet blant brukere er en forutsetning for god og likeverdig tjenesteyting. Traineeprogrammet kunne videre motivere personer med ikkevestlig bakgrunn til å søke stillinger i Bufetat. Ombudet mente også at ville gi deltakerne relevant arbeidserfaring og bedre forutsetninger for å konkurrere om stillinger i Bufetat ved senere anledninger.

Ombudet tok deretter stilling til om vilkåret om proporsjonalitet var oppfylt. Ombudet bemerket at det ikke forelå noen praksis om øremerking av stillinger eller traineestillinger som er forbeholdt etniske minoriteter fra Likestillings- og diskrimineringsombudet eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Det forelå heller ingen domstolspraksis. Det forelå imidlertid internasjonale rettskilder som kunne ha relevans. Ombudet viste i den forbindelse til FNs rasediskrimineringskonvensjon (RDK) og direktivbestemmelsen om positiv særbehandling i EUs Rådsdirektiv 2000/43/EF (rasedirektivet) artikkel 5. Ombudet viste videre til EF-domstolens avgjørelser om positiv særbehandling på grunn av kjønn etter tidligere rådsdirektiv 76/207/EØF (likebehandlingsdirektivet), som hadde trukket opp grensene for proporsjonalitetsvurderingen. Disse sakene var C-450/93 («Kalanke»), C-409/95 («Marschall»), C- 158/97 («Badeck») og C-407/98 («Tham»/«Abrahamsson»). Ombudet viste også til EFTA-domstolens sak E-1/02 («Universitetet i Oslo»). Ombudet viste til at det av dommene kan utledes at automatisk og ubetinget fortrinnsrett for kvinner til stillinger var i strid med direktiv 76/207/EØF.

Ombudet bemerket at det rettslige grunnlaget på kjønnslikestilling i EU har endret seg noe i tiden etter at dommene ble avsagt, ved at nyere direktivbestemmelser henviser direkte til Amsterdamtraktaten artikkel 141 (4). Ombudet viste til at traktatbestemmelsen hadde en noe annen ordlyd enn det tidligere direktivet, men at EF-domstolen ikke hadde vurdert hvorvidt dette medførte at de gjeldende prinsippene utviklet av EF-domstolen skulle settes tilside. I enkelte av dommene hadde domstolen imidlertid uttalt at det også etter traktatbestemmelser var et krav om proporsjonalitet. Ombudet foretok derfor en vurdering av om begrensningene i adgangen til positiv særbehandling som er utledet av domstolen, fortsatt er gyldige.

Ombudet fant at endringen i ordlyden ikke var så klar og tydelig at den kunne sette til side de prinsippene som er utviklet gjennom EF-domstolens praksis. Selv om reelle hensyn kunne tale for at opprettelse av traineestillinger i særlige tilfeller burde være tillatt, kunne ikke slike hensyn sette til side en etablert praksis.

Ombudet vurderte deretter om prinsippene EF- og EFTA-domstolen utledet på kjønnslikestilling var relevante for tolkningen av diskrimineringsloven § 8 om positiv særbehandling på grunn av etnisitet. Ombudet fant at dommene måtte anvendes som en tolkningsfaktor i den aktuelle saken. Ombudet viste til diskrimineringslovens forarbeider der det er presisert at det må innfortolkes et krav til proporsjonalitet i § 8. Uttalelser i forarbeidene tydet på at vurderingen av proporsjonalitet skal foretas på tilsvarende måte som etter likestillingsloven, og herunder praksis fra EF- og EFTA-domstolen. Ombudet uttalte videre at det var få andre rettskilder å bygge på og bestemmelsen i diskrimineringsloven har hovedsakelig lik oppbygning som bestemmelsen om positiv særbehandling i likestillingsloven. Ombudet kunne ikke se at andre hensyn skulle tilsi at vilkåret om proporsjonalitet skal tolkes vesentlig forskjellig etter de to lovene. Etter ombudets syn talte harmoniseringshensyn for at proporsjonalitetsvilkåret i utgangspunktet tolkes likt etter de to lovene. Ombudet kunne heller ikke se at FNs Rasediskrimineringskonvensjon (RDK) påla en plikt til positiv særbehandling, og viste til Rasediskrimineringskomiteen som har uttalt at vilkåret om proporsjonalitet også gjelder her.

Etter å ha kartlagt rettskildesituasjonen, gikk ombudet over til en konkret vurdering av de aktuelle stillingene og om vilkåret om proporsjonalitet var oppfylt. Følgende er hentet fra ombudets uttalelse:

«De aktuelle stillinger gir en absolutt og ubetinget fortrinnsrett for personer med ikke-vestlig bakgrunn. En slik øremerking av stillinger kan være til hinder for at den «best kvalifiserte» kandidaten får tilbud om stillingen, i og med at søkere uten den nevnte bakgrunnen er avskåret fra å søke stillingene, og tilfredsstiller slik sett ikke det nødvendige krav til fleksibilitet.

Det er ingen mulighet for at kandidater uten ikke-vestlig bakgrunn kan bli vurdert til stillingene dersom Bufetat for eksempel ikke skulle få tilstrekkelig med søkere eller andre tungtveiende grunner skulle tale for at andre kandidater burde tilbys en slik stilling.

Bufetat har derimot mulighet til å fremme likestilling i tråd med lovens formål gjennom mindre inngripende tiltak, så som for eksempel å oppfordre kandidater til å søke, innkalle til intervju og ansette ved tilnærmet like kvalifikasjoner, slik det også framgår at etaten allerede gjør. Alternativt må etaten sikre en større fleksibilitet ved opprettelse av lignende traineeprogrammer.

At stillingene kommer i tillegg til øvrige stillinger, og at slik sett stilles ingen dårligere enn før opprettelsen, kan ikke anses å være avgjørende, jf. EFTA-domstolens sak E-1/02.»

Ombudet konkluderte med at opprettelsen av traineestillinger ikke var tillatt etter diskrimineringsloven § 8.

Merknad

Denne saken ble ikke påklaget og dermed ikke brakt inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Nemnda har imidlertid senere vurdert en sak om trainee-stillinger i NRK, der nemnda kom frem til at trainee-ordningen var lovlig. NRKs trainee-ordningen skilte seg imidlertid noe fra Bufetats trainee-ordning når det gjaldt varighet, lønn og opplæringsens omfang. Det er gitt sammendrag av "NRK-saken" nedenfor under nemndas praksis.

LDO-11-2197 Innkalling til intervju, tidligere likestillingslov § 3a, tidligere diskrimineringslov § 8
Saken gjaldt spørsmål om en kommunes utlysning av stillinger som sykepleier, helsefagarbeider og hjelpepleier til et helse- og velferdssenter var i strid med likestillingsloven og/eller diskrimineringsloven. I annonsen stod det at det var et mål å rekruttere 50 prosent menn i alle stillinger og medarbeidere med samisk eller annen kultur- og språkforståelse. Kvalifiserte søkere i disse gruppene ville bli innkalt til intervju.

Kommunen anførte at de i stillingsannonsen kun uttrykte en målsetting. Kommunen ønsket å arbeide for å bedre kjønnsbalanse innenfor ansatte i helsesektoren, og mente at en bedre kjønnsbalanse ville være en fordel både for brukere av kommunens tjenester og for de ansatte. Kommunen viste også til at personer med annen kulturbakgrunn har vanskelig for å få innpass på arbeidsmarkedet. Fra tidligere ansettelsesprosesser hadde kommunen erfaring med at andelen søkere fra de to nevnte gruppene var svært lav.

Ombudet vurderte først om utlysningen var i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3. Ombudet fant at utlysningsteksten ga inntrykk av at menn ville bli foretrukket, og dermed i utgangspunktet i strid med § 4 første ledd, jf. § 3. Spørsmålet ble dermed om vilkårene for positiv særbehandling i § 3a var oppfylt.

Ombudet gikk gjennom forarbeider til likestillingsloven som omhandler adgangen til positiv særbehandling av menn og uttalte:

«Lovgiver har altså ved to anledninger, av nyere dato, tatt stilling til dette spørsmålet, og valgt ikke å utvide adgangen til positiv særbehandling til fordel for menn. Selv om ordlyden i § 3a ikke utelukker særbehandling til fordel for menn, taler både lovens formål, forarbeider og forvaltningspraksis for at slik særbehandling i arbeidslivet kun kan anvendes innenfor forskriftens område.»

Den tidligere Klagenemnda for likestilling åpnet for så vidt for at det kunne være adgang til å benytte positiv særbehandling til fordel for menn i den såkalte Hurum-saken (1/1991). Ombudet finner å måtte legge mindre vekt på denne uttalelsen, da den ble truffet før vedtagelsen av forskriftshjemmel og forskrift om særbehandling av menn.»

Ombudet mente at Klagenemndas uttalelser i sak 1/1991 som åpnet for at det kan være adgang til å positivt særbehandle menn, ikke kunne tillegges vekt da denne ble truffet før vedtakelsen av forskriftshjemmelen.

Ombudet fant derfor at utlysningen var i strid med likestillingsloven. Ombudet fant også at utlysningen var i strid med Forskrift om særbehandling av menn, da forskriften har utgangspunkt i stillinger innen barnehage, grunnskole og barnevern. De aktuelle stillingene var, etter ombudets vurdering, ikke tilsvarende stillinger.

Ombudet vurderte deretter om utlysningen var i strid med diskrimineringsloven. Utlysningen innebar en diskriminering av personer med norsk bakgrunn som ikke var samisk, og var i utgangspunktet lovstridig. Spørsmålet ble dermed om vilkårene i diskrimineringsloven § 8 var oppfylt.

Ombudet fant at utlysningen kunne bidra til å fremme lovens formål, og vurderte deretter om kravet om proporsjonalitet var oppfylt. Ombudet viste til lovens forarbeider som sier at virkemidler som å sikre et visst antall med innvandrerbakgrunn til intervju, er uproblematisk med hensyn til proporsjonalitetskravet. Det er først ved tildeling av et gode at dette kravet er begrensende. Ombudet fant heller ikke at dommer fra EU-retten satte begrensninger for denne type virkemiddel.

Ombudet konkluderte med at utlysningen ikke var i strid med diskrimineringsloven. Saken ble ikke påklaget.

LDO-06-337 *Stillingsannonse, henleggelse, tidligere diskrimineringsloven § 8*

Saken gjaldt spørsmål om annonse som oppfordret norske kandidater til å søke stillinger var i strid med diskrimineringsloven.

Ombudet henla saken. Ombudet la med dette til grunn at universitetssenteret ikke hadde hatt til hensikt å diskriminere utenlandske kandidater, men kun hadde ønsket å oppfordre norske kandidater til å søke stipendiatstillinger da norske var i mindretall ved universitetet. Forholdet var således ikke i strid med diskrimineringsloven § 4.

Ved framtidig annonsering anmodet ombudet universitetssenteret om ikke å anvende begrepet prioritering da dette kan ga inntrykk av at enkelte kandidater ble gitt fortrinn fremfor andre. Det ble vist til at unntak gjelder der særbehandlingen bidrar til å fremme lovens formål, jf. diskrimineringsloven § 8.

10.3.3 Alder

Ombudet har behandlet tre saker om seniorpolitiske tiltak. Sakene er oppsummert nedenfor. Sakene er ikke vurdert etter regelen om positiv særbehandling i arbeidsmiljøloven § 13-6, men etter unntaksbestemmelsen i § 13-3. I sak 09/667 (se under) er dette begrunnet i at tiltakene først og fremst har vært opprettet for å gi økonomiske fordeler til arbeidsgiver, og ikke for å fremme likestilling mellom de forskjellige aldersgruppene. Sakene er likevel tatt med i dette notatet, da det i slike saker kan være vanskelige grensdragninger mellom hva som er positiv særbehandling og ikke.

LDO-09-838 *Seniorpolitikk - arbeidsmiljøloven § 13-3*

Saken gjaldt klage på at arbeidstakere over 67 år ikke fikk pensjonsgivende lønnstilskudd. Klageren søkte om lønnstillegget fem måneder før han fratrådte. Han var da 70 år gammel. Han fikk avslag på søknaden, da lønnstilskudd bare ble gitt til arbeidstakere mellom 62 og 67 år. Tiltaket med lønnstilskudd var et av flere tiltak i en samlet «Plan for seniorpolitikk». Et annet tiltak i planen var redusert arbeidstid med full lønn.

Arbeidsgiver anførte at aldersgrensen måtte settes av økonomiske årsaker, og at det var viktigere å beholde 63-64-åringer i arbeid enn 68-69-åringer. Dette ble ikke nærmere begrunnet.

Ombudet vurderte ikke regelen om positiv særbehandling, men unntaksbestemmelsen i § 13-3. Ombudet viste til forarbeidene til bestemmelsen, der det fremgår at det *”må utvises svært stor forsiktighet med å akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være uegnet eller arbeidsprestasjonen dårligere alene som følge av vedkommende alder, uten at dette er begrunnet i konkrete forhold knyttet til de enkelte arbeidstakere eller typen arbeid det dreier seg om”*, jf. Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 41. Ombudet viste også til EF-domstolens uttalelser i Danfoss-saken (C-109/88 nr. 2), om at stereotypiske oppfatninger ikke legitimerer forskjellsbehandling.

Ombudet uttalte at arbeidsgiverens anførsel om at det er viktigere å beholde 63-64 åringer uten en nærmere begrunnelse, bygde på stereotype oppfatninger av arbeidstakres alder. Ombudet kunne derfor vanskelig se at den øvre aldersgrensen var saklig. Ombudet konkluderte derfor med at vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 13-3 ikke var oppfylt og at aldersgrensen var i strid med arbeidsmiljøloven.

LDO-09-667 Seniorpolitikk - merknad om positiv særbehandling - arbeidsmiljøloven § 13-3

Saken gjaldt seniorpolitiske tiltak i en kommune. Tiltakene ga fordeler i form av lønns- og arbeidsvilkår til en gruppe kommunalansatte som er mellom 62 og 64 år gamle. Ansatte som ble omfattet av tiltakene ved innføringen fikk adgang til å benytte seg av noen tiltak også etter fylte 65 år.

Formålet med tiltakene var å øke avgangsalderen for ansatte som har mulighet til å ta ut AFP, og for å påvirke sykefraværet i den aktuelle aldersgruppen. Arbeidstakerne som var omfattet, kunne få inntil 20 prosent reduksjon i arbeidstiden uten trekk i lønn eller få utbetalt en årlig bonus dersom de ikke tok ut AFP. For ansatte i aldersgruppen 65-66 år, som fylte vilkårene for seniortiltak, kunne det inngås avtale om delvis avtalefestet pensjon (AFP) tilsvarende seniortiltak, inntil 20 prosent.

Seniortiltakene var bare rettet mot de ansatte som ikke ville få AFP dekket gjennom kommunens AFP-avtale med Storebrand. Avtalen påla kommunen selv å betale pensjon til de ansatte som velger å gå av når de er mellom 62 og 64 år gamle. Ansatte som ville få AFP gjennom andre ordninger, var ikke omfattet av tiltakene.

Ombudet vurderte om tiltakene kunne anses som positiv særbehandling etter arbeidsmiljøloven § 13-6, men fant at forholdet falt utenfor bestemmelsen, da tiltakene var begrunnet i kommunens egne økonomiske hensyn og ønske om å holde på kvalifisert arbeidskraft. Vurderingen var derfor om tiltakene oppfylte vilkårene i unntaksbestemmelsen i aml § 13-3. Ombudet fant at vilkårene ikke var oppfylt og at tiltakene dermed var lovstridige.

LDO-06-1798 Seniorpolitikk - arbeidsmiljøloven § 13-3

Saken gjaldt en kommunes seniortiltak for personer mellom 62 og 64 år. I likhet med sak 09/667 (over) innebar tiltakene at eldre arbeidstakere kunne ta ut mer fri, og/eller ta ut høyere lønn. Tiltakene var begrenset til personer mellom 62 og 64 år, da det var denne gruppen som var dyrest å ha på AFP-ordning. Formålet var å beholde arbeidskraft, samt spare penger. Spørsmålet var om ordningen var diskriminerende overfor arbeidstakere som hadde fylt 65 år, ved at de var ekskludert fra tiltakene.

Ombudet vurderte ikke forholdet etter § 13-6 om positiv særbehandling, men om vilkårene i unntaksbestemmelsen i § 13-3 var oppfylt. Ombudet fant at det ikke var adgang til å begrense tiltakene til denne gruppen, men at slike tiltak måtte gjelde alle over 62 år. Ombudet presiserte at hensynet til å spare penger på grunn av AFP-ordningen ikke var noe saklig seniortiltak, men at hensikten med tiltakene måtte være at eldre arbeidstakere skulle kunne stå lenger i jobb. De tiltakene som var innført var derfor i strid med arbeidsmiljøloven.

11 Oversikt over proposisjoner, høringsnotater, offentlige utredninger og stortingsmeldinger

11.1 Likestillingsloven

- Prop. 88 L (2012–2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*
- Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) *Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide aktivt for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbod mot seksuell trakassering mv.)*
- Ot.prp. nr. 29 (1994–1995) *Om lov om endringer i lov 9. juni 1978 nr. 45 om likestilling mellom kjønnene*
- Ot.prp. nr. 1 (1977–78) *Lov om likestilling mellom kjønnene*
- Ot.prp. nr. 33 (1974–75) *Lov om likestilling mellom kjønnene*

- Barne- og familiedepartementet, 15. oktober 1999 *Høringsnotat – forslag til endringer i likestillingsloven*
- Forbruker- og administrasjonsdepartementet, juli 1974. *Høringsnotat – Utkast til lov om likestilling mellom kjønnene*

- NOU 2012: 15 *Politikk for likestilling*
- NOU 2011: 18 *Struktur for likestilling*
- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK*

- Meld. St. 44 (2012–2013) *Likestilling kommer ikke av seg selv*
- St.meld. nr. 70 (1991–1992) *Likestillingspolitikk for 1990-åra*

11.2 Diskrimineringsloven

- Prop. 88 L (2012–2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*
- Ot.prp. nr. 33 (2004–2005) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv. (diskrimineringsloven)*
- Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*

- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK*
- NOU 2002: 12 *Rettslig vern mot etnisk diskriminering*
- NOU 2003: 2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet*

11.3 Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

- Prop. 88 L (2012–2013) *Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*
- Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) *Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)*
- Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*

- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK*
- NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet*
- NOU 2003: 2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet*

11.4 Arbeidsmiljøloven kapittel 13

- Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)*
- Ot.prp. nr. nr. 104 (2002–2003) *Om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m.*

- NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern. Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK*
- NOU 2003: 2 *Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet*

12 Relevante høringsuttalelser fra ombudet

Sak 12/2039 Høringsuttalelse: NOU 2012:15 *Politikk for likestilling*, datert 27. november 2012

Sak 11/2527 Høringsuttalelse: NOU 2011:18 *Struktur for likestilling*, datert 9. mars 2012

Sak 09/1503 Høringsuttalelse: NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*, datert 19. desember 2009

13 Juridisk litteratur

Hedlund, Mary-Ann, Semner, Brit Djupvik. *Likestillings- og diskrimineringslovene Bind 1 – Med kommentarer*. Oslo, 2008.

Hellum, Anne. *Mot et strukturelt diskrimineringsvern: aktivitetsplikt og midlertidige særtiltak*. I: *Diskriminerings- og likestillingsrett*. Hellum, Anne og Ketscher, Kirsten (red.). Oslo, 2008.

Hellum, Anne og Nielsen, Ruth. Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stpend for kvinner ved UiO. I: *Kritisk Juss* 2002 (29) s. 113-132.

Holgersen, Gudrun. *Likestillingsloven*. Bergen, 1984.

14 Rapporter mv.

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet. *Behandling av Norges 8. rapport til FN om oppfølging av kvinnediskrimineringskonvensjon (CEDAW)*. Tilgang:

http://www.regjeringen.no/upload/BLD/Vedlegg_4.pdf

European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities Unit G.2. *Beyond Formal Equality. Positive Action under Directives 2000/43/EC and 2000/78/EC*.

Tilgang: http://www.non-discrimination.net/content/media/Beyond%20formal%20equality%20-%20Positive%20action%20under%20Directives%2007_en.pdf

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Praksis 2009*. Tilgang:

<http://www.ldo.no/no/ombudet/publikasjoner/praksis/Praksis-2009/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *LDOs klagesaker 2007-2010 for utvalgte diskrimineringsgrunnlag og områder*. Tilgang:

<http://www.ldo.no/no/ombudet/publikasjoner/rapporter/LDOs-klagesaker-2007-2010/>

Likestillings- og diskrimineringsombudet. *Supplementary Report to the 8th Norwegian Report to the CEDAW Committee*. Tilgang: <http://www.ldo.no/no/ombudet/publikasjoner/rapporter/CEDAW-rapport/>

15 Nyttige nettsider

Barne-, likestillings- og inkluderingsdepartementet: www.regjeringen.no/nb/dep/bld.html?id=298

EFTA-domstolen: <http://www.eftacourt.int/>

EFTA Surveillance Authority: <http://www.eftasurv.int/>

EU-rett: <http://eur-lex.europa.eu/en/index.htm>

Likestillings- og diskrimineringsombudet: www.ldo.no

Likestillings- og diskrimineringsnemnda: www.diskrimineringsnemnda.no

Lovdata: www.lovdato.no