Kjønnskvotering som positiv særhandsaming etter likestillingsloven, EØS-retten og kvinnekonvensjonen

av Line Johanna Landa Hanøy

Lita masteroppgåve i rettsvitskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Hausten 2011

Innhaldsliste

1 INNLEIING ... 3
1.1 TEMA OG PROBLEMSTILLING ... 3
1.2 AVGRENSINGAR OG PRESISERINGAR ... 3
1.3 DEFINISJONAR ... 4
1.4 AKTUALITET ... 5
1.5 TIDLEGARE LITTERATUR OG FORSKING ... 7
1.6 RETTSKJELDEBILETET ... 8
1.7 DEN VIDARE FRAMSTILLINGA ... 11
2 KVOTERING, EIT NØDVENDIG VERKTØY FOR LIKESTILLING? ... 12
2.1 KJØNNSDELT ARBEIDSMARKNAD ... 12
2.2 DISKRIMINERING ... 14
2.3 SELEKSJONSKRITERIER ... 15
2.4 OMSYNET TIL DEMOKRATI ... 16
2.5 UTNYTTING AV KVINNERS ARBEIDSKRAFT OG ERFARING ... 17
2.6 MODERAT OG RADIKAL KJØNNSKVOTERING ... 17
3 KJØNNSKVOTERING ... 19
3.1 LIKESTILLINGSLOVEN MED FORSKRIFTER ... 19
3.2 EØS-RETTSLEGE FORPLIKTINGAR ... 21
3.3 KVINNEKONVENSJONEN ... 25
3.3.1 Tilhøvet mellom kvinnekonvensjonen og dei EØS-rettslege forpliktingane ... 28
3.4 RETTSPRAKSIS ... 31
3.4.1 Moderat kjønnskvotering til stillingar ... 31
3.4.2 Radikal kjønnskvotering til stillingar ... 40
3.4.3 Andre karrierefremmande føremon ... 49
3.5 OPPSUMMERING AV RETTSTILSTANDEN ... 58
3.5.1 Fleksibilitet ... 58
3.5.2 Krav til proporsjonalitet ... 59
3.5.3 Tiltaket må vere eigna ... 59
3.5.4 Tiltaket må vere nødvendig ... 59
4 VURDERINGAR ... 60

Rettskjeldar

1 Innleiing

1.1 Tema og problemstilling

Temaet for oppgåva er kjønnskvotering som positiv særhandsaming for å oppnå likestilling mellom kvinner og menn innanfor sysselsetjing og yrkesopplæring/utdanning. Problemstillinga er om kjønnskvotering er eit eigna virkemiddel for å oppnå likestilling, og i kva grad kjønnskvotering kan setjast i verk innanfor rammene av norsk likestillingslovgiving, EØS-rettslege forpliktingar og kvinnekonvensjonen.

1.2 Avgrensingar og presiseringar

Oppgåva tar sikte på å gjere greie for kvotering av kvinner. Ved nokre tilfelle vil også kvotering av menn bli handsama, då det finst område der menn tradisjonelt har vore underrepresenterte. Eit døme på dette er sjukepleiar- og førskulelæraryrket.[1] Kvinner er per dags dato likevel underrepresenterte innanfor fleire samfunnsområde og hovudfokuset vil derfor vere på kvotering av kvinner. Oppgåva vil både omhandle moderat og radikal kjønnskvotering, Kjønnskvotering på andre samfunnsområde, som til dømes kvotering til styreverv i allmennaksjeselskap[2], kvotering til utval, styrer osv. som er oppnemnt at det offentlege[3] og andre ordningar som favoriserer eit kjønn, vil ikkje bli omtalt noko særskilt bortsett frå i punkt 1.4. Årsaka til denne avgrensinga er delvis omsynet til oppgåva sitt omfang og delvis fordi sysselsetning og yrkesopplæring/utdanning er sentrale gode der tilgangen til slike vil ha stor innverknad for kvart enkelt individ i form av økonomisk forteneste og innflytelse. Dette gjeld til ei viss grad dei andre samfunnsområda også, men sysselsetning og yrkesopplæring/utdanning er også interessante i lys av internasjonale forpliktingar som EØS-avtalen.

---

[1] SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 3 sysselsatte, etter kjønn og yrke, nummer 3231 og 3320

[2] Lov nr. 45/1997 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven eller asal.) § 6-11 a

[3] Lov nr. 45/1978 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven eller likestl.) § 21

1.3 Definisjonar

Formell likestilling inneber at kvinner og menn skal ha like rettigheitar og såleis ikkje bli diskriminert på grunnlag av kjønn gjennom handlingar og andre tiltak.[4] Faktisk likestilling er ei vidare forståing av likestillingsomgrepet og byggjer på synet om at retten verkar inn i ein sosial, økonomisk og kulturell kontekst der kvinner og menn har ulike føresetnader for å oppnå rettigheitene sine.[5] Faktisk likestilling tar utgangspunkt i at tilsynelatande identisk handsaming i praksis kan forsterke ulikheiter som har oppstått som følgje av tidlegare eller fortsetjande diskriminering.[6]

Formell likestilling kan på denne måten knytast til forbodet mot direkte diskriminering og faktisk likestilling til forbodet mot indirekte diskriminering. Skilnaden mellom direkte og indirekte diskriminering er at indirekte diskriminering kan tillatast dersom den oppfyller visse krav.[7]

Positiv særhandsaming går enda lenger, og opnar for at tiltak som favoriserer eit kjønn som er underprivilegert kan setjast i verk for å betre stillinga deira.[8] Kjønnskvotering er døme på eit slikt tiltak.

Kjønnskvotering kan definerast som ordningar der det blir fastsett målsetjingar for kor høg del av det underrepresenterte kjønn som skal ha utvalte posisjonar, og der verkemiddel blir tatt i bruk for å sikre at kvoten blir fylt.[9]

Med moderat kjønnskvotering meines ordningar der kandidaten av det underrepresenterte kjønn blir valt dersom det ligg føre like eller tilnærma like

---

[4] Anne Hellum og Kirsten Ketscher (red.), *Diskriminerings- og likestillingsrett*, Universitetsforlaget 2008, side 62 siste avsnitt
[5] Ibid.
[6] Sandra Fredman, *Discrimination law*, Oxford University press 2002, side 11 under III første avsnitt. Forfattaren nyttar omgrepet "equality of results" for faktisk likestilling
[7] Sjå likestl. § 3 fjerde ledd
[8] Sjå likestl. § 3 a, første ledd jf. § 1
[9] Hege Skjeie (1985), sitert i Mari Teigen, *Kvotering og kontrovers*, ISF og Pax forlag 2003, side 11 første avsnitt

kvalifikasjonar mellom kandidatane.[10] Radikal kjønnskvotering er ordningar der ein kandidat av det underrepresenterte kjønn blir valt framfor ein betre kvalifisert kandidat av det motsette kjønn dersom vedkomande tilfredstill minimumskvalifikasjonar.[11]

1.4 Aktualitet

På fleire sentrale samfunnsområde har representasjon av kvinner vore låg gjennom norsk historie. I 1882 fekk kvinner moglegheit til å kvalifisere seg for å få tilgang til norske universitet, sjølv om det skulle ta fleire år før dette blei eit vanleg val å ta blant kvinner.[12] Stemmerett for kvinner blei innført i 1913, og først frå dette tidspunkt var kvinners deltaking i demokratiet ein reel moglegheit. I 1981 utgjorde kvinnelege ministarar for første gong heile 44 % av ministarane i regjeringa.[13] I den heimlege sfæren kan det nemnast at gifte kvinner reelt sett først blei myndige etter loven frå 1927, då dei frå denne perioden av fekk rett til å styre sin del av felleseiget.[14]

Kjønnskvotering er eit tiltak som har blitt sett i verk med det føremål å sikre faktisk likestilling mellom kvinner og menn.

Eit døme på lovregulert kvotering har ein i likestillingsloven § 21 som fastset tal på kor mange av kvart kjønn som skal vere representert i utval, styrer, råd, nemnder med meir når dei er oppnemnt eller valt av eit offentleg organ. Dersom utvalet har to eller tre medlem så skal begge kjønn vere representert og ved fleire enn ni medlem skal kvart kjønn vere representert med 40 %, jf. likestl. § 21 første ledd nummer 1 og 4.

Allmennaksjeloven § 6-11 a er eit anna døme, her blir det fastsett at begge kjønn skal vere representert dersom styret har to eller tre medlem, jf. asal. § 6-11 a nummer 1.

---

[10] Mari Teigen, side 11 første avsnitt
[11] Ibid.
[12] SSB, Alice Steinkellner, "Fra den første kvinnelige student", www.ssb.no, http://www.ssb.no/ssp/utg/201001/03/ (desember 2011) andre og fjerde avsnitt
[13] Menn og kvinner i norske regjeringer 1945-, under Brundtland II, Regjeringen.no, http://www.regjeringen.no/nb/om_regjeringen/tidligere/oversikt/departementer_embeter/embeter/menn-og-kvinner-i-norske-regjeringer-sid.html (desember 2011)
[14] Hege Brækhus, "Fra stemmerett til forbud mot faktisk diskriminering", *Kvinnforsks skriftserie nummer 5,* 2000 *side 133-149* (side 134 tredje avsnitt)

Dersom styret har meir enn ni medlem skal kvart kjønn vere representert med minst 40 %, jf. asal. § 6-11 a nummer 4. Lovendringa[15] tredde i kraft 1. januar 2006 og frå 2004 til 2010 steig delen av kvinner i slike styrer med 196 %.[16]

Både likestl. § 21 og asal. § 6-11 a er kjønnsnøytrale, noko som inneber at dei er permanente ordningar.

Øyremerking av stillingar og studieplassar er døme på radikal kjønnskvotering. Her kan Universitetet i Oslo si utlysning av stillingar for kvinnelege professorar nemnast. Denne ordninga blei vurdert av EFTA-domstolen i *Post doc-saka*[17], og blei sett på å vere i strid med Noreg sine forpliktingar etter EØS-avtalen. Denne saka er nærare handsama i punkt 3.4.2 i oppgåva. Når det gjeld opptak til utdanning har øyremerking blitt nytta ved opptak til datateknikk studiet ved NTNU for å få fleire kvinnelege studentar. Dette tiltaket blei valt som eit resultat av at talet på kvinnelege studentar ved dette studiet sank frå 14 % til 6 % frå 1986 til 1996.[18] Denne ordninga har ikkje blitt prøvd av likestillingsnemnda eller domstolen.

Det er heller ikkje noko i vegen for at ein organisasjon eller eit politisk parti fastset at begge kjønn skal vere representert. Det som kjenneteiknar slike ordningar er at dei er avhengige av vedkomande organisasjon eller politisk parti si vilje og ambisjon om å kvotere.

Arbeiderpartiet, Venstre, Kristelig folkeparti, Sosialistisk venstre, Senterpartiet og Miljøpartiet de grønne er parti som har føresegn om kjønnsrepresentasjon i vedtektene sine.[19]

---

[15] Lov av 19. desember 2003 nummer 120

[16] Beate Bartsch og Martin Skårerhøgda, Menn fortsatt i førersetet, www.ssb.no, http://www.ssb.no/samfunnsspeilet/utg/201004/02/ (desember 2011), under "flere kvinner inn i ASA-styrene", første avsnitt

[17] Sak E-1/02, *EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway*, EFTA Court Report 2003, side 1

[18] Teigen, side 122 andre avsnitt

[19] Sjå til dømes Venstre sine vedtekter på www.venstre.no, http://www.venstre.no/sentralt/organisasjon/artikkel/1749/ (desember 2011), § 3 siste avsnitt

Andre ordningar der målet er å fremme likestilling innanfor eit samfunnsområde er støtteordningar for kvinnelege næringsutøvarar. Dette er temaet i doktorgrads-avhandlinga til Vada. Her blir det vist til at støtteordningar er positive tiltak som fell innanfor likestillingsloven § 3a og EØS-retten og som kan bidra til å auke kvinnedelen innanfor eit område som tradisjonelt har vore dominert av menn.[20]

1.5 Tidlegare litteratur og forsking

Kjønnskvotering har vore tema i ei tidlegare masteroppgåve av Thorstensen ved Universitetet i Oslo i 2003.[21] Hovudvekta i denne oppgåva ligg på moderat kjønnskvotering og EF-domstolen, EFTA-domstolen og Likestillingnemnda sin praksis om tilgangen til å setje i verk kvotering som eit likestillingsfremmande verkemiddel.[22] Oppgåva frå 2003 og denne oppgåva tar utgangspunkt i fleire av dei same avgjerdene, men skil seg litt ved at denne oppgåva også har eit kapittel med meir generelle omsyn for og i mot kjønnskvotering. I tillegg til at den tar sikte på å gjere greie for både moderat og radikal kjønnskvotering.

Dei andre bøkene og artiklane som er skreve om positiv særhandsaming og kjønnskvotering vil det bli vist til fortløpande i oppgåva, men innleiingsvis kan Ellis og hennar studie i diskrimineringsrettslovgivinga innan EU-retten nemnast.[23] I tillegg har Hellum og Nielsen har skreve ein artikkel om EØS-retten sitt tilhøve til kvinnekonvensjonen i samband med øyremerkinga av post doc-stillingar ved UiO.[24]

---

[20] Ragnhild Vada, *Satsing på kvinner som næringsutøvere*, Fagbokforlaget 2007, side 137 andre avsnitt

[21] Lene Marie Thorstensen, *EF- og EFTA-domstolens og klagenemnda for likestillings praksis om adgangen til å bruke kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling mellom kjønn*, Materoppgave Universitetet i Oslo 2003

[22] Thorstensen, overskrifta og punkt 1.3 andre avsnitt

[23] Evelyn Ellis, *EU Anti-discrimination Law*, Oxford University press 2005

[24] Hellum, Anne og Nielsen, Ruth, "Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO", *Kritisk Juss*, 2002 nummer 29 side 113-132

1.6 Rettskjeldebiletet

Kjønnskvotering blir som vist i punkt 1.4 regulert av norsk lov, i tillegg til at internasjonale forpliktingar som EØS-avtalen og kvinnekonvensjonen vil leggje føringar på kva slags typar positive særtiltak som kan i verksetjast.

Likestillingsloven inneheld ikkje spesifikke føresegn om kvotering, med unntak frå § 21 som det er vist til over. Likestillingsloven § 3 a opnar for positiv særhandsaming av det eine kjønn dersom særhandsaminga er i samsvar med loven sitt føremål om å fremme likestilling. Likestillingsloven § 1 fastset at loven særskilt tar sikte på å betre kvinner si stilling.

Når det gjeld likestillingsloven, er denne underlagt eit to-spora handhevingssystem. Loven blir handheva av både likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) og likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN), jf. likestl. § 9. LDO skal føre tilsyn med og medverke til at likestillingsloven blir følgt, og kan mellom anna gi utsegn om eit forhold er i strid med loven, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 andre og tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nummer 1.[25] LDN handsamar saker som blir tatt inn for dei av LDO eller ein privat part, i tillegg til vedtak som er gjort av ombudet i særlege tilfelle, jf. diskrimineringsombudsloven § 6 første ledd.

Av avgjerdene til LDO og LDN er det få av sakene som går vidare til tingretten.[26] Utsegna frå LDO og praksis frå nemnda vil dermed vere rettskjeldar ein må forholde seg til når det gjeld tolkinga av førsegna i likestillingsloven.

Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 2. mai 1992 (EØS-avtalen) gjeld som norsk lov, jf. EØS-loven § 1.[27] Føresegn i lov eller forskrift som skal oppfylle Noreg sine forpliktingar etter EØS-avtalen har forrang ved motstrid mellom andre føresegn som regulerer same forhold, jf. EØS-loven § 2.

---

[25] Lov nr. 40/2005 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

[26] Noko ein ser dersom ein går inn på ”avgjørelser” under likestillingsloven på lovdata

[27] Lov nr. 109/1992 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v.

Gjennom EØS-avtalen får Noreg ta del i EU sin indre marknad, jf. EØS-avtalen artikkel 1(2) bokstav a-d. I tillegg fastset artikkel 1(2) bokstav f i EØS-avtalen at samarbeidet skal omfatte ”nærmere samarbeid på andre områder, slik som forskning og utvikling, miljø, utdannelse og sosialpolitikk”.

EØS-avtalen artikkel 70, som står i kapittelet om sosialpolitikk, lyder:

”Avtalepartene skal fremme prinsippet om lik behandling for kvinner og menn ved å gjennomføre de bestemmelser som er angitt i vedlegg XVIII”.

Vedlegg XVIII fastset at direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve skal gjelde for EØS-avtalen.[28]

Med heimel i avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol (ODA-avtalen) er EFTAs overvåkingsorgan (ESA) oppretta, jf. artikkel 4 og EFTA-domstolen, jf. artikkel 27.

Det er lagt til grunn at EFTA-domstolen sine avgjerder og rådgivande utsegn, jf. ODA-avtalen artikkel 34, bør tillegast vesentleg vekt av nasjonale domstolar.[29]

EØS-avtalen tar sikte på å opprette eit dynamisk og einsarta Europeisk økonomisk samarbeidsområde, jf. fjerde avsnitt i fortalen. Med dynamisk meines at avtalen skal vidareutviklast over tid, noko som avspeglar EU-retten sin karakter.[30]

---

[28] EØS-komiteen si avgjerd nummer 33/2008, publisert i EØS-tillegget nr. 42/2008/s. 18, under ”EØS-komiteen har” punkt 2. Denne avgjerda tredde i kraft frå 1. februar 2009. Punkt 3 opphevar det tidlegare direktivet 76/207/EØF av 9. Februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår

[29] Rt. 2000 s. 1811 (Finanger-dommen), side 1820 under II nummer 1 og Ole-Andreas Rognstad, ”EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-atvtalen”, *Tidsskrift for rettsvitenskap,* 2001 side 435-463, side 462 siste avsnitt

[30] Sejersted mfl., *EØS-rett*, Universitetsforlaget 3. utgåve 2011, side 87 tredje avsnitt

Når det gjeld rettspraksis frå EF-domstolen som blei avsagt før EØS-avtalen blei underteikna, fastset EØS-avtalen artikkel 6, jf. ODA-avtalen artikkel 3 at EFTA-domstolen skal tolke føresegna i EØS-avtalen i samsvar med EF-domstolen sin rettspraksis så langt dei aktuelle føresegna i sitt innhald er identiske med EU-retten.

Rettspraksis frå EF-domstolen som blei avsagt etter at EØS-avtalen blei underteikna skal ESA og EFTA-domstolen ta "tilbørlig hensyn til", jf. ODA-avtalen artikkel 3 nummer 2.

Målsetjinga om homogenitet i EØS-området, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nummer 1, tilseier også at seinare rettspraksis frå EF-domstolen får vekt ved tolkinga av EØS-reglar.[31]

FNs internasjonale konvensjon av 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnekonvensjonen eller CEDAW) gjeld som norsk lov, jf. menneskerettsloven § 2 nummer 5.[32] Ved motstrid med føresegn i anna lovgiving har kvinnekonvensjonen forrang, jf. menneskerettsloven § 3.

Kvinnekonvensjonen har som føremål å avskaffe alle former for diskriminering av kvinner, jf. artikkel 2, jf. artikkel 1. Artikkel 4 omhandlar tilgangen til å setje i verk midlertidige særtiltak.

Kvinnekonvensjonen blir ofte omtalt som dynamisk. I dette ligg det at kontekst og føremål er viktige for tolkinga av føresegna i konvensjonen, noko som inneber at forståinga av konvensjonen stadig er under utvikling i høve til det rettslege, etiske, politiske og sosiale landskapet konvensjonen blir nytta i.[33]

Komiteen for avskaffing av diskriminering av kvinner (komiteen), har til oppgåve å føre tilsyn med gjennomføringa av kvinnekonvensjonen, jf. artikkel 17. Komiteen gjennomgår rapportar som konvensjonspartane er plikta til å føreleggje om lovgiving,

---

[31] Sejersted mfl., side 224 første avsnitt
[32] Lov nr. 30/1999 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
[33] Hellum og Ketscher, side 78, 2.7.1 første og andre avsnitt

rettslege, administrative eller andre tiltak som er vedtekne for å gjennomføre føresegna i konvensjonen, jf. artikkel 18 første ledd. Dei konkluderande kommentarane til komiteen blir sett å vere viktige dokument, då desse samanfattar komiteen sitt syn for kva område som skal prioriterast og tilrådingar til handling for vedkomande land.[34] Komiteen kan også leggje fram forslag og generelle utsegn på grunnlag av rapportane frå statane og andre opplysningar, jf. artikkel 21 nummer 1. Når det gjeld komiteen sine generelle utsegn så er ikkje desse formelt bindande for statane, men dei blir sett på å vere tungtvegande tolkingar av konvensjonen.[35] Komiteen kan også handsame klager frå individ dersom ein stat ikkje oppfyller pliktene sine etter kvinnekonvensjonen, jf. valfri protokoll.[36] Noreg ratifiserte denne 5. mars 2002.[37]

1.7 Den vidare framstillinga

I kapittel 2 ligg hovudvekta på argument for og i mot kjønnskvotering. I kapittel 3 vil regelverket i høve til kvotering bli drøfta og i kapittel 4 vil slutningane frå dei føregåande kapitla bli brukt for å vurdere kva som kan gjerast vidare.

---

[34] Manfred Nowak, "The Prohibition of Gender-specific Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights", *The Human Rights of Women*, red.: Wolfgang Benedek, Ester M. Kisaakye og Gerd Oberleitner, London 2002, side 137 første avsnitt

[35] Manfred Novak, side 139 første avsnitt

[36] Valgfri protokoll til FNs konvensjon av 6. oktober 1999 om å avskaffe alle former for diskriminering mot kvinner, jf. artikkel 2.

[37] Ot.prp. nr. 35 (2004-2005), Om lov om endringer i likestillingsloven mv., under 11.3.2 andre avsnitt

2 Kvotering, eit nødvendig verktøy for likestilling?

2.1 Kjønnsdelt arbeidsmarknad

På fleire samfunnsområde har og er framleis kjønnsrepresentasjonen av kvinner og menn ulik. Når det gjeld sysselsetning, så har Noreg ein svært segregert arbeidsmarknad, både på det horisontale og det vertikale planet. Med horisontal segregering av arbeidsmarknaden meines at fordelinga av kvinner og menn er konsentrert i ulike bransjar, yrker og sektorar.[38] Eit døme på horisontal fordeling har ein innan ulike typar av ingeniør- og teknikk yrker der kvinnedelen er låg.[39] Eit anna døme har ein innan omsorgs- og undervisningsyrker som førskulelærar og sjukepleier der kvinnedelen er høg.[40] Den kjønnsdelte arbeidsmarknaden må sjåast i samband med fordelinga av kvinner og menn i offentleg og privat sektor. Årsgjennomsnittet for 2010 viser at dobbelt så mange kvinner som menn arbeidde i offentleg forvaltning, medan det i privat sektor og for offentlege føretak arbeidde nesten dobbelt så mange menn som kvinner.[41]

Med vertikal segregering av arbeidsmarknaden meines at kvinner og menn innehar ulike posisjonar innan stillingshierarkiet.[42] Eit døme på vertikal fordeling har ein i leiaryrker. I 2010 var 7.3 % menn tilsett i slike leiarstillingar mot 4.3 % kvinner.[43] Eit anna døme har ein innan universitets- og høgskulesektoren der talet på kvinnelege

---

[38] NOU 2008: 6 Kjønn og lønn, punkt 3.3.1 første avsnitt

[39] SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 3 om sysselsette etter kjønn og yrke, nummer 3112, 3113, 3114, 3116, 3119 og 3120

[40] Ibid. under nummer 3231, 3232, 3310 og 3320

[41] SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 8 om sysselsette etter yrke i privat sektor og offentleg føretak og offentleg forvaltning, første vannrette linje

[42] NOU 2008: 6 Kjønn og lønn, punkt 3.3.2 første avsnitt

[43] www.ssb.no, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 2 om sysselsette etter yrke og kjønn, under lederyrker 2010

professorar i 2009 var 20 % medan talet på kvinnelege postdoktorar var 47 % og talet på kvinnelege stipendiatar var 53 %.[44]

Eit spørsmål ein kan stille seg er om den kjønnsdelte arbeidsmarknaden er eit resultat av frie val, med det resultat at kvinner vel seg til andre typar yrker enn menn fordi slike yrker lettare lar seg kombinere med til dømes omsorgsansvar. Eit anna spørsmål i same sjanger er om målet om likestilling er feilslått dersom det ikkje ligg føre ein 50-50 representasjon av kvinner og menn innan alle samfunnsområde.

Tom Colbjørnsen i Likelønskommisjonen uttalte dette om frie val i sitt særvotum:

> ”En viss ulikhet i lønn oppstår når kvinner og menn gjør ulike avveininger og prioriteringer mellom inntektsbringende karrierer og ikke-materielle goder.”[45]

Frå eit likestillingsperspektiv vil etter mitt syn ikkje ulike yrkesval blant kvinner og menn vere problematiske så lengje vala blir likt verdsett i form av både inntekt og makt. Noko anna er at kvinner i dag tilsynelatande har fleire valmoglegheiter enn tidlegare, og at dette kan påverke at vala i dag blir friare enn det dei var før.

Positive særtiltak er virkemiddel som kan nyttast til å fremme ein betre balanse mellom kvinner og menn i arbeidslivet og til å oppmuntre deltakinga av kvinner i dei delane av arbeidslivet der kvinner er underrepresenterte.[46]

Kjønnskvotering vil etter mitt syn vere eit tiltak som kan bidra til å jamne ut den kjønnsdelte arbeidsmarknaden.

---

[44] NIFU (Nordisk institutt for studier av innovasjon, forskning og utdanning): FoU-statistikk under Vitenskapelige stillinger - professorer og Vitenskapelige stillinger – stipendiater, sjå http://kifinfo.no/c42711/seksjon.html?tid=42728
[45] NOU 2008: 6 Kjønn og lønn, punkt 17.4.1 første strekpunkt
[46] 84/635/EEC: Council recommendation of 13 December on the promotion of positive action for women, Official Journal L 331, 19/12/1984 P. 0034-0035, punkt 1 og 1b

2.2 Diskriminering

Både norsk lovgiving og forpliktingane våre etter EØS-retten og kvinnekonvensjonen inneheld forbod mot diskriminering på grunnlag av kjønn. Likestillingsloven § 3 første ledd fastset at direkte og indirekte diskriminering av kvinner og menn ikkje er tillate, jf. punkt 3.1. Direktiv 2006/54/EF om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve slår i artikkel 1 fast at menn og kvinner skal likehandsamast. Kvinnekonvensjonen forbyr all diskriminering av kvinner, jf. artikkel 2, jf. artikkel 1.

Positiv særhandsaming har av Europakommisjonen blitt forstått slik at tiltak skal ta sikte på å vere ei motvekt til tidlegare diskriminering, eliminere eksisterande diskriminering og å fremme like moglegheiter for menn og kvinner, særskilt i høve til sysselsetjing der eit kjønn er vesentleg underrepresentert.[47]

Som verkemiddel for å oppnå likestilling er positiv særhandsaming likevel opphav til vanskelege politiske og rettslege avvegingar når det gjeld balansegangen mellom individuell og kollektiv rettferdigheit.[48] Dette gjeld ikkje minst for verkemiddelet kjønnskvotering.

Kirsten Ketscher gjer gjeldande at ”positiv diskriminering” stort sett inneber negativ diskriminering av andre og at slike tiltak dermed kan bli ein parodi av ”de rettigheder og de værdier, man ønsker at bruge som platform”.[49] Evelyn Ellis har eit liknande syn, og uttaler:

”There is something deeply unattractive about trying to remedy the shortcomings in the non-discrimination principle by further acts of discrimination: two wrongs simply

---

[47] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice of 17. October 1995 in case *C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen*, COM(96) 88 final

[48] Hellum og Ketscher, side 394 siste avsnitt

[49] Kirsten Ketscher, ”Retsvidenskapen set gennem kvinderettens prisme”, *Erkjennelse og engasjement*, side 57-71, Fagbokforlaget 2002, side 65 under Humanisme tredje avsnitt og side 67 avsnitt under petit

do not make a right [...]”.[50]

Eg er av den oppfatninga at det er nødvendig å setje i verk positiv særhandsaming for å eliminere diskriminering av kvinner. Faktisk likestilling av menn og kvinner vil etter mitt syn avhenge av at det blir gjort noko aktivt for å oppnå det. Kravet om at eit tiltak skal vere proporsjonalt, sjå punkt 3.1 eller 3.5 i oppgåva, vil innebere at eit tiltak som er for inngripande overfor det motsette kjønn ikkje kan setjast i verk.

2.3 Seleksjonskriterier

I kampen om knappe gode er oppfatninga at rettferdigheit inneber at posisjonar blir fordelt etter individuell yting.[51] Meritokrati blir definert som eit samfunnssystem der posisjonar fordeles ut frå den enkelte sin intelligens og innsats.[52] Tiltak som skal fremja positiv særhandsaming kan såleis utfordre førestillingane om at posisjonar skal fordelast etter meritokratiske kriterier.[53] Dette vil særleg gjelde radikal kjønnskvotering, då kjønn her vil vere avgjerande for kven som får tilgang til eit gode. Kravet om formell likestilling, som inneber at menn og kvinner skal stillast likt og ikkje forskjellshandsamast på grunnlag av kjønn, talar også for at den best kvalifiserte skal bli tildelt gode det er tale om. Dette er eit argument som går igjen i den norske likestillingsdebatten.[54]

Eg er ikkje usamd i at meritokrati kan vere ein føremålstenleg måte å fordele gode på. Dei innvendingane eg likevel har mot omgrepet er for det første at det ikkje er noko presist omgrep slik at det er vanskeleg å fastsetje eksakt kva som ligg i at gode skal fordelast etter intellegens og innsats. For det andre bør det etter mitt syn vere mogleg å

[50] Evelyn Ellis, side 309 første avsnitt
[51] Teigen, side 22 andre avsnitt
[52] Michael Young (1958), sitert i Teigen, side 22 andre avsnitt
[53] Teigen, side 28 første avsnitt
[54] Sjå til dømes ”Kjønnsbalanse eller misforstått kvinnehjelp” i bladet forskning nummer 6/2000, http://forskningsradet.ravn.no/bibliotek/forskning/200006/2000060801.html (desember 2011), under Kolstø øvst side 6 i utskriftsformat

fråvike dette omgrepet når andre omsyn talar sterkare, som omsynet til likestilling mellom menn og kvinner.

I samband med intelligens og innsats så kan ein stille seg spørsmål om seleksjonskriterier i utveljingsprosessar er eigna til å fremme likestilling. Kriterier som er utforma slik at dei generelt er til føremon for kvinner har av både EF-domstolen og EFTA-domstolen blitt vektlagt som viktige for å fremme likestilling mellom kvinner og menn, jf punkt 3.4 under avgjerdene *Marschall, Badeck, Abrahamsson* og *Post doc*.

Dersom seleksjonskriterier blir utforma slik at dei ikkje indirekte verkar diskriminerande i høve til kvinner så vil ikkje meritokratiske utveljingsmetodar vere til hinder for likestilling. Det kan likevel i særlege tilfelle vere nødvendig å la omsynet til lik representasjon av kvinner og menn gå føre meritokrati.

2.4 Omsynet til demokrati

Ein annan type argument er at alle har lik rett til å delta i eit demokrati og å påverke avgjerder som gjeld dei, også kvinner.[55] Dette omsynet knyt seg i hovudsak til politisk deltaking og representasjon av kvinner.[56] Også kvinnekonvensjonskomiteen har vektlagt dette omsynet som ein viktig del av eit demokrati:

”The concept of democracy will have real and dynamic meaning and lasting effect only when political decision-making is shared by women and men and takes equal account of the interests of both.”[57]

Det som talar for at omsynet til demokrati også må bli vektlagt på andre samfunnsområde, som sysselsetjing og yrkesopplæring/utdanning, er at lik fordeling av kjønn ikkje berre bør avgrensast til eit samfunnsområde. Samfunnsområde som sysselsetjing skapar verdiar og gir også moglegheita til å påverke samfunnet, noko som

---

[55] Helga Hernes, *Welfare state and women power*, Universitetsforlaget AS 1987, side 22 siste avsnitt
[56] Ibid.
[57] General recommendation No. 23, sixteenth session, 1997, women in political and public life, 14. avsnitt

begge kjønn bør ha lik tilgang til. Kjønnskvotering vil såleis vere eit tiltak som kan bidra til dette.

2.5 Utnytting av kvinners arbeidskraft og erfaring

Andre argument framhev eit liknande syn. Desse gjer gjeldande at det er samfunnet som er taparen når kvinner ikkje er deltakande og dei tar utgangspunkt i at kvinner har ulike erfaringar og verdiar, og dermed innehar ein annan type kunnskap enn menn.[58] Det blir også gjort gjeldande at dersom kvinner deltar vil talet på eigna kandidatar bli fleire, og kompetansenivået auke.[59] Dette argumentet knyt seg til kvinner sin arbeidskapasitet.

Innvendingar mot slike argument gjer gjeldande at kvinner stadig må bevise kvifor dei skal vere representert, noko som gjer at menn sin representasjon ikkje blir problematisert.[60]

Eg meiner at hovudproblemet her er at kvinner sin kapasitet ikkje blir verdsett og at dette er eit uttrykk for indirekte diskriminering. Såleis kan kjønnskvotering bøte på dette.

2.6 Moderat og radikal kjønnskvotering

Når det gjeld kjønnskvotering til faste stillingar, er det moderat kjønnskvotering som er vanleg i dag.

Etter mitt syn er moderat kjønnskvotering i stor grad avhengig av vilja hos arbeidsgivar til å ta inn ein kandidat av det underrepresenterte kjønn. Då kandidatane skal vere likt eller tilnærma likt kvalifiserte vil det alltid vere mogleg å finne årsaker til at den mannlege kandidaten er best kvalifisert i slike situasjonar dersom ein ønskjer den mannlege kandidaten. Det kan også gjerast gjeldande at dersom viljen til å tilsetje

[58] Hernes, side 23 andre avsnitt
[59] Hernes, side 23 andre avsnitt
[60] Teigen, side 34 andre avsnitt

kvinner hadde eksistert hos den aktuelle arbeidsgivaren, så ville det ikkje vore nødvendig med moderat kvotering.

Det er hevda at moderat kjønnskvotering bidrar til at det blir skapt førestillingar om at kvinner har føremon i arbeidslivet, til tross for at reglane ikkje har hatt så stor innverknad. Noko som igjen gjer at forståinga av kjønnsdiskriminering blir tilslørt.[61]

Eg er av den oppfatninga at moderat kjønnskvotering til stillingar kan fungere dersom den blir praktisert saman med andre tiltak, som bindande målsetjingar for kvinnedelen og seleksjonskriterier som ikkje verkar diskriminerande overfor kvinner, jf. EF-domstolen si avgjerd *Badeck* i punkt 3.4 i oppgåva og kapittel 4.

Radikal kjønnskvotering inneber at målet om lik representasjon av menn og kvinner på det aktuelle området direkte blir påført, då den tar sikte på å oppnå eit resultat ved å til dømes setje av eit visst tal plasser som er reservert til kvinner. Denne forma av kjønnskvotering er såleis meir effektiv. Radikal kjønnskvotering kan også vere meir inngripande overfor dei som ikkje blir tilgodesett enn det moderat kjønnskvotering vil vere. Det vil derfor vere viktig å vurdere om eit slik tiltak kan nås på ein mindre inngripande måte før ein set det i verk.

---

[61] Ingse Stabel, "Kjønnskvotering – til beste for hvem?" Sekretariatet for kvinneforsking, Norges forskningsråd 1994 side 34-40, under "Generell bivirkning, opprettholdelse av myten om særfordeler for kvinner" første avsnitt

3 Kjønnskvotering

3.1 Likestillingsloven med forskrifter

Likestillingsloven § 3 første ledd fastset at direkte eller indirekte forskjellshandsaming av kvinner og menn ikkje er tillatt. Eit unntak frå likestl. § 3 har ein i § 3 a første ledd første punktum, som lyder:

"Ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene, er ikke i strid med § 3".

Føremålet til likestillingsloven er i § 1 første ledd fastset at loven tar særleg sikte på å betre kvinner si stilling.

Likestillingsloven § 3 a opnar likevel ikkje for at eit kvart tiltak kan setjast i verk. Tiltaket må oppfylle visse vilkår som i stor grad er dei same som må oppfyllast for at indirekte diskriminering skal vere sakleg, jf. likestl. § 3 fjerde ledd.

Det stilles for det første krav om at tiltaket etter likestl. § 3 a må vere eigna til å fremme likestilling. Dette inneber at det som hovudregel må rettast mot det kjønnet som stiller svakast på det aktuelle området.[62] For det andre må tiltaket vere nødvendig, noko som inneber at det ikkje skal vere mogleg å velje andre tiltak for å nå føremålet.[63] Tiltaket kan såleis berre vare fram til føremålet er oppnådd.[64] For det tredje må tiltaket vere proporsjonalt.[65]

Med *eigna* meines at tiltaket skal passe til å oppnå føremålet. I *Barnehage-saka*, som er omtalt i punkt 3.4, konkluderte klagenemnda for likestilling med at kvinnedelen av stipendiatar og disputerande stipendiatar var så høg at reservering av

---

[62] Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), side 41 under punkt 7.2.3 lovens vilkår
[63] Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), side 112, sjuande avsnitt
[64] Ot.prp. nr. 77 (2000-2001), side 41 under punkt 7.2.3 lovens vilkår
[65] Ibid.

barnehageplassar for desse ikkje kunne forsvarast.[66] Dette tiltaket blei ikkje sett på å vere eigna for å fremme likestilling i den aktuelle saka.

Vilkåret *nødvendig* inneber at dersom føremålet om å få fleire kvinner til høgare stillingar kan bli nådd ved å setje i verk andre tiltak, som å til dømes reservere barnehageplassar til kvinnelege tilsette i staden for å øyremerke stillingar, så vil ikkje vilkåret vere oppfylt.

Proporsjonalitet inneber at effekten av særhandsaminga må vegast opp mot ulempa det er for dei som blir stilt i ei dårlegare stilling som følgje av den.[67] I *Barnehage-saka* konkluderte klagenemnda for likestilling med at det ikkje var godtgjort av UiO at reservering av barnehageplassane til kvinnelege stipendiatar stod i høve til den ulempa ulik behandling av kjønna var.[68]

Når det gjeld positiv særhandsaming av menn treng slike tiltak særskilt heimel som følgje av likestillingsloven § 1 som fastset at loven tar sikte på å betre kvinners stilling. Dette kan også illustrerast med Hurum-saka frå 1991. Her uttalte klagenemnda for likestilling at Hurum kommune sin likestillingsplan var i strid med likestillingsloven, då den opna for ei generell kvotering av menn. I tillegg blei det uttalt at tilgangen til å særhandsame menn er meir snever enn ved særhandsaming av kvinner.[69]

Forskrift om positiv særhandsaming av menn[70] § 2, som blei gitt med heimel i likestl. § 3, lyder:

"Ved tilsetting 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)."

---

[66] LKN-2004-10 under Klagenemnda har følgende merknader 7. avsnitt
[67] Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) under 7.2.3 Lovens vilkår
[68] LKN-2004-10 under Klagenemnda har følgende merknader 8. avsnitt
[69] LKN-1991-1 under Klagenemndas merknader 7. avsnitt
[70] Forskrift nr. 622/1998. No finst forskriftheimelen i likestl § 3 a andre ledd

Den norske arbeidsmarknaden er kjønnsdelt, jf. punkt 2.1, og innan yrker som føreskulelærar er menn underrepresenterte.[71]

Det er også gitt forskrift som gjeld unntak frå likestillingsloven og delegasjon av fullmakt. Punkt 2 i denne forskrifta fastset at militær teneste i forsvaret er unntatt frå verkeområdet til likestillingsloven.[72] Dette inneber at likestillingsloven § 3 a om positiv særhandsaming ikkje gjeld på dette området.

3.2 EØS-rettslege forpliktingar

Noreg er bunden av direktiv 2006/54/EF av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve (likehandsamingsdirektivet).

Dette direktivet samlar dei tidlegare direktiva om likestilling, som direktiv 76/207/EØF av 9. Februar 1976 og direktiv 2002/73/EF[73] som endra dette, i eit direktiv.[74]

Det tidlegare likehandsamingsdirektivet, direktiv 76/207/EØF, har danna grunnlaget for EF-domstolen sin rettspraksis når det gjeld tilgangen til å setje i verk positive særtiltak. Direktivet vil derfor bli tatt med i gjennomgangen under dette punktet.

Føremålet til direktiv 2006/54/EF, jf. artikkel 1, er å sikre at medlemsstatane gjennomfører:

---

[71] SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 3 om sysselsette etter kjønn og yrke, nummer 3320

[72] Forskrift nr. 1/1979

[73] Directive 2002/73 of the European Parliament and of the Council av 23. september 2002

[74] Likestillingsdirektivet: likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse, www.europalov.no, http://europalov.no/rettsakt/likestillingsdirektivet-likebehandling-av-menn-og-kvinner-i-forbindelse-med-arbeid-og-yrkesdeltakels/id-938 (desember 2011), andre avsnitt

”[T]he principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation.”

Verkeområdet inkluderer etter artikkel 1 tilgang til arbeid, forfremming og yrkesopplæring, jf. bokstav a, arbeidsforhold, jf. bokstav b og sysselsetjing innanfor folketrygda, jf. bokstav c.

Føremålet i direktiv 2006/54 er samanfallande med føremålet i det tidlegare likehandsamingsdirektivet, jf. direktiv 76/207/EØF artikkel 1.

Når det gjeld tilgangen til å i verksetje positive særtiltak fastset direktiv 2006/54/EF artikkel 3, slik det er tilpassa etter EØS-avtalen, at:

”For å sikre full likestilling i praksis mellom menn og kvinner i arbeidslivet, skal prinsippet om lik handsaming ikkje hindre nokon medlemstat frå å halde ved lag eller vedta tiltak som gjev særlege føremoner som kan gjere det lettare for det underrepresenterte kjønnet å utøve yrkesverksemd eller å førebyggje eller vege opp for ulemper i yrkeskarrieren deira”.[75]

Direktiv 2006/54/EF artikkel 3 slik den er utforma for medlemsstatane fastset at tiltak skal forståast slik som etter artikkel 141(4) i traktaten om det Europeiske fellesskap, som lyder:

”With a view to ensuring full equality in practice between men and women in working life, the principle of equal treatment shall not prevent any Member State from mantaining or adopting measures providing for specific advantages in order to make it easier for the under-represented sex to pursue a vocational activity or to prevent or compensate for disadvantages in professional careers”.[76]

---

[75] EØS-komiteen si avgjerd nummer 33/2008, under ”EØS-komiteen har teke denne avgjerda” artikkel 1 nummer 1 bokstav a

[76] Lisboa-traktaten, som tredde i kraft 1. desember 2009, endra traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap (TEF), slik at den blei ein del av traktaten om det Europeiske Felleskaps Funksjonsområde (TEUF), jf. Lisboa-traktaten av 13.

Som ein ser av ordlyden til direktiv 2006/54/EF artikkel 3 slik den er tilpassa EØS-avtalen, er den samanfallande med ordlyden i artikkel 141 (4) i traktaten om det Europeiske fellesskap. Begge nyttar uttrykket positive særtiltak, jf. "særlege føremon" i førstnemnte og "measures providing for specific advantages" i sistnemnte. Artikkel 141 (4) vil dermed ha innverknad på tolkinga av direktiv 2006/54/EF artikkel 3 slik det er tilpassa EØS-avtalen.

Det har tildegare vore problematisert i kor stor utstrekning artikkel 141 (4) i traktaten om det Europeiske fellesskap skulle nyttast i tolkinga av Noreg sine EØS-rettslege forpliktingar. *Post doc-saka*,[77] jf. punkt 3.4.2 i oppgåva, er eit døme på dette. Saka gjaldt øyremerking av post doc-stillingar ved UiO. Norske myndigheiter gjorde her gjeldande at artikkel 141 (4) saman med endringsdirektiv 2002/73/EF som på den tida ikkje var blitt gjort til ein del av EØS-retten, skulle nyttast analogisk. EFTA-domstolen avviste dette på grunnlag av at dei aktuelle føresegna ikkje var blitt gjort til ein del av EØS-retten.[78] EFTA-domstolen utelukka likevel ikkje at tolkinga av direktivet innad i EU ville påverke rettstilstanden på området.[79]

Ei anna sak er kor langt artikkel 141 (4) i traktaten om det Europeiske fellesskap går i høve til tidlegare rettspraksis frå EF-domstolen om tilgangen til å setje i verk positive særtiltak.

I *Abrahamsson-saka*[80], jf. punkt 3.4.2 i oppgåva, konkluderte EF-domstolen med at direktiv 76/207/EØF ikkje opna for nasjonal lovgiving som den svenske i den føreliggjande saka. Spørsmålet blei så om artikkel 141 (4) i EF-traktaten kunne opne for slik lovgiving.[81] EF-domstolen konkluderte med at det heller ikkje etter dette føresegna

---

desember 2007, EU-Tidende nr. C 306 av 17. december 2007, artikkel 2 nummer 1. Artikkel 141(4) i TEF er nå artikkel 157 i TEUF

[77] E-1/02

[78] E-1/02 avsnitt 55

[79] E-1/02 avsnitt 56

[80] C-407/98

[81] C-407/98 avsnitt 54

kunne stadfestast at utveljingsmetoden etter den svenske lovgivinga var proporsjonal med målet.[82]

Dette er eit døme som viser at artikkel 141 (4) i EF-traktaten ikkje nødvendigvis går lenger når det gjeld positive særtiltak enn EF-domstolen sin rettspraksis på området som er utvikla med grunnlag i direktiv 76/207/EØF.

For å få ei fullstendig framstilling av tilgangen til å setje i verk positive særtiltak etter EØS-retten er det nødvendig og også sjå til direktiv 76/207/EØF. Artikkel 2(4) lyder:

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

Etter ordlyden er direktivet ikkje til hinder for tiltak som kan fremme like moglegheiter mellom menn og kvinner. Men den seier ikkje noko om tilgangen til å setje i verk positive særtiltak.

Rådet for den europeiske union gav i 1984 ei tilråding om positive særtiltak. Her blei medlemsstatane oppmoda til å innføre ”a positive action policy” som skulle fremme ein betre balanse mellom kvinner og menn i arbeidslivet og inkludere generelle og spesifikke tiltak.[83] Føremålet var å stimulere deltakinga av kvinner i ulike yrker og i dei sektorane der kvinner var underrepresenterte.[84]

Kva som skal reknast for å vere positive særtiltak er ikkje definert i denne tilrådinga. I sin kommunikasjon til Europaparlamentet og Rådet om fortolkinga av C-450/93, *Kalanke-saka*, viser Kommisjonen til tre ulike former for positive særtiltak.

---

[82] C-407/98 avsnitt 55
[83] 84/635/EØF punkt 1
[84] 84/635/EØF, punkt 1 bokstav b

Den første er tiltak som tar sikte på å bøte for ulemper som er karakteristiske for kvinner si deltaking i arbeidsmarknaden, som til dømes yrkesopplæring.[85] Den andre forma er tiltak som legg til rette for både arbeid og familieliv. Dømer på dette er organisering av arbeidstid, utvikling av barnehagetilbod og re-integrering av arbeidstakar etter karriereavbrot.[86] Den tredje måten tar utgangspunkt i at positive særtiltak skal ta sikte på å gjere opp for tidlegare diskriminering av kvinner. Slike tiltak kan vere kvoter eller mål.[87]

I punkt 3.4 i oppgåva vil det bli gjort nærare greie for EF-domstolen sin rettspraksis når det gjeld positive særtiltak.

3.3 Kvinnekonvensjonen

Kvinnekonvensjonen har som føremål å avskaffe all diskriminering av kvinner, noko som i artikkel 1 i konvensjonen blir definert slik:

"[E]nhver forskjellsbehandling, utestengning eller begrensning på grunnlag av kjønn som har som virkning eller formål å oppheve eller svekke anerkjennelsen, nytelsen eller utøvelsen av kvinners menneskerettigheter og grunnleggende friheter på det politiske, økonomiske, sosiale, kulturelle, sivile eller ethvert annet område, uavhengig av sivilstatus og med likestilling mellom menn og kvinner som utgangspunkt".

Artikkel 4 i konvensjonen inneheld føresegn om midlertidige særtiltak der første ledd lyder:

"Dersom konvensjonspartene vedtar midlertidige særtiltak 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

[85] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council side 3 andre avsnitt
[86] Ibid.
[87] Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, side 3 tredje avsnitt

at det opprettholdes ulike eller atskilte standarder; disse tiltakene skal opphøre når målene om like muligheter og lik behandling er nådd".

Fleire av konvensjonen sine føresegn fastset at statane skal nytte "all appropriate measures" for å eliminere diskriminering av kvinner, jf. til dømes artikkel 10 om utdanning og artikkel 11 om arbeidsliv.

Når det gjeld tilhøvet mellom midlertidige særtiltak i artikkel 4 og omgrepet "all appropriate measures" i artiklane 6-16 i konvensjonen, har komiteen i generell rekommendasjon nr. 25 uttalt:

"[T]he 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 the overall, or a specific goal of, women's de facto or substantive equality".[88]

Statane er altså forplikta til å i verk setje og gjennomføre midlertidige særtiltak som er nødvendige og eigna for å oppnå faktisk likestilling mellom kvinner og menn.

Vidare har komiteen uttalt at artikkel 4 nummer 1 ikkje er eit unntak frå prinsippet om ikkje-diskriminering. Det er etter komiteen sitt syn snarare ei understreking av at midlertidige særtiltak er ein del av ein nødvendig strategi blant statane for å oppnå faktisk likestilling mellom kvinner og menn.[89] Faktisk likestilling inneber å arbeide for strukturelle, sosiale og kulturelle endringar som er nødvendige for å rette opp i tidlegare og eksisterande typar og verknader av diskriminering av kvinner.[90]

---

[88] General recommendation No. 25, thirtieth session, 2004, article 4 paragraph 1 - Temporary special measures avsnitt 24
[89] General recommendation No. 25 avsnitt 18
[90] General recommendation No. 25 avsnitt 15

Kravet om at særtiltaka skal vere ”midlertidige” inneber at tiltaka ikkje skal vare uavhengig av tid, til skilnad frå særlige tiltak i samband med svangerskap og fødsel, jf. artikkel 4 nummer 2.

Komiteen har uttalt at det avgjerande er om tiltaket fungerer på ein slik måte at det kan bidra til faktisk likestilling, og at det må avviklast når føremålet har blitt oppnådd eller når det oppnådde føremålet har vart ei stund[91]

Kva som meines som særtiltak etter kvinnekonvensjonen er mellom anna:

“[P]referential treatment; targeted recruitment, hiring and promotion; numerical goals connected with time frames; and quota systems”.[92]

Det er opp til statane å setje i verk dei midlertidige særtiltaka som etter deira syn er mest eigna til å oppnå føremålet om faktisk likestilling. Komiteen har uttalt at statane for å finne fram til desse bør analysere alle sider ved kvinners livssituasjon i tillegg til området som er målet for tiltaka.[93]

I sin kommentar til Noreg sin sjuande rapport om gjennomføringa av kvinnekonvensjonen i 2007 gav komiteen uttrykk for bekymring i høve til det låge talet av kvinnelege ordførarar, professorar og dommarar på alle nivå i rettssystemet. Mangel på statistikk når det gjaldt minoritetskvinner si deltaking i offentleg og politisk liv samt i akademia blei også sett på med uro.[94] I si tilråding oppmoda komiteen Noreg til å ta i bruk midlertidige særtiltak etter artikkel 4 nummer 1 i konvensjonen og til å sikre at:

“[T]he representation of women in political and public bodies reflects the full diversity of the population and includes migrant and minority women”.[95]

---

[91] General recommendation No. 25 avsnitt 20
[92] General recommendation No. 25 avsnitt 22
[93] General recommendation No. 25 avsnitt 27
[94] CEDAW/C/NOR/CO/7 av 10. august 2007, Concluding comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Norway, avsnitt 23
[95] CEDAW/C/NOR/CO/7 avsnitt 24

Dette er etter mitt syn ein sterk indikasjon på at den norske stat særskilt bør evaluere kva tiltak som har blitt sett i verk innan akademia, rettsvesenet og når det gjeld politisk deltaking av kvinner. Eg er av den oppfatning at evalueringa også kan utvidast til sysselsetjinga generelt. Det er ikkje berre på det vertikale planet at kjønnsfordelinga er skeiv, men også på det horisontale planet, jf. punkt 2.1 i oppgåva. Konsentrasjon av kvinner og menn innan ulike yrker kan også jamnast ut med positive særtiltak. Dersom det viser seg at det ikkje har blitt sett i verk tiltak, eller at tiltaka ikkje har hatt nokon effekt, så tilseier våre forpliktingar etter kvinnekonvensjonen at ein må finne tiltak som fungerer.

3.3.1 Tilhøvet mellom kvinnekonvensjonen og dei EØS-rettslege forpliktingane

Noreg er som tidlegare nemnt både forplikta etter Kvinnekonvensjonen og etter EØS-retten. Når det gjeld tilgangen til å setje i verk positive særtiltak kan det oppstå spørsmål om kva forpliktingar som skal få gjennomslag dersom tilgangen etter dei to regelverka er ulik.

Holtmaat og Tobler gjer i sin artikkel gjeldande at likestillingslovgivinga etter EU-retten må tolkast i lys av kvinnekonvensjonen og at medlemsstatane som er forplikta etter kvinnekonvensjonen tar omsyn til denne ved utviklinga av EU-retten.[96]

Dei argumenterer for at EU-retten og kvinnekonvensjonen nyttar ulike tilnærmingsmåtar for å eliminere diskriminering av kvinner. Dette fordi kvinnekonvensjonen i tillegg til å forby diskriminering av kvinner også inneheld ei positiv plikt for konvensjonspartane til å setje i verk tiltak som er eigna og nødvendig for å forbetre den faktiske situasjonen til kvinner som gruppe.[97] EU-retten skal på den andre sida både verne kvinner og menn mot diskriminering

Forfattarane peikar også på det faktum at EU-retten både skal verne kvinner og menn mot forskjellshandsaming, og at det då ikkje blir relevant om den som gjer

---

[96] Rikki Holtmaat og Christa Tobler, CEDAW and the European Union’s policy in the field of combating gender discrimination, side 399-425, Hervey, Tamara K. (ed.), Thirty year of EU sex equality law: Looking backwards, looking forwards, *Special issue of: Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, v. 12, n. 4 (side 401 første avsnitt)
[97] Holtmaat og Tobler side 406

rettigheitene sine gjeldande høyrer til ei gruppe som historisk har vore utsett for diskriminering eller om vedkomande verkeleg er i ein ugunstig situasjon.[98]

Eg er samd i at desse to forholda kan resultere i at tilgangen til å setje i verk positive særtiltak etter kvinnekonvensjonen vil vere vidare enn etter EU-retten. Kravet til proporsjonalitet må likevel bli tolka inn i artikkel 4 nummer 1 då dette er eit grunnprinsipp i menneskeretten.[99] Dette vil innebere at tiltak som er for inngripande i høve til det motsette kjønn ikkje vil bli sett på som proporsjonale.

Hellum og Nielsen diskuterer tilhøvet mellom Kvinnekonvensjonen og EØS-retten i lys av dei øyremerkte post doc-stillingane ved UiO, sjå meir om denne saka og forfattarane sin argumentasjon her under punkt 3.4 i oppgåva.

Om tilhøvet mellom kvinnekonvensjonen og EØS-retten gjer Hellum og Nielsen gjeldande at dersom EFTA-domstolen skulle kome til at lovgiving og praksis som opnar for dei øyremerka stillingane er i strid med EØS-retten, så vil det liggje føre motstrid mellom menneskerettigheitene og EØS-retten.[100]

I førearbeida til menneskerettsloven blei det i samband med *Post doc-saka* uttalt at det ikkje vil vere direkte motstrid mellom forpliktingane etter EØS-retten og kvinnekonvensjonen, då sistnemnte ikkje stiller noko krav om øyremerking av stillingar.[101]

Etter mitt syn vil det først oppstå motstrid mellom forpliktingane dersom det er umogleg å auke kvinnedelen i akademiske toppstillingar på ein annan måte enn ved øyremerking. I eit slikt tilfelle kan forpliktinga etter kvinnekonvensjonen om å ta i bruk alle eigna tiltak tilsei at øyremerking må setjast i verk. I det aktuelle dømet synest eg at det er mindre klart om det faktisk vil vere motstrid, då ein kan finne andre måtar å omgå EFTA-domstolen si avgjerd i *Post doc-saka* på, jf. punkt 3.4 i oppgåva.

---

[98] Op. Cit. Side 411
[99] Hellum og Ketscher, side 396 nest siste avsnitt
[100] Hellum og Nielsen, side 129 under punkt 8
[101] Ot.prp. nr.93 (2008-2009). Om lov om endringar i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen) side 28 siste avsnitt

Eg vil likevel gjere nokre korte marknader dersom det skulle oppstå motstrid mellom kvinnekonvensjonen artikkel 4 nummer 1 og EØS-retten.

Både EØS-retten og kvinnekonvensjonen skal gjelde som norsk lov der begge har forrang, jf. EØS-loven § 1, jf. § 2 og menneskerettsloven § 2 nummer 5, jf. § 3.

Trinnhøgda vil dermed vere lik mellom dei to forpliktingane.

Etter norsk rett blir motstrid mellom rettskjelder av same trinnhøgde, også kalla lex superior, løyst ut frå prinsippa lex posterior eller lex specialis. Førstnemnte inneber at nyare rettskjelder går føre eldre medan lex specialis inneber at rettskjelder som er spesielle for det aktuelle området går føre meir generelle rettskjelder.[102]

Avveginga mellom EØS-retten og Kvinnekonvensjonen er ikkje uproblematisk etter mitt syn. Dersom ein tar utgangspunkt i lex specialis, så vil kvinnekonvensjonen sitt føremål om å avskaffe all diskriminering av kvinner tilsei at tilgangen til positiv særhandsaming etter denne konvensjonen skal gå føre likehandsamingsdirektiva etter EØS-retten. EØS-retten har først og fremst opphav i markedsomsyn, jf. EØS-avtalen artikkel 1 nummer 2, og har såleis ikkje som hovudføremål å avskaffe diskriminering av kvinner. På den andre sida har EØS-retten utvikla seg i større grad til også å arbeide for likestilling mellom kvinner og menn, noko likehandsamingsdirektiva viser. Det er likevel vanskeleg å slutte at karakteren av forpliktingane er den same.

Lex posterior vil tilsei at dei seinare forpliktingane Noreg har tatt på seg skal gå føre tidlegare. Noreg tiltredde kvinnekonvensjonen i 1979 og EØS-avtalen blei underteikna i 1992, dette inneber at EØS-retten er den nyaste forpliktinga. Eg har likevel vanskar med å akseptere at dette skal vere avgjerande, då karakteren av forpliktingane etter mitt syn ikkje er den same.

På bakgrunn av dette kan det tenkjast at det i særlege tilfelle der radikal kjønnskvotering blir sett på å vere det einaste tiltaket som kan sikre lik

---

[102] Torstein Eckhoff og Jan Helgesen, *Rettskildelære,* 5 utgåve, Universitetsforlaget 2001

kjønnsrepresentasjon av kvinner og menn er nødvendig at våre EØS-rettslege forpliktingar må vike til føremon for kvinnekonvensjonen.

3.4 Rettspraksis

EF-domstolen og EFTA-domstolen sin rettspraksis knyt seg til direktiv 76/207/EØF. Det har ikkje kome nokre nye dommar om tilgangen til positiv særhandsaming etter direktiv 54/2006/EF, derfor er det gamle direktivet som det vil bli referert til når det blir vist til likehandsamingsdirektivet. Ei sak frå LDN om positiv særhandsaming er også med i gjennomgangen, då den visar rekkjevidda av artikkel 3 a i likestillingsloven.

3.4.1 Moderat kjønnskvotering til stillingar

I *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen,* C-450/93, var den kvinnelege kandidaten, Ms Glissmann, blitt forfremma til ei stilling i parketaten i Bremen framfor den mannlege kandidaten, Mr. Kalanke. Loven om likestilling mellom kvinner og menn for Bremen (LGG) fastsette i § 4(2):

”In the case of an assignment to a position in a higher pay, remuneration and salary bracket, women who have the same qualifications as men applying for the same post are to be given priority if they are under-represented. This also applies in the case of assignment to a different official post and promotion.”[103]

Dette innebar at kvinner ved tilsetjing i ei stilling på eit høgare lønstrinn, lønsklasse og lønsgruppe i offentleg sektor skulle få prioritet føre mannlege kandidatar dersom kvinner var underrepresenterte i sektoren og det elles låg føre like kvalifikasjonar mellom kandidatane. Underrepresentasjon blei sett på å føreliggje når kvinner ikkje utgjorde minst halvparten av dei tilsette i ei personalgruppe innanfor eit departement på det enkelte lønstrinnet, jf. LGG § 4(5).[104]

Den tyske domstolen sendte ein førespurnad til EF-domstolen om å gi eit rådgivande utsegn. Spørsmålet var om lovgiving slik som LGG § 4(2) var i samsvar med

[103] C-450/93 avsnitt 3
[104] Ibid.

direktiv 76/207/EØF artikkel 2(4). Dersom nei, var spørsmålet om proporsjonalitetsprinsippet hindra lovgiving som i det nemnte tilfellet.[105]

EF-domstolen handsama begge spørsmåla saman, då begge etter deira meining tok sikte på å klarleggje kjernen til unntaket i artikkel 2(4).[106]

Ein nasjonal regel der kvinnelege kandidatar som var likt kvalifiserte med mannlege kandidatar automatisk blei prioritet til forfremming i sektorar der dei var underrepresenterte, innebar diskriminering på grunnlag av kjønn i følgje EF-domstolen.[107]

EF-domstolen uttalte at likehandsamingsdirektivet artikkel 2(4) opna for tiltak som gjaldt tilgang til arbeid, inkludert forfremming, som gav spesifikke føremon for kvinner med sikte på å forbetre konkurranseemna deira på arbeidsmarknaden og til å skape seg ein karriere på lik linje med menn.[108]

Vidare viste EF-domstolen til C-222/84, *Johnston v Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, som slo fast at artikkel 2(4) i direktivet måtte tolkast strengt, då føresegna var eit unntak frå individuelle rettigheitar som direktivet skulle ivareta.[109] EF-domstolen uttalte så:

”National rules which guarantee women absolute and unconditional priority for appointment or promotion go beyond promoting equal opportunities and overstep the limits of the exception in Article 2(4) of the Directive”.[110]

EF-domstolen konkluderte med at likehandsamingsdirektivet artiklane 2(1) og 2(4) hindra nasjonale reglar som den i den føreliggjande saka.[111]

---

[105] C-450/93 avsnitt 11
[106] C-450/93 avsnitt 12
[107] C-450/93 avsnitt 16
[108] C-450/93 avsnitt 19
[109] C-450/93 avsnitt 21
[110] C-450/93 avsnitt 22
[111] C-450/93 avsnitt 24

I EF-domstolen er det Generaladvokatar som handsamar sakene først ved at dei skriv innstillingar til domstolen med forslag om korleis sakene skal løysast.[112] Generaladvokat Tesauro gav innstillinga i saka og EF-domstolen konkluderte i samsvar med denne.[113]

Til skilnad frå EF-domstolen gjekk Generaladvokaten nærare inn på korleis omgrepet "equal opportunity for men and women" i direktiv 76/207/EØF artikkel 2(4) skulle forståast, og han uttalte:

"To my mind, giving equal opportunities can only mean putting people in a position to attain equal results and hence restoring conditions of equality as between members of the two sexes as regards starting points."[114]

Generaladvokaten var av den oppfatning at når kandidatane i den føreliggjande saka var likt kvalifisert, så hadde dei hatt og hadde like moglegheiter, og stod såleis på lik linje. Den nasjonale lovgivinga tok dermed ikkje sikte på å setje menn og kvinner i stand til å oppnå like moglegheiter (les: "Starting points"), men til å oppnå likt resultat. Generaladvokaten meinte at slik lovgiving fall utanfor kjernen av artikkel 2(4).[115] Han uttalte vidare at artikkel 2(4) ikkje opna for "pure and simple reverse discrimination".[116]

Når det gjaldt proporsjonaliteten av den føreliggjande lovgivinga uttalte Generaladvokaten at den ikkje var proporsjonal i høve til målet etter artkkel 2(4):

"[S]ince that aim remains that of achieving equal opportunities for men and women and not of guaranteeing women the result where conditions are equal".

Kalanke-saka var ei av dei første der EF-domstolen skulle fastslå rekkjevidda av artikkel 2(4). Avgjerda fastsette at moderat kjønnskvotering der kvinner automatisk og

---

[112] www.europa.eu, under "How the EU works" og "The Court of Justice of the European Union, under "Composition" andre avsnitt, http://europa.eu/about-eu/institutions-bodies/court-justice/index_en.htm
[113] Opinion of Mr. Advocate General Tesauro av 6. April 1995, avsnitt 29
[114] Tesauro avsnitt 13
[115] ibid.
[116] Tesauro avsnitt 22

ubetinga fekk prioritet ved tilsetjing eller forfremming dersom dei var underrepresenterte fall utanfor kjernen til artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet.

Generaladvokat Tesauro si tilnærming til "equal opportunities for men and women" har blitt kritisert av Peters for å vere ei tilnærming som ikkje leier nokon veg.[117]

Eg er samd med Peters. Etter mitt syn forstår Generaladvokaten faktisk likestilling altfor snevert, då han meiner at det berre famnar tiltak som gir menn og kvinner like moglegheiter ved start, og ikkje likt resultat. For å oppnå faktisk likestilling må det ved somme tilfelle setjast i verk tiltak som veg opp for ulempene ved å vere det underrepresenterte kjønn og som på denne måten verkar diskriminerande overfor majoriteten.

Kalanke-dommen skapte stor debatt innad i EF og i juridisk litteratur. Det var usemje om EF-domstolen i Kalanke-saka hadde tatt stilling til ein kvoteringsregel med unntaksklausul, også kalla "soft qoutas"[118]

Etter den omstridte Kalanke-saka kom spørsmålet om "soft-quotas" opp for EF-domstolen. I sak C-409/95, *Marschall v Land Nordrheim-Westfalen* skulle EF-domstolen ta stilling til om lovgivinga til den tyske delstaten var i samsvar med likehandsamingsdirektivet artikkel 2(4).

Law on Civil Servants of the Land fastsatte i § 25(2) at:

"Where, in the sector of the authority responsible for promotion, there are fewer women than men in the particular higher grade post in the career bracket, women are to be given priority for promotion in the event of equal suitability, competence and

---

117 Anne Peters: Women, quotas and constitutions – A comparative study of affirmative action for women under american, german, european and international law, Kluwer law international 1999 side 236 tredje avsnitt

118 Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, under "conclusions" side 10 første avsnitt

professional performance, unless reasons spesific to an individual [male] candidate tilt the balance in his favour”.[119]

Føresegna hadde bakgrunn i at delstaten hadde erfart at når kvinnelege og mannlege kandidatar som var likt kvalifisert søkte på same stilling, hadde arbeidsgivarar ein tendens til å forfremme menn snarare enn kvinner. Dette skjedde fordi dei brukte tradisjonelle kriterier som i praksis sat kvinner i ein ufordelaktig posisjon.[120]

Saka gjaldt forfremming i lærarstilling post A 13. Den mannlege søkjaren, Mr Marschall, tok saka inn for domstolen etter å ha fått melding frå distriktsmyndigheitene om at stillinga var tiltenkt ein kvinneleg kandidat, på grunnlag av at det var færre kvinner enn menn i post A 13 og at kandidatane elles var likt kvalifisert. [121]

Spørsmålet EF-domstolen skulle ta stilling til var om artikkel 2(1) og 2(4) i direktiv 76/207/EØF hindra nasjonal lovgiving som i det føreliggjande tilfellet.

EF-domstolen viste først til at lovgivinga i den føreliggjande saka var annleis enn i Kalanke-dommen, då den innehaldt ”a saving clause”, noko som innebar at kvinner ikkje blei gitt prioritet dersom den mannlege kandidaten tippa vektskåla til si side.[122]

EF-domstolen uttalte at sjølv om mannlege og kvinnelege kandidatar hadde like kvalifikasjonar, så var det ikkje uvanleg at mannlege kandidatar blei føretrekt på grunn av føredommar og stereotypar om kvinner si rolle og kapasitet i arbeidslivet. Frykta for at kvinner oftare ville ta avbrot i karrieren og/eller ville vere mindre fleksible som følgje av ansvar i familien blei nemnt som døme.[123] EF-domstolen oppsummerte dette slik:

---

[119] C-409/95 avsnitt 3
[120] C-409/95 avsnitt 4
[121] C-409/95 avsnitt 8
[122] C-409/95 avsnitt 24
[123] C-409/95 avsnitt 29

”For these reasons, the mere fact that a male candidate and a female candidate are equally qualified does not mean that they have the same chances”.[124]

EF domstolen uttalte vidare at nasjonal lovgiving som i den føreliggjande saka ville falle innanfor kjernen til artikkel 2(4) i direktiv 76/207/EØF dersom eit slikt føresegn:

”[M]ay counteract the prejudicial effects on female candidates of the attitudes and behaviour described above and thus reduce actual instances of inequality which may exist in the real world”.[125]

EF-domstolen viste deretter til Kalanke-dommen, om at nasjonal lovgiving ikkje kunne gi absolutt og ubetinga prioritet for kvinner utan å overskride grensene i artikkel 2(4) i direktiv 76/207/EØF.[126] EF-domstolen uttalte vidare:

”[A] national rule which, as in the case in point in the main proceedings, contains a saving clause does not exceed those limits if, in each individual case, it provides for male candidates who are equally as qualified as the female candidates a guarantee that the candidatures will be the subject of an objective assessment which will take account of all criteria specific to the individual candidates and will override the priority accorded to female candidates where one or more of those criteria tilts the balance in favour of the male candidate”.[127]

Når det gjaldt kriteria som skulle nyttast i vurderinga av kandidatane uttalte EF-domstolen at dei ikkje måtte verke diskriminerande overfor kvinnelege kandidatar.[128]

EF-domstolen konkluderte på denne bakgrunn med at direktiv 76/207/EØF artikkel 2(1) og 2(4) ikkje hindra nasjonal lovgiving som i den føreliggjande saka.[129]

---

[124] C-409/95 avsnitt 30
[125] C-409/95 avsnitt 31
[126] C-409/95 avsnitt 32
[127] C-409/95 avsnitt 33
[128] Ibid.
[129] C-409/95 avsnitt 35

Generaladvokat Jacobs hadde i si innstilling konkludert med at den nasjonale lovgivinga i den føreliggjande saka gjekk utanfor det som var tillate etter artikkel 2(1) og 2(4) i direktiv 76/207/EØF.[130] EF-domstolen gjekk dermed bort frå Generaladvokaten si tilråding i denne saka.

Marschall-saka viser at ordningar som er tilstrekkeleg fleksible er rekna for å falle inn under kjernen av likehandsamingsdirektivet artikkel 2(4). EF-domstolen føreslo her seleksjonsskriterier som eit middel til å betre sørgje for at menn og kvinner stod på like fot ved tilsetjingar eller forfremmingar. Dette er etter mi oppfatning eit bra trekk frå EF-domstolen, då utveljingskriterier kan verke diskriminerande overfor kvinner. Dette var også ei av årsakene til at delstaten sette i verk moderat kjønnskvotering i den føreliggjande saka.

Bortsett frå utsegnet om at vurderingskriterier ikkje måtte verke diskriminerande overfor kvinner i Marschall-saka, så er mi meining at Marschall-saka eigentleg ikkje er så ulik avgjerda i Kalanke. Det einaste som skil dei er at den aktuelle lovgivinga i Marschall-saka oppfylte kravet til fleksibilitet som EF-domstolen etterlyste i Kalanke-saka.

I sak C-158/97, *Badeck*, tok EF-domstolen stilling til om likestillingslovgivinga til den tyske delstaten Hessen fall inn under artikkel 2(1) og 2(4) i likehandsamingsdirektivet.

Det første spørsmålet var om føresegna i likehandsamingsdirektivet var til hinder for lovgiving som gav kvinnelege kandidatar prioritet ved tilsetjingar innan offentleg sektor på område der kvinner var underrepresenterte når føremålet var å oppfylle bindande målsetjingar i handlingsplanen for fremjing av kvinner. Lovgivinga tok atterhald om at kvinnelege og mannlege kandidatar elles var likt kvalifiserte og at det ikkje låg føre andre og meir tungtvegande grunnar.[131]

---

130 Opinion of Mr Advocate General Jacobs av 15 May 1997, avsnitt 58
131 C-158/97 avsnitt 12 nummer 1

EF-domstolen viste innleiingsvis til avgjerdene Kalanke og Marschall, og uttalte at dersom eit tiltak skulle vere i samsvar med EU-retten så måtte det ikkje automatisk og ubetinga gi prioritet til kvinner når kvinner og menn var likt kvalifisert. I tillegg til at alle kandidatar måtte bli underlagt ei objektiv og individuell vurdering.[132]

EF-domstolen uttalte at det i den føreliggjande saka for det første berre var ved tilfelle der to kandidatar av motsett kjønn ikkje kunne skiljast på grunnlag av kvalifikasjonar at kvinner ville bli valt dersom det var nødvendig for å oppnå måla i handlingsplanen for fremjing av kvinner. Dette gjaldt så framt det ikkje låg føre andre tungtvegande grunnar.[133]

Vektigare grunnar var som regel av sosial karakter og dei kom til bruk dersom mellom anna tidlegare tilsette som hadde slutta i stillinga på grunn av familieansvar ønska seg tilbake.[134]

For det andre viste EF-domstolen til at utveljinga av kandidatane etter likestillingslovgivinga var basert på ei vurdering av kandidatane sine kvalifikasjonar. Både positive og negative kriterier blei tatt i bruk. EF-domstolen uttalte om kriteria at arbeid i familien skulle bli tatt med i vurderinga såframt det hadde innverknad på prestasjon og evne, samt kor skikka kandidaten var til stillinga. Kriterier som ansiennitet, alder og tidspunkt for siste forfremming skulle det berre bli tatt omsyn til så langt dei var viktige. Vidare så var familiestatus eller partnaren si inntekt uvesentleg. Deltidsarbeid, arbeidspermisjon og forseinkingar i opplæring som eit resultat av omsorg for barn eller andre omsorgstrengande måtte ikkje få negativ innverknad.[135]

Etter EF-domstolen sitt syn var slike kriterier generelt til føremon for kvinner, sjølv om dei var formulert på ein kjønnsnøytral måte og også kunne kome menn til gode.[136] Det var ikkje gjort nokre innvendingar mot kriteria av motparten i saka. Vidare uttalte EF-domstolen:

---

[132] C-158/97 avsnitt 23
[133] C-158/97 avsnitt 33
[134] C-158/97 avsnitta 34 og 35
[135] C-158/97 avsnitt 31
[136] C-158/97 avsnitt 32

”They are manifestly intended to lead to an equality which is substantive rather than formal by reducing the inequalities which may occur in practice in social life”.[137]

EF-domstolen konkluderte med at ordninga etter likestillingslovgivinga i den føreliggjande saka ikkje var absolutt og ubetinga som i Kalanke-saka si forstand, og at artikkel 2(1) og 2(4) i likehandsamingsdirektivet ikkje var til hinder for slik lovgiving.[138]

Etter mitt syn er det positivt at EF-domstolen viser til den gode effekten seleksjonskriterier som generelt er til føremon for kvinner kan ha når det gjeld å oppnå faktisk likestilling. Badeck-saka følgjer såleis opp og vidareutviklar det som EF-domstolen påpeikte i Marschall-saka. Her uttalte EF-domstolen at det i vurderinga av kandidatar ikkje måtte nyttast seleksjonskriterier som verka diskriminerande overfor kvinner.[139]

Utføring av omsorgsoppgåver i familien har telt negativt for kvinner ved tilsetjing eller forfremming. Det EF-domstolen fastset i Badeck-saka er at det ikkje må det. Slikt ansvar blir ofte utført saman med anna arbeid, og emna til å ta ansvar og utføre oppgåver på fleire frontar bør etter mitt syn vektleggjast positivt.

Det andre spørsmålet EF-domstolen skulle ta stilling til i Badeck-saka var om likehandsamingsdirektivet hindra lovgiving som fastsette at midlertidige stillingar innan akademia og for vitskapelege assistentar skulle vere samansett av ein minst så stor del kvinner som desse utgjorde av studentar, utdanna kandidatar og dei med høgare grad. Framgangsmåten var at dette skulle gjerast gjennom bindande målsetjingar i handlingsplanar for fremjing av kvinner.[140]

EF-domstolen uttalte at det også for slike ordningar var eit krav til at kandidatane ikkje kunne skiljast ut frå kvalifikasjonar etter ei individuell og objektiv vurdering.[141]

---

[137] Ibid.
[138] C-158/97 avsnitta 36 og 38
[139] C-409/95 avsnitt 33
[140] C-158/97 avsnitt 12 nummer 2
[141] C-158/97 avsnitt 41

EF-domstolen viste så til Generaladvokat Saggio si innstilling der han uttalte at målsetjingane var basert på statistikk over dei som hadde tilstrekkeleg erfaring. Etter hans syn var målsetjingane om prioritet til kvinner basert på faktiske opplysningar og dei fastsette etter hans syn derfor ikkje eit absolutt tak.[142]

EF-domstolen konkluderte med at likehandsamingsdirektivet ikkje hindra slik lovgiving.

Her godtok EF-domstolen at lovgiving som førespeiler bindande målsetjingar for talet av kvinner til midlertidige stillingar basert på statistikk over rekrutteringsgrunnlaget kombinert med moderat kvotering kan bli godtatt etter likehandsamingsdirektivet. Dette er etter mitt syn ein effektiv måte å sikre lik representasjon av kvinner og menn på.

3.4.2 Radikal kjønnskvotering til stillingar

Både EF- og EFTA-domstolen har vore restriktive med å godta ordningar som gir det underrepresenterte kjønn prioritet til faste og midlertidige stillingar ved tilfelle der kandidaten av det motsette kjønn er betre kvalifisert. Øyremerking av stillingar for kvinner kan også seiast å vere ei slik ordning.

Avgjerda *Abrahamsson v Elisabeth Fogelqvist*, C-407/98, gjaldt tilsetjing i ei professorstilling ved Universitetet i Gøteborg. Ms Fogelkvist blei utnemnt til stillinga. Kandidatane Mr Anderson og Ms Abrahamsson klaga vedtaket inn for Överklagandenämnden för Högskolan (nemnda). Påstanden var at tilsetjinga av Ms Fogelkvist var i strid med både EF-domstolen sin rettspraksis og nasjonal lovgiving.[143]

Den nasjonale lovgivinga som var omstridt var forordning 1995:936. Artikkel 3 andre ledd innebar at ein kandidat av det kjønnet som var underrepresentert, og som elles hadde tilstrekkelege kvalifikasjonar, skulle få prioritet ved tilsetjingar framfor ein kandidat av det motsette kjønn som elles ville blitt valt. Dette skulle skje i tilfelle der det var nødvendig for å få kandidaten av det underrepresenterte kjønn tilsett. Artikkel 3

[142] C-158/97 avsnitt 42
[143] C-407/98 avsnitt 21

tredje ledd fastsette at dersom prinsippet om objektivitet ved tilsetjingar ville bli brote i slike situasjonar måtte ein avstå frå positiv diskriminering. Dette var tilfellet dersom skilnaden mellom kandidatane sine kvalifikasjonar var for store.[144]

Nemnda fann det bevist at Mr. Anderson klart var betre kvalifisert enn Ms. Fogelkvist når det gjaldt det vitskaplege og at Ms. Fogelkvist hadde eit føremon i høve til Mr. Andersen når det gjaldt administrative oppgåver. Når det gjaldt pedagogiske eigenskaper kunne ingen av kandidatane bli sett på å vere betre eigna enn den andre.[145]

Eit av spørsmåla nemnda stilte til EF-domstolen var om nasjonal lovgiving, som den i forordninga artikkel 3, kunne oppretthaldast etter artiklane 2(1) og 2(4) i likehandsamingsdirektivet.[146]

EF-domstolen viste innleiingsvis til avgjerda i *Badeck* om at tiltak som gav prioritet til kvinner på områder der dei var underrepresenterte ikkje måtte gi automatisk eller ubetinga prioritet når kvinner og menn elles var likt kvalifisert. I tillegg måtte kandidatane bli underlagt ei objektiv vurdering der deira personlege forhold blei inkludert.[147]

EF-domstolen uttalte at utveljing av kandidatar til ei stilling innebar ei vurdering av kvalifikasjonane deira, og viste til avgjerda i *Badeck* der det blei akseptert som legitimt å ta i bruk kriterier som til trass for si kjønnsnøytrale utforming generelt favoriserte kvinner.[148]

Som ei forlenging av Badeck-saka uttalte EF-domstolen at bruken av slike seleksjonskriterier måtte vere transparente og tilgjengelige for etterprøving for å unngå vilkårlegheit i vurderinga av kandidatane.[149]

---

[144] C-407/98 avsnitt 14
[145] C-407/98 avsnitt 23
[146] C-407/98 avsnitt 27 under nr. 1
[147] C-407/98 avsnitt 43
[148] C-407/98 avsnitt 47
[149] C-407/98 avsnitt 49

Etter EF-domstolen sitt syn kom det ikkje fram av den nasjonale lovgivinga at vurderinga av kandidatane sine kvalifikasjonar i den føreliggjande saka var basert på klare og eintydige kriterier som skulle førebyggje eller kompensere for ulemper i yrkeskarrieren til representantar av det underrepresenterte kjønn.[150]

I følgje EF-domstolen garanterte den nasjonale lovgivinga automatisk prioritet til kandidatar av det underrepresenterte kjønn såframt dei var tilstrekkeleg kvalifiserte.[151] Då rekkjevidda av lovgivinga ikkje var klar, blei ikkje kandidatane underlagt ei objektiv og individuell vurdering etter EF-domstolen sitt syn.[152]

Når likehandsamingsdirektivet artiklane 2(1) og 2(4) ikkje opna for nasjonal lovgiving som den svenske, vurderte EF-domstolen om det likevel var mogleg med slik lovgiving etter artikkel 141(4) i EF-traktaten.[153] EF-domstolen uttalte at det heller ikkje etter dette føresegna kunne konkluderast med at utveljingsmetoden etter den svenske lovgivinga var proporsjonal med målet.[154]

Konklusjonen til EF-domstolen var at likehandsamingsdirektivet artikkel 2(1) og 2(4) og artikkel 141(4) i EF-traktaten hindra nasjonal lovgiving som i den føreliggjande saka.[155]

Eit anna spørsmål nemnda stilte EF-domstolen var om nasjonal lovgiving som reserverte stillingar for det underrepresenterte kjønn, enten på førehand eller i samband med særskilte program ved utdanningsinstitusjonar, var i strid med likehandsamingsdirektivet.[156]

---

150 C-407/98 avsnitt 50
151 C-407/98 avsnitt 52
152 C-407/98 avsnitt 53
153 C-407/98 avsnitt 54
154 C-407/98 avsnitt 55
155 C-407/98 avsnitt 56
156 C-407/98 avsnitt 27 nummer 2

Sjølv om ein reserverte eit tal stillingar til kvinner var det etter EF-domstolen sitt syn ikkje nok til å endre den absolutte og ikkje proporsjonale karakteren av slike tiltak.[157]

Det spelte etter EF-domstolen sitt syn heller ikkje noko rolle for konklusjonane på dei tidlegare spørsmåla om den nasjonale lovgivinga gjaldt stillingar på lågare nivå eller stillingar på høgare nivå.[158]

Ordninga i Abrahamsson-saka blei av EF-domstolen sett på å vere for absolutt og heller ikkje i samsvar med proporsjonalitetskravet. Det som etter mitt syn er interessant her er at EF-domstolen, utan at den nasjonale lovgivinga gav grunn til det, tok opp moglegheita for å operere med kjønnsnøytrale kriterier som skulle førebyggje eller kompensere for ulemper i yrkeskarrieren til det underrepresenterte kjønn. EF-domstolen konkluderte med at det ikkje var godtgjort i lovgivinga om kandidatane hadde blitt underlagt ei objektiv vurdering. Resultatet kunne ha blitt eit anna dersom det hadde kome klart fram av dei individuelle vurderingane av kandidatane kva kvalitetar som hadde blitt vektlagde. I den samanheng kunne kjønnsnøytrale vurderingskriterier ha blitt nytta som eit ledd i å få den beste kandidaten, som gjerne kunne ha vore ei kvinne.

EFTA-domstolen tok i sak E-1/02 stilling til øyremerking av post doc-stillingar for kvinner ved Universitetet i Oslo (UiO). Saka, som heretter vil bli omtalt som *Post doc-saka*, hadde bakgrunn i ein førespurnad frå ESA med påstand om at Noreg ikkje hadde oppfylt pliktene sine etter EØS-avtalen artiklane 7 og 70 og likehandsamingsdirektivet artiklane 2(1), 2(4) og 3(1). Stillingane det var tale om her var tidsavgrensa.

Post doc-stillingane var tilgjengelege for kandidatar med fullført doktorgrad og var midlertidige med fire år som maksimal lengde. Stillingane blei øyremerka med heimel i dåverande universitets- og høyskolelov § 30 tredje ledd. I perioden 1998-2001 var totalt 29 post doc-stillingar ved UiO øyremerka for kvinner i tillegg til fire

[157] C-407/98 avsnitt 58
[158] C-407/98 avsnitt 63 og 65

permanente akademiske stillingar.[159] I UiO sin likestillingsplan for 2000-2004 skulle ytterlegare 10 post doc-stillingar og 12 permanente akademiske stillingar øyremerkast for kvinner.[160]

Universitets- og høyskoleloven § 30 tredje ledd tredje og fjerde punktum lyder:

"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. Styret kan bestemme at en stilling kun skal utlyses for det underrepresenterte kjønn".

Norske myndigheiter gjorde gjeldande at positiv særhandsaming måtte forståast som ein del av forbodet mot diskriminering og ikkje som eit unntak frå det.[161]

EFTA-domstolen var ikkje samd i denne tilnærminga og viste til EF-domstolen sin rettspraksis om at nasjonal lovgiving som avveik frå prinsippet om likehandsaming berre kunne tillatast dersom den var fleksible nok.[162]

Norske myndigheiter fekk heller ikkje gjennomslag i at dei øyremerka post doc-stillingane kunne øyremerkast etter likehandsamingsdirektivet artikkel 2(2) som gav medlemsstatane moglegheit til å reservere enkelte yrkesmessige aktiviteter og praksis for eit kjønn. EFTA-domstolen godtok ikkje denne argumentasjonen, og viste til at føresegna i hovudsak hadde blitt brukt til å reserve somme militære aktivitetar for menn.[163]

EFTA-domstolen viste til EF-domstolen si avgjerd i *Lommers-saka* og uttalte at ordninga i den saka var annleis enn øyremerkinga i den føreliggjande saka fordi menn der ikkje var heilt ekskludert frå barnehageordninga då det kunne gjerast unntak.[164]

---

[159] Sak E-1/02 avsnitt 3
[160] Sak E-1/02 avsnitt 4
[161] Sak E-1/02 avsnitt 25
[162] Sak E-1/02 avsnitt 45
[163] Sak E-1/02 avsnitt 46
[164] Sak E-1/02 avsnitt 47

I sin artikkel om forholdet mellom EØS-retten og menneskerettigheitene, som blei utgitt før EFTA-domstolen avsa dom i Post doc-saka, samanliknar Hellum og Nilsen UiO si øyremerking av post doc-stillingane med barnehageplassane som blei reservert for kvinnelege tenestemenn i Lommers-saka. Dei viser til at EF-domstolen i Lommers-saka la vekt på at departementet sitt tilbod frigjorde barnehageplassar på marknaden elles og at dei tilsette som ikkje fekk tilgang dermed hadde tilgang på desse. Forfattarane gjer gjeldande at dei øyremerka stillingane på tilsvarande måte gjorde at konkurransen om dei andre professorata ved UiO blei mindre.[165]

Etter mitt syn skil sakene seg frå kvarandre då reservering av barnehageplassar er eit karrierefremmande føremon medan øyremerking av stillingar, sjølv om dei er tidsavgrensa, er meir inngripande tiltak.

Vidare uttalte EFTA-domstolen at dei øyremerka post doc-stillingane ikkje kunne legitimerast med utgangspunkt i EF-domstolen si avgjerd *Schnorbus*. Lovgivinga i den saka tok sikte på å redusere ulempene menn fekk som følgje av fullført verneplikt eller sivilteneste. Sjølv om lovgivinga indirekte diskriminerte kvinner var den av objektiv karakter.[166]

EFTA-domstolen viste til at EF-domstolen i avgjerda *Badeck* hadde dradd eit skilje mellom utdanningsstillingar og faste stillingar, men uttalte:

”The court [EFTA] finds that even for training positions, the law requires a system that is not totally inflexible. Moreover, alternatives for post-doctoral positions in the private sector appear to be rather limited”.[167]

Det følgjer av Badeck-saka at kravet til fleksibilitet er lempeligare for stillingar med sikte på opplæring enn ved faste stillingar, og at det såleis skal mindre til for å

[165] Anne Hellum og Ruth Nielsen: Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO i Kritisk Juss 2002 nummer 29, side 122 siste avsnitt
[166] Sak E-1/02 avsnitt 48
[167] Sak E-1/02 avsnitt 50

reservere utdanningsstillingar til kvinner. Ein kan derfor stille seg spørsmålet om EFTA-domstolen var for raske til å avfeie dette argumentet frå norske myndigheiter.

Etter mitt syn talar opplæringsaspektet for at slike tidsavgrensande stillingar kan godtas. På den andre sida så gjer ei post doc-stilling at ein blir kvalifisert til ei professorstilling, og ein får dermed eit stort forsprang i høve til kandidatar av det motsette kjønn. Post doc-stillingar havnar etter mi oppfatning dermed i gråsona for kva som fell inn under utdanningsstillingar.

EFTA-domstolen viste vidare til avgjerda *Abrahamsson*. I denne saka konkluderte EF-domstolen med at svensk lovgiving der ein kandidat av det underrepresenterte kjønn blei tilsett i ei professorstilling framfor ein betre kvalifisert kandidat av motsett kjønn var i strid med artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet.

Vidare uttalte EFTA-domstolen at den norske lovgivinga gjekk lenger enn den svenske lovgivinga i Abrahamsson-saka. Der skulle det, i alle fall i prinsippet, skje ei vurdering av alle kandidatane. Øyremerkinga av post doc-stillingane ved UiO var etter EFTA-domstolen sitt syn derfor ikkje tillatne.[168]

Hellum og Nielsen gjer i sin artikkel gjeldande at dei øyremerka stillingane skil seg frå Abrahamsson-saka då utveljingsmetoden i Abrahamsson innebar at klart betre kvalifiserte menn blei tilsidesett til føremon for klart mindre kvalifiserte kvinner og at ordninga såleis var særleg belastande for menn.[169] Dei viser til at ordninga i Abrahamsson var av generell art, medan den norske ordninga berre omfattar ein liten del av stillingane ved UiO.[170]

EFTA-domstolen konkluderte med at øyremerkinga av post doc-stillingane ved UiO overskreid kjernen til artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet og uttalte:

[168] Sak E-1/02 avsnitt 51
[169] Hellum og Nielsen side 121 siste avsnitt og side 122 andre avsnitt
[170] Hellum og Nielsen side 122 andre avsnitt

”There is no provision for flexibility, and the outcome is determined automatically in favour of a female candidate”.[171]

EFTA-domstolen viste til at seleksjonskriterier kunne verke diskriminerande overfor kvinner og at bevisstheit rundt dette kunne bidra til å redusere forskjellshandsaming av kjønn. Når det gjeld kvinnelege livserfaringar uttalte EFTA-domstolen:

”Furthermore, giving weight to the possibility that in numerous academic disciplines female life experience may be relevant to the determinaton of the suitability and capability for, and performance in, higher academic positions, could enhance the equality of men and women, which concern lies at the core of the Directive”.[172]

Norske myndigheiter viste til fleire internasjonale forpliktingar, og særskilt kvinnekonvensjonen. EFTA-domstolen uttalte for det første at kvinnekonvensjonen hadde vore gjeldande då EF-domstolen avsa avgjerdene sine etter likehandsamingsdirektivet.[173]

Holtmaat og Tobler gjer i sin artikkel om tilhøvet mellom EU-retten og kvinnekonvensjonen gjeldande at EFTA-domstolen her går ut i frå at EF-retten er i samsvar med kvinnekonvensjonen. Dette er etter forfattarane si meining ikkje nødvendigvis tilfellet, då dette ikkje har blitt gjennomgått av institusjonane ved framstilling av sekundærlovgiving.[174]

For det andre uttalte EFTA-domstolen:

”[T]he provisions of international conventions dealing with affirmative action measures in various circumstances are clearly permissive rather than mandatory. Therefore they cannot be relied on for derogations from obligations under EEA law”.[175]

---

[171] Sak E-1/02 avsnitt 54
[172] Sak E-1/02 avsnitt 57
[173] Sak E-1/02 avsnitt 58
[174] Holtmaat og Tobler, side 420 nederst
[175] Case E-1/02 avsnitt 58

Som tidlegare drøfta i punkt 3.3. så inneber oppfylling av pliktene etter kvinnekonvensjonen også ei positiv plikt. Det er altså ikkje nok å berre hindre diskriminering. Når det gjeld positive særtiltak har CEDAW-komitéen i generelt utsegn nummer 25 uttalt at konvensjonspartane er pliktige til å nytte positive særtiltak på område der kvinner ikkje er godt nok representert. Sjølv om dette utsegnet er frå 2005, altså to år etter avgjerda i EFTA-saka så har CEDAW-komitéen også ved tidlegare utsegn uttalt at statane har ei plikt til å gjennomføre tiltak som kan auke representasjonen av kvinner.[176] Ved å ikkje gjere nærare greie for kva slags krav Kvinnekonvensjonen set til positive særtiltak tok ikkje EFTA-domstolen etter mitt syn Noreg sine plikter etter kvinnekonvensjonen så alvorleg som domstolen burde.[177]

Avslutningsvis vil eg gjere nokre merknader om dei øyremerka stillingane. Det kan for det første tenkjast at ei slik reservering av stillingar for det underrepresenterte kjønn, her kvinner, kunne passert innanfor ramma av artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet dersom UiO hadde nytta ein annan framgangsmåte. Ved å nytte målsetjingar om at kvinner som blei tilsett i post doc-stillingar skulle reflektere talet på kvinnelege studentar, utdanna kandidatar og dei med høgare grad i tillegg til å bruke utveljingskriterier som generelt sett var til føremon for kvinner i vurderinga av kvar enkelt kandidat, kunne kanskje UiO ha oppnådd målet om fleire kvinner i akademia utan å øyremerke stillingane.

Det er heller ingenting som tyder på at EFTA-domstolen ikkje hadde godteke ein slik framgangsmåte, tvert i mot så framhevar EFTA-domstolen at kvinneleg livserfaring kan vere relevant på ein positiv måte for kor eigna og kapabel kandidatar er for akademiske stillingar, jf. avsnitt 57 i avgjerda. I tillegg så viser EFTA-domstolen til at andre sider ved norsk likestillingspolitikk, som blant anna målsetjingar om prioritet til kvinner i akademiske stillingar der det er mindre enn 10 % kvinner med meir ikkje har blitt utfordra av ESA.[178]

---

[176] General recommendation number 23 CEDAW-committée.
[177] For same syn, sjå Holtmaat og Tobler, side 421 øvst
[178] E-1/02 avsnitt 54

3.4.3 Andre karrierefremmande føremon

I *Kommisjonen v Frankrike*, sak 312/86 gjorde Kommisjonen gjeldande at fransk lovgiving som opna for særlege rettigheiter for kvinner gjennom tariffavtalar med meir, fall utanfor rekkjevidda til artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet.[179] Rettigheitene i tariffavtalane var mellom anna forlenga fødselspermisjon, nedsett arbeidstid for kvinner over 59 år, nedsett pensjonsalder og tillegg av feriedagar per barn.[180] Kommisjonen var av den oppfatning at somme av dei særlege rettigheitene kunne falle inn under artikkel 2(4). Likevel gjorde kommisjonen gjeldande at den franske lovgivinga med si generelle utforming gjorde det mogleg å oppretthalde ulik handsaming av kvinner og menn i eit uavgrensa tidsrom.[181]

EF-domstolen viste til det generelle ordvalet i lovgivinga og uttalte at det ikkje var noko i saka som talte for at det å oppretthalde særlege rettigheiter for kvinner på ein vanleg basis kunne falle inn under artikkel 2(4) i direktivet.[182]

I denne saka blir det oppstilt eit krav om at positive særtiltak ikkje må vere for generelle og at dei må vere avgrensa i tid for å falle inn under artikkel 2(4).

3.4.3.1 Utdanningsstillingar

Det tredje spørsmålet EF-domstolen tok stilling til i *Badeck-saka* var om lovgiving som reserverte halvparten av alle utdanningsstillingar for kvinner innan utdanningsfag der kvinner var underrepresenterte var i strid med føresegna i likehandsamingsdirektivet. Lovgivinga tok atterhald dersom staten hadde monopol på slike utdanningsstillingar.[183]

---

[179] C-312/86 avsnitta 4 og 5
[180] C-312/86 avsnitt 8
[181] C-312/86 avsnitt 9
[182] C-312/86 avsnitta 14 og 15
[183] C-158/97 avsnitt 12 nummer 3

EF-domstolen uttalte at ei slik ordning ikkje var heilt infleksibel, då den var avhengig av kor mange kvinner som søkte og at utdanningsplassane kunne tildelast menn ved for få kvinnelege søkjarar.[184]

EF-domstolen la også vekt på at ordninga berre gjaldt utdanningsplassar som staten ikkje hadde monopol på, og at slike plassar også var tilgjengeleg i privat sektor. Mannlege kandidatar blei dermed ikkje ekskludert.[185]

Desse to momenta gjorde etter EF-domstolen sitt syn at ordninga var tilstrekkeleg fleksibel. Dette kan etter mitt syn tolkast slik at kravet til fleksibilitet ikkje er så strengt ved praksisplassar enn det som stilles til prioritet ved tilsetjingar eller forfremmingar. EF-domstolen stilte ikkje krav til at praksisplassane kunne tildelast til menn ved unntakstilfelle. Eit slikt krav blei oppstilt i Lommers-saka når det gjaldt reservering av barnehageplassar for kvinnelege tilsette.[186]

Å reservere halvparten av praksisplassane for kvinner blei av EF-domstolen sett på å vere eit tiltak som tok sikte på å motverke årsakene til kvinner sine reduserte moglegheiter til tilgang til arbeid og karriere.[187]

Slike tiltak var etter EF-domstolen sitt syn innanfor rekkjevidda til artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet, då dei tok sikte på å forbetre kvinner sine moglegheiter til å konkurrere på arbeidsmarknaden og til å oppnå ein karriere på lik linje med menn.[188]

3.4.3.2 Innkalling til intervju

Det fjerde spørsmålet EF-domstolen skulle ta stilling til i *Badeck-saka* var om lovgiving som garanterte at minst like mange kvinner som menn eller at alle kvinnelege søkjarar blei innkalla til intervju på område i offentleg sektor fall innanfor

[184] C-158/97 avsnitt 51
[185] C-158/97 avsnitt 53
[186] C-476/99 avsnitt 45
[187] C-158/97 avsnitt 54
[188] C-158/97 avsnitt 54

likehandsamingsdirektivet. Føresetnaden var at kvinner var underrepresenterte på området og at dei elles var kvalifiserte for stillinga.[189]

EF-domstolen viste til Generaladvokat Saggio si innstilling, og uttalte at tiltaket med å innkalle kvalifiserte kvinner til intervju ikkje var eit forsøk på å oppnå eit endeleg resultat når det gjaldt tilsetjingar eller forfremmingar. Det skulle snarare gi kvalifiserte kvinner ytterlegare moglegheiter til å kome inn i arbeidslivet og å forfølgje ein karriere.[190]

EF-domstolen uttalte at det aktuelle føresegna tok sikte på å fremme like moglegheiter for menn og kvinner.[191]Konklusjonen var at slik lovgiving ikkje var til hinder etter likehandsamingsdirektivet.[192]

3.4.3.3 Unntak til kravet om fleksibilitet ved ulemper av objektiv karakter

Avgjerda i *Schnorbus v Land Hessen,* sak C-79/99, gjaldt lovgivinga til den tyske delstaten Hessen som gav alle som hadde avtent verneplikt eller sivilteneste prioritet til yrkesopplæring. Slik yrkesopplæring var nødvendig for å oppnå stillingar som dommar eller høgare juridiske stillingar.[193]

Ms Schnorbus hadde søkt om å få yrkesopplæring, men fekk avslag av tyske myndigheiter då det var mottatt for mange søknader i høve til tilgjengelege plasser.[194] Ho tok saka inn for Verwaltungsgericht Frankfurt am Main (administrativ domstol), med påstand om at lovgivinga diskriminerte kvinner.[195]

Lov om juristutdanning fastsette i artikkel 24(2) første og andre punktum at:

---

[189] C-158/97 avsnitt 12 nummer 4
[190] C-158/97 avsnitt 60
[191] C-158/97 avsnitt 62
[192] C-158/97 avsnitt 63
[193] C-79/99 avsnitt 14 og 15
[194] Ibid.
[195] C-79/99 avsnitt 18

”Should the number of applications for admission to practical legal training on a particular commencement date recieved before expiry of the deadline exceed the number of available training places, appointment may be deferred by up to 12 months. This shall not apply if deferment would result in particular hardship”.[196]

Dette innebar at 12 månader var maksimum ventetid for å få tilgang til yrkesopplæring, så framt dette ikkje ville resultere i særskilte ulemper.

Etter den tyske forordninga om juristutdanning artikkel 14 a, blei fullføring av verneplikt eller sivilteneste rekna for å utgjere ei slik særskilt ulempe.[197]

Den administrative domstolen sendte førespurnad til EF-domstolen om å avsei ei førebels avgjerd. Det første sprøsmålet EF-domstolen skulle ta stilling til var om nasjonal lovgiving som i den føreliggjande saka fall innanfor verkeområdet til likehandsamingsdirektivet.[198]

Delstaten Hessen gjorde gjeldande at dette ikkje var tilfelle, då den aktuelle lovgivinga berre regulerte venteperioden til yrkesopplæring og den generelle tilgangen til slik yrkesopplæring elles var garantert i lov.[199]

Etter EF-domstolen sitt syn kunne venteperioden påverke karrieren til dei som blei ramma då slik yrkesopplæring var nødvendig for å oppnå stillingar som dommar eller høgare juridiske stillingar.[200] EF-domstolen konkluderte med at den nasjonale lovgivinga i saka dermed fall innanfor verkeområdet til likehandsamingsdirektivet.[201]

Det andre og tredje spørsmålet EF-domstolen skulle ta stilling til var om slik lovgiving enten var direkte eller indirekte diskriminerande på grunnlag av kjønn.[202]

---

[196] C-79/99 avsnitt 12
[197] C-79/99 avsnitt 13
[198] C-79/99 avsnitt 20 nummer 1
[199] C-79/99 avsnitt 26
[200] C-79/99 avsnitt 28
[201] C-79/99 avsnitt 29
[202] C-79/99 avsnitt 20 nummer 2 og 3

EF-domstolen konkluderte med at det ikkje var tale om direkte diskriminering, men at lovgivinga indirekte diskriminerte på grunnlag av kjønn.[203] Då det ikkje var obligatorisk for kvinner å gjennomføre verneplikt eller sivilteneste var det i hovudsak menn som blei tilgodesett og som fekk prioritet etter lovgivinga. Dette blei av EF-domstolen sett på å vere indirekte diskriminering.[204]

EF-domstolen tok samla stilling til det fjerde, femte, sjette og sjuande spørsmålet som var om likehandsamingsdirektivet artikkel 2(4) var til hinder for lovgiving som den i den føreliggjande saka.[205]

EF-domstolen uttalte at sjølv om kvinner indirekte blei diskriminert av lovgivinga, så var den:

”[O]bjective in nature and prompted solely by the desire to counterbalance to some extent the effects of that delay”.[206]

EF-domstolen uttalte vidare at lovgivinga under slike omstende ikkje var i strid med prinsippet om likehandsaming av kvinner og menn.[207] I tillegg var lovgivinga etter EF-domstolen sitt syn proporsjonal då venteperioden for andre søkjarar ikkje var lenger enn 12 månader. Søkjarane som fekk prioritet hadde blitt forseinka minst like lengje som følgje av verneplikt eller sivilteneste.[208]

Konklusjonen til EF-domstolen var at likehandsamingsdirektivet artikkel 2(4) ikkje hindra lovgiving som den i den føreliggjande saka.[209]

I Schnorbus-saka opna EF-domstolen for at også lovgiving som gir eit kjønn automatisk fortrinnsrett til eit gode kan falle inn under kjernen av artikkel 2(4) i likehandsamingsdirektivet. Lovgivinga må likevel vere basert på objektive årsaker og ta

[203] C-79/99 avsnitta 34 og 39
[204] C-79/99 avsnitt 38
[205] C-79/99 avsnitt 40
[206] C-79/99 avsnitt 44
[207] C-79/99 avsnitt 45
[208] C-79/99 avsnitt 46
[209] C-79/99 avsnitt 47

sikte på å kompensere for ei ulempe, i dette tilefelle verneplikt eller sivilteneste. I tillegg så må ulempa som andre får av slik lovgiving vere proporsjonal i høve til føremålet.

3.4.3.4 Reservering av barnehageplassar

Avgjerda *Lommers v Minister van Landbouw*, C-476/99, gjaldt eit sirkulær vedtatt av det nederlandske landbruksdepartementet som gav barn av kvinnelege tilsette prioritet ved tildeling av barnehageplassar som departementet disponerte. Ein mannleg tilsett kunne berre få tilgang til ein av dei subsidierte barnehageplassane dersom det låg føre ein nødssituasjon. Dette måtte i tillegg bli godkjent av arbeidsgivaren.[210]Mr Lommers søkte om å få barnehageplass, men fekk avslag.[211]

Den nasjonale domstolen stilte EF-domstolen spørsmålet om artiklane 2(1) og 2(4) i likehandsamingsdirektivet hindra reglar som i den føreliggjande saka.[212]

EF-domstolen tok først stilling til om likehandsamingsdirektivet kom til bruk på tiltak som gjaldt barnehageplassar disponert av arbeidsgivar. EF-domstolen uttalte:

"[T]he making available to employees, by their employer, of nursery places at their place of work, or outside it, is indeed to be regarded as a working condition within the meaning of the Directive".[213]

Når det gjaldt det faktiske grunnlaget for ein slik regel, viste EF-domstolen til at det på tidspunktet då sirkulæret blei vedtatt var ein vesentleg underrepresentasjon av kvinner i departementet, både totalt og i høgare posisjonar.[214] Vidare viste EF-domstolen til utsegn frå Kommisjonen for likehandsaming om at mangel på eigna og rimelege barnehagar kunne forårsake at særskilt kvinnelege tilsette sa opp stillingane sine.[215]

---

[210] C-476/99 avsnitt 11
[211] C-476/99 avsnitt 13
[212] C-476/99 avsnitt 23
[213] C-476/99 avsnitt 26
[214] C-476/99 avsnitt 36
[215] C-476/99 avsnitt 37

EF-domstolen uttalte at tiltak som det i den føreliggjande saka tok sikte på å eliminere årsakene til kvinners reduserte moglegheiter når det gjaldt tilgang til arbeid og karriere. Grunnen til det var at desse skulle forbetre kvinner si emne til å konkurrere på arbeidsmarknaden og til å forfølgje ein karriere på lik linje med menn. EF-domstolen presiserte at det var opp til den nasjonale rett å fastsetje om dei faktiske omstenda nemnt i avsnittet over var etablert.[216]

Når det gjaldt å avgjere kjernen til unntak frå ein individuell rett som likehandsaming, viste EF-domstolen til proporsjonalitetsprinsippet:

"[D]ue regard must be had to the principle of proportionality, which requires that derogations must remain within the limits of what is appropriate and necessary in order to achieve the aim in view and that the principle of equal treatment be reconciled as far as possible with the requirements of the aim thus pursued".[217]

EF-domstolen uttalte at ordninga med barnehageplassar ikkje ekskluderte mannlege statstilsette frå å få barnehageplassar generelt, då det også fantes plassar på marknaden elles.[218] I tillegg kunne også kvinner i departementet risikere å ikkje få barnehageplass, då det var tale om eit avgrensa tal av plassar.[219] Vidare påpeikte EF-domstolen at tiltaket ikkje ekskluderte mannlege tilsette heilt, då dei kunne få tilgang på ein av dei subsidierte barnehageplassane dersom det låg føre ein naudsituasjon og arbeidsgivar godkjente dette.[220]

På grunnlag av desse momenta kom EF-domstolen fram til at tiltaket var proporsjonalt, sjølv om sirkulæret i saka ikkje garanterte begge kjønn tilgang til barnehageplassane.[221]

---

[216] C-476/99 avsnitt 38
[217] C-476/99 avsnitt 39
[218] C-476/99 avsnitt 44
[219] C-476/99 avsnitt 43
[220] C-476/99 avsnitt 45
[221] C-476/99 avsnitt 48

EF-domstolen konkluderte med at artiklane 2(1) og 2(4) i likehandsamingsdirektivet ikkje var til hinder for reglar der kvinnelege tilsette får tilgang på barnehageplassar for å motarbeide utstrakt underrepresentasjon av kvinner.[222]

Avgjerda i Lommers opnar for at særskilte karrierefremmande gode kan reserverast til det kjønnet som er underrepresentert innan den aktuelle arbeidsplassen. Eit krav er at tiltaket kan sikre like moglegheiter for kvinner og menn til å konkurrere på arbeidsmarkanden og å skape seg ein karriere. EF-domstolen legg vekt på at eit slik tiltak må vere proporsjonalt i høve til det ein ønskjer å oppnå.

Klagenemnda for likestilling skulle i sak LKN-2004-10, heretter *Barnehage-saka*, ta stilling til om Universitet i Oslo sine retningslinjer for opptak i universitetet sin barnehage var i samsvar med likestillingsloven § 3a om positiv særhandsaming av det eine kjønn.

Retningslinjene punkt 3.2 B fastsette at barn av mødre i vitskapelege stillingar som hovudregel skulle prioriterast. Føremålet var å oppnå ei jamnare kjønnsfordeling i toppstillingar innanfor vitskapeleg sektor.[223]

Saka hadde sin bakgrunn i at ein mannleg stipendiat og far hadde fått avslag på søknad om barnehageplass med grunngiving at kvinnelege stipendiatar blei prioritert først.[224]

Nemnda presiserte at barn av foreldre i stipendiatgruppa hadde ein eigen kvote ved opptak i barnehagane til universitetet og at dei dermed ikkje konkurrerte med barn av andre vitskapelege tilsette.[225]

Vidare uttalte nemnda at barnehageplassar kunne vere eit eigna tiltak for å rekruttere kvinner til ei utdanning eller til eit yrke, og at ein barnehageplass måtte

---

222 C-476/99 avsnitt 50
223 LKN-2004-10 under Partenes anførsler første avsnitt
224 LKN-2004-10 under Sakens bakgrunn første avsnitt
225 LKN-2004-10 under Klagenemnda har følgende merknader femte avsnitt

reknast for å vere eit føremon for stipendiatar som fekk dei, uavhengig av om dei var kvinner eller menn.[226]

Halvparten av stipendiatane ved UiO var kvinner, delen av dei som disputerte var om lag 40 %. Nemnda fann prosentdelen av kvinnelege stipendiatar og disputerande kvinnelege stipendiatar så høg at det å rekruttere fleire kvinnelege stipendiatar ved bruk av positiv forskjellshandsaming ikkje kunne forsvarast.[227]

Når det gjaldt spørsmålet om reservering av barnehageplassar kunne nyttast som eit verkemiddel for å rekruttere fleire kvinner som stipendiatar og såleis gi grunnlag for auka rekruttering av kvinner til mellom- og toppstillingar, uttalte nemnda at UiO ikkje hadde godtgjort om dette tiltaket oppfylte krava til om det var eigna, nødvendig og proporsjonalt.[228]

Denne saka blei avgjort etter likestl. § 3a og ikkje etter likehandsamingsdirektivet. EF-domstolen uttalte i *Lommers-saka* at barnehageplassar organisert av ein arbeidsgivar blei sett på å falle inn under arbeidsforhold.[229] Dette kan etter mitt syn vere eit uttrykk for at rekkjevidda til likehandsamingsdirektivet ikkje alltid er like lett å fange opp av norske handhevingsorgan. Men det kan også vere tilfelle at nemnda fann det tilstrekkeleg å vurdere saka etter § 3a i likestillingsloven. Etter mitt syn ville ikkje resultatet blitt annleis i den aktuelle saka, då nemnda verken fann at ordninga var eigna eller nødvendig til å fremme likestilling som følgje av den høge delen av kvinnelege stipendiatar. Til skilnad var det i *Lommers-saka* stor underrepresentasjon av kvinner når ordninga med dei reserverte barnehageplassar for kvinnelege tenestemenn starta.[230]

---

[226] LKN-2004-10 under –"- sjette avsnitt
[227] LKN-2004-10 under –"- åttande avsnitt
[228] LKN-2004-10 under –"- åttande og niande avsnitt
[229] C-476/99 avsnitt 26
[230] C-476/99 avsnitt 36

3.5 Oppsummering av rettstilstanden

Når det gjeld tilgangen til å setje i verk positive særtiltak etter likestillingsloven § 3a blir det stilt krav til at tiltaket er eigna, nødvendig og proporsjonalt. Likevel har dei EØS-rettslege forpliktingane våre resultert i praktiske grenser for kva slags tiltak som kan setjast i verk. EF-domstolen og EFTA-domstolen har i sin rettspraksis stilt eit krav om at positive særtiltak må vere fleksible.

3.5.1 Fleksibilitet

Moderat kjønnskvotering til faste eller midlertidige stillingar må etter EF-domstolen sin rettspraksis oppfylle kravet til fleksibilitet. Slike ordningar kan tillatast dersom kvinner ikkje får automatisk og ubetinga prioritet, jf. *Kalanke-saka, Marschall-saka* og *Badeck-saka.* I tillegg må alle kandidatar blir underlagt ei objektiv og individuell vurdering som opnar for at ordninga kan fråvikast ved særlege tilfelle, jf. *Marschall-saka* og *Badeck-saka,* der dette blei sett på å vere oppfylt. I *Abrahamsson-saka* og *Post doc-saka* oppfylte ikkje lovgivinga dette kravet.

3.5.1.1 Unntak ved ulemper av objektiv karakter

Ordningar som automatisk gir eit kjønn prioritet kan tillatast dersom dei tar sikte å bøte på ulemper av objektiv karakter, jf. *Schnorbus-saka* der mannlege kandidatar fekk prioritet til nødvendig yrkesopplæring som følgje av forseinkingar dei fekk ved å gjennomføre verneplikt.

3.5.1.2 Lempelegare krav til fleksibilitet

Når det ikkje er tale om stillingar, men andre karrierefremmande føremon, har EF-domstolen godtatt ordningar som reserverer slike til kvinner. Kravet til fleksibilitet har her blitt praktisert lempelegare. I *Badeck-saka* godtok EF-domstolen lovgiving som tillèt reservering av halvparten av praksisplassane til kvinner innan utdanningsområde der dei var underrepresenterte. *Lommers-saka* gjaldt reservering av barnehageplassar til barn av kvinnelege tilsette, også dette godtok EF-domstolen. Øyremerking av tidsavgrensa stillingar blei ikkje akseptert av EFTA-domstolen i *Post doc-saka*.

3.5.2 Krav til proporsjonalitet

Reservering av praksisplassar blei i *Badeck-saka* sett på å vere proporsjonale då staten ikkje hadde monopol på slike plasser og at dei også var tilgjengelege i offentleg sektor. Sjå *Lommers-saka* for same argument, i tillegg til at det her var gjort unntak for menn i særlege tilfelle. I *Schnorbus-saka* blei ordninga sett på å vere proporsjonal då andre ikkje måtte vente meir enn 12 månader på slik yrkesopplæring. I *Abrahamsson-saka* og *Post doc-saka* blei ordningane sett på å vere for inngripande.

3.5.3 Tiltaket må vere eigna

Det er eit krav til at det positive særtiltaket må vere eigna til å oppnå føremålet med det. I *Barnehage-saka* blei dette ikkje sett på å vere tilfellet. Nemnda fann at kvinnedelen av stipendiatar var for høg. EF-domstolen har uttalt at positive særtiltak må vere eigna til å skape like moglegheiter for kvinner og menn, ved å eliminere ulemper kvinner har når det gjeld tilgang til arbeid og karriere. I *Lommers-saka* blei reservering av barnehageplassar sett på å ha slik effekt. Dette var også tilfellet i *Badeck-saka*, der bindande målsetjingar om kvinnedelen ved rekruttering til stillingar blei sett på å vere eigna.

3.5.4 Tiltaket må vere nødvendig

Dette inneber at tiltaket ikkje må vare lenger enn det som skal til for å oppnå føremålet med det, jf. *Badeck-saka* der rekruttering av kvinner etter bindande målsetjingar kunne skje så lengje kvinner var underrepresenterte på området.

4 Vurderingar

Som oppsummeringa av rettstilstanden over viser vil tilgangen til å setje i verk kjønnskvotering variere ut frå kva samfunnsområde det er tale om. Kvotering til faste stillingar har til dømes vist seg å vere underlagt ei strengare vurdering enn praksisplassar. Noko som er felles for tilgangen til å setje i verk positive særtiltak etter likestillingsloven, EØS-retten og kvinnekonvensjonen er at dei er eigna, nødvendige og proporsjonale. Sjølv om tolkinga av desse vilkåra vil avhenge av kva for eit av regelverka det er tale om og føremålet bak dette, så vil det aldri vere ”fritt fram” å setje i verk kjønnskvotering. Det er ein viktig og vanskeleg balansegang mellom det generelle forbodet mot å diskriminere og det å setje i verk tiltak som skal vege opp for tidlegare og eksisterande diskriminering av kvinner.

Ein skulle sjølvklart ønskje at det ikkje var nødvendig med kjønnskvotering i dag. Likevel visar den kjønnsdelte arbeidsmarknaden i dette landet at menn og kvinner er ulikt representert, jf. punkt 2.1 i oppgåva, og såleis har ulik påverknad i samfunnet i dag. Dette kan ha ein samanheng med at tilsetjingsprosessar i somme tilfelle kan verke indirekte diskriminerande overfor kvinner. Her meiner eg at EF-domstolen sin rettspraksis har gitt oss verdifulle retningslinjer for korleis dette kan motverkast. Domstolen har ved fleire tilfelle vist til utforminga av seleksjonskriterier, og korleis slike kriterier kan førebyggje eller kompensere for ulemper i yrkeskarrieren til kvinner. Til dømes ved at ansiennitet og tidspunkt for siste forfremming ikkje blir tillagt meir vekt enn det som er nødvendig for stillinga og at fråvær i form av omsorgsoppgåver ikkje teller negativt. Då seleksjonskriterier vil vere avgjerande for kven som får ei stilling er det svært viktig å følgje opp EF-domstolen sine utsegn om slike kriterier i nasjonal rett.

I den norske kvoteringdebatten blir det alltid vist til slike kriterier i form av utsegn om at ”den best kvalifiserte” skal tildelast stillinga. Etter mitt syn er det rart at dette argumentet som regel alltid blir brukt mot kjønnskvotering, noko som implisitt inneber at utgangspunktet er at menn er best kvalifiserte.

Då kvinner tradisjonelt sett har hatt omsorgsansvar i familien og mange framleis har det, vil kjønnsnøytrale kriterier som tar sikte på å førebyggje eller kompensere for

ulempene dette har gitt i høve til yrkeskarrieren deira vere ein buffer mot at slike erfaringar blir vektlagt negativt av arbeidsgivar. Slikt omsorgsansvar viser etter mitt syn at ein har kapasitet til å handtere mange oppgåver. Dette bør absolutt telle positivt. Seleksjonskriterier vil vere avhengig av arbeidsgivar, då det normalt ligg innanfor styringsretten til denne å inngå arbeidsavtalar.[231] Det er likevel viktig at arbeidsgivar er medveten om kva verknad seleksjonskriterier kan ha.

Kvinnedelen på områder der kvinner er underrepresenterte er avhengig av arbeidsgivar sin vilje og motivasjon til å tilsetje kvinner. Det er ikkje slik at alle arbeidsgivarar har denne, og dersom to kandidatar av motsett kjønn er likt eller tilnærma likt kvalifisert er faren stor for at ein arbeidsgivar vel ut frå kriterier som ikkje tar omsyn til den kvinnelege kandidaten sine erfaringar og kapasitet. Dette kan leie til at kvinner trekk det kortaste strået i slike situasjonar og at arbeidsgivar ikkje får den beste kandidaten.

Moderat kjønnskvotering til faste stillingar kan til ei viss grad bøte på dette, men etter mi meining er også denne ordninga avhengig av at arbeidsgivar ønskjer å tilsette ei kvinne. Slik sett kan moderat kjønnskvotering kombinert med seleksjonskriterier som ikkje verkar diskriminerande overfor kvinner gjere at ordninga blir mest mogleg effektiv. Dersom ein også inkluderer målsetjingar om kvinnedelen blir resultatet mest sannsynlegvis best. Seleksjonskriterier som ikkje verkar diskriminerande bør med tida kunne erstatte moderat kjønnskvotering, då dei kan bidra til å auke viljen til å velje ei kvinne i situasjonar der kandidatar av motsett kjønn står likt.

Radikal kjønnskvotering er også eit verkemiddel som kan vere effektivt mot diskriminerande seleksjonsprosessar i arbeidslivet. Eg er likevel av den oppfatninga at radikal kjønnskvotering passar best når det gjeld karrierefremmande føremon, som til dømes når det gjeld å sikre at halvparten av intervju til stillingar og praksisplassar blir tildelt kvinner på dei områda der dei er underrepresenterte, jf. *Badeck-saka*.

---

231 Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, Damm 2007 4. utgåve, side 48 punkt 1.3.1 første avsnitt

Når det gjeld radikal kjønnskvotering til faste stillingar så synest eg gjeldande rett i dag er korrekt. Slike tiltak blir etter mitt syn svært inngripande i høve til den som ikkje får stillinga. Eg synest likevel at radikal kjønnskvotering ikkje skal utelukkast som verkemiddel når det gjeld midlertidige stillingar med opplæringsføremål. I *Post doc-saka* var det tale om slike stillingar. Øyremerking av post doc-stillingar ligg etter mitt syn i ein gråsone. Dersom mindre inngripande tiltak for å rekruttere kvinner til toppstillingar kan nyttast, så må dette etter mitt syn gjerast. Dette samsvarar også med vilkåra om at eit tiltak skal vere nødvendig.

Eit døme der målsetjingar kombinert med andre tiltak har blitt sett i verk for å oppnå ein høgare kvinnedel i akademiske toppstillingar har ein ved Universitet i Tromsø (UiT). I sitt strategidokument for 2009-2013 har UiT tatt inn målsetjing om at kvinnedelen i toppstillingar som professor og dosent, skal aukast til 30 %.[232] For å nå målsetjinga er det sett i verk eit prosjekt som rettar seg mot kvinnelege akademisk tilsette som ønskjer å søkje om opprykk. Dette prosjektet inneber mellom anna at kandidatane får rettleiing til å utforme søknad og at dei i tillegg får ei vurdering av denne. Deretter blir det klarlagt kva dei må førebu før dei søkjer om opprykk.[233] UiT hadde 27,4 % kvinnelege professorar i 2011, noko som er ei auking på nesten 3 % frå 2010 og som i tillegg plasserer UiT på topp i høve til dei andre universiteta i Noreg.[234]

Eg synest dette illustrerer eit poeng om at den raskaste vegen ikkje nødvendigvis er den beste. Dersom ein arbeider aktivt og målretta for lik representasjon av kvinner og menn vil det vere gode sjansar for at det blir langvarig.

---

232 www.uit.no, Strategidokument for Universitetet i Tromsø 2009-2013, http://www2.uit.no/ikbViewer/Content/143103/Strategi.pdf (desember 2011), under Mål for mennesker i organisasjonen 2009-2013
233 Prorektor for forskning og utvikling ved UiT, Curt Rice, The promotion project: Getting more women professors, https://curtrice.wordpress.com/2011/06/19/the-promotion-project-getting-more-women-professors/ under punkt 5 og 6
234 Sjå Database for statistikk om høgre utdanning på http://dbh.nsd.uib.no/statistikk/, velg ”tilsatte” i margen til venstre og velg så ”universiteter”og ”professor (1013)” i rullegardin-menyen og trykk til sist på linken som heiter ”universiteter” nedst.

Rettskjeldeliste

Litteratur

Brækhus, Hege, ”Fra stemmerett til forbud mot faktisk diskriminering”, *Kvinnforsks skriftserie nummer 5,* 2000 side 133-149

Eckhoff, Torstein og Helgesen, Jan, *Rettskildelære,* 5 utgåve, (Universitetsforlaget 2001)

Ellis, Evelyn, *EU Anti-Discrimination Law*, first published (Oxford University press 2005)

Fredman, Sandra, *Discrimination law*, first published (Oxford University press 2002)

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

Hellum, Anne og Nielsen, Ruth, “Menneskerettighetene og EØS-retten på kollisjonskurs? Om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO”, *Kritisk Juss*, 2002 nummer 29 side 113-132

Hernes, Helga, *Welfare state and women power*, (Universitetsforlaget AS 1987)

Holtmaat, Rikki og Tobler, Christa, ”CEDAW and the European Union’s Policy in the Field of Combating Gender Discrimination”, side 399-425, Hervey, Tamara K. (ed.), Thirty year of EU sex equality law: Looking backwards, looking forwards, *Special issue of: Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2005, v. 12, n. 4.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten,* 4. utgåve, (Damm 2006)

Ketscher, Kirsten, ”Retsvidenskapen set gennem kvinderettens prisme”, *Erkjennelse og engasjement. Minneseminar for David Ronald Doublet (1954-2000)*. Bjarte Askeland og Jan Fridthjof Bernt (red.) (Fagbokforlaget 2002) side 57-71,

Nowak, Manfred, ”The Prohibition of Gender-specific Discrimination under the International Covenant on Civil and Political Rights”, *The Human Rights of Women*, red.: Benedek, Wolfgang, Kisaakye, Ester M. og Oberleitner, Gerd (London 2002)

Peters, Anne: *Women, Quotas and Constitutions - A comparative study of affirmative action for women under American, German, European Community and International law,* 1. utgåve (Kluwer law international 1999)

Rognstad, Ole-Andreas, "EF-domstolens og EFTA-domstolens praksis som rettskilder ved tolkingen av EØS-atvtalen", *Tidsskrift for rettsvitenskap,* 2001 side 435-463

Sejersted, Fredrik mfl., *EØS-rett*, 3. utgåve (Universitetsforlaget 2011)

Stabel, Ingse, "Kjønnskvotering – til beste for hvem?" *Sekretariatet for kvinneforsking*, Norges forskningsråd 1994 side 34-40, under "Generell bivirkning, opprettholdelse av myten om særfordeler for kvinner"

Teigen, Mari, *Kvotering og kontrovers* - Om likestilling som politikk, (ISF og Pax forlag 2003)

Thorstensen, Lene Marie, *EF- og EFTA-domstolens og klagenemnda for likestillings praksis om adgangen til å bruke kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling mellom kjønn*, Materoppgave (Universitetet i Oslo 2003)

Vada, Ragnhild, *Satsing på kvinner som næringsutøvere*, (Fagbokforlaget 2007)

Norske Lovar og forskrifter

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

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

Lov nr. 22/1995 om universiteter og høyskoler (universitetsloven) (eldre versjon)

Lov nr. 45/1997 om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven)

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

Lov nr. 40/2005 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Forskrift nr. 1/1979 om unntak frå likestillingsloven og delegasjon av fullmakt

Forskrift nr. 622/1998 om særbehandling av menn

Førearbeid

Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (plikt til å arbeide for likestilling, skjerping av forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, forbud mot seksuell trakassering mv.)

Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) Om lov om endringer i likestillingsloven mv. (Gjennomføring av Europaparlaments- og rådsdirektiv 2002/73/EF og innarbeiding av FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner med tilleggsprotokoll i norsk lov)

Ot.prp. nr.93 (2008-2009). Om lov om endringar i menneskerettsloven mv. (inkorporering av kvinnediskrimineringskonvensjonen)

NOU 2006: 8 Kjønn og lønn

Rettspraksis/ nemndspraksis

Rt. 2000 s. 1811, *Finanger-dommen*

LKN-2004-10, *A mot Universitetet i Oslo (Barnehage-saka)*

LKN-1991-1, *Hurum kommune mot Likestillingsombudet (Hurum-saka)*

EU/EØS rettslege kjelder

Avtalar, traktatar og lovgiving

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

Vedlegg XVIII til EØS-avtalen om Helse og sikkerhet på arbeidsplassen, arbeidsrett og lik behandling av menn og kvinner

Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkingsorgan og en Domstol av 2. mai 1992 (ODA-avtalen)

Direktiv 76/207/EØF av 9. Februar 1976 om gjennomføring av prinsippet om lik behandling av menn og kvinner når det gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse samt arbeidsvilkår

Directive 2002/73 of the European Parliament and of the Council av 23. september

2002

Direktiv 2006/54/EC av 5. juli 2006 om gjennomføring av prinsippet om like høve for og lik handsaming av menn og kvinner ved tilsetjing og i arbeidstilhøve

Traktaten om opprettelse av Det Europeiske Fellesskap (TEF), Official Journal C 340, 10/11/1997 p. 0242

Lisboa-traktaten, EU-Tidende nr. C 306 av 17. desember 2007

Traktaten om det Europeiske Felleskaps Funksjonsområde (TEUF), EU-Tidende nr. C 83 av 30. mars 2010

EFTA-domstolen

Sak E-1/02, *EFTA Surveillance Authority v Kingdom of Norway*, EFTA Court Report 2003, side 1 (*Post doc-saka)*

EF-domstolen

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

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

Marschall v Land Nordrheim-Westfalen, C-409/95, European Court reports 1997 side I-06363

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

Abrahamsson and Leif Anderson v Elisabet Fogelqvist, C-407/98, European Court reports 2000 side I-05539

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

Lommers v Minister van Landbouw, C-476-99, European Court reports 2002 side I-02891

Opinion of Mr. Advocate General Tesauro av 6. April 1995, *Kalanke v Freie Hansestadt Bremen,* European Court reports 1995 side I-03051

Opinion of Mr Advocate General Jacobs av 15 May 1997, *Marschall v Land Nordrheim-Westfalen,* European Court reports 1997 side I-06363

Dokument

84/635/EEC: Council recommendation of 13 December on the promotion of positive action for women, Official Journal L 331, 19/12/1984 P. 0034-0035

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council on the interpretation of the judgment of the Court of Justice of 17. October 1995 in case C-450/93, Kalanke v. Freie Hansestadt Bremen, COM(96) 88 final

EØS-komiteen si avgjerd nummer 33/2008, EØS-tillegget nr. 42/2008/side18

Andre internasjonale forpliktingar

Konvensjon

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

Dokument

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

General recommendation No. 23, sixteenth session, 1997, women in political and public life

CEDAW/C/NOR/CO/7 av 10. august 2007, Concluding comments of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Norway (landrapport)

Internett-tilvisingar

SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 3 sysselsatte, etter kjønn og yrke

SSB, Arbeidskraftundersøkinga - yrkesfordeling 2010, www.ssb.no, http://www.ssb.no/emner/06/01/yrkeaku/index.html (desember 2011), tabell 8 om sysselsette etter yrke i privat sektor og offentleg føretak og offentleg forvaltning

SSB, Alice Steinkellner, ”Fra den første kvinnelige student”, www.ssb.no, http://www.ssb.no/ssp/utg/201001/03/ (desember 2011)

Menn og kvinner i norske regjeringer 1945-, under Brundtland II, Regjeringen.no, http://www.regjeringen.no/nb/om_regjeringen/tidligere/oversikt/departementer_embeter/embeter/menn-og-kvinner-i-norske-regjeringer-sid.html (desember 2011)

Beate Bartsch og Martin Skårerhøgda, Menn fortsatt i førersetet, www.ssb.no, http://www.ssb.no/samfunnsspeilet/utg/201004/02/ (desember 2011)

Venstre sine vedtekter på www.venstre.no, http://www.venstre.no/sentralt/organisasjon/artikkel/1749/ (desember 2011)

”Kjønnsbalanse eller misforstått kvinnehjelp” i bladet forskning nummer 6/2000, http://forskningsradet.ravn.no/bibliotek/forskning/200006/2000060801.html (desember 2011)

Likestillingsdirektivet: likebehandling av menn og kvinner i forbindelse med arbeid og yrkesdeltakelse, www.europalov.no, http://europalov.no/rettsakt/likestillingsdirektivet-likebehandling-av-menn-og-kvinner-i-forbindelse-med-arbeid-og-yrkesdeltakels/id-938

NIFU (Nordisk institutt for studier av innovasjon, forskning og utdanning): FoU-statistikk under Vitenskapelige stillinger - professorer og Vitenskapelige stillinger – stipendiater, sjå http://kifinfo.no/c42711/seksjon.html?tid=42728