

**EF- OG EFTA-DOMSTOLENS OG KLAGENEMNDA
FOR LIKESTILLINGS PRAKSIS OM ADGANGEN TIL
Å BRUKE KVOTERING SOM VIRKEMIDDEL FOR Å
FREMME LIKESTILLING MELLOM KJØNN**

Kandidatnr: 333

Veileder: Helga Aune

Leveringsfrist: 25. april 2003

Til sammen 17.943 ord

14.05.2003

INNHALDSFORTEGNELSE

1	<u>INNLEDNING</u>	1
1.1	KVOTERING	1
1.2	METODE	4
1.3	AVGRENSNING	6
2	<u>MODERAT KVOTERING SOM VIRKEMIDDEL FOR LIKESTILLING</u>	7
2.1	RETTLIG GRUNNLAG	7
2.1.1	LIKESTILLINGSLOVEN	7
2.1.1.1	Tidl. lkstl. § 3, 3. ledd	7
2.1.1.2	Ny lkstl. § 3a	8
2.1.2	LIKEBEHANDLINGSDIREKTIVET	8
2.1.2.1	Likebehandlingsdirektivet art. 2 nr. 4	8
2.1.2.2	Endring av likebehandlingsdirektivet art. 2 nr 8.	8
2.1.3	EF-TRAKTATEN ART 141 NR. 4	8
2.2	MODERAT KVOTERING I PRAKSIS	9
2.2.1	EF-DOMSTOLENS PRAKSIS	9
2.2.1.1	Kommisjonen mot Frankrike	9
2.2.1.2	Kalanke	10
2.2.1.3	Marschall	12
2.2.1.4	Badeck	14
2.2.1.5	Abrahamsson	17
2.2.1.6	Schnorbus	19
2.2.1.7	Lommers	21
2.2.1.8	Oppsummering	24
2.2.2	NORSK RETTSPRAKSIS	28
2.2.2.1	Områder dekket av likebehandlingsprinsippet i EU.	30
2.2.2.2	Områder utenfor likebehandlingsprinsippet i EU.	35
2.2.3	EFTA-DOMSTOLENS PRAKSIS	37
2.2.4	JUSS OG ARGUMENTASJON - POLITIKK	49
2.2.5	FOLKERETTLIG FORPLIKTELSER	54
2.2.5.1	FNs kvinnekonvensjon	54

2.2.5.2	Menneskerettighetene	55
2.2.5.3	ILO-konvensjonen nr.111	56
2.3	MODERAT KVOTERING I FORHOLD TIL MENN	57
<u>3</u>	<u>KONKLUSJON</u>	<u>59</u>
<u>4</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>63</u>
4.1	LOVER	63
4.2	FORSKRIFTER	63
4.3	STORTINGSDOKUMENTER	63
4.4	EF- OG EØS-RETTLIGE KILDER	63
4.5	INTERNASJONALE KONVENSJONER	64
4.6	TARIFFAVTALER	65
4.7	STATISTIKKER	65
4.8	HANDLINGSPLANER	65
4.9	SAKSREGISTER	65
4.9.1	HØYESTERETT	65
4.9.2	KLAGENEMNDA FOR LIKESTILLING	65
4.9.3	EFTA-DOMSTOLEN	65
4.9.4	EF-DOMSTOLEN	66
4.10	JURIDISK LITTERATUR	66
4.11	ARTIKLER	66
<u>5</u>	<u>VEDLEGG</u>	<u>A</u>

1 Innledning

Kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling mellom kvinner og menn er et kontroversielt tema. Vi har på den ene siden klare holdninger i samfunnet som hevder at kvotering er et nødvendig middel for å nå dette målet, mens vi på den annen side har likebehandlingsdirektivet og våre forpliktelser etter EØS-avtalen som begrenser denne bruken. Det foreligger her et felles ønske om likestilling mellom kjønnene, men uenigheter om hvordan dette målet skal oppnås.

I hvilken grad kvotering er tillat kan utledes av EF- og EFTA-domstolens praksis hvor radikal kvotering er forbudt og moderat kvotering kan tillates når forholdet er proporsjonalt med målsetningen, det foreligger en objektiv og individuell vurdering av enkeltindivider og det ikke foreligger en total utelukkelse av det ene kjønn. EF-domstolens rettspraksis er viktig fordi dens tolkning av likebehandlingsdirektivet skal legges til grunn når vi behandler direktivet i Norsk rett.

I det følgende vil jeg analysere norsk og EU rettslig praksis for å vise hva som er de konkrete kravene for at moderat kvotering skal kunne nyttes som virkemiddel.

I det følgende vil jeg i kapittel 1.1 si noe om de hensyn for og imot bruk av kvotering som virkemiddel for likestillingens sak, som har skapt skarpe diskusjoner blant annet i forbindelse med EFTA-domstolens avgjørelse vinteren 2003. I kapittel 1.2 følger et metode kapittel, mens avgrensning følger i kapittel 1.3. Analyse av rettspraksis kommer i kapittel 2, med påfølgende konklusjon i kapittel 3.

1.1 Kvotering

Likebehandling uavhengig av kjønn er en av de fundamentale menneskerettighetene. Til tross for årtier med denne uttalte målsetningen¹, er likestilling mellom kjønnene fremdeles ikke oppnådd². I et ønske om å fremme likestilling har flere ulike virkemidler vært diskutert og prøvd ut. Noe av grunnen til at det har vært så vanskelig å oppnå likestilling er at det dreier seg om å endre holdninger³, bevisste og ubevisste.

Et virkemiddel i arbeidet for likestilling er kvotering. Ordet kvotering kommer fra ordet kvote. Kvotering har i Norsk rett blitt nærmere inndelt i moderat og radikal kvotering. Moderat kvotering er når to eller flere personer er tilnærmet likt kvalifisert, men hvor man etter en vurdering av kvalifikasjonene velger det underrepresenterte kjønn. Radikal kvotering er når det ene kjønn foretrekkes fremfor det annet uavhengig av deres kvalifikasjoner. Her blir kjønn i seg selv en kvalifikasjon. Radikal kvotering er i realiteten direkte diskriminering hvor det ene kjønn blir direkte diskriminert i forhold til det andre. Ved direkte diskriminering behandles en person dårligere på grunn av sitt kjønn, jfr. likestillingsloven⁴ (lkstl.) § 3, 2. ledd nr. 1.

For øvrig er det vanlig å referere til særbehandling av kjønn ved å benytte seg av begreper som direkte og indirekte diskriminering.

Moderat kvotering kan omtales som en form for indirekte diskriminering da kjønnene i utgangspunktet behandles likt, men hvor tiltaket eller handlingen allikevel fremmer det ene kjønn fremfor det annet. Det fremgår av nye lkstl. § 3, 3. ledd at indirekte forskjellsbehandling vil si enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at den stiller det ene kjønn dårligere enn det andre. Ved moderat kvotering er det et ønske om å fremme det ene kjønn fremfor det annet og man benytter forskjellsbehandlingen som et virkemiddel for å fremme likestilling. Motsatt vil forbudet mot indirekte

¹ Se FNs charteret fra 1948

² Se likestillingsbarometeret

³ FNs kvinnekonvensjon art. 1 og art. 5

⁴ Likestillingsloven av 9. juni 1978 nr. 45 (lkstl.)

diskriminering også ramme handlinger som overhode ikke var motivert i et ønske om å forskjellsbehandle⁵.

Norge har lenge hatt likebehandling på dagsordenen. Likestillingsloven åpnet for kvotering som virkemiddel så tidlig som i 1978 og selv i dag åpner loven for både moderat og radikal kvotering som virkemiddel for å oppnå likestilling, jfr. § 3. Fra 1992 da Norge tiltrådte EØS-avtalen har EF-domstolens praksis fått betydning for norsk rett. EØS-avtalen setter klare rettlige skranke for i hvilken grad det er adgang til å benytte kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling EF-domstolen tillater ikke radikal kvotering, men åpner for moderat kvotering.

Målet om likestilling mellom kjønnene står det i utgangspunktet ikke strid om. Striden omhandler hvilke virkemiddel som skal anvendes for å nå dette målet. Temaet vekker sterke følelser siden kvotering i utgangspunktet strider mot regelen om likebehandling uavhengig kjønn som en fundamental og individuell rettighet. Stipendiat Dag Øistein Endsjø innklaget Norge for EFTAs overvåkningsorgan for brudd på EØS-reglene og hevdet at universitetsledelsen kun var opptatt av diskriminering av kvinner og ikke diskriminering som et allment problem. Han viste til at det viktigste burde være likebehandling av kjønnene⁶. Utdanningsminister Kristin Clemet har pekt på at det også strider mot manges rettferdighetsfølelse når man ved kvotering kan få inntrykk av at man verdsetter kompetanse mindre enn kjønn⁷. På den annen side har det blitt hevdet at det vil ta tid å oppnå full likestilling på grunn av ulikheter nedarvet i det tradisjonelle systemet som det er vanskelig å overkomme. Man må derfor ta i bruk slike virkemidler for å bryte med disse mønstrene⁸. Det dreier seg her om politiske holdninger rundt kjønnsperspektivet. Fra politikken side har det blitt argumentert sterkt for bruk av kvotering som virkemiddel.

⁵ Vigerust, Elisabeth. Arbeid, barn og likestilling. Oslo 1998, s. 56

⁶ "Ikkje berre kvinner blir diskriminerte" av Martin Toft. Uniform 11/2002, 26. september

⁷ "Vil unngå kvinnedominans på lærerværelset" av Gunnar Magnus. Aftenposten 03.01.03

⁸ Se ekspedisjonssjef i Kirke-, undervisnings- og forskningsdepartementet, Jan S. Levys uttalelse i "Norge står på sitt om kvinneprofessorater". Aftenposten 23.09.01

Til tross for politiske holdninger om bruk av kvotering som virkemiddel er jussen klar. Norge er som medlem av EØS-avtalen bundet av Fellesskapsrettens klare linjer.

Kjønnspektivet er en av begrunnelsene for bruk av kvotering. Bakgrunnen er å lage eller endre normer i samfunnet. Spørsmålet blir om kvotering er den rette metoden for å nå målet om likhet mellom kjønnene.

1.2 Metode

EU har som målsetning å fremme integrasjon⁹ og har dermed et dynamisk preg. EF-domstolen har her en viktig rolle i det den gjennom sin tolkning sikrer riktig gjennomførelse av traktaten¹⁰. Det dynamiske preget gjør at EF-domstolen utvikler fellesskapsretten gjennom sin tolkning av traktaten. EF-domstolen er en viktig rettskildefaktor og domstolen legger vekt på å opptre konsekvent slik at deres praksis vil gi veiledning om hvordan den i fremtiden vil løse lignende rettsspørsmål¹¹. For hver sak som kommer opp for EF-domstolen blir det oppnevnt en generaladvokat som skriver en begrunnet innstilling og foreslår et resultat før dommerne treffer sin avgjørelse. Denne innstillingen er offentlig og en viktig kilde for å forstå EF-retten¹².

Som medlem av EØS-avtalen er Norge bundet av dommer avsagt av EF-domstolen før undertegningen av EØS-avtalen¹³ (1992), jfr. EØS-avtalen art. 6. Avgjørelser fra før avtalen ble inngått blir ikke relevant i den grad de senere blir

⁹ Romtraktatens fortale, første ledd. Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap. Undertegnet i Roma 25. mars 1957

¹⁰ EF-art. 220

¹¹ Se Arnesen, Finn. Introduksjon til rettskildelæren i EF, Oslo 1995, s. 52

¹² Fredrik Sejersted m.fl. EØS-rett. Oslo 1995. s. 93

¹³ EØS-avtalen av 27. november 1992 nr. 109

fraveket av denne domstolen¹⁴. Det følger av ODA¹⁵ art. 3 samt Høyesteretts og EFTA-domstolens praksis at også nyere avgjørelser skal tillegges vekt.

Likestillingsrettens dynamiske karakter tilsier at nyere praksis anses som ledd i en utvikling som ligger innebygget i det EF-rettslige diskrimineringsforbudet. Hvilken vekt nyere avgjørelser skal tillegges kan likevel avhenge av hvor store sprang i utviklingen resultatet i den enkelte sak innebærer i forhold til de foregående. Vekten av nye avgjørelser bør derfor vurderes fra sak til sak. En av begrunnelsene for endringene av likestillingsloven i juli 2002 kom som følge av EØS-loven¹⁶ § 2 hvor bestemmelser i lov som tjener til å oppfylle Norges forpliktelser etter avtalen, i tilfelle konflikt skal gå foran andre bestemmelser som regulerer samme forhold. Forrangsbestemmelsen i EØS-loven § 2 sammen med presumsjonsprinsippet innebærer en plikt til å omfortolke og se bort ifra regler som er i strid med EF-rettens diskrimineringsforbud og likestillingsloven, så langt likestillingsloven bidrar til å oppfylle forpliktelsene¹⁷. Senere vedtatte direktiver av EØS-komiteen gjør nyere rettspraksis relevant da direktivene er kodifisering av EF-domstolens praksis.

Det følger også av EØS-avtalen art. 6 at bestemmelser som i sitt materielle innhold er identiske med de tilsvarende reglene i EF-retten, skal fortolkes i samsvar med de avgjørelser fra EF-domstolen som er relevante.

Likestillingsloven skal med andre ord fortolkes i samsvar med EF-domstolens praksis¹⁸.

¹⁴ Fanebust, Arne. Innføring i arbeidsrett. 2. utg. Bergen 2002. s. 34

¹⁵ Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 27. november 1992 nr. 109 (ODA)

¹⁶ Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) M.V. (EØS-loven) av 27. november 1992 nr. 109

¹⁷ Ot.prp. nr 77 (2000 – 2002), s. 11.

¹⁸ Vigerust, Elisabeth. Arbeid, barn og likestilling. Oslo 1998, s. 69

1.3 Avgrensning

Radikal kvotering er direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Dette er i utgangspunktet ikke tillat etter lkstl. § 3, 1. ledd. Forskjellsbehandling omfatter både handlinger som stiller kvinner og menn forskjellig på grunn av kjønn og handlinger som faktisk virker slik at det ene kjønn på urimelig måte stilles dårligere enn det andre jfr. tidligere 2. ledd, nå ny § 3. Tidligere lkstl. § 3, 3. ledd, 1. punktum og nå nye § 3a åpner for bruk av radikal kvotering, men på de områder som er dekket av EØS-avtalen, i hovedsak utdanning, arbeidsliv og for enkelte trygderettigheter, vil dette stride mot likebehandlingsdirektivet i EU som gjelder som norsk rett etter EØS-avtalen art. 7 jfr. art. 70. Art. 70 pålegger medlemmene å fremme prinsippet om likebehandling ved å implementere bestemmelsene som følger av vedlegg XVIII.

Likebehandlingsdirektivet art. 1, nr. 1. krever gjennomføring av prinsippet om likebehandling av kvinner og menn både med hensyn til arbeid, forfremmelse, yrkesutdanning, arbeidsvilkår og trygd. Direktivets art. 2, nr. 1. legger i prinsippet om likebehandling at det ikke skal finne sted forskjellsbehandling på grunn av kjønn, verken direkte eller indirekte. Direktivets art 2, nr. 4 åpner allikevel for særbehandling av det ene kjønn for å fjerne eksisterende ulikheter som påvirker kvinnes muligheter på de områdene som nevnt i art. 1. Det skilles her ikke mellom utdanning og arbeid. Når det gjelder rekkevidden av denne unntaksbestemmelsen er det av EF-domstolen slått fast at radikal kvotering faller utenfor og kan dermed ikke benyttes som et virkemiddel for å fremme likestilling, se Abrahamsson-saken, C-407/98¹⁹. Dette ble også lagt til grunn av EFTA-domstolen i sak E - 1/02. Direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, herunder radikal kvotering, strider mot likebehandlingsprinsippet og kan ikke benyttes som virkemiddel for å oppnå likestilling når det gjelder arbeid og yrkesrettet utdanning. Jeg vil i det følgende konsentrere meg om forholdet til moderat kvotering og de kriteriene som følger av rettspraksis for å benytte kvotering som et virkemiddel for å fremme likestilling.

¹⁹ Premiss 56

2 Moderat kvotering som virkemiddel for likestilling

2.1 Rettslig grunnlag

Flere bestemmelser i norsk rett åpner for bruk av moderat kvotering for å fremme likestilling²⁰. I det følgende gis en kort gjennomgang av de bestemmelsene som omtales i rettspraksis som blir drøftet i det følgende. Jeg vil her nevne de nye reglene i likestillingsloven etter lovendringene i juli 2002 samt de nye endringene til likebehandlingsdirektivet som trådte i kraft 05.10.2002. Jeg vil også nevne de gamle bestemmelsene i lkstl. og direktivet fordi dommene som drøftes i det følgende tar utgangspunkt i disse.

2.1.1 Likestillingsloven

Lovens formål er å fremme likestilling mellom kjønnene og særlig bedre kvinners stilling, jfr. § 1.

2.1.1.1 Tidl. lkstl. § 3, 3. ledd

Tidligere lkstl. § 3, 3. ledd åpnet for ulik behandling av kvinner og menn hvor det ”i samsvar med lovens formål fremmet likestilling mellom kjønnene”. Det samme gjaldt ”kvinners særlige rettigheter ut fra den eksisterende ulike situasjon mellom kvinner og menn”.

²⁰ Lkstl. § 21 har regler om kvotering ved offentlige utvalg, styrer, råd, nemnder m.v. Kommuneloven av 25. september 1992, nr. 107 § 38, nr. 2 om flertallsvalg og ansettelse i folkevalgte organer. Hovedavtalen, 1. januar 2002 - 31. desember 2005 § 21 om kvotering ved ledige stillinger i staten.

2.1.1.2 Ny lkstl. § 3a

Den nye bestemmelsen i lkstl. § 3a åpner for ulik behandling mellom kvinner og menn ”som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene”. ”Det samme gjelder særlige rettigheter og regler om tiltak som skal beskytte kvinner i forbindelse med graviditet, fødsel og amming”. 2. ledd åpner for ”særbehandling av menn i forhold til undervisning av og omsorg for barn”.

2.1.2 Likebehandlingsdirektivet

2.1.2.1 Likebehandlingsdirektivet art. 2 nr. 4

Art. 2, nr. 1, om at det ikke skal foreligge forskjellsbehandling på grunn av kjønn, er ”ikke til hinder for foranstaltninger for å fremme like muligheter for kvinner og menn, særlig ved å avhjelpe de faktiske ulikheter som påvirker kvinners muligheter” ved adgang til arbeid, herunder forfremmelse, yrkesrettet utdanning, arbeidsvilkår og sosial sikring.

2.1.2.2 Endring av likebehandlingsdirektivet art. 2 nr 8.

I følge denne nye bestemmelsen kan medlemslandene ”opprettholde eller vedta foranstaltninger i overensstemmelse med traktatens artikkel 141, 4. ledd for i praksis å sikre full likestilling mellom menn og kvinner”.

2.1.3 EF-traktaten art 141 nr. 4

EF-art. 141 nr. 4²¹ åpner for forskjellsbehandling ”for å sikre full likhet i praksis mellom kvinner og menn i arbeidslivet”. ”Prinsippet om likebehandling” mellom

²¹ Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap (EF-traktaten)

kvinner og menn er etter denne bestemmelsen ”ikke til hinder for at en medlemsstat opprettholder eller treffer tiltak som har til formål å innføre særlige fordeler som skal gjøre det lettere for det underrepresenterte kjønn å være yrkesaktiv, eller å forebygge eller oppveie ulemper i yrkeskarrieren”.

2.2 Moderat kvotering i praksis

2.2.1 EF-domstolens praksis

I det følgende vil jeg foreta en tidskronologisk gjennomgang av de sakene EF-domstolen har behandlet om positiv kvotering etter likebehandlingsdirektivet art 2, nr. 1 og nr. 4 for så å oppsummere de momentene domstolen har vektlagt i kapittel 2.2.1.8. På grunn av oppgavens omfang må jeg avgrense mot andre bestemmelser og vurderinger som ikke omfatter art. 2, nr. 1 og nr. 4 om kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling.

I alt har domstolen avsagt 7 dommer om kvotering.

2.2.1.1 Kommisjonen mot Frankrike²²

Den franske regjeringen hadde laget en bestemmelse i ”code du travail” som foreskrev at det i kollektive avtaler eller arbeidskontrakter var ugyldig å gi en eller flere lønsmottakere en fordel på grunnlag av kjønn, med mindre de gjaldt graviditet, amming eller fødselspermisjon. I en annen bestemmelse ble det gjort unntak fra likebehandlingsregelen hvor det i sedvaner, bestemmelser i arbeidsavtaler og kollektive avtaler som var i kraft før forbudsregelens ikrafttredelse var gitt særlige rettigheter for kvinner. Arbeidsgivere, arbeidsorganisasjoner og lønsmottakere skulle ved kollektive forhandlinger

²² Sak 312/86, Kommisjonen mot Den Franske Republikk

tilstrebe å bringe bestemmelsene i overensstemmelse med forbudsregelen²³. De særlige rettighetene for kvinner omfattet forlenget fødselspermisjon, nedsatt arbeidstid, for eksempel for kvinner som hadde fylt 59 år, nedsatt pensjonsalder, fri ved barns sykdom, ekstra feriedager per barn, en fridag ved skolestart, noen timer fri i forbindelse med morsdag, pause for kvinner som arbeidet med hullkort, skrev på maskin eller omstillingsbord, tillegg ved beregning av pensjon ved barn nummer 2 og særlige tillegg til mødre som hadde utgifter til vuggestue eller barnepass²⁴. Spørsmålet var om bestemmelsen i ”Code du travail” var i overensstemmelse med likebehandlingsdirektivet.

Domstolen kom til at likebehandlingsprinsippet var til hinder for de nasjonale bestemmelsene.

Domstolen slo fast et spesifikasjonskrav og at de nasjonale bestemmelsene var for generelle til å falle inn under unntaksbestemmelsen i art. 2, nr. 4. Dette ble begrunnet i at art. 2, nr. 4 hadde det presise og avgrensede formål å gi hjemmel for forhold som tilsynelatende var diskriminerende, men som faktisk fjernet eller reduserte reelle ulikheter i samfunnet.²⁵ Retten la vekt på at bestemmelsene gjorde det mulig å opprettholde forskjellsbehandlingen i et uavgrenset tidsrom da opphevelsen av forskjellsbehandlingen var overlatt til arbeidslivets parter²⁶.

2.2.1.2 Kalanke²⁷

Twisten gjaldt ansettelse til stilling som avdelingsleder ved statsgartnerembetet i Bremen. Valget sto mellom Eckhard Kalanke og en kvinne hvor kvinnen ble valgt. Kalanke hevdet at han var bedre kvalifisert og at en kvoteordning var i strid med den tyske grunnlov²⁸. Spørsmålet var om Land Bremens lov om

²³ Premiss 3 og 4

²⁴ Premiss 8

²⁵ Premiss 14 og 15

²⁶ Premiss 17

²⁷ Sak C-450/93, Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen.

²⁸ Premiss 4 og 6

likebehandling av menn og kvinner i offentlig tjeneste var i strid med likebehandlingsdirektivet. Bestemmelsen hjemlet automatisk fortrinnsrett for kvinner hvor kvinner var underrepresentert og hvor søkerne som var utvalgt med tanke på forfremmelse var likt kvalifisert. Man antok at det forelå en underrepresentasjon når kvinner ikke utgjorde minst halvparten av de ansatte i de enkelte lønnsklasser for de pågjeldende personalgrupper²⁹.

Domstolen kom frem til at likebehandlingsdirektivet var til hinder for den nasjonale regelen.

Retten presiserte utgangspunktet i direktivets art. 1, nr. 1 om at det ikke skulle finne sted forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn, verken direkte eller indirekte. Automatisk fortrinn for kvinner hvor kjønnene var likt kvalifisert innebar her en forskjellsbehandling på grunn av kjønn³⁰. Avgjørende var om forskjellsbehandlingen falt inn under art. 2, nr. 4.. Domstolen henviste til Kommissjonen mot Frankrike, premiss 15, om at unntaksbestemmelsen skulle tolkes presist og avgrenset³¹. Retten la til grunn at nasjonale ordninger som på ansettelsesområdet særlig begunstiget kvinner falt inn under unntaksbestemmelsen. Vilkåret var at det skulle sette dem i bedre stand til å konkurrere på arbeidsmarkedet og forfølge en karriere på linje med menn³². Målet var her innenfor hva som var tillatt etter unntaksbestemmelsen og fikk støtte i Rådets henstilling 84/635/EOEF av 13. desember 1984 hvor det krevdes en aktivitet fra regjeringen, arbeidsmarkedes organer og andre involverte parter for å fremme likebehandling.³³ Domstolen begrenset art 2, nr. 4 når den presiserte at unntaksbestemmelsen skulle tolkes innskrenkende da den var en unntakelse fra en subjektiv rettighet hjemlet i direktivet. Domstolen hevdet at en nasjonal regel som ga absolutt og ubetinget fortrinn for kvinner gikk ut over hva som var hjemlet i unntaksbestemmelsen³⁴.

²⁹ Premiss 13

³⁰ Premiss 15 og 16

³¹ Premiss 18

³² Premiss 19

³³ Premiss 20

³⁴ Premiss 22

2.2.1.3 Marschall³⁵

Saken gjaldt tvist ved ansettelse av en lærer. Valget sto mellom Helmut Marschall og en kvinne som var likt kvalifisert, kvinnen fikk stillingen på bakgrunn av nasjonale bestemmelser om forrang for det underrepresenterte kjønn³⁶.

Spørsmålet var om art. 2 nr. 1 og nr. 4 var til hinder for en nasjonal bestemmelse i delstaten Nordrhein-Westfalens tjenestemannslov. Bestemmelsen ga hjemmel for den kompetente forfremmelsesmyndighet i en stillingsgruppe, hvor det var ansatt færre kvinner enn menn, til å gi fortrinnsrett til kvinner hvor søkerne sto likt i forhold til egnethet, kunnskap og faglig innsats. Vilkåret var her at det ikke var forhold ved en mannlig søker som veide tyngre³⁷, slik at ansettelsen av en kvinnelig søker ville bli feil.

Domstolen kom frem til at likebehandlingsdirektivet ikke var til hinder for den nasjonale bestemmelsen.

Avgjørende var at det i motsetning til i Kalanke-saken forelå en fravikelsesmulighet. Kvinner skulle ikke gis fortrinn hvor forhold knyttet til en mannlig person veide tyngre. Retten vurderte om det til tross for denne fravikelsesmuligheten var en forskjellsbehandling som falt utenfor unntaksbestemmelsen i art. 2, nr.4. Retten viste til Kommisjonen mot Frankrike og Kalanke og slo fast unntaksbestemmelsens presise og avgrensede formål³⁸. Dommen viste også til Kalanke, premiss 19 og 20, hvor en nasjonal bestemmelse som særlig begunstiget kvinner for å sette dem i bedre stand til å

³⁵ Sak C-409/95, Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen.

³⁶ Premiss 7 og 8

³⁷ Premiss 3

³⁸ Premiss 26

konkurrere på arbeidsmarkedet og gjøre karriere på lik linje med menn var tillatt samt den aktivitetsplikt som fulgte av Rådets henstilling 84/635/EØF³⁹.

Domstolen kom frem til at den nasjonale regelen falt inn under unntaksbestemmelsen, men presiserte at det i hvert konkrete tilfelle måtte garanteres at de mannlige søkerne, som var like kvalifiserte som de kvinnelige, fikk en objektiv vurdering av alle kriterier ved den enkelte. Dersom en mann ut fra et eller flere av disse kriteriene burde foretrekkes skulle man se bort fra kvinners fortrinnsrett. Det ble videre understreket at disse kriteriene ikke måtte være diskriminerende ovenfor de kvinnelige søkerne⁴⁰, dette ble begrunnet i behovet for å redusere de negative virkningene som kvinner var utsatt for. Retten hevdet at det av ulike grunner virket å være en tendens til at menn ble valgt fremfor like kvalifiserte kvinner, eksempelvis viste domstolen til fordommer og fastsatte forestillinger om kvinners rolle og evner på arbeidsmarkedet, samt frykt for at deres arbeidstid ikke ville bli like fleksibel, at de ville være mer fraværende eller ville avbryte sin karriere på grunn av familieforpliktelser og forhold i forbindelse med graviditet. Retten mente at like kvalifikasjoner av den grunn ikke nødvendigvis innebar like muligheter⁴¹.

For å belyse grensene for unntaksbestemmelsen viste retten til Kalanke, hvor forholdet falt utenfor art. 2, nr. 4. Forholdet falt utenfor bestemmelsen når det ble gitt en absolutt og ubetinget fortrinnsrett for kvinner, jfr. Kalanke, premiss 21 og 22. Retten la vekt på at fravikelsesmuligheten og objektivitetskravet skilte denne saken fra Kalanke og slo fast at den nasjonale regelen kunne tillates når kriteriene ovenfor var oppfylt⁴².

³⁹ Premiss 27 og 28

⁴⁰ Premiss 33

⁴¹ Premiss 29 til 31

⁴² Premiss 33

2.2.1.4 Badeck⁴³

Georg Badeck sammen med 45 andre medlemmer av Hessen Landtag, gjorde gjeldende at bestemmelser i delstaten Hessens lov om menn og kvinners likeberettigelse samt avskaffelse av diskriminering av kvinner i den offentlige forvaltning, (HGIG), var i strid med delstaten Hessens forfatning. HGIG var ifølge Badeck m.fl. i strid med det forfatningsrettslige prinsipp om utvelgelse av den best kvalifiserte søker, likebehandlingsprinsippet og likebehandlingsdirektivet⁴⁴.

Domstolen ble forelagt fem prejudisielle spørsmål⁴⁵ om de nasjonale bestemmelsene var i strid med art. 2, nr. 1 og nr. 4. Det første spørsmålet gjaldt en bestemmelse hvor det i konkrete avgjørelser om utvelgelse av søkere, hvor kvinner var underrepresentert og kvinner og menn likt kvalifisert, skulle utvelgelsen treffes til fordel for kvinner. Vilkåret var at det forelå en målangivelse i planen for å fremme kvinner og at fortrinnsretten var nødvendig for å oppfylle denne. Videre måtte det ikke foreligge andre og mer tungtveiende grunner til hinder for dette. Det andre spørsmålet gjaldt en bindende målangivelse som foreskrev at tidsbegrensede stillinger på det vitenskapelige området og for vitenskapelige assistenter, minst skulle besettes med så stor en andel av kvinner som disse utgjorde av kandidatene, doktorandene og de studerende innen det pågjeldende fagområde. Det tredje spørsmålet gjaldt bestemmelsen om at det innenfor utdanningsfag hvor kvinner var underrepresenterte skulle ta dette i betraktning for minst halvparten av utdanningsplassenes vedkommende, med mindre staten hadde utdanningsmonopol. Det fjerde spørsmålet angikk bestemmelser som sa at hvor kvinner var underrepresentert så skulle det innkalles minst like mange kvinner som menn til samtale forut for ansettelsen, eller samtlige kvinner skulle innkalles forutsatt at de oppfylte ved lov eller annetsteds fastsatte betingelser for

⁴³ Sak C-158/97, Georg Badeck m.fl. og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.

⁴⁴ Premiss 10 og 11

⁴⁵ Premiss 12

den ledige stillingen. Det femte spørsmålet var om man var innenfor likebehandlingsdirektivet når halvparten av medlemmene ved besettelser i utvalg, sakkyndige råd, representantskaper og bestyrelser skulle være kvinner.

Domstolen kom til at likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 1 og nr. 4 ikke var til hinder for disse nasjonale bestemmelsene. I de innledende bemerkningene viste domstolen til Kalanke premiss 16 og slo fast at automatisk fortrinn hvor begge kjønnene var likt kvalifisert var forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn. Tiltak i den offentlige forvaltning som hadde til formål å fremme ansettelse av kvinner ved å gi dem fortrinnsrett, hvor de var underrepresentert, var allikevel forenelig med Fellesskapsretten. Vilkåret var at kvinner ikke ble gitt automatisk og ubetinget fortrinn og at alle søkere ble vurdert objektivt med hensyn til søkerens særlige, personlige forhold⁴⁶. Retten viste her til Marschall og dens begrunnelser i premiss 26 til 30 samt premiss 33. Domstolen konkluderte med at det første spørsmålet måtte besvares med at ordningen falt inn under unntaksbestemmelsen. I motsetning til Kalanke, ble ikke kvinner gitt en absolutt og ubetinget fortrinnsrett. Domstolen mente at selv om kriteriene man skulle ta hensyn til ved ansettelsen normalt var til fordel for kvinner, var de kjønnsnøytrale og kunne også komme menn til gode. Reglene hadde til hensikt å komme en reell og ikke formell likhet til gode ved å begrense de ulikheter som faktisk kunne forekomme i samfunnet⁴⁷. Kriteriene berodde på en rekke generelle prinsipper som var fastsatt ved lov og anordninger som ble betegnet som sosiale hensyn og var nøytralt utformet⁴⁸. Kvinners fortrinnsrett var også begrenset av 5 kategorier av bestemmelser som kunne begrunne en tilsidesettelse av regelen om å fremme kvinner, for eksempel hensynet til handikappede og langtids arbeidsløse⁴⁹.

Det andre spørsmålet ble heller ikke funnet å være i strid med likebehandlingsdirektivet. Bestemmelsen kom kun til anvendelse hvor kvinnene

⁴⁶ Premiss 23

⁴⁷ Premiss 32

⁴⁸ Premiss 34

⁴⁹ Premiss 35

var like kvalifiserte som mennene og at betraktningene ovenfor også gjaldt her⁵⁰. Det ble videre vist til at antall plasser var avhengig av antall personer som hadde ervervet en passende faglig utdanning og at kvinners fortrinn dermed var basert på de konkrete og foreliggende omstendigheter⁵¹.

Det tredje spørsmålet var heller ikke i strid med likebehandlingsdirektivet. Utdanning som ga muligheter til å oppnå de nødvendige kvalifikasjoner for senere å få adgang til kvalifisert arbeid i den offentlige sektor var en innskrenkende fortolkning av begrepet like muligheter for menn og kvinner⁵². Som det fremgikk av generaladvokat Antonio Saggios forslag til avgjørelse, premiss 40, bygget bestemmelsen på et snevrere begrep for like muligheter og at tiltaket her falt inn under formålet om å fjerne årsakene til at kvinner hadde færre muligheter til å finne arbeid og gjøre karriere på lik linje med menn. Yrkesveiledning og yrkesutdanning ble omfattet av dette. Domstolen vektla her at det ikke var snakk om en automatisk fast kvote når mer enn halvparten av utdanningsplassene kunne besettes med menn når det ikke var innkommet nok antall søknader fra kvinner⁵³. Det at staten ikke hadde utdanningsmonopol på området gjorde også at menn ikke ble utelukket fra utdannelsen. Regelen var med på å forbedre mulighetene for kvinnelige søkere i den offentlige sektor og falt innenfor art. 2, nr. 4⁵⁴.

Det fjerde spørsmålet var heller ikke i strid med likebehandlingsdirektivet. Hensikt var å gi kvinner som var like kvalifiserte som menn en mulighet til å komme inn på arbeidsmarkedet og gjøre en karriere og det ble ikke tilstrebet et bestemt resultat med hensyn til forfremmelse og ansettelse. Videre var det kun de kvinner som var kvalifiserte og som oppfylte alle de nødvendige eller uttrykkelige betingelsene for stillingen som ble innkalt til samtale⁵⁵.

⁵⁰ Premiss 41

⁵¹ Premiss 41 og 42

⁵² Premiss 52

⁵³ Premiss 51

⁵⁴ Premiss 53

⁵⁵ Premiss 60 og 61

Det siste spørsmålet var heller ikke i strid med direktivet. Når det gjaldt sammensetningen av utvalg var dette ikke bindende. Regelen var mer en programerklæring. Bestemmelsen kunne heller ikke benyttes på verv som krevde avholdelse av valg. Videre var det ved en programerklæring anledning til å dra inn andre betraktninger enn kjønn ved utvelgelsen⁵⁶.

2.2.1.5 Abrahamsson⁵⁷

Saken gjaldt en stilling som professorat ved universitetet i Göteborg. Elisabeth Fogelquist ble tildelt stillingen på bekostning av Leif Anderson som var bedre kvalifisert, fordi hun tilhørte det underrepresenterte kjønn⁵⁸.

Spørsmålet var om likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 1 og nr. 4 og var til hinder for reglene i den svenske likestillingsloven, den svenske bekjentgjørelse om videregående utdanning, den svenske lov om offentlig ansettelse og den svenske bekjentgjørelsen om visse ansettelse som professor og forskningsassistent i likestillingsøyemed⁵⁹.

Det første spørsmålet gjaldt en bestemmelse om at en søker til en stilling i staten som tilhørte det underrepresenterte kjønn og som hadde tilstrekkelige kvalifikasjoner til stillingen skulle velges fremfor en søker av det motsatte kjønn, som ellers ville vært valgt. Kriteriet var at dette var nødvendig for at søker av det underrepresenterte kjønn skulle bli valgt og forskjellen mellom søkeres kvalifikasjoner ikke var så stor at det ville vært i strid med kravet til objektivitet ved utnevnelsen. Det annet spørsmål var om direktivet var til hinder for en slik nasjonal regel dersom den kun fikk anvendelse på ansettelse av et på forhånd bestemt begrensede antall stillinger eller stillinger som ble oppsatt som ledd i en plan, som en enkelt høyere utdanningsinstitusjon særskilt hadde besluttet å gjennomføre, og hvor det skulle skje en positiv særbehandling. Det

⁵⁶ Premiss 65

⁵⁷ Sak C-407/98, Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelquist

⁵⁸ Premiss 24

⁵⁹ Premiss 7 til 15

tredje spørsmål var om en regel i nasjonal praksis hvor en søker av det underrepresenterte kjønn ble foretrukket fremfor en søker av det motsatte kjønn, forutsatt at søkerne med hensyn til kvalifikasjoner ble ansett som jevnbyrdige eller tilnærmet jevnbyrdige, var i strid med direktivet. Til slutt ønsket den foreleggende rett opplyst om det var avgjørende om det skulle ansettes i lavere eller høyere stilling⁶⁰.

Ved det første spørsmålet kom retten til at direktivet var til hinder for en slik bestemmelse. Retten viste til Kalanke, Marschall og Badeck og bemerket at denne saken skilte seg ut hvor det her var mulig å velge en kvalifisert søker av det underrepresenterte kjønn selv om personen ikke var like kvalifisert som en søker av det motsatte kjønn⁶¹. Badeck, premiss 31 og 32, tillot kjønnsnøytrale kriterier selv om disse normalt var til fordel for kvinner. På den annen side bemerket retten at de kjønnsnøytrale vilkårene og kriteriene skulle skje åpent og skulle kunne kontrolleres for å utelukke en vilkårlig vurdering. I denne saken fremgikk det ikke av bestemmelsene at vurderingen av søkerens kvalifikasjoner ble foretatt på grunnlag av klare og bestemte kriterier som kunne oppveie eller forebygge ulemper for det underrepresenterte kjønn.⁶² Tvert om ga bestemmelsen det underrepresenterte kjønn, som var tilstrekkelig kvalifisert, en automatisk fortrinnsrett. Kravet til en objektiv vurdering oppfyltes ikke da utvelgelsen i siste instans alene skjedde på grunnlag av kjønn. Det ble ikke tatt hensyn til søkerens personlige forhold⁶³.

Art. 2, nr.1 og nr. 4 var også til hinder for den nasjonale regelen som omtalt i spørsmål 2. Domstolen slo fast at selv om anvendelsesområdet var begrenset opphørte det ikke med å være et ubetinget og uforholdsmessig tiltak⁶⁴.

⁶⁰ Premiss 27

⁶¹ Premiss 45

⁶² Premiss 49 og 50

⁶³ Premiss 52

⁶⁴ Premiss 58

Det tredje spørsmålet var ikke i strid med Fellesskapsretten. Her ble det henvist til Badeck, premiss 23, hvor et tiltak som hadde til formål å fremme ansettelse av kvinner ved å gi dem fortrinnsrett innen de sektorer i den offentlige forvaltning hvor de var underrepresentert måtte betraktes som forenelig med fellesskapsretten. Vilkåret var at det ikke ble gitt automatisk og ubetinget fortrinn og at det ble foretatt en objektiv vurdering av søkerne⁶⁵.

Ved det siste spørsmålet bemerket domstolen at likebehandlingsprinsippet på ingen måte skulle avhenge av om stillingen gjaldt på et lavere eller høyere nivå⁶⁶.

2.2.1.6 Schnorbus⁶⁷

Julia Schnorbus bestod den første juridiske statsprøve. For å kunne oppnå stilling som dommer eller annen høyere offentlig stilling måtte hun utøve juridisk virksomhet og deretter bestå den andre juridiske statsprøve. Schnorbus fikk avslag på praksisplass og inga en administrativ klage. Hun hevdet at utvelgelsesprosedyren var diskriminerende fordi avtjent sivil- eller militærtjeneste, som kun kan var pålagt menn, ga fortrinnsrett⁶⁸. De prejudisielle spørsmålene gikk her ut på om Tysklands regler i lov om juristutdannelse (JAG) var i strid med art. 2, nr. 1 og nr.4. De nasjonale bestemmelsene var ikke lenger i kraft ved avgjørelsen, men domstolen foretok likevel en fortolkning av fellesskapsretten på området.

JAG § 24, nr. 2 og § 14 sa at man ved utvelgelsen av søkere til juridisk praksisplass, som var et krav for å oppnå høyere stillinger som dommer eller annen offentlig stilling, skulle de som hadde avtjent verneplikt få fortrinnsrett i køen av søkere når det var flere søkere enn plasser. Utført verneplikt, som etter loven kun ble pålagt menn, medførte at søkeren skulle ansettes selv om søkeren

⁶⁵ Premiss 61 og 43

⁶⁶ Premiss 64

⁶⁷ Sak C-79/99, Julia Schnorbus mot Land Hessen

⁶⁸ Premiss 14 - 16

ikke hadde oppfylte ytterligere betingelser. Dette på bakgrunn av utøvelsen av praktisk virksomhet. Andres søknad kunne som følge av dette utsettes i opp til 12. måneder⁶⁹.

Det første spørsmål var om dette falt inn under likebehandlingsdirektivet. Domstolen kom til at forholdet falt inn under direktivet og begrunnet dette med at det ikke var grunnlag for å sondre mellom adgang til utøvelsen av selve den juridiske praksisperioden og ventetiden forut for denne ansettelsen⁷⁰. Den praktiske virksomheten var en forutsetning for å oppnå en dommerstilling eller en annen høyere offentlig stilling, slik at en utsettelse ville hatt en innvirkning på senere karriereforløp⁷¹.

Dersom forholdet falt inn under direktivet var det andre spørsmålet om en sådan regel innebar en direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, jfr. art. 2, nr. 1. Domstolen kom til at dette ikke var tilfelle. Retten viste til kommisjonen og Land Hessens forslag om at selve utvelgelsen ikke skjedde på grunnlag av kjønn, men på grunnlag av de ulemper som fulgte av en utsettelse som var lik for både kvinner og menn⁷². Videre hevdet retten at det var flere omstendigheter som kunne tas i betraktning ved tildeling av praksisplass og at dette kun var en. Fortrinnsstilling i henhold til disse bestemmelsene kunne ikke sies å være basert på de forskjellige kjønn⁷³. Retten viste her til praksis hvor direkte forskjellsbehandling kun omfattet bestemmelser som fikk forskjellig anvendelse avhengig av personens kjønn⁷⁴.

Dersom spørsmål 2 ble besvart benektende ble det av den nasjonale domstolen reist spørsmål om reglene innebar en indirekte forskjellsbehandling. Domstolen kom til at reglene innebar en indirekte forskjellsbehandling. Dette ble begrunnet i at regelen i seg selv utgjorde en indirekte forskjellsbehandling når avtjent

⁶⁹ Premiss 20

⁷⁰ Premiss 27

⁷¹ Premiss 28

⁷² Premiss 31

⁷³ Premiss 32

⁷⁴ Premiss 33

militær- eller sivilteneste ga fortrinnsrett og kvinner i kraft av gjeldende nasjonale rettsregler ikke hadde verneplikt. Kvinner kunne dermed ikke dra fordel av fortrinnsstillingen⁷⁵.

Spørsmål 4, 5, 6 og 7 ble behandlet samlet av retten. Domstolen vurderte her om de nasjonale reglene falt inn under likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 4 da de ga automatisk fortrinn for menn selv om bestemmelsene i utgangspunktet ikke siktet til dette, eller fordi den kompenserte for de ulemper som kvinner ikke ble utsatt for. Domstolen kom her til at reglene falt inn under unntaksbestemmelsen, men at visse kriterier måtte oppfylles. Forskjellsbehandlingen skulle begrunnes i objektive årsaker, her det forhold at en som hadde avtjent militær- eller sivilverneplikt var blitt forsinket i sitt studieforløp og at denne ordningen kun ble benyttet til å kompensere for virkningene av denne forsinkelsen⁷⁶. Kravet til forholdsmessighet fremkom også av rettens henvisning til Kommissjonens anførelse om at utsettelsen på opp til 12 måneder som andre søkere kunne utsettes for ikke var mer belastende enn den forsinkelsen en militær- eller sivilteneste innebar⁷⁷.

2.2.1.7 Lommers⁷⁸

Lommers var tjenestemann i Landbruksministeriet og ønsket å reservere en barnehageplass for sitt ufødte barn, men fikk avslag fra Landbruksministeriet da barnehageplassene kun ble tildelt menn i nødssituasjoner⁷⁹. Spørsmålet var om Nederlandske bestemmelser hjemlet i lov om likebehandling av kvinner og menn, (WGB), var i strid med likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 1 og nr. 4.

WGB art. 1a la ned forbud for den kompetente myndighet innen den offentlige sektor mot å sondre mellom menn og kvinner når det gjaldt arbeidsvilkår. Art. 5

⁷⁵ Premiss 38

⁷⁶ Premiss 44

⁷⁷ Premiss 46

⁷⁸ Sak C-476/99, H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij

⁷⁹ Premiss 13

fastsatte at artikkelen 1a kunne fravikes dersom sontringen hadde til formål å gi kvinner en positiv særbehandling for å fjerne eller minske eksisterende ulikheter og dersom denne sontringen sto i rimelig forhold til det ønskede formål⁸⁰.

Landbruksministeriet vedtok et sirkulær hvor et visst antall barnehageplasser ble stilt til rådighet for det kvinnelige personale, ca. 1 plass pr. 20. kvinnelige ansatt. Barnehageplassene sto utelukkende til rådighet for kvinnelige medarbeidere i landbruksministeriet med mindre det var snakk om unntakstilfeller. Dette skulle avgjøres av direktøren⁸¹.

Domstolen slo fast at WGB art. 1a og art. 5 sikret gjennomførelse av likebehandlingsdirektivet art. 1, nr.1 og art. 2, nr.1 og nr. 4. Retten slo videre fast at prinsippet om likebehandling hadde en generell rekkevidde og at det derfor fikk anvendelse på ansettelsesforhold i den offentlige sektor⁸².

På den annen side var tiltak som utelukkende var til fordel for kvinner med mindre det forlåt et nødtilfelle forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn og i strid med art. 2, nr. 1. Retten viste her Kommisjonen mot Frankrike, premiss 14, og sak C-366/99, Griesmar, premiss 56⁸³. Domstolens vurderte deretter om reglene kunne falle inn under art. 2, nr. 4. Bestemmelsens presise og avgrensede formål ble presisert i premiss 32, hvor domstolen viste til Kalanke, premiss 18 og 19, Marschall, premiss 26 og 27, samt Badeck, premiss 19. Domstolen tok utgangspunkt i Badeck og dens premisser 52 til 55, hvor direktivets art. 2, nr. 1 og nr. 4 ikke var til hinder for en ordning i den offentlige sektor hvor minst halvparten av utdanningsplassene ble tildelt kvinner. Vilåret var at kvinner var underrepresentert og at staten ikke hadde utdanningsmonopol. Retten viste videre til Badeck, premiss 52, og at det forelå en innskrenkende fortolkning av begrepet like muligheter for menn og kvinner. Det var ikke snakk om stillinger, men om utdanningsplasser som skulle gi kvinner muligheten til å oppnå de nødvendige kvalifikasjoner slik at de senere kunne få kvalifiserende arbeid i det

⁸⁰ Premiss 7 og 8

⁸¹ Premiss 9 - 11

⁸² Premiss 24 og 25

⁸³ Premiss 30

offentlige. Dette var kun for å forbedre mulighetene for kvinner og et forsøk på å fjerne årsakene til at kvinner hadde dårligere mulighet til å gjøre karriere. Formålet var å forbedre kvinners muligheter til konkurranse og karriere på lik linje med menn⁸⁴. Domstolen uttalte at det ble den nasjonale domstolens oppgave å etterprøve om de faktiske omstendighetene tilfredsstilte kravet til en innskrenkende tolkning som nevnt ovenfor⁸⁵.

Videre vurderte domstolen om kravet til proporsjonalitet var oppfylt. Det fulgte av rettspraksis at enhver unntagelse av en individuell rettighet ikke skulle gå videre enn det som var rimelig og nødvendig for å nå det tilsiktede mål, og hvor likebehandlingsprinsippet i videst mulig omfang skulle søkes tilgodesett samtidig med de krav som var forbundet med målet⁸⁶. Kravet til proporsjonalitet var ifølge domstolen ikke overtrådt i denne saken. Retten begrunnet dette med at antallet barnehageplasser var begrenset, slik at ikke engang kvinner var sikret en plass. Et annet argument var at menn ikke ble fullstendig utelukket fra muligheten til å oppnå en barnehageplass hvor slike plasser var tilgjengelige andre steder, også her henviste retten til Badeck, premiss 53. Menn var heller ikke fullstendig utelukket hvor arbeidsgiveren i unntakstilfelle kunne gi plasser til menn, herunder enslige fedre. Retten satte her grenser for proporsjonalitetsprinsippet hvor den anførte at en fullstendig utelukkelse av menn, også enslige fedre, ville gått ut over prinsippet og hva som hjemles i art. 2, nr. 4⁸⁷.

⁸⁴ Premiss 33

⁸⁵ Premiss 38

⁸⁶ Premiss 39

⁸⁷ Premiss 43 - 47

2.2.1.8 Oppsummering

2.2.1.8.1 Hva omfattes av likebehandlingsprinsippet?

Likebehandlingsdirektivet omfatter arbeid, herunder forfremmelse, yrkesutdanning og arbeidsvilkår, jfr. art. 1, nr. 1.

Av EF-domstolens avgjørelser ser vi at likebehandlingsdirektivet får anvendelse i arbeidslivet ved blant annet tildeling av barnehageplasser som i Lommers.

I forhold til yrkesutdanning legger domstolen til grunn at utdanning som kreves for å oppnå nødvendige kvalifikasjoner for å få adgang til arbeid i det offentlige omfattes av dette, jfr. Badeck, premiss 52. I Schnorbus falt også juridisk praksis, som var ledd i en utdanning som var nødvendig for å oppnå en høyere stilling i det offentlige eller stilling som dommer, inn under direktivet.

2.2.1.8.2 Momenter vektlagt av retten.

Art. 2, nr. 1 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Kalanke, premiss 16, og Badeck, premiss 23, slo fast at automatisk fortrinn for kvinner hvor begge kjønn var likt kvalifisert var ulovlig forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I Lommers var det også forskjellsbehandling på grunn av kjønn når barnehageplasser ble gitt utelukkende til fordel for kvinner, men forskjellsbehandlingen var ikke ulovlig fordi det ikke var en automatisk fortrinnsrett når det ble gjort unntak for menn i nødstilfelle, jfr. premiss 30.

Domstolens oppgave var å avgjøre om særbehandlingen falt inn under unntaksregelen i art. 2, nr. 4 som tillater forskjellsbehandling og som åpner for bruk av kvotering. Radikal kvotering gir en automatisk og ubetinget fortrinn for det ene kjønn. EF-domstolen har slått fast at absolutt og ubetinget fortrinn går ut

over hva som er hjemlet i art. 2, nr. 4 og er i strid med likebehandlingsdirektivet, jfr. Kalanke, premiss 22 og Badeck, premiss 23.

Unntaksbestemmelsen hjemler forhold som tilsynelatende er diskriminerende, men som faktisk fjerner eller reduserer reelle forskjeller i samfunnet. For at kvotering skal kunne falle inn under art. 2, nr.4 har domstolen lagt til grunn visse kriterier som blir gjennomgått i det følgende. I noen grad overlapper kriteriene hverandre. Kriteriene er proporsjonalitet, forholdsmessighet, objektivitet og at det ikke foreligger en fullstendig utelukkelse av det ene kjønn.

2.2.1.8.3 Proporsjonalitet og forholdsmessighet.

Proporsjonalitetsprinsippet blir i Lommers, premiss 39, definert slik at en unntagelse fra de individuelle rettigheter ikke skal gå videre enn det som er rimelig og nødvendig for å nå det tilsiktede mål, og hvor likebehandlingsprinsippet skal søkes tilgodesett samtidig med de tilsiktede mål.

Art. 2, nr. 4 er en unntaksbestemmelse med snevre grenser og det er flere forhold som vektlegges av domstolen ved vurderingen av om de nasjonale reglene oppfyller kravet til proporsjonalitet.

En regel skal for det første ikke være for generelt formulert, regelen må være presis for å falle inn under unntaksregelen i art. 2, nr. 4. Dette ble uttalt i Kommisjonen mot Frankrike og det faktum at regelen var tidsubestemt var med på å forsterke regelens generelle form, jfr. premiss 14 til 17.

Absolutt og ubetinget fortrinnsrett for det ene kjønn er i strid med proporsjonalitetsprinsippet, jfr. Kalanke, premiss 22. I Abrahamsson var det i strid med proporsjonalitetsprinsippet å gi kvalifiserte kvinner automatisk fortrinn, selv om en mann var bedre kvalifisert. Det å velge det underrepresenterte kjønn hvor søkerne var likt eller tilnærmet likt kvalifisert sto på den annen side i forholdsmessighet til målet i unntaksbestemmelsen, jfr. premissene 52 og 61. Slik jeg ser det kommer grensen mellom radikal og

moderat kvotering klart frem her. Domstolen vektlegger kvalifikasjoner når det er tillat å kvotere når søkerne er likt kvalifisert og at det ikke er tillat å legge vekt på kjønn fremfor kvalifikasjoner. I Abrahamsson ble det slått fast at selv om det var snakk om et på forhånd bestemt begrensede stillinger så opphørte bestemmelsen ikke å være uforholdsmessig og ubetinget, jfr. premiss 58.

For å oppfylle kravet til proporsjonalitet må reglene være fleksible i den forstand at det foretas en individuell vurdering av den enkelte og inneholde en fravikelsesmulighet. I Marschal ser vi dette hvor vilkåret var at menn som var like kvalifiserte som kvinner ble vurdert objektivt og valgt til fordel for kvinner dersom vurderingen tilsa det, jfr. premiss 33. I Badeck var det å fremme kvinner, hvor disse var underrepresentert, ikke i strid med likebehandlingsprinsippet når det forelå en objektiv vurdering av søkerne og kvinner ikke fikk automatisk og ubetinget fortrinnsrett. Når det gjaldt utdanning ble det begrunnet i at menn ikke ble utelukket fra utdanningsfagene, slik at virkemiddelet ikke ble mer inngripende enn nødvendig for å oppnå likestilling, jfr. premissene 38 og 53.

I Lommers ble kvinner gitt automatisk barnehageplasser til fordel for menn. Kravet til proporsjonalitet ble likevel oppfylt hvor retten vektla at menn, som i Schnorbus, ikke ble utelukket fra muligheten til å oppnå en barnehageplass et eksternt sted. Som i Marschall ble det lagt vekt på at det forelå en fravikelsesmulighet når menn i nødstilfelle kunne motta en plass, jfr. premiss 44 og 45.

I Schnorbus ble menn som hadde avtjent militær- eller siviltjeneste gitt automatisk fortrinn. Kravet til proporsjonalitet var oppfylt når forsinkelsen var en objektiv årsak og forskjellsbehandlingen kun var for å kompensere for denne forsinkelsen. Retten la også til grunn at forsinkelsen var forholdsmessig når den avtjente tjenesten svarte til den forsinkelsen på opptil 12 måneder som andre kunne bli utsatt for, jfr. premissene 44 og 46.

2.2.1.8.4 Objektivitetskravet

Som vi ser av kapittelet ovenfor, legger retten vekt på at det skal foreligge en objektiv vurdering av søkere for at kvotering skal falle inn under art. 2, nr. 4. Det kreves her en individuell vurdering av hver søker uavhengig av kjønn. Retten til å bli vurdert uavhengig av kjønn er en fundamental menneskerettighet, jfr. EMK⁸⁸ art. 14.

En absolutt og ubetinget fortrinnsrett er i strid med dette kriteriet. Retten slo fast i Badeck, premiss 23, at det skulle foretas en objektiv vurdering av alle personlige forhold. Dette ble også lagt til grunn i Kalanke, jfr. premissene 16 og 22, og Marschall som henviste til Kalanke og la til grunn at en mannlige søker, som var like kvalifisert som den kvinnelige, skulle garanteres en objektiv vurdering og at man skulle se bort ifra fortrinnsretten hvor en mann etter en eller flere av kriteriene burde foretrekkes, jfr. premiss 33.

Slik jeg ser det krever domstolen at den objektive vurderingen skal skje på klare og bestemte kriterier, jfr. Abrahamsson premiss 50. Det var ikke nok til å oppfylle objektivitetskravet at søker var kvalifisert og av det underrepresenterte kjønn. Retten viste her til Badeck, premiss 31 og 32, og at kjønnsnøytrale vilkår kunne tillates selv om de normalt var til fordel for kvinner, men kravet som fulgte av Abrahamsson var at det skulle være mulig å kontrollere at det ikke forelå en vilkårlig vurdering av søkerens kvalifikasjoner, jfr. premissene 47 og 49.

At en objektiv vurdering vil si en vurdering som ikke er basert på kjønn kommer frem i Schnorbus. Forsinkelse på grunn av militær- eller siviltjeneste ble ansett som en objektiv begrunnelse for fortrinn. Ulempen var ifølge retten ikke basert på kjønn, men på en utsettelse som var lik for begge kjønnene. Domstolen la

⁸⁸ Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen av 21. mai 1999 nr. 30 (EMK)

dette til grunn til tross for at det forelå en indirekte forskjellsbehandling når militærtjenesten kun var pålagt menn etter den nasjonale lovgivningen, jfr. premissene 38, 43 og 44. Dette er igjen et eksempel på forskjellen mellom radikal og moderat kvotering hvor moderat kvotering kan tillates etter art. 2, nr. 4 når kvoteringen er objektivt begrunnet.

Kjønnsnøytrale regler blir tillagt vekt ved vurderingen av objektivitetskravet, dette ser vi ovenfor i Badeck og Abrahamsson. I Marschall presiserte domstolen at de kjønnsnøytrale reglene ikke måtte være diskriminerende ovenfor kvinner. Retten viser her til fordommer og forestillinger om kvinner i arbeidsmarkedet, jfr. premiss 33 og 29. Dette er i tråd med FNs kvinnekonvensjon⁸⁹ art. 5.

2.2.1.8.5 Monopol/fullstendig utelukkelse

Domstolen har lagt vekt på om det ene kjønn blir totalt utelukket fra den fordel det er tvist om ved vurderingen av om kvoteringen faller inn under art. 2, nr. 4.

I Lommers vektla retten at menn ikke var fullstendig utelukket fra å få barnehageplass. Det var her mulighet til å oppnå plasser på markedet for tilsvarende tjenesteytelser, jfr. premiss 44. Retten viste til Badeck, premiss 53, og la vekt på at staten ikke hadde utdanningsmonopol på området slik at menn hadde muligheter til å oppnå utdannelsen et annet sted. Slik jeg ser det blir total utelukkelse inngripende og uforholdsmessig i forhold til det målet som fremgår av art. 2, nr. 4, og kan dermed ikke hjemles i den snevre unntaksbestemmelsen. Kravet til en individuell vurdering blir heller ikke imøtesett.

2.2.2 Norsk rettspraksis

⁸⁹ FNs kvinnekonvensjon av 18. desember 1979

Likestillingsombudet (Ombudet), klagenemnda for likestilling (Nemnda) og domstolene håndhever likestillingsloven. Ombudet og Nemnda er faglig uavhengige forvaltningsorganer oppnevnt i medhold av lkstl. § 10⁹⁰

Ombudet fører tilsyn med at loven ikke overtres og griper inn ved eget tiltak eller etter henvendelser. Ombudet forsøker å komme frem til en frivillig ordning mellom partene, men hvor dette ikke er mulig kan saken bringes inn for Nemnda⁹¹. Ombudet kan som hovedregel ikke treffe formelle vedtak, men avgir i stedet uttalelser om forholdet til likestillingsloven og diskrimineringsforbudet⁹². Nemnda er faglig overordnet Ombudet ved at saker som har vært til behandling hos Ombudet kan påklages til Nemnda, jfr. lkstl. § 12. Nemndas avgjørelser tas i form av vedtak og skal begrunnes, jfr. lkstl. § 13.

En sak om brudd på likestillingsloven kan bringes inn for domstolene enten direkte eller etter at saken har vært behandlet av Ombudet og eventuelt Nemnda, jfr. lkstl. § 13. 4. ledd. De fleste saker avgjøres hos Ombudet og Nemnda uten å komme til domstolene. Ombudets og Nemndas praksis har derfor en viss rettsskapende funksjon. Deres oppgave er ikke bare å håndheve loven ved å løse konflikter i konkrete saker, men også å fremme likestillingshensynet og hensynet til kvinners stilling som samfunnsinteresse⁹³.

Jeg vil nedenfor kort redegjøre for to av Nemndas avgjørelser som omhandler kvotering og likebehandling mellom kjønn. Den ene faller inn under EØS-avtalens virkeområde, den andre gjelder utdeling fra et legat som ikke har betydning for opptak til studier eller tildeling av stillinger og faller dermed utenfor EØS-avtalen. Den såkalte UWC-saken vil belyse Nemndas vurdering i forhold til EF-domstolens praksis, mens den såkalte legat-saken viser Nemndas behandling av likebehandling hvor Nemnda ikke er bundet av Fellesskapsretten.

⁹⁰ Vigerust, Elisabeth. Arbeid, barn og likestilling. Rettslig tilpassing av arbeidsmarkedet. Oslo 1998. s. 64

⁹¹ Se lkstl. § 11 og forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling 15. mars 1979 nr. 2

⁹² Vigerust, s. 64

⁹³ Vigerust, s. 64

2.2.2.1 Områder dekket av likebehandlingsprinsippet i EU.

UWC-saken⁹⁴

Saksøker (A) søkte om opptak ved United World Colleges (UWC) skoleåret 2001/2002, men fikk avslag på sin søknad. A hevdet at opptaksprosedyren til skolene var kjønnsdiskriminerende⁹⁵.

Statenes Utdanningskontor i Vest-Agder (SUVA) i samarbeid med den norske nasjonalkomiteen for UWC foretok utvelgelsen av de norske søkerne som skulle få tilbud om plass ved UWC-skolene. Utvelgelsesprosedyren besto av en grovsiling på bakgrunn av karakterer, deretter en intervjurunde og tilslutt skulle det tas hensyn til en kjønnsmessig fordeling av søkerne på ca 50 % av hvert kjønn. Betydelig flere kvinner enn menn hadde søkt de seneste årene og det var kun 20 % av søkerne som var menn skoleåret 2001/2002. Kjønn ble derfor en avgjørende kvalifikasjon ved vurderingen av søkerne⁹⁶.

A klagde til Likestillingsombudet som først fant at praksisen var i strid med lkstl. § 6 jfr. § 3. SUVA ble bedt om å endre sin praksis slik at den ble i tråd med likestillingslovens regler. SUVA påklaget Ombudets avgjørelse og Ombudet fant ut ifra SUVAs anførsler å vurdere saken etter likestillingsloven § 3, 3. ledd, hvor ombudet hevdet at opptakskravene førte til individuell diskriminering av kvinnelige søkere, men at tungtveiende argumenter talte for at opptaksreglene allikevel fremmet likestilling i henhold til lovens formål⁹⁷.

⁹⁴ Sak nr. 4/2002. A v/B mot Statens Utdanningskontor i Vest-Agder

⁹⁵ UWC, s. 1, 2. avsnitt

⁹⁶ UWC, s. 2, 1. avsnitt

⁹⁷ UWC, s. 2, 2. avsnitt

Likestillingsombudet kom til at det forelå en lovlig forskjellsbehandling og at forholdet falt inn under lkstl. § 3, 3. ledd som tillot forskjellsbehandling som på sikt fremmet likestilling. Ombudet hevdet at det også var vanskelig å opprettholde sitt første vedtak da Norge var et av de få landene som hadde en likestillingslov som omfattet utdanning da det her var snakk om en internasjonal skole⁹⁸.

A v/B klagde saken inn for Nemnda som vurderte om SUVAs praksis var i strid med lkstl. § 3.

Nemnda la til grunn at det her forelå direkte diskriminering som ikke var tillat etter lkstl. § 3, 1. ledd⁹⁹ og gikk derfor over til å se om forholdet falt inn under unntaksbestemmelsen i 3. ledd jfr. § 1 som åpnet for forskjellsbehandling. Nemnda viste til at lkstl. § 3, siste ledd åpnet for både radikal og moderat kvotering¹⁰⁰ og at det for begge former for kvotering var normalt å tilkjenne at kvotering ville finne sted på forhånd¹⁰¹.

Da likestillingsloven ikke ga svar på i hvilke tilfeller kvotering kunne benyttes som virkemiddel, viste Nemnda til forarbeidene¹⁰². Det fremgikk her at man måtte oppfylle visse vilkår for å kunne særbehandle. Disse ble utledet av norsk og EF- rettslig praksis. Tiltaket måtte være egnet for å fremme likestilling, særbehandlingen måtte rettes mot det kjønn som sto svakest på det aktuelle området, adgangen til å særbehandle gjaldt kun til målet var oppnådd og til slutt forelå et krav om proporsjonalitet¹⁰³.

Nemnda viste til likebehandlingsdirektivet og at dette var utgangspunktet for EF-domstolens vurdering av om kvoteringen var lovlig og at direktivet var en

⁹⁸ UWC, s. 4, 5. avsnitt

⁹⁹ UWC, s. 4, siste avsnitt

¹⁰⁰ UWC, s. 5, 2. avsnitt

¹⁰¹ UWC, s. 5, 3. avsnitt

¹⁰² Ot.prp. nr. 77, (2000-2001), s. 41

¹⁰³ UWC, s. 5, 5. avsnitt

del av norsk rett gjennom EØS-avtalen, jfr. EØS-avtalen art. 7 jfr. art. 70.

Nemnda slo fast at EØS-avtalen sikret retten til individuell vurdering uavhengig av kjønn slik det var slått fast i EU¹⁰⁴.

Nemnda tok for seg EF-domstolens avgjørelser for å vurdere om likebehandlingsdirektivet kom til anvendelse på denne saken. Det ble blant annet vist til Schnorbus hvor direktivet fikk anvendelse på utdanning som var en nødvendig forutsetning for å oppnå ansettelse som dommer eller annen høyere offentlig stilling¹⁰⁵. Det ble videre vist til at EF-domstolen hadde lagt til grunn at direktivet gjaldt for utdanning som var kvalifiserende for arbeidslivet. Nemnda la til grunn at den videregående skole måtte omfattes av dette og at likebehandlingsdirektivet kom til anvendelse. FNs kvinnekonvensjon art. 10, jfr. art. 2 om at staten var pålagt å sikre kvinner samme rettigheter som menn når det gjaldt utdanning ble lagt til grunn av Nemnda til støtte for sitt syn¹⁰⁶.

Art. 2, nr. 4 åpnet for forskjellsbehandling dersom virkemiddelet var proporsjonalt med formålet. Nemnda viste her til UWCs målsetning om å fordele skoleplassene med en halvpart på hvert kjønn og la til grunn at gutter ble radikalt kvotert til fordel for mer kvalifiserte jenter i denne saken. Det forelå her en klar diskriminering på grunn av kjønn og tiltaket fremmet ikke like muligheter for kvinner og menn etter art 2, nr. 1 og nr. 4¹⁰⁷.

For å vurdere lovligheten av radikal kvotering av gutter for opptak ved UWC-skolene, ble det lagt vekt på EF-domstolens praksis om bruk av radikal kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling¹⁰⁸. Av EF-domstolens avgjørelser la Nemnda også vekt på Kalanke-, Marschall- og Abrahamsson-dommen. I Kalanke viste Nemnda til rettens avgjørelse om art. 2, nr. 4 og dens presise og avgrensede formål og at ordninger som ga automatisk og ubetinget fortrinn falt

¹⁰⁴ UWC, s. 5, 6. avsnitt

¹⁰⁵ UWC, s. 7, 4. avsnitt

¹⁰⁶ UWC, s. 7, siste avsnitt

¹⁰⁷ UWC, s. 6, 2. avsnitt

¹⁰⁸ UWC, s. 6, 4. avsnitt

utenfor unntaksbestemmelsen¹⁰⁹. I Marschall ble det vist til at direktivet ikke var til hinder for en ordning som ga kvinner fortrinnsrett til forfremmelse, hvor det i en stillingsgruppe var færre kvinner enn menn, når søkerne var likt kvalifiserte. Vilåret var her at mennene som var like kvalifiserte som kvinnene ble vurdert objektivt under hensynet til alle kriterier vedrørende den enkelte person og at man så bort ifra kvinners fortrinnsrett hvor en mann etter en eller flere av disse kriteriene burde bli valgt¹¹⁰. I Abrahamsson falt en ordning som ga absolutt og ubetinget fortrinn for det underrepresenterte kjønn, hvor søkeren var tilstrekkelig kvalifisert, men ikke like kvalifisert som den beste, utenfor direktivet¹¹¹.

Når det gjaldt SUVAs anførsel om at likt antall elever av hvert kjønn ble ansett som en forutsetning for å kunne lære elevene menneskerettigheter og likebehandling i praksis, var det ifølge Nemnda ikke et argument for diskriminering at menneskerettighetene ikke ble oppfylt i andre land. Det ble her vist til at FN-konvensjonen var ratifisert av alle de land hvor det var UWC-skoler og at likebehandlingsdirektivet gjaldt i hele EU/EØS-området¹¹².

Slik jeg ser det fremkommer det klare kriterier av EF-domstolens praksis for å kunne benytte kvotering som et virkemiddel for å fremme likestilling. Som vi ser av Nemndas gjennomgang av EF-domstolens praksis ovenfor er det her et krav om proporsjonalitet og forholdsmessighet, et objektivitets krav og et krav om at det ene kjønn ikke blir totalt utelukket. EF-domstolen har slått fast at radikal kvotering faller utenfor likebehandlingsdirektivet og at denne form for kvotering er i strid med Fellesskapsretten.

I UWC-saken ser vi et klart eksempel på radikal kvotering, og dette blir også lagt til grunn av Nemnda. Nemnda måtte her vurdere om forholdet skulle subsumeres under de strenge reglene om kvotering som følger av EØS-avtalen eller under likestillingslovens regler hvor radikal kvotering tillates. Det

¹⁰⁹ UWC, s. 6, 5. avsnitt

¹¹⁰ UWC, s. 7, 1. avsnitt

¹¹¹ UWC, s. 7, 2. avsnitt

¹¹² UWC, s. 8, 1. avsnitt

avgjørende her var om UWC-skolenes utdanning falt inn under begrepet yrkesrettet utdanning. Nemnda kom frem til at videregående utdanning falt inn under dette og at likebehandlingsdirektivet kom til anvendelse. Denne avgjørelsen kan få betydning for senere saker om likebehandling da Nemnda som nevnt har en viss rettsskapende virksomhet. Det at videregående utdanning ble innfortolket i EØS-avtalen, betyr at radikal kvotering ikke tillates på det området. Nemnda kom frem til at forholdet skulle vurderes etter likebehandlingsprinsippet og viste til Kalanke-, Marschall-, og Abrahamsson-dommene for å vurdere lovligheten av radikal kvotering etter likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 4.

UWC-saken er et godt eksempel på hvordan den EF-rettslige metoden skal benyttes i norsk rett. Nemnda tar utgangspunkt i direktivet, men benytter EF-domstolens vurderinger for å fastslå innholdet i bestemmelsen. Slik jeg ser det, kunne Nemnda kort ha slått fast at kvotering av gutter ved UWC-skolene var i strid med likebehandlingsdirektivet ved å vise til EF-domstolens klare praksis om at radikal kvotering faller utenfor likebehandlingsdirektivet og de vilkårene som må oppfylles for at kvotering skal kunne godkjennes. Nemndas avgjørelse kan likevel omtales som dristig. Som nevnt er kvotering et tema som skaper sterke følelser og det foreligger sterke politiske holdninger om at radikal kvotering er et viktig virkemiddel i kampen om likestilling. I forhold til de politiske holdningene kan her nevnes at kvotering tradisjonelt har vært et middel for å fremme kvinner og at det i denne saken gjaldt kvotering av menn, men Nemndas rettsskapende virksomhet tilsier at denne avgjørelsen vil bli tillagt vekt i lignende saker senere.

UWC-saken var banebrytende fordi EFTA-domstolen på den tiden ikke hadde kommet med noen avgjørelse i UiO-saken som slo fast at radikal kvotering var i strid med våre plikter etter EØS-avtalen.

Nemnda pekte på Ombudets oppfatning av at en jevn balanse mellom kjønnene var en fordel for likestilling på lang sikt, men satte spørsmål ved kvotering som det rette virkemiddelet og viste til ulike former for markedsføring som et aktuelt

virkemiddel for å jevne ut skjevheten i søkermassene¹¹³. Dette er et eksempel på at holdningsendringer er det viktigste middelet for å nå likestilling, kvotering tvinger folk til å tenke kjønn, men som Nemnda her sier kan det foreligge andre og bedre midler for å nå dette målet. Jeg vil nevne litt om dette i kapittel 3.

Nemnda kom frem til at kvoteringen ved UWC-skolene var ulovlig i forhold til EØS-avtalen og viste til EF-domstolens praksis hvor absolutt og ubetinget fortrinnsrett var i strid med proporsjonalitetsprinsippet og likebehandlingsdirektivet.

2.2.2.2 Områder utenfor likebehandlingsprinsippet i EU.

Legatsaken¹¹⁴

Truls Bjørvik sendte klage til Likestillingsombudet med påstand om at Inger Haldorsens legat til fremme av vitenskapelig arbeid var i strid med likestillingsloven. I følge statuttene skulle utdelingen fra legatet kun skje til kvinner. Ordlyden i statuttene åpnet kun for at det ene kjønn kunne søke om tildeling av midler¹¹⁵.

Likebehandlingsprinsippet i EU kom ikke til anvendelse ved denne saken. Begrunnelsen var at utdelingen fra legatet ikke hadde betydning for opptak til studier eller tildeling av stillinger. Statuttenes ordlyd var ikke omfattet av likebehandlingsreglene etter EØS-avtalen¹¹⁶.

Klagenemnda delte seg i to, hvor flertallet mente at utdelingen var en forskjellsbehandling på grunn av kjønn da kun kvinner kunne motta penger ifra legatet. Dette var i strid med likestil. § 3, 1. ledd og 2. ledd, 1. pkt. Nemnda gikk derfor inn for å vurdere om forholdet falt inn under unntaksbestemmelsen i

¹¹³ UWC, s. 8, 2. avsnitt

¹¹⁴ Sak nr. 11/2002. Truls Bjørvik mot Inger Haldorsens legat v/legatets styre

¹¹⁵ Legatsaken, s. 1, 3. og 4. avsnitt

¹¹⁶ Legatsaken, s. 2, 7. avsnitt

lkstl. § 3a¹¹⁷. For å avgjøre dette måtte teksten tolkes etter sin ordlyd, i en kontekstuell sammenheng og i forhold til praksis.

Nemnda vurderte om ordlyden i statuttene utgjorde en slik ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmet likestilling mellom kjønnene og tok særlig hensyn til kvinners stilling, jfr. lkstl. § 1, 1. ledd¹¹⁸. Nemnda så på om utdelingen av midler til kvinner tilknyttet norske universiteter og høyskoler fremmet likestilling mellom kjønnene med sikte på å bedre kvinners stilling. Det ble her lagt til grunn at det måtte foreligge en konkret vurdering i hvert tilfelle og at en utdeling på områder med jevn kjønnsfordeling ikke kunne sies å fremme likestilling, men at ordlyden måtte tolkes i sin kontekstuelle sammenheng hvor formålet med reglene fulgte av testators ønske om å fremme kvinners stilling ved universiteter og høyskoler¹¹⁹.

Nemnda tolket teksten i forhold til praksis. De viste her til at styret hadde opplyst at formålet var å fremme likestilling mellom kjønnene ved å støtte kvinners vitenskapelige arbeide ved norske universiteter og høyskoler. Dette var ifølge Nemnda i samsvar med formålet i lkstl. § 1. At andelen kvinner fortsatt var lav ble underbygget ved statistiske tall og at legatet i sin praksis søkte å rette opp i denne skjevheten i samsvar med testators ønske og legatets intensjoner¹²⁰.

Nemnda kom til at statuttene tolket etter sin ordlyd, kontekstuelle sammenheng og i forhold til praksis ikke var i strid med lkstl. § 3a. Men nemnda bemerket en svakhet ved statuttens ordlyd hvor den begrensning som fulgte av lkstl. § 1, nemlig at tiltaket skulle fremme likestilling, ikke kom klart frem. Nemnda hevdet at det burde angis at utdelingen kun fant sted til de fagområder hvor kvinner var underrepresenterte i forhold til antall ansatte i vitenskapelige stillinger¹²¹.

¹¹⁷ Legatsaken, s. 2, 6. avsnitt

¹¹⁸ Legatsaken, s. 2, 8. avsnitt

¹¹⁹ Legatsaken, s. 2, 10. avsnitt og s. 3, 1. avsnitt

¹²⁰ Legatsaken, s. 3, 2. avsnitt

¹²¹ Legatsaken, s. 3, 3. og 4. avsnitt

Mindretallet gikk inn på det faktum at menn var helt avskåret fra muligheten til å søke om midler og at det var slik at kvinner ikke alltid var underrepresenterte i alle stillingskategorier ved universiteter og høyskoler. Dette medførte etter mindretallets oppfatning til at statuttene i seg selv var i strid med lkstl. § 3 og det at praksisen var i overensstemmelse med likestillingsloven ikke forandret dette¹²².

Denne saken er etter min mening et godt eksempel på vurderingen av lovligheten av kvotering hvor forholdet faller utenfor EØS-avtalen og hvor avgjørelsen ikke skal avgjøres etter likebehandlingsprinsippet og EF-domstolens praksis. Den klare forskjellen ligger i at radikal kvotering tillates. Dette ser vi av flertallets avgjørelse hvor utdeling av midler kun til kvinner faller inn under unntaksbestemmelsen i lkstl. § 3a.

Kriteriet for radikal kvotering på områder hvor EU direktivet om likebehandling ikke får anvendelse, er at tiltaket må fremme likestilling mellom kjønnene i samsvar med lovens formål, jfr. lkstl. § 3a jfr. § 1. Dette kom frem av mindretallets bemerkning og ved at flertallet viste til LKN-1983-1 og LKN-1987-5 og at disse vedtakene ikke kunne benyttes som veiledning for legat-saken da det dreide seg om direkte diskriminering, men hvor det ikke fremmet likestilling¹²³.

2.2.3 EFTA-domstolens praksis

EFTA-domstolen har avsagt en dom om kjønnskvoltering i sak nr. E – 1/02, EFTAs Overvåkningsorgan mot Universitetet i Oslo, heretter UiO-dommen.

I det følgende gis en kort gjennomgang av sakens bakgrunn før jeg ser på partenes argumenter og domstolens vurdering av disse. Til støtte for Norges

¹²² Legatsaken, s. 3, 8. og 9. avsnitt

¹²³ Legatsaken, s. 3, 5. avsnitt

anførsler vil jeg i kapittel 2.2.4 nevne fortløpende de argumentene som professor Anne Hellum og professor Ruth Nielsen har skrevet i sin artikkel i Kritisk Juss, om adgangen til å øremerke professorater og post doc-stipend for kvinner ved UiO¹²⁴. Dette vil igjen belyse sammenhengen mellom juss og politikk.

2.2.3.1.1 Sakens bakgrunn

Norge ble innklaget for ESA i august 2000 av en mannlig stipendiat ved Universitetet i Oslo (UiO), hvor han påstod at universitetets handlingsplan for likestilling¹²⁵ var i strid med likebehandlingsdirektivet og EØS-avtalen. Den norske regjering svarte at universitetets handlingsplan for likestilling samt universitets- og høyskoleloven var i samsvar med likebehandlingsdirektivets art. 2, nr. 4¹²⁶.

UiOs handlingsplan hadde som mål at minst 30 % av nytilsatte professorater innen 2004 burde være kvinner. For å oppnå dette ble 12 nyopprettede professorater og 10 post doc-stipend øremerket for kvinner.

ESA henviste til EF-domstolens praksis og at tiltak for å fremme kvinner kun var i overensstemmelse med unntaksbestemmelsen hvor tiltaket ikke ga en automatisk og ubetinget fortrinn for kvinner hvor begge kjønn var likt kvalifisert. Det skulle også foretas en objektiv vurdering av alle kandidatenes personlige forhold¹²⁷. Norge fastholdt at forholdet falt inn under likebehandlingsdirektivet og henviste til at kvinnelige professorer og stipendiater var underrepresenterte i forhold til de kvinnelige studentene ved universitetet. Det ble hevdet at kravet til proporsjonalitet var oppfylt når tiltakene var midlertidige og var en del av et program hvor man ønsket å fremme kvinner for

¹²⁴ 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 (29), s. 113 - 132

¹²⁵ Handlingsplan for likestilling UiO 2000 - 2004

¹²⁶ Premiss 14

¹²⁷ Premiss 15

å skape en mer balansert representasjon av kjønnene. Det ble videre hevdet at behovet for konkrete tiltak var i overensstemmelse med folkeretten, herunder FNs kvinnekonvensjon art 4, nr. 1. Videre anførte saksøkte at direktivet måtte tolkes i samsvar med EF-art. 141, 4. ledd¹²⁸.

ESA holdt fast ved at tiltakene var i strid med EØS-avtalen og krevde at Norge satte i gang de nødvendige tiltak for at norsk rett kom i overensstemmelse med EØS-avtalen. Norge fastholdt sitt synspunkt og ESA henviste saken til EFTA-domstolen¹²⁹.

EFTA-domstolen avsa dom i UiO-saken den 24. januar 2003. Konklusjonen ble at øremerkede stillinger til fortrinn for kvinner var i strid med EØS-avtalen og at Norge ikke hadde oppfylt sine plikter etter EØS-avtalen.

I det følgende analyseres UiO-dommen. Jeg har delt inn drøftelsene i kapitlene likebehandlingsdirektivet, kravet til proporsjonalitet og objektivitet, homogenitet, kjønn som vilkår samt menn i utgangspunktet ikke tilgang. Kort oppsummering følger i kapittel 2.2.3.1.7. EFTA-domstolen omtalte også EU/EØS reglene om kvotering i forhold til folkeretten, dette drøfter jeg i kapittel 2.2.3.1.8 og mer utfyllende i kapittel 2.2.5. Forholdet mellom juss og politikk, herunder Hellum og Nielsens artikkel drøftes i kapittel 2.2.4.

2.2.3.1.2 Likebehandlingsdirektivet

Innledningsvis slo EFTA-domstolen fast at saken skulle avgjøres på bakgrunn av likebehandlingsdirektivet som var en del av EØS-avtalen og EF-domstolens praksis som var relevant ved tolkingen av direktivet.

ESA hevdet at total utelukkelse av menn ved søknadsprosedyren var diskriminering på grunn av kjønn og i strid med individets rett til likebehandling

¹²⁸ Premiss 16

¹²⁹ Premiss 18 og 19

etter direktivets art. 2, nr. 1¹³⁰. Selv om den reelle ulikheten på området var stor, ville et tiltak som ga en automatisk og ubetinget fortrinn for kvinner etter ESAs syn være et brudd på direktivet¹³¹.

Norge var enig i at universitetsloven § 30, 3. ledd, som tillot at visse stillinger ble øremerket for kvinner ga en automatisk og ubetinget fortrinnsrett, men hevdet at særbehandlingen likevel ikke var i strid med art. 2, nr. 1 og art. 3, nr. 1. Dette ble begrunnet i at formell likebehandling ikke ville gi en reell likhet mellom kjønnene. Det var svært få kvinnelige ansatte i forhold til kvinnelige studenter og kvinner forlot gjerne sine karrierer før de var kvalifiserte til en høyere akademisk stilling. Målet med de bestridte reglene var å oppnå en likhet mellom kvinner og menn som gruppe over en lengre periode¹³².

Øremerkede stillinger for kvinner var forskjellsbehandling på grunn av kjønn og ikke tillat etter art. 2, nr. 1. EFTA-domstolen benyttet derfor unntaksbestemmelsen i art. 2, nr. 4 for å vurdere om de norske bestemmelsene likevel kunne tillates etter likebehandlingsprinsippet og være i overensstemmelse med EØS-avtalen¹³³. Som vi ser av gjennomgangen ovenfor er dette i tråd med tidligere praksis og med ordlyden i likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 1, hvor all form for forskjellsbehandling på grunn av kjønn er forbudt.

Om unntaksbestemmelsen viste domstolen til at EF-domstolen i Fellesskapsrettlig kontekst konsekvent hadde holdt fast ved at direktivets art. 2, nr. 4 tillot midler som i utgangspunktet var diskriminerende, men som faktisk hadde som mål å fjerne eller redusere faktiske ulikheter. Dette gjaldt også fordeler for kvinner i forbindelse med ansettelse og forfremmelser hvor målet var å forbedre deres mulighet til å konkurrere i arbeidsmarkedet og forfølge en karriere på lik linje som menn. Retten viste her til dommene Kommisjonen mot Frankrike, Kalanke, Marschall, Badeck og Lommers. Det fulgte imidlertid av

¹³⁰ Premiss 21

¹³¹ Premiss 22

¹³² Premiss 26

¹³³ Premiss 37

Kalanke at vilkåret her var at kvinner ikke ble gitt en absolutt og ubetinget fortrinn. Dette ble begrunnet i at art. 2, nr. 4 var en unntagelse fra en individuell rettighet og skulle dermed tolkes innskrenkende. Det ble videre vist til generaladvokat Tesauros uttalelser om at slike midler gikk for langt i forhold til det å fremme like muligheter og at lik representasjon da erstattet dette¹³⁴.

2.2.3.1.3 Kravet til proporsjonalitet og objektivitet.

ESA viste til at de norske reglene utelukket en objektiv vurdering av en eventuell mannlig kandidat og gjorde det derfor ikke mulig å undersøke den enkelte mannlige kandidats personlige forhold. ESA hevdet at de norske reglene ikke kunne rettferdiggjøres under kravet til proporsjonalitet og art. 2, nr. 4¹³⁵. ESA fikk støtte for dette synspunktet fra EU-kommisjonen som hevdet at tiltak som ga automatisk og ubetinget fortrinn var i strid med individets rett til lik behandling. Kommisjonen hevdet videre at art. 2, nr. 4 i seg selv var et uttrykk for en proporsjonalitetstest, og at total utelukkelse av et kjønn ikke kunne rettferdiggjøres¹³⁶.

Norge på sin side hevdet at kravet til proporsjonalitet var oppfylt og at forholdet falt inn under likebehandlingsdirektivet. Tidsperspektivet ble vektlagt og Norge anførte at post doc-stipendiene kun var midlertidige ansettelser med en maksimaltid på 4 år. Norge sammenlignet her med Badeck-saken hvor det å tildele minst halvparten av utdannelseplassene til kvinner falt inn under art. 2, nr. 4, jfr. premiss 55. Når det gjaldt de permanente professorstillingene ville de i det lengste vare til den aktuelle professoren gikk av med pensjon¹³⁷. Saksøkte viste også til at det kun var et fåtall av nye, tidsbestemte og permanente stillinger som var øremerkede¹³⁸. For å begrunne proporsjonalitet ble det videre sammenlignet med Abrahamsson og at de nasjonale reglene der var mye mer

¹³⁴ Premiss 37

¹³⁵ Premiss 22

¹³⁶ Premiss 24

¹³⁷ Premiss 32

¹³⁸ Premiss 34

ufordelaktig for det motsatte kjønn enn i denne saken. Den bestridte regel i UiO-saken var nøytral når det gjaldt menns kvalifikasjoner og en avvisning ville derfor ikke skje på dette grunnlag. Menn slapp her å bli utsatt for den ugunstige virkningen et avslag kan ha på en forskers rykte¹³⁹.

Norge viste også til Schnorbus og Lommers til støtte for sitt syn. Fortrinnsrett grunnet forsinkelse for avtjent militær- eller siviltjeneste ble i Schnorbus, premiss 44, ansett som en objektiv begrunnelse og at fortrinnsretten var forholdsmessig da ønsket var å kompensere for denne forsinkelsen, Norge hevdet at fortrinn for kvinner i denne saken veide opp for ulempen ved stor underrepresentasjon av kvinner i høyere akademiske stillinger. Norge viste videre til Lommers hvor alle barnehageplassene var reservert for kvinner og at det i den gjeldende sak kun var et begrenset antall stillinger som var øremerket for kvinner. Det ville av den grunn være mange andre muligheter hvor det kunne tas hensyn til menn¹⁴⁰.

EFTA-domstolen gikk kort igjennom dommene Kalanke, Marschall, Badeck og Abrahamsson og konkluderte med at EF-domstolen der tillot visse tiltak som fremmet likhet etter art. 2, nr. 4. Domstolen viste til at man ved rekkevidden av unntaksbestemmelsen måtte oppfylle prinsippet om proporsjonalitet, hvor avviket skulle holdes innenfor grensen av hva som var egnet og nødvendig for å oppnå målet, samt at kravet til likebehandling så langt som mulig var forenelig med kravet til det mål som var ønsket oppnådd¹⁴¹. Domstolen kom til at verken Schnorbus eller Lommers støttet opp om Norges anførsler. I Schnorbus var forskjellsbehandlingen en indirekte diskriminering som var objektivt begrunnet med et ønske om å veie opp for den forsinkelsen pliktig sivil- og militærtjeneste medførte¹⁴². At Lommers ikke støttet opp om Norges sak ble begrunnet med at menn i Lommers-saken, til forskjell fra den norske saken, ikke ble totalt utelukket fra adgangen til å motta en barnehageplass. Menn hadde i nødstilfelle

¹³⁹ Premiss 33

¹⁴⁰ Premiss 31

¹⁴¹ Premiss 43

¹⁴² Premiss 48

adgang til å motta en barnehageplass. Det ble videre begrunnet i at barnehageplasser var tilgjengelig i den private sektor. Retten viste til og så seg enig i ESAs anførsel om at en absolutt regel som utelukket menn falt ut over dette og hva som var hjemlet i art. 2, nr. 4¹⁴³.

Når det gjaldt post doc-stipendiene viste retten til at EF-domstolen hadde satt et skille mellom yrkesrettet utdanning og arbeid, hvor det ved utdannelsen var blitt lagt til grunn et mer begrenset likhetsprinsipp. Det var her blitt godkjent at visse studieplasser ble reservert for kvinner slik at disse fikk muligheten til å oppnå de nødvendige kvalifikasjoner for senere å kunne få adgang til arbeid i den offentlige sektor, jfr. Badeck premiss 52 og 55. Det var her slått fast at det også ved yrkesrettet utdanning var et krav om fleksibilitet, det ville si at menn også hadde en mulighet til å oppnå plassene etter en konkret vurdering, EFTA-domstolen viste til at muligheten for tilsvarende stilling i det private var begrenset¹⁴⁴.

Anførselen om at professorstillingene var tidsbegrenset kunne ifølge domstolen heller ikke godkjennes¹⁴⁵. Påstanden om at de svenske reglene i Abrahamsson gikk lenger enn i UiO-saken ble avvist av retten som hevdet at det var de norske reglene som gikk lenger enn de svenske. Dette ble begrunnet i at de svenske reglene i det minste forutsatte at alle kandidater ble vurdert i utvelgelsesprosedyren¹⁴⁶, i motsetning til i UiO-saken hvor menn ikke engang var tillat å søke.

EF-domstolens praksis tilsier at retten til individuell vurdering og ikke en regel som gir en automatisk og ubetinget fortrinnsrett, går foran prinsippet om proporsjonalitet. I Schnorbus ble en kvoteringsordning til fordel for kvinner tillat, men disse plassene kunne besettes med menn når det ikke var nok kvinnelige søkere, jfr. premiss 51. Det fremgår videre av EF-domstolens praksis

¹⁴³ Premiss 47

¹⁴⁴ Premiss 50

¹⁴⁵ Premiss 53

¹⁴⁶ Premiss 51

at det skal foretas en objektiv vurdering av alle søkere for at kravet til proporsjonalitet skal være oppfylt. EFTA-domstolens vurdering er her i tråd med EF-domstolens praksis hvor øremerkede stillinger for kvinner betyr at kvinner får en automatisk og ubetinget fortrinn og at menn ikke blir objektivt vurdert når de ikke en gang har anledning til å søke.

2.2.3.1.4 Homogenitet

I UiO-saken ba Norge, etter min mening, om at det ble utviklet en alternativ fortolkning av likebehandlingsdirektivet til den som fremgikk av EF-domstolens praksis. Det ble her vist til positive tiltak som skulle bli lovlig definert til å falle inn under unntaket fra forbudet mot diskriminering. I følge Norge var konkrete tiltak som fremmet reell likhet i praksis hjemlet i unntaksbestemmelsen. Det var ikke snakk om forhold som utgjorde diskriminering, men et middel for å oppnå en reell dimensjon av nettopp forbudet¹⁴⁷. Norge hevdet videre at EF-domstolen ennå ikke hadde hatt anledning til å vurdere om øremerking av visse stillinger for kvinner kunne falle inn under art. 2, nr. 4¹⁴⁸.

EFTA-domstolen viste til det homogenitets krav som fulgte av EØS-avtalen og slo fast at det ikke kunne foretas en alternativ fortolkning av den individuelle retten til likebehandling uavhengig av kjønn. Foruten vilkåret om homogenitet viste retten til at en utvidet fortolkning ville stride mot retten til likebehandling som en fundamental rettighet. Når det gjaldt en slik utvidelse ble det også vist til at nasjonale regler og praksis som avvek fra denne rettigheten bare kunne godkjennes når det ble vist tilstrekkelig fleksibilitet. Flexibilitet var et vilkår for å kunne tillate en avveining av behovet for forfremmelse av det underrepresenterte kjønn mot en objektiv vurdering av det motsatte kjønn. Det måtte ifølge retten være en mulighet for at den best kvalifiserte fikk jobben. Domstolen bemerket at det fremkom av saksøktes svar på et skriftlig spørsmål fra retten at det ikke kunne utelukkes at stillingen ville bli tildelt kvinnelige

¹⁴⁷ Premiss 25

¹⁴⁸ Premiss 30

søkere med utilstrekkelige kvalifikasjoner dersom det ikke var et tilstrekkelig antall kvalifiserte kvinnelige kandidater ¹⁴⁹.

Homogenitet vil si like regler i signaturstatene. Formålet er homogenitet mellom EØS-avtalens regler og de regler som utgjør fellesskapsretten. Dette fremgår av EØS-avtalens fortale, 16. ledd, EØS-avtalen art. 6 og ODA art. 3. Som vi ser av innledningskapittelet gjelder dette i utgangspunktet kun rettspraksis frem til undertegningen av EØS-avtalen 2. mai 1992, men det fremgår av ODA art. 3, 2. ledd at Overvåkningsorganet og EFTA-domstolen skal ta tilbørlig hensyn til de prinsipper som er fastlagt gjennom de relevante rettsavgjørelser som EF-domstolen treffer etter denne dato. Som nevnt ovenfor blir senere avgjørelser lagt til grunn¹⁵⁰. Av de dommene EF-domstolen har avgjort foreligger det en klar fortolkning av hva som faller inn under likebehandlingsprinsippet og hvilke momenter som skal tillegges vekt ved vurderingen, det åpnes ikke her for en alternativ tolkning slik Norge ba om i UiO-saken.

2.2.3.1.5 Kjønn som vilkår

Norge henviste til likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 2, hvor kjønn var avgjørende på grunn av utførelsen av arbeidet og utdannelsens art eller innhold, og hevdet at de øremerkede stillingene var basert på en nødvendighet for flere kvinnelige medlemmer på fakultetet for å kunne møte studentenes behov¹⁵¹.

EFTA-domstolen avviste dette og viste til at verken bestemmelsens ordlyd eller EF-domstolens praksis hjemlet dette. Denne bestemmelsen var i praksis blitt benyttet hvor den offentlige sikkerhet krevde at visse politi- og militæraktiviteter forbeholdtes menn¹⁵².

¹⁴⁹ Premiss 45

¹⁵⁰ Se oppgavens metodekapittel.

Fredrik Seierstedt m.fl, EØS-rett. Oslo 1995, s. 110 og 154.

¹⁵¹ Premiss 29

¹⁵² Premiss 46

Også her får vi et eksempel på EFTA-domstolens homogene tolkning hvor direktivets art. 2, nr. 2 ikke utvides til andre områder enn det EF-domstolen selv har benyttet.

2.2.3.1.6 Menn i utgangspunktet ikke tilgang

Saksøkte hevdet at de øremerkede stillingene ved Universitetet i Oslo var nyopprettede stillinger, og at de derfor ikke ville stille menn i en vanskeligere stilling karrieremessig enn de ville vært uten de øremerkede stillingene¹⁵³.

EFTA-domstolen hevdet at det var lite trolig at nyopprettede professorat ville blitt satt tilside for spesifikke disipliner, fag eller institusjoner uten en evaluering av allerede eksisterende stillinger, eller uten hensyn til fremtidige behov og der avfølgende forventede justeringer av undervisnings- eller forskningspersonalet. Retten la derfor til grunn at de øremerkede stillingene ville ha en innvirkning på antallet av fremtidige stillinger åpen for mannlige søkere. Retten viste også til at saksøkte ikke hadde fremlagt påstand om at det kunne vært annerledes i denne konkrete situasjonen¹⁵⁴.

Slik jeg ser det ble det fra Norges side fremlagt en påstand om at så lenge menn ikke hadde tilgang til stillingene, da disse ikke ville blitt opprettet om de ikke ble øremerkede, forelå det heller ikke noen forskjellsbehandling mellom kjønnene. Dette er et klart eksempel på radikal kvotering som etter EF-rettens praksis er ulovlig forskjellsbehandling. At det i utgangspunktet ikke forelå et tilbud for menn forandrer ikke utgangspunktet om at det skal foreligge likebehandling mellom kjønnene.

¹⁵³ Premiss 35

¹⁵⁴ Premiss 52

2.2.3.1.7 Delkonklusjon

EFTA-domstolen slo fast at øremerking til fordel for kvinner var i strid med likebehandlingsdirektivet art. 2, nr.1. At forholdet ikke falt inn under Art 2, nr. 4 ble begrunnet i at UiOs handlingsplan gikk ut over proporsjonalitetsprinsippet når den ga kvinner en automatisk og ubetinget fortrinnsrett og hvor menn ikke ble underlagt en objektiv vurdering. Homogenitetskravet tilsa her en tolkning i overensstemmelse med EF-domstolen og stengte for en alternativ tolkning. Dette kravet stengte også for å tolke øremerking av stillinger til fordel for kvinner inn under art. 2, nr. 2.

2.2.3.1.8 Folkeretten, EF-art. 141, 4. ledd og direktiv 2002/73/EC.

Norge mente å finne støtte i FNs kvinnekonvensjon art. 4, 1. ledd, EMK art. 14 samt protokoll 12, ILO-konvensjon¹⁵⁵ nr. 111 og innstilling No R (85) 2 fra Europarådet. Saksøkte hevdet at disse bestemmelsene støttet det norske standpunktet og at likebehandlingsdirektivet skulle tolkes i samsvar med dette¹⁵⁶. Norge hevdet videre at tiltaket falt inn under EF-art. 141, 4. ledd. Dette ble begrunnet i at forslaget til nytt likebehandlingsdirektiv 2002/73/EC refererte til denne bestemmelsen og at denne så snart den trådte i kraft ville bli en del av EØS-avtalen. Saksøkte hevdet at art. 141, 4. ledd burde benyttes analogt¹⁵⁷.

ESA vurderte også Norges anførsler i forhold til folkeretten og hevdet at disse ikke støttet den norske bestemmelsen. Når det gjaldt EF-art 141, 4. ledd ble det lagt til grunn at denne bestemmelsen ikke kom til anvendelse hvor den ikke var en del av EØS-avtalen¹⁵⁸.

¹⁵⁵ ILO konvensjonen nr. 111 Convention concerning Discrimination in Respect of Employment and Occupation. 1958

¹⁵⁶ Premiss 27

¹⁵⁷ Premiss 28

¹⁵⁸ Premiss 23

EFTA-domstolen slo fast at det norske tiltaket ikke kunne rettfærdiggjøres ved å henvise til folkeretten. FNs kvinnekonvensjon var i kraft på den tiden hvor EF-domstolen avgjorde de relevante avgjørelsene om likebehandlingsdirektivet som gjennomgått ovenfor. Bestemmelser som omhandlet dette i folkeretten var ifølge domstolen mer veiledende enn bindende å kunne derfor ikke benyttes som hjemmel for å avvike fra plikter som fulgte av EØS-avtalen¹⁵⁹. Når det gjaldt EF-art. 141, 4. ledd og endringsdirektivet slo retten fast at dette ikke var en del av EØS-avtalen slik at de ikke kunne benyttes som hjemmel verken direkte eller ved analogi¹⁶⁰. Retten nevnte på den annen side at de viktigste endringene i direktivet allerede var en del av Fellesskapsretten, dette forutsatte en økt kompetanse for Fellesskapet i forhold til likhet mellom kjønnene¹⁶¹.

EFTA-domstolen la til grunn at de øremerkede stillingene ikke kunne hjemles i folkeretten. Slik jeg ser det, viser EFTA-domstolen til EF-domstolens avgjørelser og at folkeretten er innfortolket i disse, siden de henviser til at FN-konvensjonen var i kraft ved EF-domstolens avgjørelser. Dette er i tråd med Fellesskapets forhold til folkeretten, hvor Fellesskapet hevder at det ikke foreligger kompetanse til å inngå traktatmessige forpliktelser, men hvor EF-domstolen innfortolker disse i sine avgjørelser. At menneskerettighetene ikke anses som et argument for å opprettholde radikal kvotering mener jeg har sin begrunnelse i at likebehandling er en fundamental rettighet og at radikal kvotering strider mot dette. EMK art. 14 krever at det ikke skal foreligge forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Total utelukkelse av menn er etter min mening i strid med dette. Forrangsprinsippet kom også frem hvor EF-domstolen la til grunn at de folkerettslige forpliktelsene ikke gikk foran plikter som fulgte av EØS-loven.

¹⁵⁹ Premiss 58

¹⁶⁰ Premiss 55

¹⁶¹ Premiss 56

2.2.3.1.9 Delkonklusjon

Som vi ser av EFTA-domstolens gjennomgang av saken er verken folkeretten, EF-art. 141, 4. ledd eller det nye endringsdirektivet til støtte for den norske bestemmelsen og Norge har derfor ikke oppfylt sin forpliktelse etter EØS-avtalen. EFTA-domstolen viste til loven hvor kravet om å foreta en vurdering av kandidatenes kvalifikasjoner var et vesentlig moment. Retten pekte på at det ved en slik vurdering kunne foreligge et spillerom for vurdering av faktorer som etter erfaring satte kvinner i en dårligere situasjon enn menn. Retten viste her til at en større bevissthet rundt dette ville kunne redusere antall tilfeller av kjønnsdiskriminering. Retten viste også til at man kunne øke likhet mellom kjønnene ved å legge større vekt på kvinnelig livserfaring som relevans for tilpasning, kapasitet og utførelse av høyere akademiske stillinger. Dette var ifølge retten selve kjernen av likebehandlingsdirektivet¹⁶².

EFTA-domstolen sa at de så problemet med at fordommer og tradisjonelle kjønnsroller kunne føre til at like kvalifikasjoner ikke betydde at de hadde like muligheter. Dette blir også nevnt av Kirsten Ketscher som en av farene ved kjønnskvoltering. Hun la vekt på kvalifikasjonskriteriet som et uentydig begrep og at dette kunne bli utnyttet av maktstrukturen slik at kvinner kunne bli ansett som ukvalifiserte der hvor de truet en manns stilling¹⁶³.

2.2.4 Juss og argumentasjon - politikk

Hellum og Nielsens artikkel viser den nære sammenhengen mellom juss og politikk. I UiO-saken ble EF-domstolens avgjørelser drøftet hvor det forelå klare linjer på hvordan kvotering som virkemiddel skulle benyttes etter likebehandlingsdirektivet. Hellum og Nilsen argumenterte for en annen tolkning av direktivet.

¹⁶² Premiss 57

¹⁶³ Ketscher, Kirsten. "Ska` vi kvotere eller hva`?, om kønskvoltering." Retsvidenskabeligt institut B, Københavns Universitet, Årsberetning 1989, s. 192

Hellum og Nielsen hevdet at EUs likebehandlingsdirektiv var til hinder for usaklig diskriminering, men at man kunne legge vekt på kjønn ved ansettelser dersom dette var saklig og relevant. De nevnte til støtte for å øremerke stillinger til fordel for kvinner at det ved Universitetet i Oslo var ansatt en mindre prosentdel av kvinner i akademiske stillinger enn det var kvinnelige studenter og stipendiater. Dette var indirekte diskriminering da rekrutteringspolitikken ikke hadde klart å bringe andelen kvinnelige ansatte opp på samme nivå som de lavere rekrutteringsgrupper¹⁶⁴. De viste til Schnorbus til støtte for Norge hvor likebehandlingsdirektivet ikke var til hinder for enhver form for automatisk fortrinn til stillinger¹⁶⁵. Lommers var ifølge dem også til støtte for de norske reglene. I Lommers frigjorde landbruksdepartementets barnehageplasser andre plasser på det åpne marked, til sammenligning ville de ekstra professoratene gjøre konkurransen om de øvrige professoratene mindre slik at ansettelsessjansen for menn ville øke ved disse¹⁶⁶.

Hellum og Nielsen hevdet at i alle fall post doc-stipendiene måtte kunne øremerkes når kvinneandelen på professornivå ved Universitetet i Oslo ikke tilsvarte kvinneandelen verken på stipendiat- eller studentnivå. De viste her til Badeck hvor kvotering ble godtatt for tidsbegrensede stillinger på det vitenskapelige området¹⁶⁷.

Kravet til proporsjonalitet var ifølge Hellum og Nielsen oppfylt når øremerkingen ikke gikk lenger enn det som var nødvendig for å oppnå målsetningen om å øke antallet kvinner i faste akademiske stillinger ved Universitetet i Oslo. De viste også til at menn ikke ble totalt utelukket fra en vitenskapelig karriere samt at ordningen var tidsbegrenset og gjaldt kun en brøkdel av professorat og post doc- stipendiene i Norge¹⁶⁸.

¹⁶⁴ Anne Hellum og Ruth Nielsen, s. 117

¹⁶⁵ Hellum og Nielsen, s. 121

¹⁶⁶ Hellum og Nielsen, s. 122

¹⁶⁷ Hellum og Nielsen, s. 120

¹⁶⁸ Hellum og Nielsen, s. 123

Videre hevdet de at likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 2 kunne hjemle de øremerkede stillingene da universitetslærernes kjønn var av betydning. De viste her til undersøkelser blant kvinnelige studenter og stipendiater hvor kvinnelige veiledere, undervisere og sensorer viste seg å være av betydning for identifikasjon, trivsel og tilhørighet samt at det var av betydning for den faglige og fagpolitiske innfallsvinkel. Universitetet i Oslos handlingsplan og universitetsloven var derfor i overensstemmelse med EF-retten hvor det ble ansett som sakelig å ta i betraktning kjønn ved ansettelser hvor dette var av betydning for yrkesutøvelsen¹⁶⁹.

I forhold til Norges anførsel om at menn i utgangspunktet ikke hadde tilgang til stillingene og stipendiene viste Hellum og Nilsen til at Universitetet i Oslo ikke ville blitt tilført nye stillinger i 2002 dersom de ikke var blitt øremerket. Menn hadde ifølge dem ikke blitt fratatt en sjanse i det hele tatt. Dette til sammenligning med Abrahamsson, premiss 53, hvor utvelgelsesmetoden sto i misforhold til formålet. Det ble av domstolen ikke tatt stilling til en ordning slik som den norske. De sa seg enige i Norges anførsler om at de svenske reglene i Abrahamsson var mer belastende for menn enn de norske. De la vekt på at de svenske reglene innebar tap av arbeidsinnsats og akademisk anseelse og begrunnet dette i den betydelige arbeidsinnsatsen det innebar å dokumentere forskningskvalifikasjoner som måtte vedlegges en slik type søknad samt at det kunne gå ut over en søkers gode navn og rykte dersom han ble vraket¹⁷⁰. Ved å øremerke stillinger slapp menn denne byrden.

I forhold til folkeretten pekte Hellum og Nielsen på at EF-rettens fortolkning av likebehandlingsprinsippet her trakk i en annen retning enn det som fremgikk av CEDAWs praksis¹⁷¹. De hevdet at de etablerte menneskerettsorganenes fortolkningspraksis vedrørende kjønnsdiskrimineringsforbudets innhold og omfang også måtte være bindende på EF-rettens område. De begrunner dette i

¹⁶⁹ Hellum og Nielsen, s. 118

¹⁷⁰ Hellum og Nielsen, s. 121 og 122

¹⁷¹ FN-komiteen som overvåker kvinnekonvensjonens etterlevelse, se Hellum og Nielsen, s. 116

den dynamiske utviklingen av kvinnediskrimineringsforbudets innhold og omfang som hadde funnet sted innen menneskerettighetsorganer som CEDAW, Menneskerettighetskomiteen, og ILOs ekspertorgan. Positiv særbehandling gikk her i retning av å bli en del av diskrimineringsforbudet og ikke et unntak. De la til grunn at menneskerettighetsorganenes praksis måtte vektlegges ved tolkningen av EF-retten og viste her til økt vektlegging av sosial rettferdighet og menneskerettigheter¹⁷².

Som vi ser av EFTA-domstolens avgjørelse ble ikke disse momentene vektlagt. Dette er også i tråd med EF-domstolens behandling av tilsvarende saker. På den annen side forelå det bred støtte for disse momentene i den politiske debatten rundt UiO-dommen.

UiO-dommen skapte livlig debatt blant jurister og i media. Saken illustrerer spennet mellom juss og politikk¹⁷³. Uenighetene dreide seg om valg av virkemiddel for å nå et mål de fleste var enige om.

EFTA-domstolens konklusjon i UiO-dommen kom som forventet på både likestillingsrådgiver Lise Christensen ved UiO og utdanningsminister Kristin Clemet¹⁷⁴. Selv om resultatet var forventet ble det dårlig mottatt av den sittende regjering. Kristin Clemet sa til aftenposten at hun ville rette seg etter dommen, men at det nå ble nødvendig å finne andre tiltak for å øke kvinneandelen i akademiske lederstillinger. Hun viste her til moderat kvotering. Clemet har til tross for Fellesskapets klare linjer om kvotering kjempet hardt for å beholde de øremerkede stillingene både fordi det var et spørsmål om norsk lov og fordi det dreide seg om et stort reelt problem¹⁷⁵. Dette viser de politiske holdningene knyttet til kjønnsperspektivet. Det har fra Norges side, tiltross for viten om at den radikale kjønnsfordelingen var ulovlig etter EØS-avtalen, blitt

¹⁷² Hellum og Nielsen, s. 117

¹⁷³ Se Rt. 1982 s. 241, Alta-saken

¹⁷⁴ ”Truleg dom mot kvinneprofessorat” av Martin Toft. Uniforum 11/2002, 26. september.
”EFTA-nei til stillinger bare for kvinner” av Gunnar Magnus. Aftenposten.

¹⁷⁵ ”Får ikke lov til å reservere professorat for kvinner” og ”Samstemt kritikk mot EFTA-dom”. Aftenposten 24.01.03

argumentert for å opprettholde forskjellsbehandlingen. Dette ser vi også av anførselene i Hellum og Nielsens artikkel. Det ble her vist til at radikal kvotering var et nødvendig middel for å fremme likhet mellom kjønnene. Det er her et kjønnsperspektiv hvor det sondres mellom likebehandling av kjønn og resultat likhet. Professorstipendiat Anne Robberstad ved UiO hevdet om dette at problemet lå ved den lave kvinneandelen og ikke ved diskriminering i enkeltsaker. Hun sa videre at øremerking hadde vært det eneste effektive virkemiddelet frem til UiO-dommen og at dommen hvilte på et snevert og mekanisk likestillingssyn¹⁷⁶.

De politiske holdningene gjenspeiler et ønske om å fremme kvinners stilling og at det må sterkere midler til for at kvinner skal kunne likestilles med menn. Likebehandlingsdirektivet og EF-domstolens praksis som Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen har også som mål å fremme likestilling, men som vi ser av EF- og EFTA-domstolen og Nemndas praksis kan radikal kvotering ikke benyttes innen EØS-avtalens område som middel da dette diskriminerer det ene kjønn. Det er her snakk om politiske holdninger i strid med jussen.

Den nære sammenhengen mellom juss og politikk ser vi også av Kristin Clemets uttalelser i Aftenposten hvor hun avviste en oppfordring fra EU-motstandere om at regjeringen og UiO skulle være ulydige i forhold til EFTA-domstolens avgjørelse. Hun viste her til at Stortinget hadde godkjent likebehandlingsdirektivet og EFTA-domstolen som tvisteløser gjennom EØS-avtalen. På den annen side pekte hun på moderat kvotering som et virkemiddel og at det forelå andre tiltak for å fremme likestilling, herunder øke kvinneandelen. Det foreligger her klar fokus på den reelle forskjellsbehandlingen og kvinnen som det underrepresenterte kjønn, mens Fellesskapsretten vektlegger prinsippet om likebehandling mellom kjønnene som en fundamental menneskerettighet. Ved UiO-dommen ble det helt klart at radikal kvotering er i strid med EØS-avtalen, politikkenes rolle blir derfor i fremtiden å finne andre metoder for å fremme likestilling mellom kjønnene innenfor de reglene Norge er bundet av gjennom EØS-avtalen.

¹⁷⁶ ”Innavl og kameraderi henger sammen” av Anne Robberstad

2.2.5 Folkerettslig forpliktelse

2.2.5.1 FNs kvinnekonvensjon

I EFTA-saken hevdet saksøkte til sitt forsvar at likebehandlingsdirektivet skulle tolkes i samsvar med FNs kvinnekonvensjon art. 4, nr. 1, hvor midlertidige særtiltak for å fremme faktisk likestilling mellom kvinner og menn ikke skulle anses som diskriminering etter konvensjonen, men hvor forskjellsbehandlingen skulle opphøre når målet var nådd.

Det er her viktig å legge til grunn at diskriminering etter denne konvensjonen gjelder diskriminering av kvinner, jfr. art. 1, og at formålet er å oppnå en reell likhet mellom kjønnene.

Om kvinnekonvensjonens betydning for EFTA- og EF-domstolens vurdering av bruk av kvotering som virkemiddel for å fremme likestilling er det pekt på det faktum at konvensjonen er ratifisert av alle EU- og EØS-land. Hellum og Nielsen viste til CEDAWs kommentarer til statsrapporter hvor det ble oppfordret til aktiv bruk av kjønnskvolterering ved ansettelse innen institusjoner som anses av særlig stor samfunnsmessig betydning, slik som universiteter og høyskoler. Både radikal og moderat kvotering ble godkjent i denne sammenhengen¹⁷⁷. CEDAWs praksis gikk videre i retning av å anse kvotering og andre virkemidler som en del av diskrimineringsforbudet og ikke som et unntak. Det forelå dermed en plikt for statene å benytte seg av disse virkemidlene for å komme underrepresentasjon som skyldes indirekte eller strukturell diskriminering til livs¹⁷⁸.

I EFTA-dommen, premiss 58, ble det lagt til grunn at kvinnekonvensjonen var i kraft da EF-domstolen tolket avgjørelsene nevnt i EFTA-saken. Videre at internasjonale konvensjoner som behandlet slike tiltak var mer veiledende enn

¹⁷⁷ Hellum og Nielsen, s. 124

bindene, og at de derfor ikke kunne hjemle avvik fra de forpliktelsene som fulgte av EØS-avtalen.

EFTA-domstolen la til grunn EF-domstolens praksis ved vurderingen av om radikal kvotering var lovlig etter EØS-avtalen. EF-domstolen har slått fast at radikal kvotering strider mot likebehandlingsdirektivet, mens moderat kvotering kan aksepteres dersom visse vilkår oppfylles. Utgangspunktet for likebehandlingsdirektivet er likebehandling mellom kjønnene, jfr. art. 2, nr. 1, men hvor tiltak som kan fremme likhet mellom kjønnene kan tillates etter art. 2, nr.4 dersom tiltaket er proporsjonalt med formålet, det foretas en objektiv vurdering og at det ene kjønn ikke blir totalt utelukket. Radikal kvotering som kan tillates etter FNs kvinnekonvensjon går ut over hva som tillates i EU og etter EØS-avtalen, forrangsprinsippet sier her at EF-retten skal legges til grunn. Kravet til homogenitet gjør også at EFTA-domstolen må følge det EF-domstolen har lagt til grunn i lignende saker.

2.2.5.2 Menneskerettighetene

Menneskerettighetene blir lagt til grunn ved EF-domstolens avgjørelser. Dette gjelder også ved avgjørelser fattet av EFTA-domstolen. I EFTA-dommen ble det fra Norges side hevdet at EMK-art. 14 åpnet for øremerking av stillinger for kvinner og at EF-retten måtte tolkes i samsvar med dette. EMK art 14 setter forbud mot diskriminering på grunn av kjønn.

Likebehandling er en fundamental rettighet som faller inn under EMK art. 14. Alle individer har en rett til å bli likt behandlet uavhengig av kjønn. Selv om målet er å rette opp i forskjellsbehandling er kvotering et omstridt virkemiddel da man for å nå målet vil forskjellsbehandle mellom kjønnene. Siden diskriminering på grunn av kjønn er i strid med EMK art. 14 kan denne bestemmelsen ikke hjemle særbehandling av kvinner som er en

¹⁷⁸ Hellum og Nielsen, s. 125

forskjellsbehandling av menn på grunn av deres kjønn. Fellesskapsretten samsvarer med menneskerettighetene på dette området.

Likebehandling er en fundamental menneskerettighet og en del av EUs grunnleggende prinsipp om ikke-diskriminering¹⁷⁹. Ved likebehandling av kvinner og menn fremkommer dette prinsippet av EF-art. 2, 3, og 13 samt art. 137 og 141, samt i EUs Human Right Charter art.21¹⁸⁰.

2.2.5.3 ILO-konvensjonen nr.111

I EFTA-dommen hevdet Norge at likebehandlingsdirektivet skulle tolkes i samsvar med ILO-konvensjonen art. 2 og 5.

Etter konvensjonens art. 2 plikter medlemslandene å fremme likestilling samt å fjerne forskjellsbehandling i arbeidslivet. Art. 5, 2. ledd åpner for forskjellsbehandling hvor dette tar sikte på å imøtekomme særlige behov hos personer som trenger ekstra beskyttelse og hjelp på grunn av for eksempel kjønn.

ILOs ekspertkomité¹⁸¹ holder tilsyn med medlemsstatenes gjennomføring av de ulike konvensjonene og de har sett positivt på det brede spekter av virkemidler som medlemslandene har tatt i bruk for å forhindre diskriminering i arbeidslivet. Disse har blitt ansett som nødvendig for å forhindre diskriminering i praksis. Det er medlemslandene selv som vurderer hva som er det egnede virkemiddelet for å forhindre diskriminering. ILO har her uttalt seg positivt i forhold til bruk av kjønnskvoltering¹⁸².

EFTA-domstolen mente i UiO-dommen at de øremerkede stillingene ikke kunne godkjennes ved å henvise til ILO-konvensjonen. De internasjonale konvensjonene var mer veiledende enn bindende.

¹⁷⁹ Se sak C- 13/94. P v. S and Cornwall County Council, premiss 19

¹⁸⁰ Charter of Fundamental Rights of The European Union, Nice 7. desember 2000

¹⁸¹ Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR)

¹⁸² Hellum og Nielsen, s. 126

EF-domstolen henter som nevnt ovenfor inspirasjon i Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen og de nasjonale konstitusjonene, men domstolen har også hentet inspirasjon fra andre internasjonale traktater som medlemslandene har inngått eller samarbeider med. Defrenne III-dommen¹⁸³ er et eksempel hvor EF-domstolen slo fast at eliminering av kjønnsdiskriminering var en fundamental rettighet i Fellesskapet og hvor retten viste til at det samme prinsippet var anerkjent i ILO-konvensjonen nr. 111 og Den Europeiske sosialpakt. Men selv om EF-domstolen stadig legger vekt på internasjonale avtaler som disse som hjemmel for rettigheter hjemlet i Fellesskapsretten avskjærer ikke dette domstolen fra å gi lovlig status til rettigheter som ikke er hjemlet under disse avtalene¹⁸⁴.

I EF-domstolens avgjørelser samt EFTA-dommen om likebehandling mellom kjønnene tillates forskjellsbehandling for å fremme likhet mellom kjønnene, men grensene snevres inn til å gjelde moderat kvotering hvor visse vilkår må oppfylles. Den vide hjemmelen som følger av ILO-konvensjonen blir ikke lagt til grunn da EF-domstolen legger vekt på likebehandling som en fundamental rettighet.

2.3 Moderat kvotering i forhold til menn

Tradisjonelt er diskriminering forbundet med diskriminering av kvinner, men det foreligger også diskriminering av menn slik EFTA-dommen er et godt eksempel på. Det foreligger også et behov for å kvotere menn på områder hvor de er underrepresenterte i forhold til kvinner. Utdanningsminister Kristin Clemet har blant annet pekt på moderat kjønnskvoltering av menn ved ansettelse av lærere¹⁸⁵.

¹⁸³ Sak 149/77, Defrenne mot Sabena, premiss 28

¹⁸⁴ Paul Craig and Gráinne de Búrca, EU LAW, text, cases and materials. 1998. s. 307

¹⁸⁵ ”Vil unngå kvinnedominans på lærerværelset” av Gunnar Magnus. Aftenposten, 03.01.03

Adgangen til å forskjellsbehandle for å fremme likestilling skal i første rekke benyttes for å fremme kvinners stilling. Dette fulgte av tidligere lkstl. § 3, 3. ledd og nå av lkstl. § 3a hvor det vises til lovens formål, herunder det å særlig ta sikte på å bedre kvinners stilling, jfr. § 1, 1. ledd. I 1995 ble det vedtatt en lovhjemmel for å gi nærmere forskrifter om adgangen til å særbehandle menn, jfr. tidligere lkstl. § 3, 4. ledd. Det forelå her et politisk ønske om å styrke menns posisjon i forhold til omsorg med barn. Denne bestemmelsen ble endret til ny § 3a, 2. ledd. Bestemmelsen hjemler forskrift om særbehandling av menn¹⁸⁶. Formålet her er å fremme likestilling mellom kjønnene, jfr. forskriftens § 1. Moderat kvotering av menn tillates ved opptak til utdanning eller i arbeidslivet der hovedoppgaven er undervisning av eller omsorg for barn hvor menn er underrepresentert, jfr. forskriftens § 3 og 4, jfr. § 2.

Likestillingsombudet og klagenemnda har lagt til grunn at positiv særbehandling som hovedregel skal benyttes til å fremme kvinners stilling. Dette er begrunnet i at en slik fortolkning samsvarer best med lovens formålsbestemmelse¹⁸⁷.

Nemnda har likevel åpnet for muligheten til å særbehandle menn i den såkalte Hurum-saken¹⁸⁸. Nemnda la til grunn at kvotering i forhold til menn ikke kunne utelukkes, men at det skulle mye til for at tiltakene ville være lovlige. Det måtte her påvises at menn på vedkommende område virkelig var diskriminert.

At man tenker på kvinner ved likestilling kan vi også se av hovedavtalen § 21, 2. ledd i.f, hvor det normalt ikke bør avtales kvoteringsregler til fordel for menn.

Likebehandlingsdirektivet retter seg i utgangspunktet mot særbehandling av kvinner. Man kan allikevel ikke utelukke at særbehandling kan skje til fordel for menn. I Schnorbus, premiss 20, ble det rettet spørsmål til domstolen om regelen om fortrinn for menn som hadde avtjent militær- eller siviltjeneste kunne falle inn under likebehandlingsdirektivet art. 2, nr. 4 eller om bestemmelsen kun tillot

¹⁸⁶ Forskrift om særbehandling av menn. Fastsatt ved kgl.res. 17. juli 1998 med hjemmel i lov av 9. juni 1978 nr. 45, § 3, 4. ledd. Se Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001), s. 41

¹⁸⁷ Ot.prp. nr. 77 (2000-2002), s. 41

¹⁸⁸ Sak nr. 1/1999, Hurum kommune mot Likestillingsombudet. Se s. 3

tiltak for å fremme like muligheter til fordel for kvinner. Domstolen slo her fast at bestemmelsen ikke var i strid med direktivet og det forelå en lovlig særbehandling. Forsinkelsen på grunn av tjenesten var av objektiv karakter og grunnet i ønske om å kompensere for denne forsinkelsen, jfr. premiss 44 og 45.

Adgangen til å særbehandle menn er nok snevrere enn for kvinner, i forhold til prinsippet om likebehandling er det som vi ser av Clemets uttalelse ovenfor fremmet forslag om at menn bør kvoteres hvor disse er underrepresentert, men dette vekker sterke følelser i samfunnet hvor kvinner fortsatt er underrepresenterte på mange områder. Elisabeth Vigerust har blant annet uttalt at moderat kvotering av menn i omsorgsykker vil risikere å svekke kvinners stilling på et av de få områder hvor de har en sikker posisjon. Hun hevdet videre at kvotering av menn var utslag av en tendens til å gjøre likestillingsspørsmålet mer spiselig ved at det fokuseres på menns situasjon til tross for at det var åpenbart at kvinners stilling på arbeidsmarkedet fremdeles var svakere enn menns¹⁸⁹.

3 Konklusjon

Analysen av rettspraksis viser at radikal kvotering er forbudt. Moderat kvotering er tillatt på følgende vilkår; proporsjonalitet, forholdsmessighet, objektiv og individuell vurdering og at det ikke foreligger en total utelukkelse av det ene kjønn.

Likebehandling er et svært omdiskutert tema og som vi ser ovenfor er det et ønske om å bruke sterke midler som radikal kvotering til tross for at dette er i strid med våre forpliktelser etter EØS-avtalen. UiO-dommen er et eksempel på at selv den sittende regjering ønsket å benytte seg av et virkemiddel som de visste var i strid med likebehandlingsdirektivet slik det var slått fast av EF-

¹⁸⁹ ”På kvinners bekostning” av Elisabeth Vigerust. Klassekampen.

domstolen. Politikken var her i strid med jussen. Spørsmålet er hvorfor det var et ønske fra politisk hold å vike fra de gjeldende regler under EØS-avtalen.

Som nevnt er dette et tema som vekker sterke følelser. At Norge har hatt likestilling på dagsorden siden 1978 viser at det har vært en lang kamp for å fremme kvinners stilling i samfunnet. Det faktum at det fortsatt er få kvinner i lederstillinger og høyere offentlige stillinger har bidratt til et ønske om et hardtslående virkemiddel som kan fjerne denne forskjellen. Men det kan spørres om kvotering er det rette virkemiddelet.

En av fordelene med kvotering er at det tvinger folk til å tenke kjønn. Radikal kvotering garanterer det underrepresenterte kjønn enn plass, mens moderat kvotering garanterer fortrinn dersom det underrepresenterte kjønn er like kvalifisert som det andre kjønn. Man blir her tvunget til å ta hensyn til det underrepresenterte kjønn. Kvotering kan også tvinge kvinner inn på områder hvor de tidligere ikke har hatt tilgang. Nå som EFTA-domstolen har slått fast at det kun er moderat kvotering som kan benyttes som virkemiddel må regjeringen og arbeidsgivere generelt begynne å tenke ut andre måter å fremme det underrepresenterte kjønn på. Slik jeg ser det kan dette være en fordel. Kvotering er snakk om å endre holdninger, men spørsmålet er om dette endrer holdninger på sikt. En tanke er at moderat kvotering kanskje ikke fremmer likestilling mellom kjønn da den ved å ”reservere” stillinger for kvinner samtidig gir uttrykk for at kvinner ikke stiller like sterkt som menn og dermed behøver en særbehandling. Kvoteringen vil da gi kvinner innpass, men ikke fremme likestillingstanken. Holdningsendringer skjer ved at kvinner og menn blir klar over at kjønnsperspektivet ligger til grunn for nesten alt vi foretar oss og at det foreligger tradisjonelle holdninger i forhold til dette. Det at man nå skal innføre kjønnsperspektivet i alle juridiske fag på Universitetet i Oslo er et godt eksempel på en måte å bevisstgjøre temaet om likebehandling¹⁹⁰. Det er mange kjønnsdiskriminerende holdninger som blir tatt for gitt i forhold til både kvinner og menn. Et viktig virkemiddel her kan være å ta tak i flere enkeltsaker for å rette fokus mot inngrodde kjønnsrolle mønster, som eksempel kan her nevnes

¹⁹⁰ Muntlig opplysning fra Helga Aune

sak for Klagenemnda for likestilling hvor Nemnda avgjorde om hvorvidt det i forhold til likestillingsloven var adgang til å kreve høyere egenandel for sterilisering av kvinner enn menn. Nemnda kom til at dette var i strid med likestillingsloven¹⁹¹. På den annen side er dette tiltak som tar tid og det kan hevdes at kvotering er et mer effektivt virkemiddel hvor tiltaket sikrer en snarlig gjennomføring av likhet, samtidig som den lave kvinneandelen i lederstillinger kan være et tegn på at dette må til. Det er viktig å poengtere at kvotering ikke bare fremmer et kjønn, det diskriminerer også et annet.

Når man ønsker å fjerne diskriminering, er det viktig å se på den reelle grunnen til at kvinner på mange felt er underrepresentert. Det har blitt hevdet at kameraderi kan være en av grunnene til dette. I forbindelse med UiO-saken var dette temaet oppe til debatt. Det er her snakk om stillinger som blir skreddersydd venner og bekjente. Den såkalte kallelsesretten forsterker dette, når stillingene ikke blir offentlig utlyst, men ønskede kandidater blir invitert til stillinger. I mannsdominerte miljøer er det en tendens til disse stillingene blir anbefalt menn¹⁹². Det er også en teori om at kvinners lave andel blant professorer ved universitetet kan skyldes at kvinners omsorgsarbeid hemmer deres doktoravhandling og forskerkarriere og at man derfor ikke stiller like sterkt i køen. Kvotering vil ikke være tilfredsstillende da målet blir å skape tilnærmet like vilkår før kandidatene søker om faste stillinger. Som virkemiddel er det her pekt på en utvidelse av stipendieperioden for å kompensere for omsorgsarbeid¹⁹³.

I forbindelse med UiO-saken pekte blant annet utdanningsminister Kristin Clemet på at man nå må benytte seg av andre tiltak. Hun viser her til arbeidsvilkår som gjør kvinner i bedre stand til å kvalifisere til opprykk, som for eksempel undervisningsfrie semestre og mentorordninger. Hun peker også på

¹⁹¹ Sak nr. 4/2003. Helsedepartementet.

¹⁹² Se artikkel. "Klager på kameraderi" av Tonje T. Larsen. Magasinet. Februar 2003, "Innavl et hovedproblem" av Dag Øistein Endsjø. Aftenposten 29.01.03, og "Kallelsesretten" av Ola Dale, Likt og ULIKT. Nr. 24, april 2000

¹⁹³ "Likestilling på overflaten" av Ingunn Økland.

gunstige barnehageplasser for å rekruttere og holde på kvinner med små barn¹⁹⁴. Etter min mening er dette et viktig poeng i forhold til det faktum at man må se på kvinner og menns livssituasjon i forhold til omsorgsansvar og karriere. Det er fortsatt flest kvinner som velger å ta ansvar for barnet de første leveårene og at fokus på dette vil være et ledd i en holdningsendring som etter min mening er et viktig middel for å fremme likhet mellom kjønnene.

I forhold til tiltak som barnehageplasser og hushjelp for å fremme kvinner er dette arbeidsvilkår som faller inn under EØS-avtalen, man må her overholde de vilkårene som EF-domstolen legger til grunn om proporsjonalitet, objektivitet og fullstendig utestengelse.

I kampen for likestilling og fremme av kvinners rettigheter er det lett å glemme at likebehandling er en del av et ikke-diskriminerings prinsipp og at man diskriminerer menn i denne prosessen. Slik jeg ser det kan det grunnleggende prinsippet om likebehandling uavhengig av kjønn slik det også er nedfelt i EMK art. 14 komme i glemmeboken i kampen for å fremme kvinners stilling.

I forhold til holdningsendringer kan det tenkes at den norske regjering, til tross for tap, oppnådde mye gjennom UiO-dommen. Dommen skapte nemlig en livlig debatt om kjønns spørsmålet og satte fokus på kvinnens stilling i samfunnet.

¹⁹⁴ ”Samstemt kritikk mot EFTA-dom”. Aftenposten, 24.01.03

4 Litteraturliste

4.1 Lover

EØS-loven	Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) mv 27. november 1992, nr. 109
Kommuneloven	Lov om kommuner og fylkeskommuner av 25. september 1992 nr. 107 (kompl.)
Likestillingsloven	Lov om likestilling mellom kjønnene av 9. juni 1978 nr. 45
Universitetsloven	Lov om universiteter og høyskoler av 12. mai 1995, nr. 22

4.2 Forskrifter

Forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillingsombudet og Klagenemnda for likestilling	15. mars 1979 nr. 2
Forskrift om særbehandling av menn. Fastsatt ved kgl.res.	17. juli 1998 med hjemmel i lov av 9. juni 1978 nr. 45, § 3, 4. ledd

4.3 Stortingsdokumenter

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

4.4 EF- og EØS-rettslige kilder

EØS-avtalen	Avtale om det europeiske økonomiske samarbeidsområde av 27. november 1992 nr. 109
-------------	---

ODA	Avtale mellom EFTA-statene om opprettelse av et Overvåkningsorgan og en Domstol av 27. november 1992 nr. 109
EF-traktaten	Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap. Undertegnet i Amsterdam 2. oktober 1997 (Amsterdamtraktaten) Traktat om opprettelse av det Europeiske Fellesskap. Undertegnet i Roma 25. mars 1957 (Romatraktaten)
Likebehandlings- direktivet	Rådets direktiv 76/207/EØF av 9. februar 1976 om gjennomførelse av prinsippet om likebehandling av menn og kvinner for så vidt gjelder adgang til arbeid, yrkesutdanning og forfremmelse, samt arbeidsvilkår Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2002/73/EF av 23. september 2002 om endring av Rådets direktiv 76/207/EØF
EUs Human Right Charter	Charter of Fundamental Rights of The European Union, Nice, 7. desember 2000

4.5 Internasjonale konvensjoner

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen med protokoller av 21. mai
1999 nr. 30

FNs kvinnekonvensjon av 18. desember 1979

FNs charter av 26. juni 1945

ILO konvensjonen nr. 111. Convention concerning Discrimination in Respect og
Employment and Occupation, 1958

4.6 Tariffavtaler

Hovedavtalen i staten 1. januar 2002 – 31. desember 2005

4.7 Statistikk

Likestillingsbarometeret 2002

4.8 Handlingsplaner

Handlingsplan for likestilling UiO 2000 – 2004

4.9 Saksregister

4.9.1 Høyesterett

Rt. 1982 s. 241, Alta-saken

4.9.2 Klagenemnda for Likestilling

Sak nr. 1/1999. Hurum kommune mot Likestillingsombudet.

Sak nr. 4/2002. A v/B mot Statens Utdanningskontor i Vest-Agder

Sak nr. 11/2002. Truls Bjørvik mot Inger Haldorsens legat v/legatets styre

Sak nr. 4/2003. Helsedepartementet

4.9.3 EFTA-domstolen

Sak, E-1/02, EFTAs overvåkningsorgan mot Universitetet i Oslo

4.9.4 EF-domstolen

149/77, Defrenne mot Sabena
312/86, Kommisjonen mot Den Franske Republikk
C-450/93, Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen
C- 13/94. P v. S and Cornwall County Council
C-409/95, Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen.
C-158/97, Georg Badeck m.fl. og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des
Landes Hessen.
C-407/98, Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelquist
C-79/99, Julia Schnorbus mot Land Hessen
C-476/99, H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij

4.10 Juridisk litteratur

Arnesen, Finn. Introduksjon til rettskildelæren i EF, Oslo 1995
Craig, Paul og de Búrca, Gràine. EU LAW, text, cases and materials.
Second edition. 1998
Fanebust, Arne. Innføring i arbeidsrett. 2. utg. Bergen 2002
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 (29) s. 113 -32
Ketscher, Kirsten. Ska` vi kvotere eller hva`?, om kønskvotering.
Retsvidenskabeligt institut B, Københavns Universitet, Årsberetning 1989,
s. 192
Sejersted, Fredrik m.fl. EØS-rett. Oslo 1995
Vigerust, Elisabeth. Arbeid, barn og likestilling. Oslo 1998

4.11 Artikler

EFTA-nei til stillinger bare for kvinner av Gunnar Magnus. Aftenposten.

Får ikke lov til å reservere professorat for kvinner og Samstemt kritikk mot
EFTA-dom. . Aftenposten 24.01.03

Ikkje berre kvinner blir diskriminerte av Martin Toft.

Uniform 11/2002, 26. september

Innavl et hovedproblem av Dag Øistein Endsjø.

Aftenposten 29.01.03.

Innavl og kameraderi henger sammen av Anne Robberstad

Kallelsesretten av Ola Dale,

Likt og ULIKT. Nr. 24, april 2000

Klager på kameraderi av Tonje T. Larsen.

Magasinet. Februar 2003.

Likestilling på overflaten av Ingunn Økland

Norge står på sitt om kvinneprofessorater.

Aftenposten 23.09.01

På kvinners bekostning av Elisabeth Vigerust. Klassekampen.

Samstemt kritikk mot EFTA-dom.

Aftenposten, 24.01.03

Truleg dom mot kvinneprofessorat av Martin Toft,

Uniforum 11/2002, 26. september.

Vil unngå kvinnedominans på lærerværelset av Gunnar Magnus.

Aftenposten 03.01.03

5 Vedlegg

- Vedlegg 1. 312/86, Kommisjonen mot Den Franske Republikk
- Vedlegg 2. C-450/93, Eckhard Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen
- Vedlegg 3. C-409/95, Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen.
- Vedlegg 4. C-158/97, Georg Badeck m.fl. og Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen.
- Vedlegg 5. C-407/98, Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelquist
- Vedlegg 6. C-79/99, Julia Schnorbus mot Land Hessen
- Vedlegg 7. C-476/99, H. Lommers mot Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij
- Vedlegg 8. Sak nr. 4/2002. A v/B mot Statens Utdanningskontor i Vest-Agder
- Vedlegg 9. Sak nr. 11/2002. Truls Bjørvik mot Inger Haldorsens legat v/legatets styre
- Vedlegg 10. Sak, E-1/02, EFTAs overvåkningsorgan mot Universitetet i Oslo
- Vedlegg 11. EFTA-nei til stillinger bare for kvinner av Gunnar Magnus. Aftenposten
- Vedlegg 12. Får ikke lov til å reservere professorat for kvinner og Samstemt kritikk mot EFTA-dom. . Aftenposten 24.01.03
- Vedlegg 13. Ikkje berre kvinner blir diskriminerte av Martin Toft. Uniform 11/2002, 26. september
- Vedlegg 14. Innavl et hovedproblem av Dag Øistein Endsjø. Aftenposten 29.01.03.
- Vedlegg 15. Innavl og kameraderi henger sammen av Anne Robberstad

- Vedlegg 16. Kallelsesretten av Ola Dale, Likt og ULIKT. Nr. 24, april 2000
- Vedlegg 17. Klager på kameraderi av Tonje T. Larsen. Magasinet. Februar 2003.
- Vedlegg 18. Likestilling på overflaten av Ingunn Økland
- Vedlegg 19. Norge står på sitt om kvinneprofessorater. Aftenposten 23.09.01
- Vedlegg 20. På kvinners bekostning av Elisabeth Vigerust. Klassekampen
- Vedlegg 21. Samstemt kritikk mot EFTA-dom. Aftenposten, 24.01.03
- Vedlegg 22. Truleg dom mot kvinneprofessorat av Martin Toft,
Uniforum 11/2002, 26. september.
- Vedlegg 23. Vil unngå kvinnedominans på lærerværelset av Gunnar Magnus.
Aftenposten 03.01.03