



INTERNATIONELLA HANDELSHÖGSKOLAN
HÖGSKOLAN I JÖNKÖPING

Positiv särbehandling

Hur långt kan tillåten positiv särbehandling drivas enligt gällande rätt,
innan åtgärden klassas som otillåten diskriminering?

Filosofie magister uppsats inom Arbetsrätt

Författare: Anna Johansson och Anna Nettersand

Handledare: Ulrika Rosander

Framläggningsdatum 2006-05-31

Jönköping [05 2006]



JÖNKÖPING INTERNATIONAL BUSINESS SCHOOL
Jönköping University

Preferential treatment

**To what extent can preferential treatment be
driven, before the action is considered as
unlawful discrimination?**

Master's thesis within Labour legislation

Author: Anna Johansson och Anna Nettersand

Tutor: Ulrika Rosander

Jönköping 05 2006

Magisteruppsats inom arbetsrätt

Titel:	Positiv särbehandling. Hur långt kan tillåten positiv särbehandling drivas enligt gällande rätt, innan åtgärden klassas som otillåten diskriminering?
Författare:	Anna Johansson och Anna Nettersand
Handledare:	Ulrika Rosander
Datum:	2006-05-31
Ämnesord	Aktiva åtgärder, diskriminering och positiv särbehandling

Sammanfattning

Positiv särbehandling debatteras mycket både i Sverige och internationellt eftersom rättsläget är oklart. Rättsläget är oklart, då gränsdragningen mellan otillåten diskriminering och tillåten positiv särbehandling är svår att göra.

Både internationellt och nationellt finns en omfattande reglering gällande positiv särbehandling. I Sverige tillåts positiv särbehandling i jämställdhetslagen, men inte i lagen mot etnisk diskriminering. Inom EG-rätten regleras positiv särbehandling i likabehandlingsdirektivet och artikel 141 EG-fördraget. Även inom EG-rätten är endast positiv särbehandling gällande kön tillåten.

För att fastslå var gränserna för positiv särbehandling går, analyserar vi relevanta EG-mål. Sammantaget använder sig EG-domstolen av en restriktiv tillämpning av positiv särbehandling. EG-domstolen fastslår kriterier som måste vara uppfyllda för att särbehandling ska kunna tillämpas. Ett av kriterierna är att den sökande som blir positivt särbehandlad, måste ha likvärdiga meriter och kvalifikationer som en sökande av motsatt kön. Arbetsgivaren måste göra en objektiv bedömning av de sökande och får ej ge det underrepresenterade könet en ovillkorlig och undantagslös garanti till en tjänst. Dock får arbetsgivaren använda sig av kriterier som framstår som könsneutrala, men som i praktiken gynnar det underrepresenterade könet. Vid sin bedömning tolkar framförallt EG-domstolen artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Skulle domstolen finna att en nationell lagregel strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet, gör domstolen en tolkning av artikel 141.4 EG-fördraget.

Inom svensk aktuell praxis finns endast ett hovrättsmål angående positiv särbehandling. Hovrätten fastslår i likhet med EG-domstolen, att positiv särbehandling för etniska minoriteter ej är tillåten och gör därmed en restriktiv tolkning av lagutrymmet för positiv särbehandling.

Vår slutsats är att positiv särbehandling i dagsläget ej bör införas i lagen mot etnisk diskriminering. Däremot anser vi att positiv särbehandling bör finnas kvar i jämställdhetslagen, dock bör en definition och tillämpningskriterier i enlighet med EG-rätten införas.

Master's Thesis in Labour legislation

Title:	Preferential treatment. To what extent can preferential treatment be driven, before the action is considered as unlawful discrimination?
Author:	Anna Johansson och Anna Nettersand
Tutor:	Ulrika Rosander
Date:	2006-05-31
Subject terms:	Discrimination, positive action, preferential treatment.

Abstract

In English the term preferential treatment (positiv särbehandling) means: "The treatment of one individual or group of individuals in a manner which is likely to lead to better benefits, access, rights, opportunities or status than those of another individual or group of individuals. May be used positively when it implies a positive action intended to eliminate previous discriminatory or negatively where it is intended to maintain differentials or advantages of one individual/group of individuals over another."¹

Preferential treatment is a subject much debated both within Sweden and internationally. The subject is debated - mainly because it is hard to draw the line between unlawful discrimination and legal preferential treatment.

There is a wide international and national regulation concerning preferential treatment. In Sweden there is only one law, which allows preferential treatment. This law prohibits discrimination between women and men. Preferential treatment is, within the EC, regulated in the Equal Treatment Directive and article 141 EC treaty. Only preferential treatment concerning gender is allowed within the EC.

¹ One hundred words for equality, 1998, s 45.

Innehåll

1	Ämnet	3
1.1	Bakgrund.....	3
1.2	Syfte.....	4
1.3	Metod.....	5
1.4	Avgränsningar.....	5
1.5	Disposition.....	6
2	Områdets reglering	7
2.1	Inledning.....	7
2.2	Internationell rätt inom diskrimineringsområdet.....	7
2.2.1	EG-rätt.....	7
2.2.2	FN.....	10
2.2.3	ILO.....	10
2.3	Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering.....	10
2.3.1	Utformningen av jämställdhetslagen.....	10
2.3.2	Utformningen av lagen mot förbud av etnisk diskriminering.....	11
2.3.3	Direkt och indirekt diskriminering.....	12
2.4	Positiv särbehandling.....	14
2.4.1	Definition av positiv särbehandling.....	14
2.4.2	Debatt i doktrin kring positiv särbehandling.....	17
2.5	Sammanfattade synpunkter.....	22
3	Praxis.....	24
3.1	Inledning.....	24
3.2	Kalankemålet C-450/93.....	24
3.2.1	Bakgrund.....	24
3.2.2	Utredning av frågorna i målet.....	24
3.3	Marschallmålet C-409/95.....	25
3.3.1	Bakgrund.....	25
3.3.2	Utredning av frågan i målet.....	26
3.4	Badeckmålet C-158/97.....	27
3.4.1	Bakgrund.....	27
3.4.2	Utredning av frågan i målet.....	28
3.5	Abrahamssonmålet C-407/98.....	30
3.5.1	Bakgrund.....	30
3.5.2	Utredning av frågorna i målet.....	31
3.6	Uppsalafallet mål nr T 1040-05.....	33
3.6.1	Bakgrund.....	33
3.6.2	Yrkanden och parternas utveckling av talan i tingsrätten.....	34
3.6.3	Domskal tingsrätten.....	35
3.6.4	Domslut tingsrätten.....	37
3.6.5	Hovrättens domskäl och domslut.....	37
4	Analys.....	38
4.1	Inledning.....	38
4.2	Rättsfallsanalys.....	38

Error! Style not defined.

4.3	Bör positiv särbehandling införas i lagen mot etnisk diskriminering?.....	39
4.4	Är positiv särbehandling i jämställdhetslagen lämpligt?	41
4.5	Sammantagen slutsats	43
	Referenslista.....	44

1 Ämnet

1.1 Bakgrund

Varför är positiv särbehandling inom arbetsrätten ett intressant ämne? Ämnet debatteras mycket både i Sverige och internationellt, beroende på att rättsläget är oklart, genom att det är svårt att veta var gränsen går mellan otillåten diskriminering och tillåten positiv särbehandling.²

Vi anser att ett av skälen till att diskrimineringslagstiftning är nödvändig i samhället, är viljan att motverka effekten av fördomar och öka mångfalden. Uttrycket mångfald är ett vagt begrepp och definieras olika i skilda sammanhang, men generellt innefattar begreppet skillnader i ålder, religionstillhörighet, sexuell läggning, kön, värdering, funktionshinder, bakgrund och etnisk tillhörighet.³

Det finns en omfattande nationell och internationell rättsreglering gällande könsdiskriminering och etnisk diskriminering. Enligt 2 kap. 15 § regeringsformen får inte lag eller annan föreskrift missgynna någon medborgare på grund av ras, hudfärg eller etniskt ursprung. En liknande bestämmelse finns gällande kön i 2 kap. 16 § regeringsformen, dock finns här ett undantag för positiv särbehandling. Innebörden av detta är att positiv särbehandling är grundlagsfäst när det gäller könsdiskriminering, men inte när det gäller etnisk diskriminering.⁴

Frågan om huruvida positiv särbehandling ska tillåtas eller ej, leder inom många samhällsorgan, som till exempel diskrimineringsombudsmannen (DO), till en intressekonflikt. Å ena sidan är positiv särbehandling på grund av etnisk tillhörighet idag förbjuden, å andra sidan kan DO tänka sig att tillåta sådan diskriminering i framtiden.⁵

Sverige ratificerade två FN-konventioner 1971. Den första innebär att alla har lika rättigheter inför lagen gällande politiska och medborgliga rättigheter.⁶ Den andra konventionen innebär lika ekonomiska, kulturella och sociala rättigheter.⁷ Avseende diskriminering av kvinnor ratificerade Sverige 1980 en FN-konvention, som har till syfte att förplikta konventionsstaterna att vidta lämpliga åtgärder mot all diskriminering av kvinnor.⁸ Inom EG finns förordningar och direktiv som reglerar diskriminering, däribland EU-fördraget och likabehandlingsdirektivet.⁹

Jämställdhetslagen tillkom i början av 1980-talet medan resterande arbetsrättslig diskrimineringslagstiftning tillkom senare, särskilt genom 1999 års lagar. Dock tillkom lagen om etnisk

² Se t.ex Roth, 2004.

³ Integrationsverket, 2001, s 10.

⁴ 15-16 §§ regeringsformen (2003:593).

⁵ Se t.ex. DN.debatt, 20/3 2006.

⁶ 1966 års FN-konvention om medborgliga och politiska rättigheter.

⁷ 1966 års FN-konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

⁸ 1979 års FN-konvention om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor.

⁹ Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

diskriminering redan 1994, men brukar inkluderas med 1999 års lagar eftersom stora förändringar i lagen skedde då. 1999 års lagar behandlar diskriminering på grund av sexuell läggning, funktionshinder samt etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.¹⁰ En gemensam princip för diskrimineringslagarna är att de bygger på samma grunder och skall vara så lika varandra som möjligt till sin utformning.¹¹ Den senaste av diskrimineringslagarna inom arbetslivsområdet är lagen om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, vilken trädde i kraft den 1 juli 2002.¹² Skillnaden mellan den lagen och de fyra andra diskrimineringslagarna är att den senaste lagen är mindre omfattande. Ytterligare en civilrättslig diskrimineringslagstiftning är 2003 års diskrimineringslag, vilken har samma skyddsområde som 1999 års diskrimineringslagarna men ett bredare tillämpningsområde.¹³

Utöver den arbetsrättsliga diskrimineringslagstiftningen finns även straffrättsligt ett skydd mot diskriminering. I 1 st. 9 § 16 kap. brottsbalken stadgas att om en näringsidkare ”diskriminerar någon på grund av hans ras, hudfärg, nationella eller etniska ursprung eller trosbekännelser”, jämfört med hur en näringsidkare behandlar andra, döms näringsidkaren för olaga diskriminering. Straffet för olaga diskriminering är böter eller fängelse i högst ett år.

1.2 Syfte

Med denna uppsats undersöker vi gränserna för positiv särbehandling och hur långt arbetsgivare kan driva positiv särbehandling utan att dömas för diskriminering. Vi belyser lagen mot etnisk diskriminering¹⁴ och jämställdhetslagen¹⁵ för att se om dessa två lagar skiljer sig åt i detta avseende. Skulle vi finna att det finns skillnader mellan dessa diskrimineringslagar så analyserar vi olikheterna. Vi analyserar en hovrättsdom vilken behandlar högskoleförordningen.¹⁶ Vi analyserar även den så kallade Tham-förordningen.¹⁷ För att få en komplett bild av rättsläget väljer vi att undersöka gällande internationell rätt.

Om vi kommer fram till att jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering är otillräckliga eller inte är förenliga med internationell rätt, ger vi förslag på ändringar i lagtexten. Med vårt syfte som utgångspunkt, diskuterar vi frågan om positiv särbehandling främjar eller motverkar jämställdhet.

¹⁰ Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

¹¹ Prop. 2004/05:147 s 45.

¹² Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.

¹³ Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

¹⁴ Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

¹⁵ Jämställdhetslag (1991:433).

¹⁶ Högskoleförordningen (1993:100).

¹⁷ Förordning (1999:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte. Förordningen kallas Tham-förordningen eftersom förordningen tillkom under Karl Thams tid som utbildningsminister.

1.3 Metod

Vi använder rättsdogmatisk metod, vilken har sin utgångspunkt i rättskällorna. Vi använder i denna uppsats lagtext, förarbeten, rättsfall och doktrin. Rättsdogmatisk forskning har i doktrinen beskrivits som att till exempel ha som syfte att dels fastställa gällande rätt, dels ge förslag på hur rättsläget borde se ut och tillämpas. För att få förståelse för hur lagreglerna fungerar i praktiken, hämtar rättsdogmatikern kunskap genom bland annat läsning av facklitteratur. Vidare fortsätter rättsdogmatikern med att undersöka betydelsen av olika bakomliggande värderingar till reglerna. För att få en komplett bild bör även rättshistorien, rättsjämförelser och det internationella perspektivet beaktas. För en rättsdogmatiker blir resultatet rekommendationer om hur tillämpningen av rättsregler ska utföras.¹⁸

Då svensk högsta domstolspraxis inte finns ännu gällande positiv särbehandling, väljer vi att ta upp en hovrättsdom. Högsta domstolens avgörande rörande det aktuella fallet förväntas komma sommaren 2006 och faller därmed utanför denna uppsats tidsram.

Det har tidigare funnits en förordning¹⁹ som uttryckligen har tillåtit en sorts positiv särbehandling, avsedd för ett avgränsat jämställdhetssyfte. Den här förordningen är sedan 1 juni 2005 upphävd, men då vi gör en analys av hur rättsläget kan förbättras, är förordningen fortfarande intressant att undersöka. Ovanstående resonemang leder till att utöver jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering, studerar vi även den så kallade Thamförordningen.

I uppsatsen används begreppet internationell rätt, detta begrepp innefattar enligt vår avgränsning EG-rätt, FN-konventioner och Internationella arbetsorganisationens konvention. Vi väljer att presentera den internationella rätten i kapitel 2 för att i praxisavsnittet göra en djupare analys.

För att få en bredare förståelse för hur positiv särbehandling kan fungera i praktiken, väljer vi att dra vissa paralleller till det amerikanska systemet. En sådan jämförelse anser vi vara motiverad, eftersom USA har en omfattande diskrimineringshistoria och därmed även utförlig reglering på området. Dock är vår studie av USA:s diskrimineringshistoria begränsad, då den endast i viss mån är relevant för vår uppsats. Vårt syfte är således inte att genomföra en fullständig komparativ studie.

I uppsatsen väljer vi att ta med en källa, som normalt inte utgör en vedertagen rättskälla. Artiklar²⁰ som finns med i vår uppsats är hämtade från Dagens Nyheters nätupplaga. Artiklarna tas med eftersom vi anser att argumenten i artiklarna är relevanta för vår uppsats, trots att de inte är tagna från en juridisk facktidsning.

1.4 Avgränsningar

Lagen mot etnisk diskriminering är till sin utformning mycket lik de andra diskrimineringslagarna, däremot har jämställdhetslagen vissa särdrag. Således är det enligt vår bedömning mest lämpligt att jämföra jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering med var-

¹⁸ Lehrberg, 2001, s 38.

¹⁹ Förordning (1999:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte.

²⁰ Dahrendorf, Duker, Lundby-Wedin, Nordh, Ekström, Sörman, Ekström och Strömmer.

andra. Uppsatsen blir mer djupgående och analyserande när vi noggrant belyser två diskrimineringslagar istället för att ytligt behandla alla lagar på området. Därför behandlar vi inte lagen mot diskriminering av funktionshindrade, lagen mot diskriminering på grund av sexuell läggning eller lagen mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.²¹

Den praxis som finns gällande positiv särbehandling, rör anställning och befordringssituationer och därmed faller löner, uppsägning, repressalier och påföljder utanför uppsatsens ramar.

Då vårt syfte är att behandla huvudsakligen nationell rätt, väljer vi att endast belysa de delar av den internationella rätten som behövs för att förstå var den svenska lagtexten härstammar från. En avgränsning gentemot en bred redogörelse av den internationella rätten är därför nödvändig för att den inte ska ta fokus från vårt syfte. För att uppnå en sådan redogörelse granskar vi djupgående artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Motivet till att vi väljer dessa artiklar är att den praxis som finns rörande positiv särbehandling i EG-rätten, framförallt gäller tolkningen av artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Positiv särbehandling finns reglerad civilrättsligt och straffrättsligt, men vi väljer att endast behandla den civilrättsliga delen. Dock behandlar vi ej 2003 års diskrimineringslag eftersom lagens tillämpningsområde faller utanför vårt syfte.²² Anledningen till denna avgränsning är att vi anser att vår uppsats blir tydligare, om vi inte behandlar den straffrättsliga delen.

1.5 Disposition

Efter detta inledande kapitel behandlas regleringen angående diskriminering och positiv särbehandling. Därefter undersöks hur positiv särbehandling behandlas i praxis. I praxisavsnittet har vi en kronologisk disposition. Vi anser att en sådan disposition bäst främjar förståelsen för läsaren, eftersom EG-domstolen ofta refererar till tidigare avgjorda mål. Efter praxisgenomgången analyserar vi rättsläget på området, här ger vi förslag till lösningar till ökad mångfald i arbetslivet. Vi avslutar med våra slutsatser som ämnar besvara frågorna som ställs i syftet.

²¹ Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

²² Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

2 Områdets reglering

2.1 Inledning

I avsnitt 2.2 nedan gör vi en genomgång av den relevanta internationella rätten inom diskrimineringsområdet. I svensk lag finns ingen definition av begreppet positiv särbehandling, effekten av detta blir att gränsdragningen blir svår gentemot likartade begrepp. För att bedöma vad positiv särbehandling innebär krävs en redogörelse av internationella rättkällor såsom FN-konventioner och EG-rätt.²³ Störst tyngdpunkt läggs på EG-rätten. Inom EG-rätten är artikel 12 och 141 EG-fördraget och likabehandlingsdirektivet av störst betydelse och behandlas därför först i avsnittet.

Vi beskriver i avsnitt 2.3 hur jämställdhetslagen och lagen om etnisk diskriminering är utformade samt förklarar begreppen direkt- och indirekt diskriminering.

I avsnitt 2.4 väljer vi att presentera den svenska begreppsförklaringen av positiv särbehandling, genom att undersöka lagtext, förarbeten och doktrin. Vi presenterar även den aktuella debatten som pågår i doktrinen angående huruvida positiv särbehandling ska användas som en åtgärd för jämställdhet eller ej.

2.2 Internationell rätt inom diskrimineringsområdet

2.2.1 EG-rätt

2.2.1.1 Likabehandlingsdirektivet

Inom det europeiska samarbetet har likabehandlingsdirektivet utarbetats. Sedan Europeiska Unionens råd antog direktivet 1974, har direktivet genomgått ett flertal förändringar och de sista ändringarna ska vara genomförda i medlemsstaterna senast den 5 oktober 2005. Syftet med likabehandlingsdirektivet är att förbjuda direkt och indirekt diskriminering på grund av kön i arbetslivet och utbildningssammanhang.²⁴ Praxis fastställer att regler i anställningsavtal som inte följer principen om likabehandling ska ogiltigförklaras. Avgörandet grundas på artikel 2 likabehandlingsdirektivet.²⁵

I artikel 2 likabehandlingsdirektivet står följande:

”1, I följande bestämmelser skall likabehandlingsprincipen innebära att det inte får förekomma någon som helst diskriminering på grund av kön, vare sig direkt eller indirekt, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus.

”

²³ SOU 2006:22 s 600-601.

²⁴ Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

²⁵ Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (C-165/82) punkt 9-11.

4, Detta direktiv skall inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män, i synnerhet när det gäller att avlägsna befintliga ojämlikheter som påverkar kvinnors möjligheter på de områden som nämns i artikel 1.1.”

2.2.1.2 Likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung

Syftet med likabehandlingsdirektivet²⁶ angående ras och etniskt ursprung ”är att fastställa en ram för bekämpning av diskriminering på grund av ras eller etniskt ursprung”.²⁷ December 1999 enades Europeiska rådet om vissa riktlinjer för sysselsättningen påföljande år. Riktlinjerna betonar åtgärder som främjar social integrering och motverkar diskriminering av minoriteter.²⁸ Rådet anser att förbudet mot diskriminering på grund av ras eller etnisk diskriminering, inte bör stå i vägen för åtgärder som har till syfte att kompensera eller förebygga nackdelar för minoritetsgrupper.²⁹ Positiv särbehandling bör endast utnyttjas när en arbetstagare av en viss ras eller etniskt ursprung är avgörande för tjänsten. Dock måste syftet med särbehandlingen vara berättigat och kravet på viss ras eller etniskt ursprung för tjänsten får ej vara orimligt.³⁰

Artikel 5 reglerar positiv särbehandling och har följande lydelse:

”I syfte att säkerställa full jämlikhet i praktiken får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om särskilda åtgärder för att förhindra att personer av en viss ras eller ett visst etniskt ursprung missgynnas eller att kompensera för ett sådant missgynnande.”

2.2.1.3 EG-fördraget artikel 12 och artikel 141

Icke-diskrimineringsprincipen i EG-fördraget, vilken finns i artikel 12, är en grundläggande princip inom EU. Principen innebär att alla invånare inom den EU ska behandlas lika och därmed är all diskriminering förbjuden.³¹ Förbudet gäller både direkt och indirekt diskriminering.

Artikel 141 EG-fördraget är den artikel som är av störst betydelse gällande jämställdhet. Den centrala bestämmelsen gällande positiv särbehandling anges i artikel 141.4 EG-fördraget. Bestämmelsen innebär att medlemsstaterna har rätt att besluta om åtgärder som frångår likabehandlingsprincipen, om syftet är att hjälpa det underrepresenterade könet i arbetslivet. Artikel 141.4 EG-fördraget ska endast tolkas i en tvist, i det fall domstolen finner att artikel 2 likabehandlingsdirektivet utgör hinder mot en nationell lagstiftning.³² Artikel 141 EG-fördragets första och fjärde punkt lyder:

²⁶ Likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung 2000/43/EG.

²⁷ Artikel 1 likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung 2000/43/EG.

²⁸ Åttonde skälet till antagandet av likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung 2000/43/EG.

²⁹ Sjuttonde skälet till antagandet av likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung 2000/43/EG.

³⁰ Artonde skälet till antagandet av likabehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung 2000/43/EG.

³¹ Artikel 12 EG-fördraget.

³² Mål C-407/98 Abrahamssonmålet.

"1. Varje medlemsstat skall säkerställa att principen om lika lön för kvinnor och män för lika arbete eller likvärdigt arbete tillämpas.

...

4. I syfte att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män får principen om likabehandling inte hindra en medlemsstat från att behålla eller besluta om åtgärder som rör särskilda förmåner för att göra det lättare för det underrepresenterade könet att bedriva yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären."³³

Artikel 141 är en allmän princip gällande likabehandling i arbetslivet.³⁴ Tolkningen av artikel 141 ska göras i enlighet med dess ändamål och får därmed inte tolkas restriktivt.³⁵ De två syften som artikeln har är för det första socialt och för det andra ekonomiskt. Genom att införa principen om likabehandling ska det sociala syftet uppfyllas.³⁶ Innebörden av det sociala syftet är att genom gemensamma åtgärder verka för förbättrade arbets- och levnadsvillkor för medborgarna inom den europeiska unionen.³⁷ Det ekonomiska syftet handlar om att motverka låglönekonkurrensen.³⁸ Ett avgörande i EG-domstolen stadgar att det sociala syftet ska prioriteras framför det ekonomiska syftet.³⁹ I förklaring nr 28 om artikel 141.4 står följande:

"När medlemsstaterna beslutar om sådana åtgärder som avses i artikel 141.4 i Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen bör de i första hand sträva efter att förbättra kvinnornas situation i arbetslivet."

2.2.1.4 Amsterdamfördraget

Artikel 141.1 och 141.4 EG-fördraget har den nu gällande lydelsen sedan Amsterdamfördraget trädde ikraft den 1 maj 1999. I och med ikraftträdandet av Amsterdamfördraget⁴⁰ får jämställdhet en ännu starkare ställning, eftersom artikel 2 i fördraget anger jämställdhet som ett betydelsefullt mål för gemenskapen. Elimineringen av könsdiskriminering är av yttersta vikt för EU, då avskaffandet av diskriminering ingår i de grundläggande personliga mänskliga rättigheterna. Genom Amsterdamfördraget grundas den så kallade *mainstreaming*-principen⁴¹, vilken innebär att gemenskapen ska skapa jämställdhet mellan de båda könen i all verksamhet.

³³ Artikel 141.1 EG-fördraget och Artikel 141.4 EG-fördraget.

³⁴ Artikel 141 EG-fördraget.

³⁵ Ellis, 1998, s 63.

³⁶ Defrenne-II målet (C-43/75).

³⁷ Schröder (C-50/96).

³⁸ Defrenne-II målet (C-43/75).

³⁹ Schröder (C-50/96) punkt 53-57, Sievers och Schrage (C-270/97).

⁴⁰ Amsterdamfördraget 1 maj 1999.

⁴¹ Amsterdamfördraget 1 maj 1999, artikel 3.

2.2.2 FN

År 1979 undertecknar medlemsstaterna i FN en kvinnokonvention angående eliminering av all diskriminering av kvinnor. Konventionen blir juridiskt bindande samma år. I artikel 4.1 i 1979 års kvinnokonvention stadgas positiv särbehandling, genom att konventionsstaterna tillåts att vidta åtgärder av tillfällig natur för att skapa ett jämställt samhälle. Artikel 4 är inte tvingande utan innebär att medlemsstaterna kan utöva positiv särbehandling, utan att anklagas för diskriminering.⁴² Sådana åtgärder får endast föreligga under en begränsad tidsperiod för att inte åtgärderna ska leda till permanenta åtskillnader mellan könen. Exempel på åtgärder enligt kvinnokommittén är aktiva statliga åtgärder och kvotering.⁴³

2.2.3 ILO

Internationella arbetsorganisationens konvention nr 111 angående diskriminering, behandlar positiv särbehandling. Sverige ratificerade 1962 konvention nr 111 år. I artikel 1 finns följande undantag för positiv särbehandling:

”Positiv särbehandling under en övergångstid i syfte att åstadkomma verklig jämställdhet mellan könen skall ej betraktas som diskriminerande.”

Artikel 5 samma konvention, förklarar hur en konventionsstat ska besluta om särskilda åtgärder för att tillgodose jämställdheten. Staten ska samråda med representativa arbetstagare och arbetsgivarorganisationer, för att besluta om vilka åtgärder som ska vidtas till förmån för personer som är i behov av särskilt skydd. Människor som kan anses vara i behov av sådant skydd är personer tillhörande underrepresenterat kön eller personer som på grund av sociala och kulturella skäl är i behov av extra skydd.⁴⁴

2.3 Jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering

2.3.1 Utformningen av jämställdhetslagen

Jämställdhetslagen har som ändamål att främja jämställdhet i arbetslivet. Framför allt siktar lagen till att förbättra kvinnors villkor i arbetslivet, vilket fastställs i 1 §. För att detta syfte ska uppnås åligger det både arbetstagare och arbetsgivare att samverka om aktiva åtgärder, som följer av 2 §.

3-14 §§ specificerar hur de aktiva åtgärderna ska genomföras. Arbetsgivarens skyldigheter är enligt sistnämnda paragrafer att bedriva ett målinriktat arbete, för att aktivt främja jämställdhet i arbetslivet. Detta arbete ska visa sig genom att arbetsförhållanden anpassas till båda könen, vilket även innebär en möjlighet att kombinera föräldraskap med arbetet. Arbetsgivaren har även som skyldighet att förebygga och förhindra trakasserier på arbetsplatsen. Genom bland annat utbildning ska arbetsgivaren främja att det blir en jämn fördelning mellan kvinnor och män på olika avdelningar. När det gäller rekrytering ska arbetsgivaren verka för att lediga anställningar söks av båda könen. Har arbetsplatsen inte en jämn fördelning mellan kvinnor och män, åligger det arbetsgivaren vid rekrytering att särskilt an-

⁴² 1979 års FN-kvinnokonvention artikel 4.1.

⁴³ CEDAW General Recommendation no.5 (1988).

⁴⁴ ILO-deklarationen nr 111, artikel 5.

stränga sig för att få sökande av det underrepresenterade könet. Dock gäller inte föregående om särskilda skäl talar emot sådana åtgärder eller om omständigheter och arbetsgivarens resurser inte gör dessa åtgärder rimliga. Det finns även reglering av vilka aktiva åtgärder som ska genomföras rörande lönefrågor, jämställdhetsplan och kollektivavtal.

Definitioner av vad direkt och indirekt diskriminering innebär finns i 15 § respektive 16 §. En mer omfattande genomgång av vad dessa begrepp innebär görs nedan. Enligt 16 a § och 16 b § får en arbetsgivare inte trakassera arbetstagare eller ge order och instruktioner till en arbetstagare om diskriminering av en person. 17 § 1st. beskriver i vilka situationer förbuden mot könsdiskriminering gäller. I 17 § 2 st. finns undantagen till första stycket. Ett av undantaget är den så kallade positiva särbehandlingsregeln.

En arbetssökande som blivit nekad en tjänst, har enligt 21 § rätt att få en skriftlig uppgift på vilka meriter som krävs för att få arbetet. Lagen behandlar i 22 § förbud för arbetsgivaren att utsätta arbetstagare för repressalier, på grund av att arbetstagaren vägrar acceptera sexuella trakasserier, eller på grund av att arbetstagaren anmäler arbetsgivaren för lagbrott enligt jämställdhetslagen. Skulle arbetsgivaren få kännedom om att någon av arbetstagarna blivit utsatt för trakasserier, ska arbetsgivaren utreda omständigheterna kring detta i syfte att förhindra fortsatta trakasserier.

Påföljder och skadestånd regleras i 23-29 §§.

En jämställdhetsombudsman och en jämställdhetsnämnd ska enligt 30 § kontrollera att jämställdhetslagen efterföljs. Deras uppgifter och befogenheter regleras i 31-44 §§.

2.3.2 Utformningen av lagen mot förbud av etnisk diskriminering

Enligt 1 § har lagen till syfte att främja arbetstagares lika rättigheter och möjligheter oavsett etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. Arbetstagare och arbetsgivare måste enligt 2 § samverka för att fullfölja lagens syfte.

Arbetsgivaren måste bedriva aktiva åtgärder enligt 4-7 §§. Åtgärderna ska genomföras i enlighet med vad som kan krävas med tanke på arbetsgivarens resurser och omständigheter i övrigt. Med aktiva åtgärder menas att arbetsgivaren ska förebygga och förhindra trakasserier och repressalier. Vid rekryteringen måste arbetsgivaren verka för att personer av olika etniska ursprung söker lediga anställningar.

Förbud mot direkt och indirekt diskriminering finns i 8-9 §§. I 9 § 2st. finns undantaget från förbudet mot indirekt diskriminering. Vi behandlar direkt och indirekt diskriminering mer utförligt nedan.

En arbetsgivare är förbjuden att trakassera en arbetssökande eller arbetstagare, enligt 9 a §. Trakassering enligt denna paragrafs betydelse innebär kränkning av en arbetstagares värdighet och förknippas med arbetstagarens etniska tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning. 9 b § stadgar att arbetsgivaren inte får ge instruktioner eller order som leder till diskriminering. I 10 § regleras det i vilka situationer arbetsgivaren måste följa trakasseringsförbuden. I 10 § 2st. nämns att förbudet mot direkt diskriminering har ett undantag. Undantaget får tillämpas när arbetsgivaren beslutar om anställning, befordran eller utbildning för befordran, dock finns ett krav ställt till detta undantag. Kravet innebär att tjänsten måste kräva att arbetstagaren tillhör viss etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning, för att arbetet ska kunna utföras på ett tillfredställande sätt. Enligt 11 § har en arbetssökanden som har blivit nekad anställning, rätt att på begäran få ett skriftligt utlåtande om vilka meriter som krävs för anställningen.

12 och 13 §§ förbjuder arbetsgivaren att utsätta en arbetstagare för repressalier efter det att arbetstagaren anmält arbetsgivaren för diskriminering eller brott mot aktiva åtgärder. När arbetsgivaren får kännedom om trakasserier måste händelsen utredas och åtgärder vidtas .

14-20 §§ behandlar påföljder och skadestånd vid brott mot lagen. Enligt 21 § ska en ombudsman mot etnisk diskriminering och en nämnd mot diskriminering kontrollera att lagen efterföljs. Nämnden och ombudsmannens uppgifter och befogenheter styrs av 22-35 §§. Tillvägagångssättet av rättegången beskrivs i 36-43 §§.

2.3.3 Direkt och indirekt diskriminering

Definitionen av direkt diskriminering har sitt ursprung i artikel 2.2 likabehandlingsdirektivet.⁴⁵ Begreppet direkt diskriminering finns även definierat i 15 § jämställdhetslagen och har där följande lydelse:

”En arbetsgivare får inte missgynna en arbetsökande eller en arbetstagare genom att behandla henne eller honom sämre än arbetsgivaren behandlar, har behandlat eller skulle behandlat någon annan i en jämförbar situation om missgynnandet har samband med kön.”⁴⁶

8 § lagen mot etnisk diskriminering är uppbyggd på samma sätt och innehåller en nästan identisk formulering, skillnaden ligger endast i att ordet kön är utbytt mot ”...etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning”.⁴⁷ Liknande definitioner av direkt diskriminering finns i alla 1999 års arbetsrättsliga lagar.⁴⁸

Nyckelord i de svenska diskrimineringslagarna är missgynnande, jämförelse och orsaks-samband.⁴⁹ Missgynnande innebär att någon person får utstå en behandling som orsakar en skada eller nackdel. Inte bara aktivt handlande kan falla inom begreppet missgynnande, utan även underlåtenhet att handla kan anses missgynnande. Missgynnande kan exempelvis vara att en person lider av trakasserier/mobbning eller får instruktioner att diskriminera någon annan.⁵⁰

Jämförelsen mot hur andra personer i en liknande situation behandlas, har blivit behandlade eller skulle ha behandlats görs gentemot en faktiskt existerande person.⁵¹ Vid de tillfällena då det inte finns någon faktiskt existerande person i en likartad situation, är det tillåtet att jämföra med en fiktiv person.⁵²

⁴⁵ Artikel 2.2 likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

⁴⁶ 15 § jämställdhetslag (1991:433).

⁴⁷ 8 § lagen mot etnisk diskriminering (1999:130).

⁴⁸ Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder, lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

⁴⁹ SOU 2004:55, s 103.

⁵⁰ SOU 2004:55, s 103.

⁵¹ 8 § lagen mot etnisk diskriminering (1999:130).

⁵² SOU 2004:55, s 103.

Orsakssamband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden är ett absolut krav för att handlandet ska anses som direkt diskriminering. Exempel på ett starkt orsakssamband är när arbetsgivarens intention är att diskriminera en person på grund av personens kön, etniska tillhörighet, sexuella läggning, religion eller annan trosuppfattning eller funktionshinder. Det krävs dock inte att avsikten att diskriminera är det enda skälet till missgynnandet, inte heller krävs det att avsikten är det avgörande skälet. Det räcker med att det finns ett samband mellan missgynnandet och diskrimineringsgrunden.⁵³

I likhet med direkt diskriminering har indirekt diskriminering sitt ursprung i artikel 2.2 likabehandlingsdirektivet.⁵⁴ Indirekt diskriminering finns även definierat i 16 § jämställdhetslagen och har där följande lydelse:

”En arbetsgivare får inte missgynna en arbetsökande eller en arbetstagare genom att tillämpa en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfaringsätt som framstår som neutralt men som i praktiken missgynnar personer av det ena könet.”⁵⁵

I 9 § lagen mot etnisk diskriminering finns den motsvarande bestämmelsen gällande indirekt diskriminering. Dock står det inte kön utan ”...personer med en viss etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.”⁵⁶

Centrala begrepp i lagtexten angående indirekt diskriminering är missgynnande, jämförelse och intresseavvägning.⁵⁷ Missgynnandekriteriet är nödvändigt för att en handling ska klassas som indirekt diskriminering. Kriteriet för missgynnande har liknande betydelse som vid direkt diskriminering. Personen som anser sig missgynnas måste således känna obehag, lida en faktisk skada eller annan nackdel. När en arbetsgivare tillämpar en bestämmelse, ett kriterium eller ett förfarandesätt som vid första anblicken verkar neutralt, men som i praktiken är diskriminerande för någon av de skyddade diskrimineringsgrupperna, är handlandet missgynnande.⁵⁸

Jämförelsebegreppet innebär i fråga om indirekt diskriminering, att en jämförelse görs mellan den grupp som den missgynnade personen tillhör och en annan icke missgynnad grupp. Denna jämförelse görs för att fastställa om en handling är diskriminerande gentemot en person ur en speciell grupp. En handling kan anses vara indirekt diskriminerande om det finns en avgörande skillnad mellan jämförelsegruppernas förmåga att uppfylla arbetsgivarens krav och den diskriminerade gruppen. Till skillnad från direkt diskriminering måste jämförelsen vara faktisk och det finns således ingen möjlighet att göra en hypotetisk jämförelse vid indirekt diskriminering.⁵⁹

En arbetsgivare har möjlighet att tillämpa ett kriterium, förfarande eller bestämmelse som kan upplevas som missgynnande för en diskrimineringskyddad grupp. Förutsättningen för

⁵³ SOU 2004:55, s 103-104.

⁵⁴ Artikel 2.2 likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

⁵⁵ 16 § jämställdhetslagen (1991:433).

⁵⁶ 9 § lagen mot etnisk diskriminering (1999:130).

⁵⁷ SOU 2004:55 s 111.

⁵⁸ SOU 2004:55 s 111.

⁵⁹ SOU 2004:55 s 111-112.

att få utnyttja denna möjlighet är att två krav är uppfyllda. Det första kravet innebär att målet med den diskriminerande handlingen är godtagbart enligt objektiva kriterier. Målet ska vara så pass viktigt att principen om icke-diskriminering får åsidosättas. Det andra kravet innebär att den diskriminerande handlingen, för att uppnå det viktiga målet, ska vara lämplig och nödvändig. Innebörden av detta är att om det finns alternativa medel för att uppnå samma mål, som inte är diskriminerande, ska dessa medel användas.⁶⁰

Bevisbördan enligt förarbeten⁶¹ till jämställdhetslagen stadgar att den arbetssökande/arbetstagare som anser sig ha blivit diskriminerad, ska visa att det finns anledning att anta att diskriminering har förekommit. Kan arbetstagare/arbetssökande visa att sådan diskriminering har förekommit, åligger det arbetsgivaren att bevisa att det inte har förekommit diskriminering.

2.4 Positiv särbehandling

2.4.1 Definition av positiv särbehandling

2.4.1.1 Lagtext och propositioner

Undantagen till förbuden mot direkt diskriminering finns i 17 § 2 st. jämställdhetslagen och 10 § 2 st. lagen mot etnisk diskriminering. Första punkten i detta stycke finns i både jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering. Nedan citeras 17 § 2 st. jämställdhetslagen.

”Förbudet mot direkt diskriminering gäller inte

- 1. vid beslut om anställning, befordran eller utbildning för befordran om visst kön är nödvändigt på grund av arbetets natur eller det sammanhang där det utförs, eller*
- 2. om behandlingen är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet och det inte är fråga om tillämpning av löne- eller andra anställningsvillkor för arbeten som är att betrakta som lika eller likvärdiga.”⁶²*

Vid utformningen av första punkten används EG-rätten som vägledning för att få ett så precist och tydligt begrepp som möjligt. Lydelsen före den 1 juli 2003 var alltför vid och kunde ge upphov till tolkningsproblem.⁶³

Anledningen till att den första punkten återfinns i både jämställdhetslagen och lagen mot etnisk diskriminering är att regeln har sitt ursprung i artikel 2 likabehandlingsdirektivet.⁶⁴ Användandet av den första punkten ska vara restriktivt och endast tas i beaktande när ”... det motstående intresset inte ska kunna tillgodoses på annat sätt än genom att intresset av

⁶⁰ SOU 2004:55 s 112.

⁶¹ Prop. 1999/2000:143 s 48 f.

⁶² 17 § 2 st. jämställdhetslag (1991:433).

⁶³ Prop. 2004/05:147 s 101.

⁶⁴ Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

jämställdhet får vika”.⁶⁵ När en sådan situation kan uppkomma är exempelvis när en teaterledning vill anställa endast manliga skådespelare för manliga roller. Skälet till att ett sådant förfarande kan godkännas, är att valet av manliga skådespelare rör sig om nödvändiga sakliga förutsättningar och kvinnor inte kan sägas bli diskriminerade. Ett annat exempel på när jämställdhetsintresset får ge vika, är inom sjukvården där det krävs respekt för olika trosuppfattningar och kulturer. Ideella organisationer, politiska partier och trossamfund har också befogad anledning att utnyttja undantaget när delade värderingar och uppfattningar är grunden till organisationen.⁶⁶ Dock gäller det sistnämnda exemplet enbart om arbetsgivaren har starka skäl. Starka skäl innebär att den anställde verkar för eller associeras med organisationen, undantaget gäller således inte oavsett arbetsuppgifter. Syftet/målet med att frångå förbudet mot direkt diskriminering måste vara tydligt för att undantagsregeln ska vara applicerbar. Anledningen till att arbetsgivare åläggs detta tydlighetskrav, är att jämställdhetsmålet inte ska frångås mer än nödvändigt.⁶⁷ Höga krav ställs alltså på att arbetsgivaren kan argumentera för sin sak.⁶⁸

17 § 2st. 2p. jämställdhetslagen återfinns ej i lagen mot etnisk diskriminering, vilket leder till att positiv särbehandling endast är reglerad gällande könsdiskriminering. De lagar där positiv särbehandling är reglerad är jämställdhetslagen och högskoleförordningen⁶⁹. Högskolorna är tillåtna att använda positiv särbehandling enligt högskoleförordningen. Denna rättighet är dock förknippad med tre skyldigheter som måste vara uppfyllda för att positiv särbehandling ska vara tillåten. Kraven innebär att tillräckliga kvalifikationer krävs av det underrepresenterade könet. Skillnaderna i kvalifikationerna får inte vara så stora att saklighetskravet åsidosätts vid en anställning av det underrepresenterade könet. Dessutom krävs att den positiva särbehandlingen är ett led i det planmässiga jämställdhetsarbetet hos arbetsgivaren.⁷⁰ Lagregeln är fakultativ.

När myndigheter beslutar att anställa innebär det ett myndighetsbeslut och därmed måste 1 kap. 9 § regeringsformen beaktas.⁷¹ Vid statlig anställning måste hänsyn tas till 11 kap 9 § 2 st. regeringsformen. I 11 kap. 9§ 2 st. måste vissa sakliga grunder vara uppfyllda för att anställningen inte ska strida mot grundlagen. Sakliga grunder är ett uttryck för objektivitetsprincipen. I lagtexten står att sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet ska beaktas vid anställning. I och med att lagtexten är formulerad på detta vis, finns det utrymme att tolka in även andra sakliga grunder än förtjänst och skicklighet.⁷² Förarbetena ger exempel på vad som också kan innefattas i begreppet sakliga grunder. Arbetsmarknadspolitisk hänsyn är ett sådant exempel.⁷³ Detta innebär i praktiken att arbetsgivaren kan, som argument för att använda positiv särbehandling, göra en hänvisning till könsfördelningen på arbetsmarknaden

⁶⁵ Prop. 2004/05:147 s 100.

⁶⁶ Prop. 2004/05:147 s 100.

⁶⁷ Prop. 2004/05:147 s 102.

⁶⁸ Prop. 2004/05:147 s 104.

⁶⁹ 4:16 högskoleförordningen (1993:100).

⁷⁰ 4:16 högskoleförordningen (1993:100).

⁷¹ 1:9 regeringsformen (1974:152).

⁷² 11:9 2 st. regeringsformen (1974:152).

⁷³ Prop. 1973:90 s 406.

och därmed ej strida mot grundlagen. Även i 4 § lagen om offentlig anställning finns krav på sakliga grunder vid anställning.⁷⁴ Enligt anställningsförordningen är bedömningsgrunderna vid anställning, vid sidan om förtjänst och skicklighet, även andra sakliga grunder som överensstämmer med bland annat allmänna jämställdhetsmål.⁷⁵ Ramarna för 11 kap. 9 § regeringsformen och 4 § lagen om offentlig anställning innefattar inte kommunerna. Enligt 1 kap 9 § regeringsformen får kommunerna dock inte ta otillbörlig hänsyn till allas likhet inför lagen.⁷⁶

1 juli 1995 antogs Tham-förordningen⁷⁷. Tham-förordningen hade enligt förarbetena som syfte att påskynda utvecklingen inom professorskåren, för att utjämna könsfördelningen. Den svenska regeringen ansåg att det behövdes en extraordinär insats för att nå detta syfte, då utvecklingen för en jämnare könsfördelning skett utomordentligt långsamt. Förordningen skulle markant öka antalet kvinnliga professorer på kort sikt. Tham-förordningen var ett led i att tillämpa positiv särbehandling vid behov.⁷⁸ Förordningen upphävdes 1 juli 2005, på grund av ett EG-domslut.⁷⁹

2.4.1.2 SOU och doktrin

Begreppet positiv särbehandling är ett omdiskuterat uttryck, där innebörden är oklar. Ett sätt att få klarhet i definitionen av positiv särbehandling är att dela upp särbehandlingspolitiken i sex olika grunder. En av debattörerna inom detta område är forskaren Hans Ingvar Roth som i förarbetena⁸⁰ utvecklar uppdelningen inom särbehandlingspolitiken. Den första av de sex grunderna är att utreda vilka **syften** som särbehandlingspolitiken har. Efter att ha utrett syftet bestäms vilka **områden** som innefattas, såsom arbetsmarknad och utbildning. Då inte områdesbegreppet får bli för vitt, krävs ytterligare avgränsningar genom så kallade **nyttigheter**. Exempel på nyttigheter kan vara anställning, befordran och stipendier. Den fjärde grunden innebär på vilket sätt utövandet av positiv särbehandling sker, nämligen **metoden**. Exempelvis kan dessa metoder innefatta kvoteringsmetoder och rekryteringskampanjer. Efter metodvalet görs ett val av vilken målgrupp som åtgärderna ska riktas mot och målgruppen kallas för **objekt**. Olika objekt kan vara etniska minoriteter eller kvinnor. Den sjätte och sista grunden är det så kallade **subjektet**. Innebörden av begreppet subjekt är den/de som ska utföra den positiva särbehandlingen. Subjekten kan vara inom både den privata och den offentliga sektorn.⁸¹

Den mest återkommande uppfattningen i förarbetena är att metoderna för utövandet av positiv särbehandling är, som ovan beskrivits, varierande såsom till exempel kvotering och

⁷⁴ 4 § lagen om offentlig anställning (1994:60).

⁷⁵ 4 § anställningsförordning (1994:373).

⁷⁶ 1:9, 11:9 regeringsformen (1974:152), 4 § lagen om offentlig anställning (1994:60).

⁷⁷ Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte.

⁷⁸ Se t.ex. Proposition 1994/95:164.

⁷⁹ Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte.

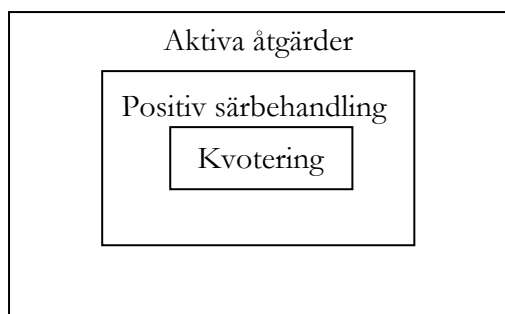
⁸⁰ SOU 1999:8, s 92.

⁸¹ SOU 1999:8, s 94.

rekryteringskampanjer. I definitionsdebatten råder det dock delade meningar om vad som ska och kan innefattas i begreppet positiv särbehandling. En uppfattning i litteraturen är att endast kvotering får innefattas i definitionen. Många debattörer som yttrat sig i definitionsfrågan anser dock att åtgärden positiv särbehandling måste åtföljas av komplementära åtgärder. Syftet med positiv särbehandling är således inte att åtgärden ensam ska motverka diskriminering.⁸²

Det finns inom detta område många begrepp som lätt flyter in i varandra och blir otydliga inom det aktuella diskrimineringsområdet. Figur 1 nedan beskriver hur aktiva åtgärder, positiv särbehandling och kvotering förhåller sig till varandra.⁸³

Figur 1



Aktiva åtgärder är uttryckligen lagstadgat för att arbetsgivaren ska verka för jämställdhet i arbetslivet.⁸⁴ En metod att utöva aktiva åtgärder är genom positiv särbehandling. Kvotering är i sin tur en sorts positiv särbehandling.⁸⁵ Att positivt särbehandla genom kvotering innebär att personer tillhörande en underrepresenterad grupp får förtur till en viss andel av platserna eller resurserna. Tanken med kvotering är att åtgärderna ska reducera en ojämn fördelning i arbetslivet.⁸⁶

2.4.2 Debatt i doktrin kring positiv särbehandling

En debattör som är negativ till positiv särbehandling som åtgärd mot diskriminering är Thomas Gür. Gür kritiserar det faktum att det inte finns någon definition, i vare sig utredning eller direktiv, av begreppet etnisk mångfald. Denna avsaknad medför att definitionen av etnisk mångfald måste förstås ur det sammanhang där begreppet förekommer. Följden av att begreppet inte finns lagstadgat, är att etnisk mångfald som begrepp blir otydligt och vagt.⁸⁷ Emellertid fastställer utredningen⁸⁸ att aktiva åtgärder är tidsbegränsade och ska upphöra när den etniska sammansättningen, inom alla sektioner och nivåer på en arbetsplats, ser likadan ut som den etniska mångfalden i samhället. Utredningen definierar sam-

⁸² SOU 1999:8, s 94.

⁸³ Lerwall, 2001, s 342.

⁸⁴ 3-14 §§ jämställdhetslagen (1991:433).

⁸⁵ Lerwall, 2001, s 342.

⁸⁶ Lerwall, 2001, s 334, 337.

⁸⁷ Gür, 1998, s 26.

⁸⁸ SOU 1997:174, s 231.

hället som den omkrets som företaget normalt har som sitt upptagningsområde.⁸⁹ Gür kritiserar utredningens definition av samhället, eftersom omfattningen av upptagningsområdet är olika beroende på vilka tjänster/varor som företaget erbjuder.⁹⁰

Gür ifrågasätter även begreppet ”annan etnisk tillhörighet”. Begreppet innefattar en uppdelning mellan svenskar och icke-svenskar. Risker med en sådan uppdelning är att resultatet blir ett ”vi-och-dom-tänkande”, dessutom ger uppdelningen en felaktig bild av att det endast finns två etniska grupper i det svenska samhället. I Sverige lever människor med flera olika nationaliteter och språk.⁹¹

För att etniska minoriteter ska få nytta av aktiva åtgärder och positiv särbehandling, måste en kartläggning ske över de olika etniska minoriteterna. Denna kartläggning bör enligt utredningen⁹² genomföras genom att den etniska tillhörigheten fastställs av de anställda själva. Denna självidentifiering medför enligt Gür, att särbehandlingen endast kommer dem till godo som själva har som önskemål att utnyttja särbehandling eller aktiva åtgärder på grund av sin etniska tillhörighet. Gür anser att självidentifiering kan medföra problem eftersom det finns risk att anställda missbrukar systemet. Risker finns att personer väljer att byta etnisk tillhörighet, när det innebär en nackdel att tillhöra en viss etnisk grupp och en fördel att tillhöra en annan etnisk grupp. Den subjektiva självidentifieringen bör då vara förknippad med objektiva definitionsriterier, såsom språk, historiskt ursprung, vanor och seder.⁹³

I en artikel i DN skriver representanter från arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer om sin inställning till positiv särbehandling av invandrare.⁹⁴ Representanterna för arbetsgivarna och facket, anser att en lagreglering som tillåter positiv särbehandling av invandrare är helt oacceptabel. Skribenternas negativa inställning till positiv särbehandling för etniska minoriteter grundas i huvudsak på kränkningen för enskilda människor, när det gäller att kartlägga individers etniska tillhörighet. Vid en sådan kartläggning kan grupper vändas mot varandra och leda till fientlighet. Denna kartläggning leder till att en grupp människor särbehandlas och medför att en annan grupp missgynnas och särbehandlingen resulterar därmed i brott mot den rådande likabehandlingsprincipen på arbetsmarknaden.⁹⁵

I samma DN-artikel⁹⁶, anser författarna att idag fungerar förhandlingssystemet eftersom parterna löser sina tvister snabbt och enkelt. Om parterna inte själva kan komma fram till en bra lösning finns Arbetsdomstolen med sin specialkompetens för att lösa tvister. Om regeringen väljer att skärpa regleringen kring positiv särbehandling, kan de arbetsrättsliga förhandlings- och tvistlösningssystemen äventyras. Även om debattörerna menar att problemet med för lite invandrare i arbetslivet inte är så omfattande som många debattörer försöker göra gällande, anser facket och arbetsgivarna att det trots allt finns ett problem

⁸⁹ SOU 1997:174, s 231.

⁹⁰ Gür, 1998, s 26.

⁹¹ Gür, 1998, s 27-28.

⁹² SOU 1997:174, s 242.

⁹³ Gür, 1998, s 56, 57, 61.

⁹⁴ Se DN.debatt 22/2 2006.

⁹⁵ Se DN.debatt 22/2 2006.

⁹⁶ Se DN.debatt 22/2 2006.

och därmed behövs en lösning. Pågående arbete av organisationer i arbetslivet som innebär åtgärder mot trakasserier, diskriminering och främlingsfientlighet, har under senare tid blivit mer intensiva genom en satsning på information och utbildning. Dessutom anser skribenterna att Sverige har en täckande lagstiftning mot diskriminering och lagstiftningen är ännu mer omfattande genom förstärkande EU-direktiv. Om företag och myndigheter visar engagemang vid fråga om jämställdhetsarbete, samt att kunskap sprids om den svenska lagstiftningen mot diskriminering, är detta tillräckliga åtgärder för att eliminera diskrimineringen i Sverige.⁹⁷

Hans Ingvar Roth delar i likhet med många andra debattörer upp positiv särbehandling i stark och svag. Stark positiv särbehandling innebär att grupptillhörigheten ska vara avgörande vid anställning. Svag positiv särbehandling innebär olika åtgärder med syfte att ge underrepresenterade grupper en starkare ställning i arbetslivet.⁹⁸ Den starkaste typen av positiv särbehandling innebär enligt en annan debattör, att en arbetssökande tillhörande en minoritetsgrupp får företräde till en tjänst så länge som den arbetssökande har tillräckliga kvalifikationer.⁹⁹ En annan form av stark positiv särbehandling enligt Roth, som inte sträcker sig lika långt som föregående, innebär att en arbetssökande tillhörande en minoritet kan få företräde, dock under förutsättning av meritnivån är liknade för alla sökande. Ett sätt att utöva svag positiv särbehandling är genom förstärkningsåtgärder och elimineringsstrategier. Exempel på förstärkningsåtgärder är att aktivt öka kunskaper om antagnings- och ansökningsprocesser hos minoritetsgrupper. Elimineringsstrategier syftar till att få bort oväsentliga krav i anställnings- och antagningsprocesser.¹⁰⁰ Stark positiv särbehandling innebär således att en minoritetsgrupp direkt tilldelas en förmån. Svag positiv särbehandling innebär däremot att minoriteten istället får hjälp att överstiga hinder och bekämpa stereotyper och fördomar.

En fördel med den svaga varianten av positiv särbehandling är att merit- och kompetenskravet kvarstår, i jämförelse med de starka formerna av positiv särbehandling. En annan fördel med svag positiv särbehandling är att majoriteten av befolkningen gynnas, då det ligger i majoritetens intresse att motverka fördomar och stereotypa uppfattningar.¹⁰¹ En fördel med den starka varianten av positiv särbehandling är att den ger minoritetsgrupper ett tillfälligt skydd. Därmed ges en möjlighet för individer tillhörande en minoritet, att förbättra sina meriter och utvecklas som individer.¹⁰²

Vad begreppet merit innefattar är omdiskuterat. Vissa debattörer anser att individens grupptillhörighet, så kallad kulturkompetens, ska ingå i meritbegreppet.¹⁰³ Kulturkompetens kan vara lämpligt för vissa verksamheter, då samhället ställer allt högre krav på kulturell lyhördhet.¹⁰⁴ Kulturkompetens anses som en särskild tillgång i en multikulturell miljö till

⁹⁷ Se DN.debat 22/2 2006.

⁹⁸ Roth, 2004, s 76.

⁹⁹ Williams, 2000, s. 73.

¹⁰⁰ Roth, 2004, s 76-77.

¹⁰¹ Roth, 2004, s 76-77.

¹⁰² Roth, 2004, s 79.

¹⁰³ Roth, 2004, s 77.

¹⁰⁴ Macedo, 2000, s 263.

skillnad från en monokulturell miljö.¹⁰⁵ Denna synvinkel är dock ifrågasatt av en del debattörer därför att de inte anser att begreppet merit innefattar grupptillhörigheten. Enligt kritikernas uppfattning begränsas begreppet meriter till att endast innefatta individers kapacitet att utföra handlingar. Individens förmåga att utföra handlingar påverkas inte av individens etniska tillhörighet.¹⁰⁶ Effekten av att inkludera kulturell tillhörighet i begreppet meriter kan innebära att möjligheten för människor att konkurrera på likvärdiga villkor åsidosätts. Denna åsidosättning av lika möjligheter beror på att meriter är något som alla människor ska kunna skaffa sig och är därför inget en individ föds med.¹⁰⁷ Dessutom blir fördomar förstärkta såsom att målgruppen inte är kapabel att på egen hand, och utan hjälp av positiv särbehandling, konkurrera i samhället. I samhället kan segregation skapas, om förmåner som ovan beskrivits delas ut på grund av etnisk tillhörighet.¹⁰⁸

USA har genom historien haft ett samhälle präglad av segregation och etniska minoriteter har systematiskt blivit utsatta för olika typer av diskriminering. Fortfarande har minoritetsgrupper i USA svårt att få högre positioner på företag och i samhället, jämfört med den vita befolkningen.¹⁰⁹ Roth anser att i USA kan det anses motiverat med positiv särbehandling utifrån en historisk rättvisesynvinkel och som då innebär en gottgörelse för tidiga oförrätter. Positiv särbehandling kan också anses motiverat utifrån ett distributivt perspektiv genom kompensation för tidigare diskriminering. I Sverige däremot kan inte positiv särbehandling anses motiverat enligt Roth, av samma argument som i USA, då Sverige inte har samma tydliga diskrimineringshistoria som USA. I Sverige är istället ett problem att invånarna är uppvuxna med uppfattningen att landet ska fortsätta att vara kulturellt homogent. Syftet med en svensk särbehandlingspolitik är till skillnad från USA:s särbehandlingspolitik, att motverka nutida och framtida diskriminering. Därmed anser Roth att indirekt positiv särbehandling passar bättre för det svenska samhället och sådana indirekta åtgärder kan tas i uttryck av olika former av regionalpolitik.¹¹⁰

Enligt ett svenskt lagförslag¹¹¹ motiveras aktiva åtgärder och positiv särbehandling av fyra olika grunder. För det första ska aktiva åtgärder och positiv särbehandling åstadkomma snabba förändringar för minoritetsgrupper, och för det andra ge minoriteter ökat skydd i arbetslivet och därmed minska effekterna av tidigare diskriminering. För det tredje ska aktiva åtgärder och positiv särbehandling verka för att motarbeta handlingar som är diskriminerande, men som inte faller under de direkta förbuden i diskrimineringslagarna. Som sista argument ska enligt lagförslaget, de aktiva åtgärderna och den positiva särbehandlingen syfta till att öka mångfalden och därmed öka tillväxten för företag och enskilda i samhället.¹¹² Gür anser att dessa fyra argument inte är övertygande, eftersom de två första argumenten är inriktade på ett grupprättvisetänkande som inte stämmer överens med individtänkandet.

¹⁰⁵ Roth, 2004, s 201.

¹⁰⁶ Barry, 2000, s 56.

¹⁰⁷ Thernstrom & Thernstrom, 1999, s. 48.

¹⁰⁸ Roth, 2004, s 203.

¹⁰⁹ Darity, 2000, s 18.

¹¹⁰ Roth, 2004, s 206, 207.

¹¹¹ SOU 1997:174.

¹¹² SOU 1997:174, s 219.

Tredje argumentet inte stämmer överens med ett rättsstatsperspektiv, enligt Gür, eftersom en rättsstats lag endast bör föreskriva vad som är uttryckligen förbjudet. Aktiva åtgärder i diskrimineringslagarna stadgar vad arbetsgivaren bör göra för att förhindra och motverka diskriminering, och är således inget direkt förbud mot diskriminerande agerande. Det fjärde argumentet om ökad företagsvinst stämmer inte alltid, eftersom verksamheter kan fungera bra utan etnisk mångfald. Exempel på sådana verksamheter med endast en etnisk grupp är svensk rennärning och amerikanskt professionellt basketlag.¹¹³

Att använda ett rättviseaspektsargument som försvar av positiv särbehandling håller heller inte enligt Gür, för när en individ blir bedömd enbart på grund av sin etniska tillhörighet och inte på grund av sina meriter och personliga egenskaper, blir personen orättvist behandlad. Gür kallar positiv särbehandling för grupprättvisa, vilket leder till individuell orättvisa. Med grupprättvisa avses att en individ får bättre villkor, av anledningen att någon annan inom samma grupptillhörighet har blivit diskriminerad. Den individ som får förtur, har således inte nödvändigtvis själv blivit orättvist behandlad. En sådan behandling av människor som ovan beskrivits, kan leda till motsättningar mellan grupptillhörigheter.¹¹⁴

Gür anser att när en arbetsgivare ger individer förtur på grund av kön eller etniskt ursprung, urholkas därmed förbudet mot diskriminering. Positiv särbehandling är inte försvarbart då det är lika fel att uppmuntra en arbetsgivare till positiv särbehandling, som det är att inte anställa någon enbart på grund av kön eller etniska ursprung. Enligt föregående resonemang kan slutsatsen dras att om en sökande blir positiv särbehandlad, så blir någon annan diskriminerad.¹¹⁵

Gürs ståndpunkt angående den svenska etniska diskrimineringslagen, är att den är ineffektiv och i och med att en ineffektiv lag är sämre än ingen lag alls, är det mer fördelaktigt att inte ha någon lag alls på området. För att bevisa sin ståndpunkt hänvisar Gür till statistik, från och med första lagförslaget mot etnisk diskriminering fram till 1998, som visar att situationen för invandrare på arbetsmarknaden inte har förbättrats. Vidare anser Gür att lagen mot etnisk diskriminering leder till att den ekonomiska diskussionen, som faktiskt skulle leda till en förbättrad situation för etniska minoriteter, åsidosätts.¹¹⁶

Förespråkare för positiv särbehandling menar att åtgärden är rättvis, då positiv särbehandling inom ett visst område leder till en mer grundläggande likabehandling. Enligt liberal tradition definieras innebörden av begreppet jämlikhet som lika möjligheter. Positiv särbehandling har som syfte att kompensera för tidigare orättvisor, vilka innebär att vissa minoritetsgrupper inte fått samma möjligheter att meritmässigt konkurrera på lika villkor som majoriteten. Positiv särbehandling ska enligt ovanstående resonemang ses som ett medel för att nå jämlikhetsidealet.¹¹⁷

Motståndare till positiv särbehandling anser att stereotypa uppfattningar underblåses, då positiv särbehandling används som en åtgärd för att få in minoritetsgrupper i arbetslivet. De stereotypa uppfattningarna och ökad gruppseparation har sitt ursprung i att minoriteten

¹¹³ Gür, 1998, s 22-24.

¹¹⁴ Gür, 1998, s 15.

¹¹⁵ Gür, 1998, s 11.

¹¹⁶ Gür, 1998, s 50.

¹¹⁷ Se t.ex. Taylor, 1994, s 40.

inte kommit in på samma villkor som majoritetsgrupperna. Som motargument till föregående resonemang, menar förespråkare för positiv särbehandling, att de följer som kommer av att minoritetsgrupper inte alls är närvarande på arbetsmarknaden, väger tyngre än antagande att gruppseparationen ökas något på kort sikt. Sådana följer av en avsaknad av minoriteter på arbetsmarknaden, kan vara att stereotyper och fördomar om minoriteter ökar. På lång sikt minskar gruppseparationen, då minoritetsgrupperna ges en möjlighet att visa vad de kan.¹¹⁸

Enligt en artikel av Ralf Dahrendorf, bör regeringen för ett land ställa sig tre viktiga frågor angående huruvida positiv särbehandling ska införas eller ej.¹¹⁹ För det första ska frågan ställas om det finns en risk för de privilegierade att bli underprivilegierade och om detta innebär en omvänd orättvisa. Frågan om det är nödvändigt för ett samhälle att ha en jämlik representation på alla nivåer, ska därefter ställas. Dahrendorf anser att ett land ska ta tillvara minoriteternas utmärkande egenskaper som är en följd av att de tillhör just en minoritet. Sista frågan som ska ställas är om det finns en risk med den positiva särbehandlingen, som kan leda till att samhället segmenteras. Dahrendorf påpekar att segmenteringen kan leda till att endast minoriteten kämpar för sig själva och sina rättigheter, och därmed finns inget samarbete mellan grupper för att gemensamt motverka diskriminering. Slutsatsen som dras av Dahrendorf är att positiv särbehandling endast ska beaktas som en åtgärd, som utnyttjas när det inte finns någon annan utväg till att uppnå jämställdhet. Vid utnyttjandet av positiv särbehandling bör en utvärdering göras efter en tidsbegränsad period. En sådan period bör, enligt Dahrendorf regleras i landets lagar och ska endast tillåta positiv särbehandling i fem år eller som mest tio år.¹²⁰

2.5 Sammanfattade synpunkter

Inom svensk rätt finns ingen definition av begreppet positiv särbehandling, däremot finns ett flertal definitioner inom den internationella rätten. Inom EG-rätten är 2.1 och 2.4 lika-behandlingsdirektivet och artikel 141 EG-fördraget mest centrala gällande gränsdragning av positiv särbehandling.

I svensk rätt finns positiv särbehandling lagstadgad i 17 § 2 st. jämställdhetslagen, men saknas i de andra diskrimineringslagarna såsom lagen mot etnisk diskriminering. I 1 kap. 9 § regeringsformen stadgas att offentliga förvaltningar vid anställning, ska ta hänsyn till allas likhet inför lagen och vara opartiska. När någon anställs i en statlig tjänst får endast vikt läggas vid förtjänst, skicklighet och sakliga grunder enligt 11 kap. 9 § 2 st. regeringsformen. I 4 § lagen om offentlig anställning finns krav på att arbetsgivare inom den offentliga verksamheten ska iaktta sakliga grunder vid anställning. I Sverige har det funnits en förordning som tillät positiv särbehandling. Syftet med förordningen var att påskynda jämställdhetsutvecklingen inom professorskåren. Lagen är sedan 1 juni 2005 upphävd.

Exempel på vilka olika slags åtgärder som positiv särbehandling kan innefatta, är kvotering och rekryteringskampanjer. I förarbeten och i doktrin är innebörden av positiv särbehandling oklar och omdiskuterad. Det finns en omfattande och aktuell debatt kring positiv sär-

¹¹⁸ Roth, 2004, s 80.

¹¹⁹ Se DN.ledare 13/2 2004.

¹²⁰ Se DN.ledare 13/2 2004.

Error! Style not defined.

behandling i doktrinen, både av kritiker och av förespråkare. Debatten sträcker sig även utanför den strikt juridiska.

3 Praxis

3.1 Inledning

I avsnitt 3.2-3.5 presenterar vi en genomgång av relevanta EG-rättsmål. Vi anser att valda EG-mål är relevanta eftersom domstolen behandlar gränsdragningsproblematiken angående positiv särbehandling. Valda EG-mål är grundläggande i EG-praxis gällande positiv särbehandling, eftersom EG-domstolen i senare praxis hänvisar till domskälen i berörda mål. Vi anser även att fallen är nödvändiga för att besvara syftet i uppsatsen. Vi väljer att använda en disposition med rubrikerna bakgrund, frågor och svar eftersom läsaren då får en tydlig röd tråd genom fallen.

I avsnitt 3.6 behandlas Uppsalafallet, eftersom vi undersöker vad den svenska domstolen anser vara tillåten positiv särbehandling. I Uppsalafallet använder vi svensk traditionell juridisk uppställning.

3.2 Kalankemålet C-450/93

3.2.1 Bakgrund

Twisten föreligger mellan tyskarna Eckhard Kalanke och Heike Glissmann, som båda har till önskemål att befordras inom parkförvaltningen i Bremens stad. Kalanke blir av ledningen föreslagen till en befordran inom parkförvaltningen, dock vägrar personalkommittén att acceptera förslaget från ledningen. Personalkommittén och ledningen för parkförvaltningen gör ett försök att komma till ett gemensamt beslut, men parterna kan inte enas och saken lämnas vidare till medlingskommittén. Medlingskommittén beslutar att Kalanke och Glissmann har likvärdiga kvalifikationer och meriter, men befordran bör ges till Glissmann eftersom kvinnliga sökande har företräde i enlighet med LGG (*Landesgleichstellungsgesetz*). Enligt artikel 4 LGG ska kvinnor som har likvärdiga meriter med deras manliga konkurrenter, ges företräde inom de områden där kvinnor tillhör det underrepresenterade könet. Kvinnors rätt till företräde gäller vid anställning, men också vid förflyttning till annan tjänst och vid befordran. För att ett kön ska anses underrepresenterat enligt LGG, ska kvinnor utgöra mindre än hälften av alla anställda inom varje personalkategori på arbetsplatsen.

Eftersom medlingskommittén är bindande för arbetsgivaren, väljer Kalanke att föra saken vidare till *Bundesarbeitsgericht*. Framför denna domstol menar Kalanke att artikel 4 LGG strider mot författningen i Bremen, den tyska grundlagen och den tyska civillagstiftningen. *Bundesarbeitsgericht* dömer till Kalankes nackdel och även hans överklagande till *Landesarbeitsgericht* ogillas. Dock kvarstår vissa tvivel angående tolkningen av artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet och huruvida den tyska lagstiftningen är förenlig med likabehandlingsdirektivet, och därför hänskjuter domstolen fallet vidare till EG-domstolen.

3.2.2 Utredning av frågorna i målet

3.2.2.1 Frågorna

Landesarbeitsgericht har två frågor till EG-domstolen. Den första frågan rör tolkningen av artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Om en kvinnas meriter är likvärdiga i jämförelse med hennes manliga konkurrent, ska då kvinnan få företräde om kvinnor på arbetsplatsen är

underrepresenterade? Underrepresentation råder om antalet kvinnor på varje personalkategori på arbetsplatsen understiger hälften.

Om EG-domstolen skulle svara att sådan lagstiftning som avses i fråga ett är otillåten, har *Landesarbeitsgericht* en följdfråga. Den andra frågan rör artikel 2.1 likabehandlingsdirektivet som tolkas i enlighet med proportionalitetsprincipen. Hindrar denna tolkning att kvinnor, som i jämförelse med manliga konkurrenter har likvärdiga meriter, får företräde när kvinnor på arbetsplatsen är underrepresenterade så som avses ovan?

3.2.2 Svaren

Den tyska domstolen framlägger fördelarna med den slags kvotering som avses i artikel 4 LGG och anser att sådan positiv särbehandling leder till bättre förutsättningar för kvinnor att få ledande befattningar och utjämna ojämlikheter mellan könen.

EG-domstolen konstaterar att artikel 2.1 likabehandlingsdirektivet innebär att det inte är tillåtet med varken direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön och att den tyska lagstiftningen medför en sådan diskriminering. Emellertid finns utrymme i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet för att genomföra åtgärder vars syfte är att avlägsna skillnader mellan kvinnor och mäns möjligheter. Enligt Johnstonfallet¹²¹ ska artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet, tolkas restriktivt.

Domstolen anser att när en nationell regel innebär en ovillkorlig och undantagslös garanti om företräde för kvinnor framför män vid tillsättning av befordran, överskrider denna regel vad som avses med artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Svaret på frågorna blir således att likabehandlingsdirektivet hindrar en nationell reglering som undantagslöst ger kvinnliga sökande företräde.

3.3 Marschallmålet C-409/95

3.3.1 Bakgrund

Twisten föreligger mellan tyskarna Hellmut Marschall och Landnordrhein-Westfalen (delstaten). Twisten uppkommer på grund av att Marschall har önskemål om befordran vid en skola i Tyskland. Marschall blir nekad befordran då en kvinnlig sökande istället blir befordrad på grund av 25.5 § *Beamtengesetz* (delstatens lag om offentlig anställning). Enligt denna lagregel ska kvinnor när de är färre till antalet än män, ges företräde vid befordran. Lagregeln gäller dock endast om den kvinnliga sökande arbetar inom en myndighet och har samma kvalifikationer, yrkesskicklighet och lämplighet som en manlig sökande. Rätten till företräde gäller dock endast om det inte finns övervägande skäl att välja en annan sökande. Skälet till att denna lagregel infördes var att motverka det faktum att arbetsgivare väljer att befordra en man på grund av traditionella befordringskriterier såsom tjänsteår, ålder samt hänsyn till att sökande är ensam familjeförsörjare. Dessa traditionella befordringskriterier missgynnar i praktiken kvinnor.

Marschall för frågan till *Verwaltungsgericht* Gelsenkirchen, vilken anser att konkurrenten har likvärdiga meriter med Marschalls. Den tyska domstolen finner att den nationella lagregeln är i enlighet med artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Dock menar den nationella

¹²¹ Johnstonfallet 222/84.

domstolen att vissa tvivel finns huruvida den nationella lagstiftningen kan tolkas in till att omfattas av undantaget i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Eftersom dessa tvivel finns, förklarar den tyska domstolen målet vilande och för frågan till EG-domstolen.

3.3.2 Utredning av frågan i målet

3.3.2.1 Frågan

Frågeställningen som *Verwaltungsgericht* Gelsenkirchen har, är huruvida artikel 2.1. och 2.4 likabehandlingsdirektivet utgör hinder mot den tyska lagen. Lagregeln föreskriver att kvinnor som ansöker om befordran inom offentliga förvaltningar, ska ges företräde i de fall då det finns färre kvinnor i en viss tjänstegrupp. Kvinnor ska ges företräde då de har likvärdiga meriter i jämförelse med de manliga sökande.

3.3.2.2 Svaret

Kommissionen i samarbete med den österrikiska, den spanska, den finska, den norska och den svenska regeringen anser att den aktuella tyska regeln faller inom tillämpningsområdet för artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Samtliga ovannämnda regeringar fastslår att de gränser som grundlades i Kalankemålet¹²² inte överstigs med den tyska lagregeln. Dock har den franska och brittiska regeringarna en annan uppfattning om hur undantaget i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet ska tolkas. De två sistnämnda regeringarna anser att Kalankemålet är tillämpligt då 25.5 § *Beamtengesetz* ger kvinnliga sökande företräde och därmed går regeln längre än vad som avses i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Domstolen poängterar dock att det aktuella fallet skiljer sig från Kalankemålet, då den tyska regeln innehåller ett undantag mot kvinnors företrädesrätt. Detta undantag innebär att företräde inte ska ges, om omständigheter som sammanhänger med en annan sökandes person gör att det finns övervägande skäl att välja denne. På grund av denna skillnad mellan Kalankemålet och Marshallmålet prövar domstolen om en nationell regel innehållande ett sådant undantag, är i enlighet med artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet och därmed syftar till att främja lika möjligheter mellan könen. Artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet tillåter nationella åtgärder som särskilt gynnar kvinnor och syftar till att öka kvinnors konkurrensvillkor på arbetsmarknaden.

Domstolen tar även hänsyn till vad rådet anfört i tredje övervägandet till sin rekommendation 84/635/EEG¹²³. Med denna rekommendation menar rådet att de regler gällande likabehandling som idag finns, inte räcker till för att avskaffa alla former av faktiska ojämlikheter. Det krävs även att regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ agerar för att kvinnoynen på arbetsplatsen ska förbättras.

Efter yttranden i målet av delstaten och ett flertal regeringar kan slutsatsen dras att arbetsgivare, på grund av fördomar och stereotypa föreställningar om kvinnornas roll och kvinnors kapacitet i arbetslivet, tenderar att välja män framför kvinnor vid befordran. Sådana stereotypa föreställningar är att kvinnor är mindre flexibla i sin arbetstid på grund av att de tar föräldraledighet och därmed gör fler avbrott i karriären. Detta resonemang leder fram till

¹²² Se avsnitt 3.2.

¹²³ Rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor.

att enbart det faktum att två sökande av olika kön har lika meriter, inte innebär att de i praktiken har lika möjligheter.

Efter ovanstående utläggning drar domstolen slutsatsen att den tyska undantagsregeln faller inom tillämpningsområdet för artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Det förutsätts dock att den nationella regeln syftar till att minska de faktiska ojämlikheter i arbetslivet, som kan följa av resonemanget om stereotyper och fördomar. En nationell regel får dock inte ovillkorligt och undantagslöst ge kvinnor rätt till befordran, utan arbetsgivaren har en skyldighet att granska alla sökandes meriter och ge varje person en objektiv bedömning. Om en manlig sökande har en eller flera egenskaper som gör honom mer lämplig för tjänsten/befordran, ska denne inte nekas tjänsten på grund av hans kön. Arbetsgivaren får inte välja egenskaper som är typiska för mannen och därmed innebär en diskriminering av kvinnor.

3.4 Badeckmålet C-158/97

3.4.1 Bakgrund

Mellan tysken Georg Badeck med flera och förbundsstaten Hessen, föreligger en tvist angående huruvida en nationell lagregeln, vilken behandlar likabehandling av kvinnor och män för att undanröja diskriminering av kvinnor (HGIG)¹²⁴, strider mot Hessens konstitution och likabehandlingsdirektivet genom de tolkningsregler som fastställs i Kalankemålet¹²⁵.

Den nationella lagregelns syfte, enligt 1 § HGIG, är att eliminera kvinnors underrepresentation och öka jämställdheten i offentliga tjänster. Är kvinnor underrepresenterade ska kvinnor ges företräde, om det krävs för att uppnå jämställdhet och inga tungt vägande rättsliga skäl hindrar ett sådant företräde. HGIG:s definition av underrepresentation innebär att antalet kvinnor inom en lönegrad eller motsvarande i ett yrke, är färre än antalet män. När det gäller de lägre lönegraderna, används hela yrkeskarriären som jämförelsegrund. För att utjämna könsskillnader ska befodringsplaner för kvinnor utformas och innehålla åtgärder som ska ge resultat inom två år.¹²⁶ I befodringsplanen ska mer än hälften av tjänsterna tillsättas av kvinnor, i de sektorer där kvinnor är underrepresenterade. Det finns dock ett undantag från tvånget att anställa kvinnor vid underrepresentation, nämligen om det visar sig att det är ett absolut villkor att tillhöra ett visst kön för att kunna utöva en verksamhet. Om det inte finns kvinnor med tillräckliga kvalifikationer för att kunna utföra de tänkta tjänsterna, är det tillåtet att minska antalet avsatta platser för kvinnor. Även vid befordran ska en viss andel kvinnor få tillgång till tjänster i sektorer, där kvinnor tillhör det underrepresenterade könet. Det finns en reglering gällande vetenskapliga tjänster, som innebär att tjänster ska tillsättas av så stor andel kvinnor som motsvarar andelen utexaminerade kvinnor från fakulteten. Regleringen föreskriver även att tidsbegränsade vetenskapliga tjänster och vetenskapliga assistent tjänster ska tilldelas på samma sätt.¹²⁷

¹²⁴ Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung.

¹²⁵ Se avsnitt 3.2.

¹²⁶ 4 § HGIG.

¹²⁷ 5 § HGIG.

Även inom utbildningsväsendet har HGIG en reglering, som ger kvinnor tillgång till minst hälften av platserna inom de kvalificerade yrkesgrupper där kvinnor är underrepresenterade.¹²⁸

Gällande anställningsintervjuer enligt HGIG, ska lika många kvinnor som män kallas till intervju i de sektorer där kvinnor tillhör de underrepresenterade könet.¹²⁹ Enligt urvalsmetoden i 10 § HGIG, ska även kvalifikationer som i allmänhet sammanhänger med kvinnor, såsom erfarenheter vid hemarbete och vård av barn beaktas. Andra kvalifikationer som ofta är till fördel för män såsom tjänsteår, ålder och dagen för senaste befordran ska endast tas hänsyn till om de är viktiga för tjänsten. Reglering finns dessutom vid tillsättning av styrelser, rådgivande organ, kommittéer samt andra organ och innebär att minst hälften av ledamöterna ska vara kvinnor.¹³⁰

3.4.2 Utredning av frågan i målet

3.4.2.1 Frågan

Staatsgerichtshof des Landes Hessen frågar EG-domstolen huruvida nationella bestämmelser strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Frågan rör flertalet paragrafer i HGIG.

Inledningsvis har den tyska domstolen en frågeställning om urvalsbeslut som har fattats i enlighet med 10 § HGIG strider mot artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Exempel på sådana urvalsmetoder är att arbetsgivaren väljer att ge kvinnan företräde framför mannen, med syfte att uppnå målsättningen för arbetsplatsens befordringsplan. Urvalsmetoderna används när kvinnor är underrepresenterade på arbetsplatsen och en manlig och en kvinnlig sökande har likvärdiga kvalifikationer.

Domstolen har en förfrågan om 5 och 7 §§ HGIG är i enlighet med artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. 5 och 7 §§ HGIG ger företräde för kvinnor till utbildningsplatser och tjänster i yrkesgrupper där kvinnor är underrepresenterade. Fråga finns även gällande 9 och 14 §§ HGIG, där kvinnor får företräde framför män vid kallande till anställningsintervju och företräde vid tillsättning av platser i kommittéer, rådgivande organ, styrelser samt andra organ.

3.4.2.2 Svaret

Domstolen svarar på *Staatsgerichtshof des Landes Hessens* fråga, angående den nationella lagens enlighet med artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. För att besvara frågan granskar domstolen tidigare rättspraxis inom EG, gällande tolkningen av artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

I Kalankemålet¹³¹ fastställer domstolen att en nationell reglering som innebär att kvinnor automatiskt får befordran framför manliga kandidater, inom ett yrke där kvinnor tillhör det underrepresenterade könet, bryter mot likabehandlingsdirektivet. Domstolen anser att

¹²⁸ 7 § HGIG.

¹²⁹ 9 § HGIG.

¹³⁰ 14 § HGIG.

¹³¹ Se avsnitt 3.2.

handlingen är diskriminerande trots att kvinnorna som ges företräde har likvärdiga meriter i jämförelse med manliga sökande.

I Marschallmålet kommer domstolen fram till att en nationell föreskrift som inte undantagslöst ger kvinnor förtur, endast på grund av könstillhörighet när det finns manliga sökande som är bättre lämpade för platsen, är i enlighet med syftet i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Enligt domstolen är slutsatsen av Kalankemålet och Marschallmålet att en nationell reglering är förenlig med gemenskapsrätten, om regleringen syftar till att öka antalet kvinnliga sökande till befordran inom sektorer där kvinnor tillhör det underrepresenterade könet. Denna slutsats är förbunden med vissa krav som innebär att kvinnor med likvärdiga meriter som manliga konkurrenter, inte automatiskt får företräde på grund av könstillhörighet. Arbetsgivaren måste göra en objektiv bedömning av alla sökandes kvalifikationer och personliga egenskaper.

Systemet som är kännetecknande för HGIG brukar kallas flexibla resultatkvoter och innebär att vid avgörandet av kvoter ska enheternas och sektorernas särdrag vara grunden för fastställandet av de bindande målsättningarna. Enligt HGIG måste inte alltid en kvinnlig sökande vara den som väljs till en tjänst, om två sökande av olika kön har likvärdiga meriter. I enlighet med föregående resonemang drar domstolen slutsatsen att könet hos en sökande aldrig blir avgörande vid urvalsförfarandet.

Syftet med 10 § 1-3p. HGIG är reell jämlikhet. Syftet uppnås genom att reducera faktiska ojämlikheter som kan uppkomma i samhället. En kvinnlig sökande ska endast ges företräde vid befordran, om det är nödvändigt för att nå målen i befodringsplanen och det inte finns några tyngre vägande rättsliga skäl som talar emot att ett sådant företräde ges.

Domstolen finner att den prioritetsnorm som finns i HGIG inte är tvingande och ovillkorlig som avses i Kalankemålet. Domstolens svar på första delen av frågan är att den aktuella nationella bestämmelsen, angående företräde för kvinnor i enlighet med en befodringsplan, inte strider mot artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Domstolen svarar på andra delen av frågan gällande 5 § HGIG, som behandlar andelen kvinnor i befodringsplaner rörande tillfälliga vetenskapliga tjänster och vetenskapliga assistenttjänster. Det aktuella befodringsystemet innebär inte att någon ovillkorlig gräns fastställs utan innebörden är istället att hänvisning görs till antalet personer som genomgått tillräcklig yrkesutbildning. Enligt domstolen kan inte det aktuella befodringsystemet anses strida mot artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Den tredje delen i frågan rör frågeställningen huruvida 7 § HGIG angående tillsättningen av utbildningsplatser strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. Syftet med 7 § 1p. HGIG är att uppnå en jämn fördelning av utbildningsplatserna. För att uppnå syftet införs en strikt resultatkvot. Resultatet blir en strikt reglering eftersom 7 § 2p. HGIG stadgar att mer än hälften av platserna får ges till män, om antalet kvinnliga sökande är otillräckligt. Därmed utesluts inte män slutgiltigt från utbildningsplatser. En förutsättning för att göra karriär är, enligt den nationella domstolen, utbildning och på grund av denna samhällsbild, anser den nationella domstolen att en lag som hjälper kvinnorna inom utbildningsområdet är motiverad.

Domstolens svar på den tredje delen av frågan, är att den nationella bestämmelsen inte strider mot artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Fjärde delen av frågan rör huruvida 9 § HGIG, angående garanti till anställningsintervjuer, strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. 9 § HGIG innebär att det finns två tillvägagångssätt. Det första alternativet stadgar att alla kvinnor ska kallas till intervju om de uppfyller villkoren för tjänsten. Effekten av detta tillvägagångssätt är att antalet manliga sökande som kallas till intervju kan vara lägre, högre eller samma som antalet kvinnor. Det andra alternativet skiljer sig från det första på så sätt att inte fler män får kallas till intervju än kvinnor då enbart ett begränsat antal kvinnor ska kallas. Bestämmelsen föreskriver att enbart de sökande som uppfyller alla villkor och krav för tjänsten ska kallas till intervju. Bestämmelsen innebär således att kvinnors möjligheter främjas så som avses i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet. Ovanstående resonemang leder till att domstolen ger svaret att bestämmelsen inte strider mot artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Domstolen tolkar femte delen av frågan gällande huruvida 14 § HGIG strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. 14 § HGIG stadgar att kvinnor ska tilldelas hälften av platserna i styrelser, arbetstagarorganisationer och andra organ. Motiven till 14 § HGIG visar att paragrafen inte är bindande, då det i annan nationell lag regleras hur vissa organ ska sättas samman. 14 § HGIG är inte heller tillämplig på sådana uppdrag som tilldelas genom val. På grund av att 14 § HGIG inte är tvingande lämnar bestämmelsen rum för att beakta andra kriterier.

Svaret från domstolen angående femte delen av frågan blir därför att 14 § HGIG inte strider mot 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Sammantaget beslutar domstolen att de aktuella nationella bestämmelserna i HGIG inte strider mot gemenskapsrätten.

3.5 Abrahamssonmålet C-407/98

3.5.1 Bakgrund

En tvist föreligger mellan svenskarna Katarina Abrahamsson och Leif Anderson å ena sidan och Elisabet Fogelqvist å andra sidan. Den tredje juni 1996 tillkännager Göteborgs universitet att de vill anställa en professur i hydrosfärvetenskap. I tillkännagivandet skriver universitet att anställningen ska vara i enlighet med Tham-förordningen¹³² och därmed aktivt främja jämställdheten bland professorerna på universitet.

Bland de åtta sökande finns Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni och Elisabeth Fogelqvist. För att avgöra vem som ska få platsen väljer tjänsteförslagsnämnden för matematisk-naturvetenskapliga fakulteten (tjänsteförslagsnämnden) på Göteborgs universitet att ha två skilda omröstningar. I den första omröstningen beaktas enbart de sökandes meriter och kvalifikationer. Resultatet av denna omröstning är att Anderson med fem röster får majoriteten av tjänsteförslagsnämndens röster. Destouni placeras efter Anderson med sina tre röster. I den andra omröstningen tas även hänsyn till att främja jämställdheten i enlighet med Tham-förordningen. I andra omröstningen får Destouni majoriteten av tjänsteförslagsnämndens röster med sex röster mot Andersons två röster. Efter båda omröstningarna väljer tjänsteförslagsnämnden att föreslå Destouni till anställningen. Dock väljer Destouni att tacka nej till tjänsten och därmed går ärendet tillbaka till tjänsteförslagsnämnden. Då Fogelqvist är tjänsteförslagsnämndens tredjehandsval jämförs hennes meriter

¹³² Tham-förordning (1995:936).

med Andersons. Tjänsteförslagsnämnden finner efter denna jämförelse att skillnader i meriter och kvalifikationer är för stor, vilket leder till tveksamhet att anställa Fogelqvist. Tjänsteförslagsnämnden anser att hänsyn redan tagits till Tham-förordningen, dessutom har nämnden svårigheter att tolka vad 3 § 3 st. Tham-förordningen innebär.

Den artonde november 1997 bestämmer rektorn för Göteborgs universitet att meritskillnaderna mellan Anderson och Fogelqvist inte är så stor att positiv särbehandling kan uteslutas eller att det skulle innebära att saklighetskravet skulle åsidosättas. Beslutet överklagas till överklagandenämnden för högskolan i Sverige av Abrahamsson och Anderson. Anderson hävdar att anställningen av Fogelqvist strider mot 3 § Tham-förordningen och domslutet i Kalankemålet. Abrahamsson gör gällande att tjänsteförslagsnämnden i sin bedömning inte har behandlat de sökande likvärdigt. Trots att Abrahamsson vitsordar att Anderson har något bättre meriter än hon, tycker Abrahamsson att hennes meriter i vart fall är bättre än Fogelqvist.

3.5.2 Utredning av frågorna i målet

3.5.2.1 Frågorna

Överklagandenämnden för högskolan ställer fyra frågor till EG-domstolen.

Den första frågan gäller tolkning av artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. En nationell lagstiftning finns, som stadgar att en sökande tillhörande ett underrepresenterat kön skall väljas före en av motsatt kön, när den förstnämnde har tillräckliga kvalifikationer trots att den sistnämnda har bättre meriter och egentligen skulle ha blivit anställd till en statlig tjänst. Regeln i svensk nationell lagstiftning har dock ett saklighetskrav som inte får frångås, vilket innebär att meritskillnaden inte får vara så stor att kravet på saklighet åsidosätts.¹³³ Överklagandenämnden frågar om artikeln 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet hindrar en sådan nationell lagstiftning.

Om sådan nationell lagstiftning som avses i fråga ett är tillåten, undrar överklagandenämnden om det faktum att den aktuella lagregeln endast gäller för i förväg ett begränsat antal platser eller ett antal platser som inrättats i enlighet med en enskild högskolas avsikt att använda sig av positiv särbehandling, påverkar domstolens bedömning huruvida positiv särbehandling är tillåtet eller ej.¹³⁴

Om svaret på fråga två innebär att positiv särbehandling är olaglig, undrar överklagandenämnden om en regel som ger absolut företräde till en sökande av underrepresenterat kön med likvärdiga eller i de närmaste likvärdiga meriter, strider mot likabehandlingsdirektivet.¹³⁵

Som fjärde fråga har överklagandenämnden en frågeställning om svaren på ovanstående frågor hade fått en annan utgång ifall lagstiftningen gällt lägre tjänster eller de högsta tjänsterna inom ett myndighetsområde.

¹³³ 4 § lagen (1994:260) om offentlig anställning.

¹³⁴ 1 § Tham-förordning (1995:936), 4 kap. 15 a § högskoleförordningen (1993:100).

¹³⁵ 4 kap 15 § 2 st. högskoleförordningen (1993:100).

3.5.2.2 Svaren från EG-domstolen

För att besvara första frågan undersöker EG-domstolen om de nationella reglerna faller inom ramen för artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet. EG-domstolen utreder om personer tillhörande underrepresenterat kön kan få företräde om de har tillräckliga kvalifikationer, men sämre meriter än en sökande av motsatt kön. Domstolen gör en jämförelse med domsluten i målen Badeck¹³⁶, Kalanke¹³⁷ och Marschall¹³⁸, där de sökandes meriter skulle vara likvärdiga till skillnad från det aktuella målet.

I Badeckfallet¹³⁹ fastställer domstolen att kriterier som är utformade för att i allmänhet gynna kvinnor, men framstår som könsneutrala är tillåtet. Sådana kriterier som inte ska ha negativa inverkningar kan vara familjesituation, deltidsanställningar samt sent avslutade utbildningar. Syftet med kriterierna är reell jämlikhet och är i enlighet med artikel 141.4 EG-fördraget. Kriterierna är i enlighet med artikel 141.4 EG-fördraget, eftersom kriterierna ska minska faktiska ojämlikheter samt kompensera eller förebygga hinder som kan förekomma i arbetslivet för personer tillhörande det underrepresenterade könet. Dock måste arbetsgivaren ta de manliga kandidaternas meriter och kvalifikationer i beaktande. Arbetsgivarens vilja att anställa en person som tillhör underrepresenterat kön, får endast vara ett av många kriterier och inte ensamt vara det avgörande skälet för anställningen. Arbetsgivaren måste också ta hänsyn till personliga och sociala omständigheter hos dem som inte blir föremål för aktiva åtgärder.

Efter slutsatserna i ovan anförda mål, svarar domstolen följande på frågan ett i Abrahamssonmålet. Thom-förordningen stadgar att myndigheten får och ibland skall ge företräde till personer tillhörande det underrepresenterade könet vid anställning. Detta kan ske även om personen tillhörande det underrepresenterade könet är underlägsen, gällande meriter och kvalifikationer i jämförelse med motsatt kön. Förordningen ger inte utrymme för myndigheten att ta hänsyn till personliga omständigheter hos de kandidater som inte är föremål för aktiva åtgärder. Någon objektiv bedömning av de sökande görs inte heller. Domstolen fastställer att förordningen strider mot de aktiva åtgärder som avses i artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Eftersom domstolen kommer fram till att den nationella lagstiftningen strider mot artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet, ska en bedömning göras av om artikel 141.4 EG-fördraget kan tillåta en sådan lagstiftning. Artikel 141.4 EG-fördraget stadgar att det är tillåtet för medlemsstaterna att använda sig av åtgärder, vars syfte är att förebygga eller kompensera nackdelar i arbetslivet för det underrepresenterade könet.¹⁴⁰ Domstolen anser dock inte att artikel 141.4 EG-fördraget kan tillåta en sådan urvalsmetod som används i det aktuella målet, eftersom urvalsmetoden inte står i proportion till det eftersträvade målet.

Svaret på första frågan är således att artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet samt 141.4 EG-fördraget, inte tillåter en sådan nationell lagstiftning som frågan avser.

¹³⁶ C-158/97 Badeckfallet.

¹³⁷ C-450/93 Kalankefallet.

¹³⁸ C-409/95 Marschallfallet.

¹³⁹ Se avsnitt 3.4.

¹⁴⁰ Se avsnitt 2.2.1.2.

Andra frågan i målet rör frågeställningen huruvida det faktum att tillämpningsområdet begränsas påverkar domstolens bedömning. Domstolen anser att begränsningen av tillämpningsområdet inte påverkar utgången på frågan, eftersom åtgärden fortfarande är oproportionerlig och tvingande. Svaret på andra frågan är därmed att artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet samt artikel 141.4 EG-fördraget inte tillåter en sådan nationell lagstiftning även om tillämpningsområdet är begränsat.

Som tredje fråga undrar överklagandenämnden ifall det faktum att de sökandes meriter kan anses likvärdiga, vid utnyttjande av positiv särbehandling, påverkar domstolens svar. Domstolen svarar att en sådan positiv särbehandling är tillåten om arbetsgivaren gör en objektiv bedömning av de sökande. Artikel 2.1 och 2.4 tillåter en sådan positiv särbehandling som avses i fråga tre.

Sista frågan från överklagandenämnden är ifall utgången av målet påverkas av vilken nivå tjänsterna ligger på. Domstolen svarar att gemenskapsrätten inte skiljer på tjänstenivån vid användandet av likabehandlingsprincipen.

3.6 Uppsalafallet mål nr T 1040-05

3.6.1 Bakgrund

I 7 kap. 10 och 16 c §§ högskoleförordningen finns numera en möjlighet för högskolorna att för högst tio procent av nybörjarplatserna tillämpa andra urvalsgrunder än vad som tidigare varit tillåtet. Skälet till att denna möjlighet infördes var att högskolor och universitet skulle kunna bredda rekryteringen. Dessa alternativa urvalsgrunder får omfatta ”vissa förkunskaper eller andra sakliga omständigheter”. Dock får de alternativa urvalsgrunderna inte överstiga tio procent av platserna.¹⁴¹

Ett skydd för studenter på högskola eller universitet finns i likabehandlingslagen. Lagen skyddar studenter mot diskriminering på grund av bland annat etnisk tillhörighet. Lagens syfte är att studenter och sökanden till kurser och utbildningar, ska ha lika rättigheter.¹⁴² Förbudet mot etnisk diskriminering regleras i 7 § 1 st. likabehandlingslagen. I andra stycket samma paragraf finns utrymme för ett undantag till huvudregeln i första stycket. Undantaget har följande lydelse:

”Förbudet gäller inte, om behandlingen är berättigad av hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan.”¹⁴³

Ett uppdrag från regeringen, för att främja mångfalden i samhället, har resulterat i betänkande SOU 2000:47. Ett av förslagen som utmynnade från betänkandet, är att flexibla urvalsregler ska införas till högskoleantagningen. De nya urvalsreglerna ska enligt betänkandet kombineras med aktiva rekryteringsinsatser för ökad social och etnisk mångfald.¹⁴⁴

¹⁴¹ 7 kap 10 och 16 c §§ högskoleförordningen (1993:100).

¹⁴² 1 § lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.

¹⁴³ 7 § 2 st. lagen (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.

¹⁴⁴ Mångfald i högskolan – reflektioner och förslag om social och etnisk mångfald i högskolan (SOU 2000:47).

I likabehandlingslagen finns en ny möjlighet att rekrytera tio procent med andra urvalsgrunder. Med anledning av denna möjlighet, införs den 4 december 2002 en ändring av antagningsordningen till juris kandidatprogrammet vid Uppsala universitet. Skälet till denna ändring genomförs är att öka den sociala och etniska mångfalden bland studenterna på universitetet. Ändringen innebär att tio procent av nya sökande ska få använda en annan urvalsmetod än vad som är brukligt.

30 platser, av totalt 300, reserveras på Uppsala universitet för alternativa urvalsgrunder. Urvalsgrunderna är i första hand att sökandens båda föräldrar är födda utomlands. I andra hand kommer betyg och i tredje och sista hand bedöms den sökandes betyg i kombination med resultat från särskild intervju. Denna urvalsmetod tillämpas för första gången höstterminen 2003.

Före ändringen bedöms alla sökande efter betyg (60%) och högskoleprov (40%). Urvalsmetoden används på de övriga 270 platserna, till vilken käranden Josefine Midander och Cecilia Lönn tillhör. Lägsta antagning för betygsgruppen är 18.31 och därmed faller käranden utanför, då deras betygsnivå är något under gränsen. Om inte Uppsala universitet infört de nya urvalsreglerna skulle käranden ha blivit antagna, då alla 30 antagna i den reserverade gruppen har lägre betyg än käranden.

3.6.2 Yrkanden och parternas utveckling av talan i tingsrätten

3.6.2.1 Käranden

Käranden, Josefin Midander och Cecilia Lönn, yrkar att svaranden, staten genom justitiekanslern, ska utge 120 000 kronor vardera jämt ränta samt ersätta kärandens rättegångskostnader.

Som utveckling av talan anför käranden i första hand att Uppsala universitet missgynnar dem på grund av kärandens etniska tillhörighet, och därmed gör sig skyldiga till otillåten diskriminering enligt 7 § likabehandlingslagen. I andra hand anser käranden att universitet tillämpar urvalsmetoder som innebär indirekt diskriminering och som därmed bryter mot 8 § likabehandlingslagen. Käranden menar att de har blivit utsatta för diskriminering vid urvalet till platserna på Uppsala universitet, då käranden är nekade antagning eftersom deras föräldrar är födda inom landets gränser. När Uppsala universitet väljer den alternativa urvalsmetoden gör de sig skyldiga till otillåten positiv särbehandling. Den positiva särbehandlingen är otillåten då det inte finns stöd för en sådan positiv särbehandling i förarbetena till likabehandlingslagen.

Enligt EG-domstolens praxis är det tillåtet att välja en sökande från det underrepresenterade könet om de båda sökande har lika meriter. Dock är det inte tillåtet att kvotera in personer av ett visst kön. Därmed torde det vara uteslutet att positiv särbehandling i form av kvotering är tillåtet.

Intresset för att få etnisk mångfald bland studenter i juristkåren, kan inte anses vara större än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan. Uppsala universitet verkar ha använt begränsade referenser för att få fram statistik över den etniska sammansättningen bland studenter. Enligt Statistiska Centralbyrån uppgår andelen bland nybörjare vid den juridiska fakulteten, som har två utrikes födda föräldrar till 14 % läsåret 2001/02. I upptagningsområdet för Uppsala universitet är vid samma tidpunkt andelen personer med utländsk bakgrund 13,6 %, enligt högskoleverket. Ur statistiken kan utläsas att det inte finns

något behov av positiv särbehandling, då andelen etniska minoriteter i samhället i det närmaste motsvarar högskolans.

3.6.2.2 Svaranden

Svarande bestrider kändens yrkanden.

Svaranden menar att den juridiska institutionen i Uppsala bedriver ett flertal åtgärder för att öka den etniska mångfalden, bland annat genom utbildningsdagar, mässor och gymnasiebesök. Trots ansträngningar har inte andelen med studenter med utländsk bakgrund ökat mellan åren 1994 till 1999. I Sverige är vid denna tid andelen juridikstudierande med utländsk bakgrund 11 %. Vid en undersökning gjord av Uppsala universitet svarar 9 % av 282 studenter att båda deras föräldrar är födda utomlands. Slutsatsen blir därför att de åtgärder som hittills genomförts inte haft önskad effekt och därför är speciella urvalsmetoder nödvändiga.

Staten vitsordar att de speciella urvalsmetoderna missgynnar alla som inte har båda föräldrarna födda utomlands. Svarande anser dock att syftet med urvalsordningen är av större vikt än intresset av att förhindra diskriminering vid högskolan. Svaranden menar att detta även var lagstiftarens åsikt, då det anses stå klart i förarbetena att positiv särbehandling ska få användas i syfte att motverka etnisk snedrekrytering. Slutsatsen av förarbetestolkningar är att vid rekrytering till en högskola är det tillåtet att särbehandla någon på grund av etnisk tillhörighet. Svaranden anser att det faktum att positiv särbehandling inte är uttryckligt reglerat ger ändå möjlighet att använda positiv särbehandling. Denna slutsats dras då inget heltäckande förbud finns lagreglerat mot positiv särbehandling.

I förarbetena till likabehandlingslagen står att främjande av jämställdhet mellan könen och lika möjligheter och rättigheter oavsett etnisk tillhörighet, utgör sådana särskilda intressen som menas i 7 § 2 st. likabehandlingslagen. I 7 kap. 10 § 2 st. 6p. högskoleförordningen finns uttrycket särskilda skäl som har lika innebörd som särskilda intressen i 7 § 2 st. likabehandlingslagen.

Kritik framförs mot lagstiftaren då inte skillnaden, mellan å ena sidan intresset av att förhindra diskriminering å andra sidan intresset av att verka för jämställdhet, har analyserats tillräckligt. Dock nämner lagstiftaren i förarbeten exempel på intressen som anses kunna berättiga ett undantag från huvudregeln mot diskriminering i högskolan. Dessa intressen är jämställdhet mellan män och kvinnor, att alla oavsett etnisk tillhörighet ska ha lika möjligheter och rättigheter samt politiska intressen.

Svaranden anser att Uppsala universitet kan använda sina särskilda urvalsmetoder, eftersom de kan tolkas in i uttrycket ”ett särskilt intresse som uppenbarligen är viktigare än intresset av att förhindra diskriminering i högskolan”¹⁴⁵. Sammanfattningsvis resulterar statens tolkning av lagtext och förarbeten i att universitets alternativa urvalsgrunder är tillåtna och därmed ej utgör otillåten diskriminering.

3.6.3 Domskäl tingsrätten

Målet gäller frågan om kändens är utsatta för otillåten diskriminering. Tingsrätten gör en bedömning huruvida ett missgynnande enligt 7 § 1 st. likabehandlingslagen har skett. Om

¹⁴⁵ 7 § 2 st. likabehandlingslagen (2001:1286).

tingsrätten kommer fram till att ett missgynnande har skett, görs en tolkning av om det finns utrymme för en positiv särbehandling enligt andra stycket samma paragraf.

För att avgöra om ett missgynnande sker, måste behandlingen medföra en skada eller nackdel. Tingsrätten gör således en jämförelse mellan kändan och någon av annat etniskt ursprung. Vidare måste det finnas ett samband mellan den etniska tillhörigheten och missgynnandet.

I målet är det ostridigt att kändan har blivit missgynnade i jämförelse med de personer som ingick i gruppen för den alternativa urvalsgruppen. Tingsrätten gör bedömningen att kändan blir utsatta för direkt diskriminering, eftersom missgynnandet har ett klart samband med kändans etniska tillhörighet. Universitetets kriterier till urvalsgruppen, vilka innebär att sökandens bägge föräldrar ska ha utländsk härkomst, utgör direkt diskriminering.

All offentlig makt skall utövas med respekt för alla människors lika värde enligt 1 kap. 2 § 1 st. regeringsformen. Det allmänna ska verka för att diskriminering av människor på grund av bland annat kön eller etniskt ursprung ska motverkas. Då frågan i målet gäller antagning till universitet, kan en jämförelse med 11 kap. 9 § 2 st. regeringsformen göras. Denna paragraf reglerar tillsättning av statliga tjänster och stadgar att vid anställning ska endast hänsyn tas till sakliga grunder, såsom skicklighet och förtjänst. I regeringsformen finns även ett skydd mot missgynnande av medborgare, vilka tillhör en etnisk minoritet. Dock finns inget liknande skydd för majoritetsbefolkningen. Missgynnande på grund av kön regleras i 2 kap. 16 § regeringsformen, där även ett undantag för positiv särbehandling finns. Ett motsvarande undantag gällande etnisk minoritet finns inte.

När det gäller den internationella aspekten styrs svensk rätt av internationella konventioner. Positiv särbehandling finns reglerat i artikel 5 direktivet om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.¹⁴⁶ Domstolen konstaterar att det inte finns någon EG-rätts praxis rörande artikel 5. Däremot finns några rättsfall¹⁴⁷ rörande motsvarande undantag från könsdiskrimineringsförbudet i likabehandlingsdirektivet¹⁴⁸. Enligt Kalankemålet¹⁴⁹ uttalar EG domstolen att undantag från diskrimineringsförbudet ska tolkas restriktivt och kvotering är således inte tillåtet. Tingsrätten gör en jämförelse mellan likabehandlingsdirektivet och direktivet om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung och drar slutsatsen att positiv särbehandling ska tolkas lika i de båda direktiven.

Tingsrätten går vidare med att tolka undantaget i 7 § 2 st. likabehandlingslagen, med syftet att se om Uppsala universitets urvalsgrundens utformning är i enlighet med undantaget. För att göra en korrekt tolkning av undantaget, krävs en analys av förarbetena för att få fram vad som är avsikten med undantaget. Enligt förarbetena¹⁵⁰ kan en högskola frånga huvudregeln om förbud mot diskriminering, om avsikten är att ta hänsyn till väsentliga sociala och samhälliga intressen. Intressena kan vara att verka för jämställdhet mellan män och

¹⁴⁶ Direktiv 2000/43/EG om genomförandet av principen om likabehandling av personer oavsett deras ras eller etniskt ursprung.

¹⁴⁷ Se avsnitt 3.2-3.5.

¹⁴⁸ Likabehandlingsdirektivet 76/207/EEG.

¹⁴⁹ Se avsnitt 3.2.

¹⁵⁰ Se t.ex. prop. 2001/02:27 s 41ff.

kvinnor, samt tillförsäkrande av att etniska minoriteter har samma rättigheter och möjligheter som majoritetsbefolkningen.

I 7 kap. 10 § 3 st. högskoleförordningen stadgas att en högskola har möjlighet att anta någon från det underrepresenterade könet, när två sökande av olika kön har i det närmaste jämbördiga meriter. Sådana urvalsmetoder får användas när syftet är att utjämna en ojämn könsfördelning. Fjärde stycket samma paragraf ger högskolorna en möjlighet att använda särskilda urvalsmetoder, vilka innefattar vissa förkunskaper eller andra sakliga omständigheter, för nybörjare på högskola. Enligt 16 c § får denna grupp uppgå till 10 % av de sökande.

3.6.4 Domslut tingsrätten

Sammanfattningsvis anser tingsrätten att uttalande i förarbeten och lagtext ger för handen en restriktiv tolkning av undantaget i 7 § 2 st. likabehandlingslagen. I målet innebär detta att Uppsala universitet inte kan använda alternativa urvalsmetoder som innebär att personer av sämre meriter får företräde. Denna slutsats stämmer överens med tolkningen av likabehandlingsdirektivet. I 7 § 2 st. likabehandlingslagen finns, enligt tingsrättens mening, endast utrymme för så kallad svag positiv särbehandling och kärande i målet utsätts således för otillåten diskriminering. Tingsrätten understryker att avgörande för bedömningen om positiv särbehandling är tillåten, måste bedömas utifrån omständigheterna i varje enskilt fall.

Enligt den statistik som käranden presenterar och staten vitsordar, bedömer tingsrätten att positiv särbehandling inte är nödvändig för att högskolan ska spegla samhällets fördelning av etniska minoriteter.

Tingsrätten dömer till fördel för de kärande och finner att Josefin Midander och Cecilia Lönn har rätt till skadestånd om 75 000 kronor vardera. Däremot anser tingsrätten inte att kärandens yrkade rättegångskostnader är skäligen, utan dömer till statens vitsordade belopp om 100 000 kronor vardera.

3.6.5 Hovrättens domskäl och domslut

Parterna har samma yrkande, grunder och omständigheter som i tingsrätten.

Hovrätten delar tingsrättens bedömning om att käranden blivit diskriminerade såsom avses i 7 § 1 st. likabehandlingslagen. Frågan i målet är om den inkvotering som gjorts vid Uppsala universitet, är berättigad med hänsyn till ett särskilt intresse som uppenbarligen överstiger intresset av att förhindra diskriminering. Detta särskilda intresse skulle vara att öka den etniska mångfalden bland juriststuderande.

Hovrätten anser att förarbetsuttalanden inte lämnar något utrymme alls för kvotering av sökande till högskola. Hovrätten finner till skillnad från svaranden, att begreppet sakliga omständigheter inte omfattar sökandes etniska tillhörighet. Trots att ett av syftena med 7 kap 10 § 4 st. högskoleförordningen är att öka andelen studenter med annan etnisk tillhörighet än svensk, kan inte slutsatsen bli att den etniska tillhörigheten i sig anses vara en saklig omständighet. Domstolen dömer till fördel för de kärande och fastställer därmed tingsrättens domslut.

4 Analys

4.1 Inledning

Författarna till uppsatsen har som jämställdhetsmål att alla människor oavsett kön, ras eller etniskt ursprung ska ha samma möjligheter och rättigheter på arbetsmarknaden. I dagens samhälle har alla samma rättigheter och möjligheter endast på en teoretisk nivå. Är positiv särbehandling en metod som främjar eller motverkar jämställdhet i Sverige? Genom att analysera tidigare presenterad fakta i uppsatsen besvarar vi ovanstående frågor. För att underlätta för läsaren kommer först en sammanfattande rättsfallsanalys, vilken följs av en presentation av våra förslag på lösningar för att uppnå vårt önskade jämställdhetsmål. Slutligen görs en sammantagen slutsats, där vi besvarar frågorna i syftet.

4.2 Rättsfallsanalys

I Kalankefallet fastställer domstolen att positiv särbehandling är i enlighet med artikel 2.4 likabehandlingsdirektivet, om de sökande har likvärdiga meriter. Domstolen poängterar dock att en nationell regel, vilken innebär en ovillkorlig och undantagslös garanti om företräde för de underrepresenterade könet, strider mot gemenskapsrätten.

Ett annat avgörande i EG-domstolen är Marschallfallet. Utmärkande för domstolens avgörande är att när positiv särbehandling utnyttjas, ska alla sökanden få en objektiv bedömning av sina individuella kvalitéer. När arbetsgivaren tar hänsyn till sådana kvalitéer får de inte vara av ett sådant slag att kvinnor blir diskriminerade. Domstolen anser att om en nationell reglering innehåller ett objektivitetsvillkor, är regleringen i enlighet med artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

I Badeckfallet fastställer domstolen att kriterier som är utformade för att i allmänhet gynna kvinnor, men som framstår könsneutrala, är tillåtna. Sådana kriterier kan vara att familjesituation, deltidsanställningar och sent avslutade utbildningar inte får påverka anställningsförfarandet för den sökande negativt. Dock måste arbetsgivaren ta de manliga kandidaternas meriter och kvalifikationer i beaktande. Arbetsgivarens vilja att anställa en person som tillhör underrepresenterat kön, får endast vara ett av många kriterier och inte ensamt vara det avgörande skälet för anställningen. Arbetsgivaren måste också ta hänsyn till personliga och sociala omständigheter hos dem som inte blir föremål för aktiva åtgärder.

I Abrahamssonfallet fastställer domstolen att en förordning som tillåter företräde för personer som har tillräckliga kvalifikationer, men är underlägsen gentemot en sökande av motsatt kön, inte är tillåtet enligt artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet och 141.4 EGFördraget. En begränsning av tillämpningsområdet eller nivån på den sökta tjänsten, påverkar inte domstolens bedömning. Däremot blir bedömningen annorlunda om sökanden har likvärdiga meriter och arbetsgivaren gör en objektiv bedömning, då faller urvalsmetoden inom ramarna för artikel 2.1 och 2.4 likabehandlingsdirektivet.

Ett svenskt rättsfall angående positiv särbehandling är Uppsalafallet. Tingsrätten finner i målet att uttalande i förarbeten och lagtext, ger för handen en restriktiv tolkning av undantaget i 7 § 2 st. likabehandlingslagen gällande positiv särbehandling. Ett universitet är inte tillåtet att använda alternativa urvalsmetoder, som innebär att personer av sämre meriter får företräde. Tingsrätten understryker att avgörande för bedömningen om positiv särbehandling är tillåten, måste bedömas utifrån varje enskilt falls omständigheter. Enligt den statistik som kåranden presenterat och staten vitsordat, bedömer tingsrätten att positiv särbehand-

ling inte är nödvändig för att högskolan ska spegla samhällets fördelning av etniska minoriteter.

Fallet går vidare till hovrätten, vilken gör bedömningen att begreppet sakliga omständigheter inte omfattar sökandes etniska tillhörighet. Trots att ett av syftena med 7 kap. 10 § 4 st. högskoleförordningen är att öka andelen studenter med annan etnisk tillhörighet än svensk, kan inte slutsatsen bli att den etniska tillhörigheten i sig anses vara en saklig omständighet. Domstolen dömer till fördel för de käre och fastställer därmed tingsrättens domslut.

Sammantaget använder EG-domstolen en restriktiv tillämpning av positiv särbehandling. EG-domstolen framhåller betydelsen av att en objektiv bedömning av de sökandes kvaliteter görs. Genom att domstolen ger arbetsgivaren ansvaret för den objektiva bedömningen vid användandet av positiv särbehandling, finns det enligt oss en risk att arbetsgivaren missbrukar sin ställning och därmed diskriminerar. Dock anser vi att den objektiva bedömningen leder till en mer flexibel bedömning, som ger möjlighet för arbetsgivaren att ta hänsyn till individuella omständigheter hos de sökande.

Vi anser också att de exempel som domstolen ger på kriterier som inte får påverka den objektiva bedömningen av sökande har både fördelar och nackdelar. Kriterierna är något otydliga enligt vår bedömning eftersom till exempel begreppet familjesituation har flertalet tolkningsmöjligheter. Domstolen tillåter endast positiv särbehandling när de sökande har likvärdiga meriter. Vi ifrågasätter vad begreppet likvärdiga meriter innebär, eftersom det är nästan omöjligt för två individer att ha exakt lika meriter.

Uppsala domstol har i likhet med EG-domstolen använt restriktiv tolkning av begreppet positiv särbehandling. Den svenska domstolen anser också att en sökande med sämre meriter, inte ska få företräde enbart på grund av att sökande tillhör en etnisk minoritet. Vi ifrågasätter domstolens bedömning av att etnisk tillhörighet inte är en saklig grund. Enligt förarbetena till regeringsformen kan hänsyn till arbetsmarknaden innefattas i sakliga grunder. Arbetsgivaren kan därmed använda positiv särbehandling genom att göra en hänvisning till könsfördelning på arbetsmarknaden. I anställningsförordningen finns allmänna jämställdhetsmål intaget i begreppet sakliga grunder. Vi anser därmed att även etnisk minoritet kan vara intaget i begreppet sakliga grunder, detta så länge som fördelningen på arbetsmarknaden inte motsvarar fördelningen i samhället. Vi anser att etnisk minoritet innefattas i begreppet sakliga grunder och därmed är positiv särbehandling teoretiskt tillåten. Trots denna åsikt finns en omfattande problematik mot att använda positiv särbehandling för etniska minoriteter. Denna problematik redogör vi för nedan.¹⁵¹

4.3 Bör positiv särbehandling införas i lagen mot etnisk diskriminering?

Positiv särbehandling är enligt oss, ej lämplig att införa i lagen mot etnisk diskriminering. Trots att vi anser att positiv särbehandling ej ska införas, menar vi att etnisk jämställdhet på arbetsmarknaden är viktig. Första steget för att uppnå jämställdhet i arbetslivet, är att alla parter enas om att samhället ännu inte är jämställt. Först efter ett sådant erkännande kan åtgärder sättas in för att eliminera diskriminering i arbetslivet. Att inte alla parter är enade om att diskriminering är ett problem, är enligt oss oroväckande. En debattör ställer sig frågan om det är nödvändigt för ett samhälle att ha en jämlik representation på alla nivåer. Vi

¹⁵¹ Se avsnitt 4.3.

ifrågasätter termen nödvändighet, då vi anser att mångfald inom alla nivåer snarare är en tillgång och en möjlighet än en belastning för ett företag. Om synsättet är att etnisk mångfald är ett nödvändigt ont krävs åtgärder som drastiskt förändrar synsättet. Vi ifrågasätter dock om positiv särbehandling är rätt åtgärd för att uppnå jämställdhet. I artikel 5 likbehandlingsdirektivet angående ras och etniskt ursprung finns ett visst utrymme för positiv särbehandling av etniska minoriteter. Dock anser rådet att positiv särbehandling endast bör utnyttjas när en arbetstagare av en viss ras eller etnisk ursprung är avgörande för tjänsten. Vi anser att ett införande av positiv särbehandling i lagen mot etnisk diskriminering skulle strida mot rådets rekommendation.

Ett stort problem med lagen mot etnisk diskriminering, är att det finns svårigheter med att identifiera målgruppen. Ofta anses begreppet etnisk mångfald omfatta alla personer som är av annat ursprung än uteslutande svenskt, vilket dock inte innebär att alla med annat ursprung kan betraktas som en enhetlig och gemensam grupp. Eftersom avgränsningsproblemet föreligger, måste någon form av identifikation göras. Svårighet uppstår dock eftersom en identifikation antingen är objektiv eller subjektiv. En objektiv identifikation innebär att det finns vissa kriterier som ska vara uppfyllda för att någon ska anses tillhöra en viss etnisk grupp. En subjektiv identifikation innebär istället att individen själv uppger vilken etnisk tillhörighet som individen har. Vi anser att både den objektiva och den subjektiva identifikationsmetoden är kränkande för individen. Den objektiva metoden är kränkande eftersom individer särskiljs, genom att behöva uppge kriterier om sin person som inte är relevanta för arbetet. Vi anser vidare att gränsdragningen vid sådana kriterier är svår. Ett exempel på en svår gränsdraging, är om en individ kommer från Frankrike och har bott i Sverige under en längre period och därmed tappat lite av sina språkkunskaper. Individen anser sig dock fortfarande vara fransk och därmed blir ett objektiva kriterium, såsom språk svårt och olämpligt att tillämpa. Den subjektiva metoden är inte enligt oss heller lämplig, då individen kan välja att tillhöra en viss etnisk minoritet när det kan gynna honom eller henne. En sådan valmöjlighet som den subjektiva metoden innebär, kan lätt missbrukas vilket leder till att Gür föreslår en kombination av de objektiva och subjektiva metoderna. Vi menar dock att en kombination av två kränkande handlingar inte leder till en icke-kränkande handling. Ovanstående resonemang leder oss till slutsatsen att avgränsningsproblemet i nuläget inte har någon bra lösning och därmed är inte positiv särbehandling en åtgärd som kan användas utan att riskera att kränka individer. Grundtanken bakom positiv särbehandling är att minoriteter och utsatta grupper ska slippa kränkningen på arbetsmarkanden. Eftersom avgränsningsproblemet är omfattande, leder positiv särbehandling till att en kränkning byts ut mot en annan kränkning och är därmed ingen bra lösning på diskriminering av etniska minoriteter i arbetslivet.

Vidare finner vi att om positiv särbehandling införs i lagen mot etnisk diskriminering, bör åtgärden även införas i övriga 1999 års diskrimineringslagar. Skälet till att åtgärden bör införas i de andra diskrimineringslagarna är att 1999 års lagar bygger på en gemensam princip som innebär att lagarna har samma grunder och skall vara så lika varandra som möjligt till sin utformning. Effekten av att införa positiv särbehandling i lagen mot diskriminering på grund av sexuell läggning, blir att en individ måste lämna ut intima detaljer om sitt privatliv som inte på något sätt kan anses relevanta i arbetslivet.

Lagen mot etnisk diskriminering har en bred och otydlig målgrupp, vilket leder till ytterligare en problemställning. Om positiv särbehandling används för att kompensera för tidigare diskriminering av minoriteter, kan en sådan kompensation bli mycket snedvriden. Om minoritet A historiskt sett har blivit utsatt för mycket diskriminering, blir inte minoritet A hjälpta av att minoritet B blir positivt särbehandlade. Vi anser att eftersom olika minoriteter

har blivit olika mycket diskriminerade, leder positiv särbehandling fram till ett grupprättvisetänkande. Ett grupprättvisetänkande är inte att föredra enligt oss, eftersom Sverige har flertalet minoriteter vilka inte kan anses tillhöra en gemensam grupp.

I debatten kring positiv särbehandling föreslås att ett företags etniska sammansättning ska spegla den etniska mångfalden i företagets upptagningsområde. Upptagningsområdet varierar mycket beroende på företagets storlek, produkter/tjänster samt geografiska placering. Om positiv särbehandling ska införas enligt ovanstående villkor, skulle åtgärden medföra att sammansättningen inte leder till reell jämställdhet. Reell jämställdhet uppnås inte, då företagets etniska sammansättning inte motsvarar samhället i stort. Företagets etniska sammansättning kommer inte att motsvara samhället i stort, eftersom den etniska sammansättningen i samhället är ojämn. Utgår företag från ett begränsat geografiskt område, kan mångfalden i företaget bli snedvriden.

Sammantaget är vi emot införandet av stark positiv särbehandling i lagen mot etnisk diskriminering. Däremot anser vi att användandet av svag positiv särbehandling är att rekommendera. Svag positiv särbehandling kan utföras till exempel genom elimineringsstrategier och förstärkningsåtgärder. Elimineringsstrategier är lämpliga eftersom de motverkar diskriminering och vänder sig direkt till arbetsgivaren. Skälet till att förstärkningsåtgärder är bra åtgärder för att uppnå jämlikhet, är att åtgärderna inte riktar sig till den enskilda individen utan är allmän information. Vid användandet av svag positiv särbehandling försvinner det svåra avgränsningsproblemet. Vi anser dock att svag positiv särbehandling inte ska införas i lagtext. Skälet till att svag positiv särbehandling ej bör lagstiftas, är att begreppet aktiva åtgärder redan inkluderar viss svag positiv särbehandling.

4.4 Är positiv särbehandling i jämställdhetslagen lämpligt?

Positiv särbehandling i jämställdhetslagen är lämplig enligt vår åsikt. Vi anser att positiv särbehandling är genomförbar i jämställdhetslagen, men ej i lagen mot etnisk diskriminering. Det tyngst vägande skälet för ett sådant påstående är att målgruppen i jämställdhetslagen är tydlig och något avgränsningsproblem föreligger ej. Vidare är målgruppen inte geografiskt uppdelad, utan könen är jämt fördelade i samhället.

I regeringsformen finns ett utrymme för att använda positiv särbehandling gällande kön. Dock finns inte motsvarande reglering gällande etniska minoriteter. Eftersom positiv särbehandling finns grundlagsfäst, underlättas användandet av positiv särbehandling gällande kön.

Idag finns ett visst utrymme för positiv särbehandling i jämställdhetslagen. Lagtexten är dock snävt skriven och har en otydlig formulering om vad som är tillåtet. Tolkningsmöjligheterna gällande begreppet ”att främja jämställdhet” är många och inga tydliga gränser finns lagstadgade. Därför föreslår vi vissa ändringar i jämställdhetslagen vilka innebär en definition och tydliga gränser för positiv särbehandling. Nu gällande lagtext är genom sin vaghet svår för arbetsgivaren att tillämpa. Som utgångspunkt för att skapa en definition av positiv särbehandling använder vi oss av definitioner som finns inom den internationella rätten, såsom likabehandlingsdirektivet och EG-fördraget. Placeringen av positiv särbehandling finns idag i 17 § jämställdhetslagen medan direkt diskriminering finns i 15 §. Vi föredrar att undantagen till direkt diskriminering finns i omedelbar anslutning till huvudregeln i 15 § jämställdhetslagen. En sådan placering underlättar läsningen och förståelsen av lagtexten.

Error! Style not defined.

Vi föreslår att en definition av positiv särbehandling införs i jämställdhetslagen. Definitionen av positiv särbehandling är åtgärder, vilka främjar lika möjligheter för båda könen och syftar till att förebygga och avlägsna nackdelar för det underrepresenterade könet på arbetsmarknaden.

Efter denna definition bör tydliga gränser dras för när och hur positiv särbehandling ska användas. För att dra gränser använder vi EG-praxis som utgångspunkt. Vi anser att i lagtexten bör följande fyra kriterier finnas för personer som blir positivt särbehandlade:

1. Personer som blir positivt särbehandlade ska ha likvärdiga meriter och kvalifikationer i jämförelse med någon sökande tillhörande det överrepresenterade könet.
2. Arbetsgivaren ska inte ge någon tillhörande det underrepresenterade könet en ovillkorlig och undantagslös garanti, utan måste göra en objektiv bedömning av alla sökandes individuella kvalitéer. Dock får inte sådana individuella kvalitéer som i praktiken missgynnar det underrepresenterade könet, tas i beaktande vid anställningsförfarandet.
3. Arbetsgivaren får ha kriterier som framstår som könsneutrala, men som i praktiken gynnar det underrepresenterade könet.
4. Användande av positiv särbehandling får endast ske under en begränsad tidsperiod.

Det första kriteriet är nödvändigt för att arbetsgivaren fortfarande ska ha en garanti för att han/hon får en arbetstagare med de mest lämpliga kvalifikationerna. En avsaknad av ett sådant kriterium leder till arbetsgivaren upplever positiv särbehandling som ett tvång, då han/hon inte kan anställa den individ som är mest meriterad och därmed bäst för företaget. Med hjälp av ett meritkriterium, kan arbetsgivaren istället uppleva positiv särbehandling som en möjlighet till ett bättre och mer jämställt företag. Vi anser dock att kulturkompetens inte ska räknas in i begreppet merit. En individs kulturella tillhörighet är något individen föds med och vi anser att meriter är något som alla ska kunna skaffa sig, för att kunna konkurrera på lika villkor.

En objektiv bedömning måste göras av de sökande för att arbetsgivaren ska kunna ta hänsyn till individuella kvalitéer. När en objektiv bedömning görs enligt andra kriteriet, anser vi dock att viss försiktighet måste iakttas. En objektiv bedömning kan leda till att egenskaper hos en individ, vilka inte har med tjänsten att göra blir avgörande. Ett exempel på en sådan situation är om arbetsgivaren har intressen som är könstypiska och värderar samma intressen hos en arbetssökande. I och med att begreppet objektiv bedömning är otydligt, väljer vi att ha med andra meningens i andra kriteriet.

Tredje kriteriet tillåter arbetsgivaren att anse vissa erfarenheter som är typiska för det underrepresenterade könet, vara en merit vid anställningsförfarandet. Sådana erfarenheter kan vara föräldraledighet och deltidanställningar. Vi föreslår att det tredje kriteriet bör lagstadgas, eftersom annars riskerar personer som satsar mycket tid på familjen att helt slås ut från arbetsmarknaden. Kriterier som vänder sig till det underrepresenterade könet, leder till att självförtroendenivån höjs och fler tillhörande det underrepresenterade könet söker tjänster.

Att tidsbegränsa användandet av positiv särbehandling finns med i ILO:s reglering av positiv särbehandling och rekommenderas i doktrin. I artikel 4 kvinnokonventionen är positiv särbehandling tillåten under en begränsad tidsperiod. Skälet till en sådan tidsbegränsning är

att inte positiv särbehandling ska leda till permanenta åtskillnader mellan könen. Vi anser att FN:s argument för tidsbegränsning är ett tungt vägande skäl, för att införa ett kriterium som tidsbegränsar användandet av positiv särbehandling. Vidare finner vi att en tidsbegränsning är nödvändig för att ge arbetsgivaren ett konkret mål, som sedan kan utvärderas av en kontrollerande myndighet. Eftersom samhället konstant förändras och vi inte kan veta hur samhället ser ut i framtiden, bör inte åtgärden positiv särbehandling användas under en oöverskådlig framtid.

4.5 Sammantagen slutsats

Gränserna för positiv särbehandling enligt gällande rätt, ger att ett visst utrymme för positiv särbehandling för det underrepresenterade könet finns. Dock finns inget utrymme för positiv särbehandling av etniska minoriteter, om inte den etniska minoriteten är avgörande för tjänsten. Den största skillnaden mellan lagen mot etnisk diskriminering och jämställdhetslagen, är att i jämställdhetslagen finns ett uttryckligt undantag från direkt diskriminering som tillåter positiv särbehandling

EG-praxis stagar att en arbetsgivare får lov att anställa någon på grund av att personen tillhör det underrepresenterade könet, dock endast om denne har likvärdiga meriter som en sökande av motsatt kön. En objektiv bedömning måste även göras, men bedömningen får ej missgynna något av könen. Arbetsgivaren får även använda kriterier som framstår som könsneutrala, men i realiteten gynnar det underrepresenterade könet.

I svensk lag finns ingen definition av positiv särbehandling och därför föreslår vi att en definition och tillämpningskriterier införs i jämställdhetslagen. Vi anser att gällande jämställdhetslagen är positiv särbehandling en åtgärd som främjar jämställdheten. Däremot skulle införandet av positiv särbehandling i lagen mot etnisk diskriminering i praktiken motverka jämställdheten.

Referenslista

Lagar och förordningar

Svensk rätt

Anställningsförordningen (1994:373).

Förordning (1995:936) om vissa anställningar som professor och forskarassistent vilka inrättas i jämställdhetssyfte. (Tham-förordningen)

Högskoleförordningen (1993:100).

Jämställdhetslag (1991:433).

Lagen om offentlig anställning (1994:60).

Lag (1999:130) om åtgärder mot diskriminering i arbetslivet på grund av etnisk tillhörighet, religion eller annan trosuppfattning.

Lag (1999:132) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av funktionshinder.

Lag (1999:133) om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning.

Lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning.

Lag (2003:307) om förbud mot diskriminering.

Lag (2001:1286) om likabehandling av studenter i högskolan.

Regeringsformen (2003:593).

Internationell rätt

Amsterdamfördraget 1 maj 1999.

CEDAW General Recommendation no.5 (1998).

1966 års FN-konvention om medborgliga och politiska rättigheter.

1966 års FN-konvention om ekonomiska, sociala och kulturella rättigheter.

1979 års FN-konvention om avskaffandet av all slags diskriminering av kvinnor.

Hessische Gesetz über die Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zum Abbau von Diskriminierungen von Frauen in der öffentlichen Verwaltung.

International Labour Organisation Declaration nr.111.

Konsoliderad version av fördraget om upprättandet av europeiska gemenskapen. Officiella tidning nr C 325, 24 december 2002. (EG-fördraget)

Rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor.

Rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976 om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.

Rådets direktiv 2000/43/EG av den 29 juni 2000 om genomförandet av principen av lika-behandling av personer oavsett deras ras eller etniska ursprung.

Offentligt tryck

Proposition 1973:90. Kungliga Majestäts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.

Proposition 1994/95:164. Jämställdhet mellan kvinnor och män inom utbildningsområdet.

Proposition 1999/2000:143. Ändringar i jämställdhetslagen m.m.

Proposition 2001/02:27. Likabehandling av studenter i högskola.

Proposition 2004/05:147. Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering.

SOU 1997:174 Räkna med Mångfald! Betänkande av Utredningen om översyn av lagen mot etnisk diskriminering. Stockholm Fritzes.

SOU 1999:8 Invandrarskap och medborgarskap skrift nummer 13, Roth Hans-Ingvar, Elanders Gotab, Stockholm 1999.

SOU 2000:47 Mångfald i högskolan – reflektioner och förslag om social och etnisk mångfald i högskolan.

SOU 2004:55, Ett utvidgat skydd mot könsdiskriminering – delbetänkande av diskrimineringskommittén, Edita Norstedts Tryckeri AB, Stockholm 2004.

Praxis

Svensk rätt

Uppsalafallet mål nr T 518-04 och T 2171-04.

EG-rätt

Abrahamssonmålet (C-407/98).

Badeckmålet (C-158/97).

Defrenne-II målet (C-43/75).

Johnston (222/84) 15 maj 1986.

Kalankemålet (C-450/93).

Kommissionen mot Storbritannien och Nordirland (C-165/82).

Marshallmålet (C-409/95).

Schröder (C-50/96).

Litteratur

Barry Brian, Culture & Equality, Polity Press, London 2000

Darity William JR, Give Affirmative Action Time To Act, The Chronicle of Higher Education, 1 December 2000.

Ellis, EC Sex Equality Law, 1998

Gür Thomas, Positiv särbehandling är också diskriminering, Norstedts Tryckeri, Stockholm 1998.

Integrationsverket, Mångfald som verksamhetsstrategi – en modell för mångfaldsarbete, 2001.

Lehrberg Bert, Praktisk juridisk metod, Iustus förlag AB, Uppsala 2001.

Lerwall Lotta, Könsdiskriminering – En analys av nationell och internationell rätt, Iustus förlag AB, Uppsala 2001.

Macedo Stephen, Diversity and Distrust; Civic Education in a Multicultural Society, Harvard University Press, Cambridge 2000.

One hundred words for equality: a glossary of terms on equality between women and men. Office for official Publications of the European Communities Lanham, MD: Bernan Associates, Luxemburg 1998.

Rachels James, The Elements of Moral Philosophy, McGraw Hill, Boston 1999.

Roth Hans Ingvar, Särbehandlingens dimensioner En analys av debatten om positiv särbehandling i USA, Carlsson Bokförlag, Bjärnum 2004.

Taylor Charles, Multiculturalism, Princeton University Press, Princeton 1994.

Thernstrom Stephen och Thernstrom Abigail, Racial Preferences; What We Now Know, Commentarey, 1999:2.

Williams Melissa S., In Defence of Affirmative Action: North American Discourses for The European Context?, Berg, Oxford 2000.

Internetsidor

www.dn.se DN.ledare kolumner, Dahrendorf Ralf översättare Aman Johannes, ”Det negativa med positiv särbehandling”. Nätupplagan fredag 13 februari 2004. Uppdaterad 14 februari 2004.

www.dn.se DN.debatt. Stömmer Gunnar, ” DO beredd att tillåta etnisk diskriminering” Nätupplagan måndag 20 mars 2006. Uppdaterad 13 januari 2005.

www.dn.se DN.debatt, Duker Jan-Peter (vice vd Svenskt Näringsliv) Lundby-Wedin Wanja (ordförande LO) Nordh Sture (ordförande TCO) Ekström Göran (Generaldirektör Arbetsgivarverket) Sörman Håkan (vd Sveriges kommuner och landsting) Ekström Anna (ordförande Saco), ”Vi säger nej till positiv särbehandling av invandrare”, Nätupplagan onsdag 22 februari 2006, uppdaterad 23 februari 2000.