



**EKONOMI
HÖGSKOLAN**
Lunds universitet

Institutionen för handelsrätt
HARK13 Självständigt arbete
Kandidatuppsats

HT 2008

Positiv särbehandling

– en metod som motverkar diskriminering eller skapar nya orättvisor?

Handledare: Reinhold Fahlbeck

Författare: Helena Sigvardsson

Sammanfattning

Positiv särbehandling är ett ständigt aktuellt ämne. Frågor som diskuteras är bland annat var gränserna går mellan positiv särbehandling och otillåten diskriminering, samt om dessa typer av åtgärder kan rättfärdigas som medel för att uppnå rättvisa mellan grupper.

Positiv särbehandling finns reglerad i nationell såväl som EG-rättslig lagstiftning. I svensk rätt återfinns undantaget från direkt diskriminering i Jämställdhetslag (1991:433). I gemenskapsrätten stadgas rätten till positiv särbehandling i artikel 141.4 EG-fördraget, likabehandlingsdirektivet samt i rådets rekommendation 84/635/EEG. Det är endast särbehandling på grund av kön som är tillåten.

Då gränserna för positiv särbehandling inte är helt klara har EG-domstolen genom ett antal rättsfall fastställt vissa principer. Dessa är att positiv särbehandling är tillåten vid lika eller nästan lika meriter, då en egenskap såsom kön inte automatiskt och ovillkorligt innebär ett företräde, att en objektiv bedömning görs av meriter och personliga förhållanden där även icke-traditionella meriter får vägas in, att denna bedömning görs utifrån klara kriterier samt om särbehandling står i proportion till ändamålet.

Debatten om positiv särbehandling gäller huruvida dessa åtgärder utgör en möjlighet för alla människors rätt till likabehandling, eller om de snarare kan sägas vara motsatsen till denna princip. Förslag på alternativa lösningar till positiv särbehandling diskuteras också i denna debatt. Exempelvis föreslås arbetsrotation bland de anställda på arbetsplatsen samt att arbetsgivaren då denne ska anställa har rutiner som ökar chanserna att få in ansökningar från tidigare underrepresenterade grupper. Förslag på att tillämpa positiv särbehandling under en begränsad period förekommer också.

Någon typ av åtgärder krävs för att åstadkomma en mer rättvis fördelning mellan bland annat män och kvinnor. Frågan är om positiv särbehandling är rätt sätt att nå detta mål.

Nyckelord: Positiv särbehandling, jämlikhet, kön, diskriminering, likabehandling.

Abstract

Affirmative action is a constantly topical issue. Questions are discussed on where the boundaries lie between affirmative action and discrimination, as well as whether its use can be justified as means of achieving fairness between groups.

Affirmative action is statute in both national and EC-law. In the Swedish legal system the exception from direct discrimination can be found in the Equal Opportunities Act. In EC-law the right to use affirmative action is statute in article 141.4 of the EC-treaty, in the equal treatment directive and in the council recommendation 84/635/EEC. Only affirmative action on grounds of gender is permitted.

The boundaries for affirmative action are unclear and therefore the EC-court has had to clarify certain principles. These are that affirmative action is permitted at equivalent or substantially equivalent merits, when nobody is given an absolute and unconditional priority due to an attribute such as gender, when an objective assessment of merits and personal situations is made where non-traditional merits can be included, when this assessment is based on clear criteria and if the affirmative action is proportional to its purpose.

The debate about affirmative action concerns whether it can be seen as a tool to make possible the right to equal treatment for all, or if it can be said to be the opposite of this principle. Suggestions on alternative solutions to affirmative action are also discussed, such as job rotation and recruitment process routines which increase the chance of getting applications from underrepresented groups. The use of affirmative action during a limited period of time has also been suggested.

Actions are required in order to bring about a more even balance between, among other things, men and women. The question is if affirmative action is the best technique to achieve this goal.

Keywords: Affirmative action, equality, gender, discrimination, equal treatment.

Innehållsförteckning

Förkortningar	6
1. Inledning	7
1.1. Syfte och frågeställningar.....	8
1.2. Metod och material.....	8
1.3. Avgränsningar	9
1.4. Definition av begreppet positiv särbehandling.....	9
2. Positiv särbehandling i svensk- samt EG-rätt	10
2.1. Positiv särbehandling i svensk rätt	10
2.1.1. Regeringsformen	10
2.1.2. Jämställdhetslagen.....	10
2.1.3. Ny diskrimineringslag	12
2.2. Positiv särbehandling i EG-rätten	13
2.2.1. Artikel 141.4 EG-fördraget	13
2.2.2. Direktiv 2006/54/EG samt dess tidigare lydelse 76/207/EEG.....	13
2.2.3. Rådets rekommendation 84/635/EEG.....	14
3. Vad klassas som positiv särbehandling, och när handlar det om otillåten diskriminering?	15
3.1. Mål C-450/93 Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen	15
3.2. Mål C-409/95 Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen.....	17
3.3. Mål C-158/97 Badeck mot Land Hessen	18
3.4. Mål C-407/98 Abrahamsson och Anderson mot Fogelqvist.....	20
4. Är positiv särbehandling nödvändig för att lösa snedfördelningen mellan könen, eller finns det andra alternativ?	22
4.1. Positiv särbehandling för att lösa snedfördelning	22
4.1.1. Argument <i>för</i> positiv särbehandling.....	22
4.1.2. Argument <i>emot</i> positiv särbehandling.....	24
4.1.3. Underrepresentation – ett bevis på diskriminering?.....	25
4.2. Alternativ till positiv särbehandling	26
4.2.1. Aktiva åtgärder vid rekrytering enligt 7-9 §§ Jämställdhetslagen	26
4.2.2. Uppsökande verksamhet och riktade informationsinsatser.....	27
4.2.3. Mentorsprogram och en ökning av ansökningar från underrepresenterade	28
4.2.4. Positiv särbehandling under en begränsad period	29
5. Analys och slutsatser	30
5.1. EG-domstolens rättspraxis	30
5.1.1. Automatiskt och ovillkorligt företräde.....	30
5.1.2. Objektiv bedömning av meriter.....	30
5.1.3. Skillnader i meriter.....	31
5.1.4. I proportion till eftersträvat mål	32
5.1.5. Slutsatser	32

5.2.	Debatten avseende positiv särbehandling	32
5.2.1.	Förespråkare och motståndare.....	32
5.2.2.	Vilka alternativ finns till positiv särbehandling?	34
5.2.3.	Slutsatser	36
5.3.	Positiv särbehandling de lege ferenda.....	36
Referensförteckning		37

Förkortningar

AD – Arbetsdomstolen

DN – Dagens Nyheter

DO – Diskrimineringsombudsmannen

ECR – European Court Reports

EEG – Europeiska ekonomiska gemenskapen

EG – Europeiska gemenskapen

EG-domstolen – Europeiska gemenskapernas domstol

EG-fördraget – Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen, Romfördraget

EGT – Europeiska gemenskapernas officiella tidning, C Communications, L Legislation

EUT – Europeiska unionens officiella tidning

HO – Handikappsombudsmannen

HomO – Ombudsmannen mot diskriminering på grund av sexuell läggning

JämL – Jämställdhetslag (1991:433)

JämO – Jämställdhetsombudsmannen

Maastricht – Fördraget om europeiska unionen, benämns även Unionsfördraget

Prop – Regeringens proposition

REG – Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt

RF – Regeringsformen (1974:152)

Rådet – Europeiska unionens råd

SOU – Statens offentliga utredningar

1. Inledning

Mitt intresse för att skriva om positiv särbehandling har växt med tiden. Jag har alltid varit intresserad av frågor som rör jämställdhet och eftersom positiv särbehandling är ett ämne som ständigt är aktuellt vill jag ta chansen att utforska det närmre.

Redan 1957 stadgades i Romfördraget att det ska råda jämlikhet mellan könen. I artikel 119 anges att män och kvinnor ska ha lika lön för lika arbete.¹ Sedan denna förordning utfärdades har ett stort antal bestämmelser om jämlikhet mellan könen antagits.² Rätten till positiv särbehandling finns reglerad både i svensk rätt och EG-rätt. Gemenskapsrättens regler har dock företräde framför nationell rätt. Detta innebär att oberoende av vad som föreskrivs i de nationella bestämmelserna ska de EG-rättsliga bestämmelserna tillämpas.³

Den 1 januari 2009 får Sverige en ny Diskrimineringslag (2008:567). Möjligheten att tillämpa positiv särbehandling för att främja jämställdhet mellan män och kvinnor kommer att finnas kvar. I propositionen till den nya lagen förs diskussioner om att även införa positiv etnisk särbehandling.⁴ Det finns dock vissa svårigheter med denna typ av särbehandling vilket jag kort kommer att behandla nedan.

EG-domstolen har prövat ett antal mål om vidden av positiv särbehandling. Domarna i dessa mål har inte alltid utmynnat som väntat, och diskussioner har uppstått i medlemsstaterna om hur långt utrymmet för positiv särbehandling sträcker sig. Frågan om positiv särbehandling innebär en möjlighet för individers rätt till likabehandling, eller om det istället leder till någon slags omvänd diskriminering diskuteras också. Finns det möjligtvis andra alternativ som kan främja jämställdheten, utan att någon behöver känna sig förfördelad? Jag kommer i min uppsats försöka att reda ut dessa frågetecken.

¹ JämO:s rapportserie Nr 1 (1993) s 5.

² Lundström, K (1999) s 18.

³ Hettne, J, et al (2005) s 111.

⁴ Prop 2007/08:95 s 169-171.

1.1.Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är dels att undersöka vad som klassas som positiv särbehandling och när det istället handlar om otillåten diskriminering, dels att behandla frågan huruvida positiv särbehandling är nödvändig för att lösa problemet med snedfördelningen mellan könen eller om det finns andra alternativ.

Frågeställningarna är sålunda följande:

Vad klassas som positiv särbehandling, och när handlar det om otillåten diskriminering?

Är positiv särbehandling nödvändig för att lösa snedfördelningen mellan könen, eller finns det andra alternativ?

1.2.Metod och material

I denna uppsats används sedvanlig juridisk metod. Uppsatsen baseras i huvudsak på lagar, förarbeten, rättspraxis och doktrin. För att tyda gemenskapsrättens bestämmelser har jag fått studera deras ingresser. Anledningen är att det inom EG-rätten inte finns sådana utförliga förarbeten som finns till viktiga svenska lagar. Till följd av detta har den språkliga tolkningen större betydelse för EG-rättens regler än den har för svensk rätt. Det avgörande för gemenskapsrättens bestämmelser är istället den text som lagstiftaren till sist beslutat om.⁵

För att besvara min första frågeställning använder jag mig, utöver rättspraxis och doktrin, av generaladvokaternas yttranden i de olika målen. Generaladvokatens uppgift är att fullständigt opartiskt lägga fram ett motiverat förslag till hur målet ska avgöras. Till skillnad från domstolens ofta kortfattade domar resonerar generaladvokaten i sitt förslag till avgörande mer omfattande och djupgående om olika aspekter av målet, argumenterar för och emot vissa lösningar och utreder vilka praktiska konsekvenser domen kan leda till.⁶ För att besvara frågan om alternativ till positiv särbehandling har jag, utöver JämOs grundbok – Att arbeta fram en jämställdhetsplan, använt mig av två artiklar från Dagens Nyheter samt en artikel från Svenskt Näringslivs hemsida.

⁵ Lehrberg, B (2006) s 120.

⁶ Hettne, J, et al (2005) s 68-69.

1.3. Avgränsningar

För att genomföra denna uppsats inom angivna ramar har jag varit tvungen att göra vissa avgränsningar. I kapitel två behandlar jag främst de bestämmelser där utrymmet för positiv särbehandling är starkast reglerat. I kapitel tre har jag varit tvungen att begränsa mig till de fyra rättsfall från EG-domstolen som kan anses mest relevanta för att besvara min frågeställning. Det finns även andra rättsfall som skulle kunna vara aktuella att behandla, såsom exempelvis mål C-79/99 Julia Schnorbus mot Land Hessen samt de svenska målen från Arbetsdomstolen, AD 1981 nr 171 och AD 1982 nr 139. Både av utrymmesskäl samt tiden jag fått till mitt förfogande finns det dock inte möjlighet att undersöka dessa rättsfall. Det är också med hänsyn till utrymme och tid jag tvingats att i kapitel fyra välja ut och behandla endast några av de argument som förekommer i debatten avseende positiv särbehandling. Jag har dock försökt att föra fram de mest vanligt förekommande åsikter om varför positiv särbehandling är nödvändig, eller varför det tvärtom istället anses leda till omvänd diskriminering.

1.4. Definition av begreppet positiv särbehandling

Positiv särbehandling innebär att en individ missgynnas med syftet att uppnå rättvisa mellan grupper. Positiv särbehandling kan tillämpas då arbetsgivaren anställer och befordrar samt leder och fördelar arbetet, dock inte vid tillämpning av löne- eller andra anställningsvillkor. Arbetsgivaren har rätt att planmässigt ge någon från underrepresenterat kön företräde trots att denne är mindre kvalificerad. Skillnaden i meriter får dock inte vara alltför stor.⁷ Det är inte tillåtet att automatiskt gynna någon på grund av att denne tillhör ett visst kön. Det är inte heller tillåtet att använda sig av kvotering genom att enbart anställa personer från underrepresenterat kön till dess att kvoten uppnåtts.⁸

⁷ Källström, K, et al (2006) s 87-88.

⁸ Göransson, H, et al (2006) s 33.

2. Positiv särbehandling i svensk- samt EG-rätt

2.1. Positiv särbehandling i svensk rätt

2.1.1. Regeringsformen

I 2 kap 16 § Regeringsformen (1974:152) stadgas medborgarnas rätt att i lag eller annan föreskrift inte missgynnas på grund av kön. Av andra stycket framkommer dock att detta kan vara tillåtet om föreskriften utgör ett led i arbetet med att uppnå jämställdhet mellan könen. Enligt 11 kap 9 § andra stycket RF ska vid tillsättning av statlig tjänst avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Positiv särbehandling anses dock inte strida mot detta stadgande i grundlagen.⁹

2.1.2. Jämställdhetslagen

Lag (1979:1118) om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet antogs av riksdagen i december 1979 och trädde i kraft den 1 juli 1980. Kritik framfördes dock mot lagen. Den ansågs bland annat inte vara tillräckligt effektiv för att kunna påverka utvecklingen mot jämställdhet i arbetslivet framåt. Arbetsmarknadsutskottet kom därför fram till att en allmän utvärdering behövde göras för att eventuellt omarbete lagen. En ny Jämställdhetslag (1991:433) trädde i kraft den 1 januari 1992. På samma sätt som den äldre lagen har den som ändamål att främja jämställdhet i arbetslivet.¹⁰

Enligt 9 § första stycket JämL ska arbetsgivaren på en arbetsplats med ojämn fördelning mellan könen i en viss typ av arbete eller inom en viss kategori av arbetstagare särskilt anstränga sig vid nyanställningar för att få sökande av underrepresenterat kön och försöka se till att andelen arbetstagare av det könet efterhand ökar. Regeln vänder sig till arbetsgivare

⁹ Laurén, R, et al (1992) s 108.

¹⁰ Laurén, R, et al (1992) s 11-18.

som ska nyanställa på arbetsplatser där fördelningen mellan män och kvinnor i en viss typ av arbete eller inom en viss kategori av arbetstagare inte uppnått 40 procent.¹¹ Viktigt att klargöra är att arbetsgivaren inte har någon absolut skyldighet att välja en sökande från underrepresenterat kön.¹² Arbetsgivaren har alltid möjlighet att i det enskilda fallet anställa den med bäst meriter.¹³ Istället handlar det om att arbetsgivaren vid anställningsförfarandet ska ta hänsyn till intresset av en jämn könsfördelning på arbetsplatsen och verka för att efterhand försöka uppnå detta.¹⁴

I 9 § andra stycket JämL framkommer att första stycket inte ska tillämpas om särskilda skäl talar emot sådana åtgärder eller om det inte är rimligt att åtgärderna kan krävas med hänsyn till arbetsgivarens resurser och omständigheterna i övrigt. Enligt förarbetena till den äldre JämL syftar ”särskilda skäl” till situationer när lagen överhuvudtaget inte bör tillämpas med hänsyn till starka motstående skäl. Dessa skäl kan till exempel vara sysselsättningsläget på en ort eller då det rör sig om vissa särskilt tunga eller fysiskt krävande arbeten där det på grund av arbetets särskilda art inte är meningsfullt att eftersträva en jämn fördelning mellan könen.¹⁵ Hänsyn ska även tas till vilka resurser arbetsgivaren har samt omständigheterna i övrigt.¹⁶

Enligt 17 § andra stycket p 2 JämL gäller förbudet mot direkt diskriminering inte om behandlingen är ett led i strävanden att främja jämställdhet i arbetslivet. Syftet med detta undantag för positiv särbehandling är att arbetsgivaren ska ha möjlighet att välja bort en mer kvalificerad sökande för att på så sätt komma till rätta med en ojämn könsfördelning på arbetsplatsen.¹⁷ Förutsättningen för att tillämpa positiv särbehandling är att det rör sig om en systematisk verksamhet i syfte att främja jämställdheten i stort.¹⁸ Det bästa sättet att visa att det handlar om positiv särbehandling och inte diskriminering är att hänvisa till regler eller riktlinjer som fastställts efter samråd mellan arbetsgivare och fack.¹⁹ Enstaka diskriminerande åtgärder som inte har stöd i en jämställdhetsplan eller är en del av ett personalpolitiskt beslut får inte rättfärdigas med att det handlar om undantag för positiv särbehandling.²⁰

¹¹ Göransson, H, et al (2006) s 32.

¹² Laurén, R, et al (1992) s 105.

¹³ Glavå, M (2001) s 263.

¹⁴ Laurén, R, et al (1992) s 105.

¹⁵ Prop 1978/79:175 s 136.

¹⁶ Prop 1990/91:113 s 102.

¹⁷ Laurén, R, et al (1992) s 169.

¹⁸ Prop 1978/79:175 s 124.

¹⁹ Prop 1978/79:175 s 84.

²⁰ Laurén, R, et al (1992) s 169.

2.1.3. Ny diskrimineringslag

Den 6 mars 2008 överlämnade regeringen en proposition till riksdagen om ett starkare skydd mot diskriminering.²¹ Den 1 januari 2009 får Sverige en ny Diskrimineringslag (2008:567). Lagen innebär att diskrimineringslagarna, däribland JämL, slås samman till en enda lag.²² Lagen innebär även att de fyra nuvarande myndigheterna JämO, DO, HO och HomO upphör och ersätts av en ny myndighet, diskrimineringsombudsmannen.²³

Undantaget från diskrimineringsförbudet för positiv särbehandling regleras i 2 kap 2 § p 2 i propositionen till den nya diskrimineringslagen. Regeringen föreslår att förbudet för arbetsgivare att diskriminera inte ska hindra ”åtgärder som är ett led i strävanden att främja jämställdhet mellan kvinnor och män och som avser annat än löne- eller andra anställningsvillkor”.²⁴ Diskrimineringskommittén påpekar att det inte finns några bevis klarlagda för vilka effekter möjligheten till positiv särbehandling på grund av kön haft, eller i vilken utsträckning arbetsgivare utnyttjat denna möjlighet. Det konstateras dock att det är rimligt att möjligheten till positiv särbehandling ska finnas kvar för att på så sätt försöka väga upp eventuella nackdelar för kvinnor på arbetsmarknaden.²⁵

I propositionen behandlas även frågan om att införa regler som tillåter positiv etnisk särbehandling. Det framhålls att de åtgärder som hittills vidtagits för att kompensera underläget för personer med utländsk bakgrund inte varit tillräckliga. Det krävs därför enligt propositionen ytterligare åtgärder för att ge dessa personer lika möjligheter som andra att arbeta med sådant som faller inom deras kompetensområde samt motsvarar deras önskemål. Positiv etnisk särbehandling skulle därför kunna övervägas. Några av svårigheterna som redovisas är dock till exempel vilka målgrupper som ska omfattas av särbehandlingen och att arbetsgivarna i praktiken skulle tvingas föra statistik över människors etniska tillhörighet för att kunna veta vilka som är underrepresenterade jämfört med andra. Regeringen kommer i propositionen fram till att positiv etnisk särbehandling inte bör vara tillåten.²⁶

²¹ Prop 2007/08:95.

²² Prop 2007/08:95 s 80.

²³ Prop 2007/08:95 s 2.

²⁴ Prop 2007/08:95 s 11.

²⁵ Prop 2007/08:95 s 168.

²⁶ Prop 2007/08:95 s 169-171.

2.2. Positiv särbehandling i EG-rätten

EG-rätten har företräde framför nationell rätt. Detta innebär att nationella bestämmelser som strider mot EG-rätten inte får tillämpas. Skulle en domstol i ett av medlemsländerna upptäcka att en nationell bestämmelse står i strid med en EG-rättslig bestämmelse får den alltså inte tillämpa denna. Medlemsländernas domstolar är ansvariga för att de EG-rättsliga bestämmelserna ges full verkan.²⁷

2.2.1. Artikel 141.4 EG-fördraget

Positiv särbehandling för att uppnå ökad jämställdhet tillåts enligt artikel 141.4 EG-fördraget.²⁸ Artikeln klargör att likabehandlingsprincipen inte får hindra en medlemsstat från att vidta åtgärder som rör särskilda förmåner för att underlätta för det underrepresenterade könet att bedriva yrkesverksamhet eller för att förebygga eller kompensera nackdelar i yrkeskarriären. Artikel 141.4 bygger på artikel 6.3 i avtalet om socialpolitik från Maastricht. Skillnaden mellan artiklarna är dock att artikel 141.4 tillåter att det bortses från likabehandlingsprincipen för att underlätta för det underrepresenterade könet medan artikeln i avtalet om socialpolitik endast avser göra kvinnornas situation bättre.²⁹

2.2.2. Direktiv 2006/54/EG samt dess tidigare lydelse 76/207/EEG

Den 9 februari 1976 utfärdade rådet direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor.³⁰ Direktivet brukar benämnas likabehandlingsdirektivet.³¹ År 2002 gjordes ändringar i likabehandlingsdirektivet.³² Från och med den 15 augusti 2009 kommer direktiv 76/207/EEG upphöra att gälla. Direktivet ersätts av Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika

²⁷ Hettne, J, et al (2005) s 111-113.

²⁸ EUT 2002 C 325/96.

²⁹ Numhauser-Henning, A (2000) s 153-154.

³⁰ EGT 1976 L 39/40.

³¹ Nyström, B (2002) s 220.

³² EGT 2002 L 269/15.

möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet.³³ Direktivet upphäver även andra direktiv på jämställdhetsområdet, bland andra likalönedirektivet (75/117/EEG) och bevisbördedirektivet (97/80/EG). Skälet till det nya direktivet anges bland annat vara att direktiven i fråga har ändrats mycket. Eftersom att de skulle ändras igen behövdes reglerna av tydlighetsskäl omarbetas så att de viktigaste bestämmelserna på området samt vissa av EG-domstolens rättspraxis samlades på ett enda ställe. Direktivet har som syfte att se till att principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet genomförs. I ingressen konstateras att all könsdiskriminering är förbjuden samt att rätten till likabehandling av kvinnor och män gäller på alla områden, inklusive i fråga om anställning, arbete och lön. I artikel 3 återfinns dock undantaget för positiv särbehandling. Här stadgas att medlemsstaterna får, för att i praktiken säkerställa full jämställdhet i arbetslivet mellan könen, behålla eller besluta om åtgärder inom ramen för artikel 141.4 EG-fördraget. Enligt artikel 27 innehåller direktivet minimikrav. Medlemsstaterna får alltså tillämpa mer fördelaktiga bestämmelser än de som anges i direktivet för att säkerställa principen om likabehandling.

2.2.3. Rådets rekommendation 84/635/EEG

Rådet utfärdade den 13 december 1984 rekommendation 84/635/EEG om främjandet av positiv särbehandling av kvinnor.³⁴ Rekommendationer tillhör gemenskapsrättens icke-bindande rättsakter som ändå får någon rättslig effekt. Dessa regler har karaktären av så kallad soft-law.³⁵ I rekommendationens tredje övervägande anförs att gällande regler om likabehandling inte är ”tillräckliga för att avlägsna alla former av faktiska ojämlikheter om inte regeringarna, arbetsmarknadens parter och andra berörda organ dessutom vidtar åtgärder i syfte att motverka de negativa verkningar som kvinnor på arbetsmarknaden utsätts för som följd av attityder, beteenden och strukturer i samhället”.³⁶ Rådet rekommenderar medlemsstaterna att föra en politik med positiva åtgärder i syfte att undanröja de faktiska ojämlikheter kvinnor utsätts för i arbetslivet samt främja en jämnare könsfördelning på arbetsmarknaden.³⁷

³³ EUT 2006 L 204/23.

³⁴ EGT 1984 L 331/34.

³⁵ Nyström, B (2002) s 39.

³⁶ Numhauser-Henning, A (2000) s 152.

³⁷ Numhauser-Henning, A (2000) s 152.

3. Vad klassas som positiv särbehandling, och när handlar det om otillåten diskriminering?

Kapitlet analyserar fyra rättsfall från EG-domstolen som särskilt behandlar och belyser begreppet positiv särbehandling. Syftet är att med hjälp av dessa rättsfall samt generaladvokaternas yttrande och kommentarer i doktrinen besvara frågan om vad som klassas som positiv särbehandling och när det handlar om otillåten diskriminering.

3.1. Mål C-450/93 Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen

I Kalanke var frågan huruvida delstaten Bremens lag om jämlikhet mellan kvinnor och män stred mot artikel 2.1 och 2.4 i 1976 års likabehandlingsdirektiv.³⁸ Enligt artikel 2.1 i direktivet innebär likabehandlingsprincipen att varken direkt eller indirekt diskriminering på grund av kön får förekomma, särskilt med hänvisning till äktenskaplig status eller familjestatus. Direktivet ska dock enligt artikel 2.4 inte hindra åtgärder som främjar lika möjligheter för kvinnor och män. I Bremens lagstiftning stadgades att kvinnor med likvärdiga meriter som deras manliga konkurrenter skulle, vid anställning av annat skäl än i utbildningssyfte, ges företräde inom de områden där de var underrepresenterade. Underrepresentation ansågs föreligga då kvinnorna inte utgjorde minst hälften av de anställda i den relevanta personalkategorin inom en verksamhet.³⁹ Eckhard Kalanke sökte tjänsten som avdelningschef för parkförvaltningen i Bremen. Han fick dock inte tjänsten med motiveringen att det fanns en kvinnlig sökande med likvärdiga meriter som skulle ges företräde.⁴⁰

Generaladvokat Tesauro menade att Bremens nationella lagstiftning inte på något sätt hade som utgångspunkt att garantera jämlikhet. Lagstiftningen ansåg han syfta till att enbart skapa en jämlik fördelning i fråga om antal tjänster mellan män och kvinnor. Detta föreföll enligt

³⁸ Mål C-450/93 Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR-3051.

³⁹ Mål C-450/93 pt 3.

⁴⁰ Mål C-450/93 pt 4-5.

Tesauro inte stämma överens med syftet i artikel 2.4 i direktivet.⁴¹ Han konstaterade att artikel 2.4 gav tillåtelse att undanröja de faktiska skillnader kvinnor får utstå, men inte att skapa jämlikhet i fråga om resultat och att ge kvinnor företräde enbart för att de är kvinnor.⁴² Generaladvokaten klargjorde vidare att den aktuella lagstiftningen inte stod i proportion till syftet med artikel 2.4. Istället för att främja lika möjligheter till fördel för kvinnor syftade Bremens bestämmelser till att skapa jämlikhet enbart i fråga om resultat.⁴³ Mot denna bakgrund kom Tesausos fram till att artikel 2.1 och 2.4 i direktivet hindrar tillämpning av den omtvistade nationella bestämmelsen.⁴⁴

EG-domstolens dom var avsevärt mycket kortare än generaladvokatens yttrande men gav ändå intryck av att den i princip ställde sig bakom honom.⁴⁵ EG-domstolen konstaterade att nationella föreskrifter som automatiskt ger kvinnor med likvärdiga meriter som deras manliga konkurrenter företräde inom de områden där de är underrepresenterade innebar en diskriminering på grund av kön.⁴⁶ Domstolen betonade att syftet med artikel 2.4 i direktivet är att tillåta sådana åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande men som avser avskaffa eller begränsa faktiska ojämlikheter i samhället.⁴⁷ Domstolen klargjorde även att artikeln i fråga skulle tolkas restriktivt då det rörde sig om ett undantag till en i direktivet fastställd individuell rättighet. Vidare konstaterades att en nationell bestämmelse som ”undantagslöst och ovillkorligt garanterar ett företräde för kvinnor vid tillsättning eller befordran går längre än att bara främja lika möjligheter till en befordran och överskrider gränsen för undantaget i artikel 2.4 i direktivet”.⁴⁸ Domstolens beslut blev mot denna bakgrund att artikel 2.1 samt 2.4 i direktivet utgjorde hinder för sådan nationell lagstiftning som tillämpades i delstaten Bremen.

Domen kom som ”något av en chock i länder och för lagstiftare, som betraktade positiv särbehandling som något både legitimt och önskvärt”.⁴⁹ Diskussioner uppstod i medlemsstaterna då domen ansågs kunna ge möjlighet till flera tolkningar. Kommissionen

⁴¹ Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande pt 13.

⁴² Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande pt 22.

⁴³ Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande pt 25.

⁴⁴ Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande pt 29.

⁴⁵ Numhauser-Henning, A (2000) s 158.

⁴⁶ Mål C-450/93 pt 16.

⁴⁷ Mål C-450/93 pt 18.

⁴⁸ Mål C-450/93 pt 21-22.

⁴⁹ Numhauser-Henning, A (2000) s 149.

uttalade i anledning härav att domen skulle tolkas snävt och att positiv särbehandling är tillåten under förutsättning att den inte är ovillkorlig eller automatisk.⁵⁰

3.2. Mål C-409/95 Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen

Två år efter avgörandet i Kalanke prövade EG-domstolen återigen artikel 2.1 och 2.4 i 1976 års likabehandlingsdirektiv. Målet gällde Hellmut Marschall som arbetade som lärare på en skola i Tyskland.⁵¹ Marschall ansökte om befordran men blev informerad om att tjänsten skulle tillsättas med en annan, kvinnlig, sökande.⁵² I delstatens lag om offentlig anställning föreskrevs att då färre kvinnor än män var anställda på den nivå där befordran var aktuell och då det fanns både manliga och kvinnliga sökande med likvärdiga meriter avseende lämplighet, kvalifikationer och yrkesskicklighet, skulle den kvinnliga sökande ges företräde om det inte fanns övervägande skäl på grund av omständigheter hänförliga till den manlige sökandes person att välja denne.⁵³ Frågan nationell domstol ställde till EG-domstolen var följaktligen om artikel 2.1 samt 2.4 i rådets direktiv från 1976 utgjorde ett hinder för delstatens nationella lagstiftning.

Generaladvokat Jacobs åsikt var att det tydligt framgick att den omtvistade bestämmelsen var diskriminerande och därmed stod i strid med direktivet. Jacobs framhöll att bestämmelsen i och för sig inte uttryckligen gav kvinnor ett automatiskt företräde men menade att kärnan i regeln var att kvinnor, utom i undantagsfall, skulle befordras av just den anledningen att de var kvinnor. En sådan nationell regel stod därför enligt generaladvokaten i strid med direktivets likabehandlingsprincip.⁵⁴

EG-domstolen började med att klargöra det som framkom i Kalanke, nämligen att nationella föreskrifter som automatiskt ger kvinnor med likvärdiga meriter företräde inom de områden där de är underrepresenterade innebär en diskriminering på grund av kön. Därefter fastslog domstolen att den omtvistade bestämmelsen i Marschall, till skillnad från Kalanke, innehöll en regel som innebar att kvinnor inte skulle ges företräde om det på grund av omständigheter

⁵⁰ Nyström, B (2002) s 223.

⁵¹ Mål C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen [1997] REG I-6363.

⁵² Mål C-409/95 pt 7.

⁵³ Mål C-409/95 pt 3.

⁵⁴ Mål C-409/95 Generaladvokatens yttrande pt 23.

som sammanhänge med en annan sökandes person fanns övervägande skäl att välja denne.⁵⁵ Domstolen konstaterade även att då arbetsgivare väljer mellan sökande med likvärdiga meriter finns en tendens att vid befordran ge företräde åt manliga sökande. Detta menade domstolen grundar sig på fördomar av kvinnor, bland annat gällande deras ”kapacitet i arbetslivet”.⁵⁶ Slutsatsen blev att lika meriter inte nödvändigtvis innebär lika möjligheter.⁵⁷ Mot denna bakgrund fann EG-domstolen, till skillnad från generaladvokat Jacobs, att direktiv 76/207/EEG inte hindrade den i målet omtvistade bestämmelsen. Detta under förutsättning att regeln i varje enskilt fall garanterar en objektiv bedömning av ansökningarna från manliga sökande med likvärdiga meriter där samtliga kriterier som sammanhänger med sökandens person beaktas. Om ett eller flera av dessa kriterier talar för att en manlig sökande ska väljas får inte kvinnliga sökande ges företräde. Kriterier som diskriminerar kvinnliga sökande får dock inte tillämpas.

Diskussioner om tolkningen av domen uppstod även efter Marschall. Det kan dock konstateras att denna dom mildrar den snäva tolkning som förordades i Kalanke, och att positiv särbehandling är tillåten under förutsättning att det finns flexibilitet.⁵⁸

3.3. Mål C-158/97 Badeck mot Land Hessen

Efter Marschall prövades Badeck-målet.⁵⁹ Återigen gällde det artikel 2.1 och 2.4 i 1976 års likabehandlingsdirektiv och denna gång huruvida direktivet var förenligt med delstaten Hessens lag om likabehandling. I denna lag stadgades att kvinnliga sökande, med likvärdiga meriter som de manliga, skulle ges företräde inom de delar av den offentliga sektorn där de var underrepresenterade. Förutsättningen var dock att detta var nödvändigt för att uppnå målsättningarna i en befordringsplan samt att inga tungt vägande rättsliga skäl talade emot det. Vidare stadgades att tidsbegränsade vetenskapliga tjänster skulle tillsättas med kvinnor som motsvarade minst den andel kvinnor som utexaminerades och studerade vid varje fakultet. Då kvinnor som tillhörde kvalificerade yrkesgrupper var underrepresenterade och

⁵⁵ Mål C-409/95 pt 23-24.

⁵⁶ Mål C-409/95 pt 29.

⁵⁷ Mål C-409/95 pt 30.

⁵⁸ Nyström, B (2002) s 225.

⁵⁹ Mål C-158/97 Georg Badeck et al mot Hessischer Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] REG I-1875.

staten inte hade monopol på utbildningen skulle kvinnorna tilldelas åtminstone hälften av utbildningsplatserna. Bestämmelserna föreskrev även att kvinnor som uppfyllde villkoren för en ledig tjänst och som hade likvärdiga meriter som manliga sökande skulle garanteras att kallas till anställningsintervju inom de sektorer där de var underrepresenterade. Slutligen stadgades att hälften av platserna i arbetstagarorganisationer, styrelser och liknande organ skulle tilldelas kvinnor.⁶⁰

Generaladvokat Saggio ansåg i sitt förslag till avgörande att ovanstående nationella bestämmelser var förenliga med artikel 2.1 och 2.4 i direktivet på alla punkter utom den sista.⁶¹ Generaladvokaten konstaterade att denna regel innebar att hälften av platserna vid tillsättning av ledamöter i interna organ skulle tilldelas kvinnor. Han konstaterade även att regeln enligt sin lydelse inte verkade tillåta några avvikelser. Generaladvokaten kom därför fram till att den nationella bestämmelsen stred mot likabehandlingsprincipen ”då den uppenbart överskrider de gränser som satts för tillåtlighet av åtgärder för genomförande av lika möjligheter för kvinnor”.⁶²

Domstolen fann dock, till skillnad från generaladvokaten, att likabehandlingsprincipen inte på någon punkt hindrade sådana nationella bestämmelser som tillämpades i delstaten Hessen. Domstolen påpekade att bestämmelsen avseende arbetstagarorganisationers, styrelsers och andra organs sammansättning inte var tvingande och därför gav ett visst utrymme för att beakta andra kriterier.⁶³ Badeck-målet förtydligar det som framkom i avgörandena i Kalanke och Marschall. Positiv särbehandling är förenlig med gemenskapsrätten om den inte automatiskt och ovillkorligt ger företräde åt kvinnor med likvärdiga meriter som de manliga sökande och om samtliga sökandes meriter ges en objektiv bedömning med beaktande av personliga förhållanden.⁶⁴ Domstolen framhöll även att syftet med bestämmelsen som tillämpades i Marschall är att tillåta sådana åtgärder som visserligen enligt sin utformning är diskriminerande, men med syftet att avlägsna eller begränsa faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället.⁶⁵ I Badeck fann domstolen det även berättigat att tillåta att icke-traditionella meriter vägdes in vid rekrytering.⁶⁶ Detta innebär bland annat att färdigheter och

⁶⁰ Mål C-158/97 pt 12.

⁶¹ Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande pt 43.

⁶² Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande pt 42.

⁶³ Mål C-158/97 pt 65.

⁶⁴ Mål C-158/97 pt 23.

⁶⁵ Mål C-158/97 pt 19.

⁶⁶ Borgström, C, et al (2000) <http://www.jamombud.se>.

erfarenheter som förvärvats vid familjearbete får beaktas om de har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och yrkeserfarenheter. Sådana kriterier är visserligen till sin utformning könsneutrala, men gynnar i allmänhet kvinnor. Syftet med kriterierna är att uppnå ”reell jämlikhet – och inte formell – genom att minska faktiska ojämlikheter som kan förekomma i samhället”.⁶⁷

Domslutet i Badeck står i stort sett väl i samklang med avgörandena i Kalanke och Marschall.⁶⁸ Det verkar dock som att EG-domstolen i Badeck jämfört med Kalanke utökat möjligheten att positivt särbehandla. Även om det inte har uttalats verkar domstolen övergivit den tidigare synen på en restriktiv tolkning av artikel 2.4.⁶⁹

3.4. Mål C-407/98 Abrahamsson och Anderson mot Fogelqvist

En efterföljare till Badeck är Abrahamsson-målet där EG-domstolen ännu en gång prövat artikel 2.1 och 2.4 i 1976 års likabehandlingsdirektiv, men även artikel 141.4 EG-fördraget.⁷⁰ I Abrahamsson-målet hade en annons satts ut om en ledig professur vid Göteborgs universitet. I annonsen framgick att positiv särbehandling kunde komma att tillämpas.⁷¹ Den positiva särbehandlingen skulle ske som ett led i strävandena att främja jämställdhet i arbetslivet i enlighet med en tidsbegränsad förordning gällande anställningar som professorer och forskarasistenter. Förordningen föreskrev att en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga kvalifikationer skulle utses framför en mer meriterad sökande av motsatt kön om det var nödvändigt för att en sökande av underrepresenterat kön skulle utses. Positiv särbehandling fick dock inte tillämpas om skillnaden mellan sökandes kvalifikationer var så stor att den stred mot kravet på saklighet vid tillsättningen.⁷²

Generaladvokat Saggio ansåg att systemet stred mot likabehandlingsdirektivet och att det inte kunde anses omfattas av sådan positiv särbehandling som är tillåten enligt artikel 2.4.⁷³ Han ansåg dock inte att gemenskapsrätten utgjorde hinder för att ge det underrepresenterade könet

⁶⁷ Mål C-158/97 pt 31-32.

⁶⁸ Numhauser-Henning, A (2000) s 161.

⁶⁹ Küchhold, K (2001) s 120.

⁷⁰ Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Andersson mot Elisabet Fogelqvist [2000] REG I-5539.

⁷¹ Mål C-407/98 pt 16.

⁷² Mål C-407/98 pt 14.

⁷³ Mål C-407/98 Generaladvokatens yttrande pt 27.

företräde framför sökande av motsatt kön under förutsättning att sökandens meriter är jämbördiga eller i det närmaste jämbördiga.⁷⁴

Domstolen började med att påpeka att den omtvistade nationella lagstiftningen tillät att företräde gavs åt sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga, men inte likvärdiga, kvalifikationer som sökande av motsatt kön.⁷⁵ Detta konstaterade domstolen innebar ett automatiskt företräde för det underrepresenterade könet och att valet mellan sökande med likvärdiga meriter i sista hand enbart skulle baseras på att den sökande tillhörde det underrepresenterade könet. Vidare framhölls att inte heller någon objektiv bedömning gjordes med beaktande av samtliga sökandes personliga förhållanden. På dessa grunder kom domstolen fram till att sådana nationella bestämmelser stred mot artikel 2.4 i direktivet. Domstolen konstaterade därefter att den svenska bestämmelsen även stred mot artikel 141.4 EG-fördraget då den inte under alla omständigheter ansågs stå i proportion till det eftersträvade målet.⁷⁶ Artikel 2.1 och 2.4 utgör dock enligt EG-domstolen inget hinder för att tillämpa regler som ger sökande tillhörande det underrepresenterade könet företräde framför annan sökande av motsatt kön under förutsättning att sökandes meriter är jämbördiga eller i det närmast jämbördiga samt att samtliga sökandes meriter ges en objektiv bedömning med beaktande av personliga förhållanden.⁷⁷

Det som kan konstateras är att lagstiftaren i Abrahamsson-målet gick över gränsen för vad som utgör sådan positiv särbehandling som avses i 1976 års likabehandlingsdirektiv samt artikel 141.4 EG-fördraget. Att automatiskt ge företräde åt sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga, men inte likvärdiga eller i det närmast likvärdiga, kvalifikationer som sökande av motsatt kön utan att en individuell bedömning där samtliga sökandes personliga förhållanden togs i beaktning ansågs strida mot gemenskapsrätten.⁷⁸ Slutligen kan konstateras att dessa bedömningar av kvalifikationer ska göras utifrån klara kriterier.⁷⁹

⁷⁴ Mål C-407/98 Generaladvokatens yttrande pt 31.

⁷⁵ Mål C-407/98 pt 45.

⁷⁶ Mål C-407/98 pt 52-55.

⁷⁷ Mål C-407/98 pt 62.

⁷⁸ Nyström, B (2002) s 227.

⁷⁹ Borgström, C, et al (2000) <http://www.jamombud.se>.

4. Är positiv särbehandling nödvändig för att lösa snedfördelningen mellan könen, eller finns det andra alternativ?

Kapitlet belyser några av de åsikter som går att finna i debatten avseende tillämpningen av positiv särbehandling för att komma till rätta med snedfördelningen mellan könen. Kapitlet tar även upp vilka alternativ det kan tänkas finnas till positiv särbehandling. Syftet är att besvara frågan huruvida positiv särbehandling är nödvändig för att lösa snedfördelningen mellan könen, eller om det finns andra sätt att gå till väga.

4.1. Positiv särbehandling för att lösa snedfördelning

4.1.1. Argument *för* positiv särbehandling

Åtgärderna som vidtas vid positiv särbehandling kallas ibland ”ikappåtgärder” eller ”återhämtningsåtgärder”. Detta beskriver grunden till positiv särbehandling då syftet är att den som är underrepresenterad ska ges extra stimulans för att ”komma ikapp” den som ligger steget före.⁸⁰ Fördelen med positiv särbehandling i arbetslivet är att dessa åtgärder kan kompensera för missgynnade gruppers underläge och ge dem lika möjligheter som andra till arbete och utbildning. Alla människor har rätt att behandlas lika, men detta förutsätter att alla människor också i verkligheten har lika möjligheter. För att nå detta ideal om jämlikhet inom överskådlig tid kan det vara tvunget att tillämpa positiv särbehandling. Vissa anser att principen om likabehandling och åtgärder för positiv särbehandling motsäger varandra, men

⁸⁰ SOU 2006:22 s 625. I utredningen diskuteras främst positiv etnisk särbehandling men resonemanget är detsamma också vid särbehandling på grund av kön.

detta resonemang är inte hållbart om tyngdpunkten läggs på det övergripande syftet att faktiskt utgöra hinder för diskriminering.⁸¹

Numhauser-Henning är professor i civilrätt vid Juridiska fakulteten i Lund. Hon menar att om principen om människors lika värde och rätt att behandlas lika i en likartad situation hade varit tillräcklig skulle inte särskilda diskrimineringslagar ha behövts. Överallt, i alla samhällen, utvecklas dock normer som i sin tur leder till strukturer vilka ger vissa grupper en sämre ställning. Numhauser-Henning framhåller att effekterna av att använda positiv särbehandling av underrepresenterat kön då en tjänst ska tillsättas och det finns både manliga och kvinnliga sökande med likvärdiga meriter alltid kommer att vara okända. Om arbetsgivaren inte hade behövt ta hänsyn till positiv särbehandling utan fritt kunnat välja mellan de sökande är det möjligt att denne valt mannen såväl som kvinnan. Hon menar dock att om arbetsgivaren valt som denne brukar skulle det ha blivit mannen som fick tjänsten. För att få bukt på existerande diskriminerande strukturer krävs därför enligt Numhauser-Henning åtgärder såsom exempelvis positiv särbehandling.⁸²

Dahlerup och Freidenvall diskuterar kvotering som ett verktyg för att uppnå jämställdhet. Viktigt att klargöra är att författarna i sin framställning använder positiv särbehandling under termen kvotering.⁸³ Dahlerup är professor och Freidenvall är filosofiedoktor, båda i statsvetenskap vid Stockholms universitet. Kvotering definierar de som ett medel att snabbt komma till rätta med oönskade ojämlikheter i samhället, som till exempel maktfördelningen och inflytande mellan könen. Författarna menar att utgångspunkten för dem som förespråkar kvotering är att jämställdhet inte är något som kommer av sig själv, utan att det för att förbättra kvinnors situation alltid har behövts, och alltid kommer att behövas, aktiva insatser. Kvotering är ett sätt att snabbt rätta till skevheter mellan kvinnor och män i samhället.⁸⁴

Lundström är filosofie doktor, verksam som lärare och forskare vid statsvetenskapliga institutionen vid Uppsala universitet. Även han anser att positiv särbehandling kan vara ett effektivt sätt att få bort sådana diskriminerande strukturer som kan förekomma på arbetsplatser. Han påpekar dock att målet med positiv särbehandling är att utgöra ett hinder för diskriminering, och inte att uppnå en ”rättvis” fördelning mellan män och kvinnor. Positiv

⁸¹ SOU 2006:22 s 650-651.

⁸² Numhauser-Henning, A (2000) s 169-171.

⁸³ Dahlerup, D, et al (2008) s 12.

⁸⁴ Dahlerup, D, et al (2008) s 10-19.

särbehandling menar han kan användas som ett tillfälligt medel för att uppnå ”könsblindhet”.⁸⁵ För att vara berättigat med denna typ av åtgärder måste det dock enligt Lundström kunna gå att visa på att färre individer kommer att diskrimineras i framtiden.⁸⁶

Dahlerup och Freidenvall konstaterar vidare att frågan om kvotering ger upphov till många och blandade känslor. Författarna framhåller att det finns de som anser att kvotering inte går till roten med själva problemet. Författarna menar dock att ett väl fungerande system för kvotering i bästa fall kan leda till att de normer och strukturer som ger upphov till ojämlikheter förändras, och på så sätt gör kvotering överflödig.⁸⁷

4.1.2. Argument *emot* positiv särbehandling

Gür är ledarskribent på Svenska Dagbladet. Han anser att undantaget för positiv särbehandling leder till en urholkning av diskrimineringsförbudet. Positiv särbehandling innebär enligt Gür ett nytt slag av diskriminering. Författaren menar att det är lika moraliskt felaktigt att en arbetsgivare uppmuntras eller tvingas att till exempel *inte anställa* en sökande till en tjänst på grund av att denne tillhör en särskild kategori av arbetstagare som att arbetsgivaren uppmuntras eller tvingas *att anställa* en sökande på grundval av att denne tillhör kategorin i fråga.⁸⁸

Dahlerup och Freidenvall framhåller att motståndarna till kvotering anser att det är kompetensen och inte könet som ska ha betydelse, och att motståndarna ser kvotering som något som kan leda till en minskning i kompetens. Diskussionerna handlar många gånger om inte kvotering är en sorts omvänd diskriminering.⁸⁹ Detta är också precis vad Gür hävdar. Han menar att positiv särbehandling av en individ i princip alltid leder till att en annan individ utsätts för negativ särbehandling. Gür konstaterar även att positiv särbehandling leder till att en individ blir mer gynnsamt behandlad på grund av att denne tillhör en kategori där det är tillåtet att tillämpa positiv särbehandling, och inte för att individen personligen blivit orättvist

⁸⁵ Lundström, M (1996) s 62.

⁸⁶ Lundström, M (1996) s 115.

⁸⁷ Dahlerup, D, et al (2008) s 93.

⁸⁸ Gür, T (1998) s 11.

⁸⁹ Dahlerup, D, et al (2008) s 19.

behandlad. Han menar att nackdelen med dessa kollektivt inriktade åtgärder är kollektiv bestraffning, det vill säga omvänd diskriminering.⁹⁰

Lundström menar att jämställdhetspolitikens moraliska problem grundar sig på att den "låter målet helga medlen; den tillåter könsdiskriminering som ett medel att bekämpa könsdiskriminering".⁹¹ Positiv särbehandling är ett undantag från principen om likabehandling och dess syfte får enligt Lundström inte vara att uppnå en könsbalans mellan män och kvinnor, utan istället måste den vara ett medel för att på sikt stärka medborgarrätten.⁹² Lundström anser vidare att problematiken kring positiv särbehandling bland annat ligger i att det finns risk att individer diskrimineras i onödan. Det finns inga bevis för vilken betydelse könet har, och därför menar författaren att det finns risk att sådana jämställdhetsåtgärder som bygger just på sambandet med kön blir meningslösa.⁹³

Det kan konstateras att problemet med positiv särbehandling är att särbehandling strider mot likabehandlingsprincipen. Att acceptera undantag från principen om likabehandling för att uppnå jämlikhet är "principiellt och systematiskt inte invändningsfritt".⁹⁴ Positiv särbehandling kan få till följd att individer i enskilda fall kränks. Diskrimineringslagstiftningens mål är att individer bedöms och behandlas utifrån sina personliga förutsättningar. Detta sker inte vid positiv särbehandling. Det kan inte förnekas att det finns tveksamheter med att se individen som medlem i en grupp istället för enskild individ. Grundtanken är trots allt att var och en ska behandlas efter sina personliga förutsättningar och egenskaper.⁹⁵

4.1.3. Underrepresentation – ett bevis på diskriminering?

Lundström diskuterar i sin bok även uttrycken "obalans" och "underrepresenterad". Han konstaterar att en statistisk obalans gällande exempelvis kön innebär att de med färre representanter inom detta område är "underrepresenterade". Lundström frågar sig dock om

⁹⁰ Gür, T (1998) s 13-15.

⁹¹ Lundström, M (1996) s 68.

⁹² Lundström, M (1996) s 68.

⁹³ Lundström, M (1996) s 113.

⁹⁴ SOU 2006:22 s 651-652.

⁹⁵ SOU 2006:22 s 652.

statistisk obalans alltid måste vara något negativt och om motsatsen, det vill säga statistisk balans, alltid är något positivt. Han frågar sig även om en ojämn fördelning mellan män och kvinnor innebär att det föreligger könsdiskriminering, eller om en sådan fördelning kan uppstå trots att ingen könsdiskrimineras.⁹⁶

Lundström menar att den svenska jämställdhetslagstiftningen bygger på tanken att varje statistisk obalans innebär att något är fel. Han liknar den statistiska fördelningen vid en termometer som mäter hur friskt samhället är beroende på balansen mellan män och kvinnor.⁹⁷ Lundström anser dock att en statistisk obalans kan uppstå även i frånvaro av att någon diskrimineras då det kan vara så att män och kvinnor ”systematiskt skiljer sig åt beträffande yrkesval eller begåvningsprofil”.⁹⁸ En ojämn könsfördelning blir på detta sätt varken rättvis eller orättvis för individen. Det avgörande är istället enligt Lundström individens likabehandling samt vilka val de själva väljer att göra.⁹⁹

4.2. Alternativ till positiv särbehandling

4.2.1. Aktiva åtgärder vid rekrytering enligt 7-9 §§ Jämställdhetslagen

Enligt 3-14 §§ JämL har arbetsgivaren en skyldighet att vidta så kallade aktiva åtgärder för jämställdhet. Syftet med dessa regler är främst att bryta den uppdelning mellan män och kvinnor som präglar arbetsmarknaden.¹⁰⁰

Arbetsgivaren ska enligt 7 § JämL genom bland annat kompetensutveckling främja en jämn fördelning mellan könen på arbetsplatsen. Arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att få till stånd en jämnare fördelning mellan könen genom intern rörlighet. Kompetensutvecklingen är menad att på sikt leda till en jämnare könsfördelning inom de arbeten där det ena könet idag är underrepresenterat. För att åstadkomma detta kan arbetsgivaren exempelvis införa stödande åtgärder för att göra det möjligt för anställda av det underrepresenterade könet att få mer kvalificerade arbetsuppgifter, utarbeta kompetens- och utbildningsplaner med avsikt att

⁹⁶ Lundström, M (1996) s 56-58.

⁹⁷ Lundström, M (1996) s 58-59.

⁹⁸ Lundström, M (1996) s 58.

⁹⁹ Lundström, M (1996) s 58.

¹⁰⁰ Sigeman, T (2006) s 138.

det underrepresenterade könet ska kunna avancera till högre tjänster eller låta alla de anställda rotera mellan olika arbeten för att på så sätt få nya kunskaper och erfarenheter. Arbetsgivaren kan även i första hand ge praktikplatser och vikariat till någon från det underrepresenterade könet samt införa utvecklingssamtal med alla anställda någon eller några gånger per år.¹⁰¹

Enligt 8 § JämL ska arbetsgivaren verka för att både kvinnor och män söker lediga anställningar. Enligt 9 § ska arbetsgivaren på en arbetsplats med ojämn fördelning mellan könen i en viss typ av arbete eller inom en viss kategori av arbetstagare särskilt anstränga sig vid nyanställningar för att få sökande av underrepresenterat kön och försöka se till att andelen arbetstagare av det könet efterhand ökar. Dessa två bestämmelser ska ses tillsammans och har som syfte att arbetsgivaren i till exempel annonser om anställningar inte enbart får vända sig till det ena könet. Åtgärder som kan vara aktuella för att nå en jämnare könsfördelning är exempelvis att rutinerna vid rekrytering ses över. Arbetsgivaren kan inför ett beslut om anställning ställa sig frågor såsom vilka meriter som är nödvändiga, och hur dessa meriter ska värderas könsneutralt. Arbetsgivaren kan även utforma platsannonser på ett sätt som uppmuntrar individer av det underrepresenterade könet att söka. Vidare kan arbetsgivaren sträva efter att både män och kvinnor finns representerade i rekryteringsgruppen, gärna lika antal av båda könen. Vissa arbetsgivare kan uppleva att de endast får in ansökningar från exempelvis kvinnor, och att inga män söker tjänster hos dem. Värt att klargöra är att huvudsaken är att arbetsgivaren anstränger sig utifrån sina förutsättningar och möjliggör för det underrepresenterade könet att söka arbete hos dem om de vill.¹⁰²

4.2.2. Uppsökande verksamhet och riktade informationsinsatser

Strømmer är jurist på Centrum för rättvisa. Enligt honom är individers rätt till likabehandling det mest grundläggande kravet i ett ”anständigt samhälle”.¹⁰³ Strømmer anser, liksom dem i avsnitt 4.1.2 ovan, att kvotering och positiv särbehandling är diskriminering. Han konstaterar att dessa typer av åtgärder innebär att människor behandlas olika på grund av omständigheter som de inte själva har valt.

¹⁰¹ Ekström, H, et al (2007) s 41-42.

¹⁰² Ekström, H, et al (2007) s 43-46.

¹⁰³ Rennerfeldt, J (2006) <http://www.svensktnaringsliv.se>.

Oavsett vilken målgrupp den positiva särbehandlingen riktas emot, och oavsett om syftet är gott, är diskriminering enligt Strömmer alltid diskriminering. Att använda diskriminering för att motverka diskriminering innebär enligt honom en motsägelse av sig själva. Positiv särbehandling är ett snabbt sätt att försöka komma till rätta med skevheter i samhället, men löser aldrig problemen i grunden. Han uttrycker det som så att det mest handlar om att ”hyfsa till statistiken”.¹⁰⁴ Strömmer ser dock att det finns andra, bättre sätt att åstadkomma mångfald. Han föreslår exempelvis uppsökande verksamhet samt riktade informationsinsatser.¹⁰⁵

4.2.3. Mentorsprogram och en ökning av ansökningar från underrepresenterade

Åman är ledarskribent på Dagens Nyheter. Han anser, liksom Strömmer, att det största problemet med positiv diskriminering är att särbehandling används som ett medel för att komma till rätta med särbehandling. Åman menar att strukturen i debatten om positiv särbehandling brukar se ut på följande sätt:

- ”1. Diskriminering förekommer.
2. Diskriminering är orätt.
3. Alltså måste vi lagstifta.”¹⁰⁶

Åman konstaterar att tanken är att med hjälp av positiv särbehandling åstadkomma större rättvisa för diskriminerade genom att kompensera för orättvisor de upplever. Att behandla individer från en statistiskt sett överrepresenterad grupp orättvist gör dock enligt Åman inte gamla orättvisor av underrepresenterade grupper mindre. Istället menar han att nya orättvisor skapas. Positiv särbehandling är mot denna bakgrund inte enligt Åman rätt sätt att hantera problemet. Han anser istället att det finns andra sätt att gå till väga utan att behöva diskriminera någon. Ett förslag är att använda sig av mentorsprogram som riktar sig till vissa grupper. Ett annat är att då arbetsgivaren ska anställa ha rutiner som gör att chanserna för att tidigare underrepresenterade grupper ansökningar ökar. Åman poängterar att det inte är något fel med att en arbetsgivare har mångfald som ett av sina kriterier då denne ska anställa, och att arbetsgivaren väljer en sökande med ungefär likvärdiga meriter som bäst kompletterar övriga

¹⁰⁴ Rennerfeldt, J (2006) <http://www.svensktnaringsliv.se>.

¹⁰⁵ Rennerfeldt, J (2006) <http://www.svensktnaringsliv.se>.

¹⁰⁶ Åman, J (2005) <http://www.dn.se>.

anställda. Detta är inte enligt Åman att diskriminera någon, utan att se till vad som är bäst för verksamheten.¹⁰⁷

4.2.4. Positiv särbehandling under en begränsad period

Dahrendorf är medlem av brittiska överhuset samt före detta rektor för London School of Economics och Saint Antonys College i Oxford. Han börjar artikeln med att konstatera att alla människors lika rättigheter utgör grunden för ett liberalt samhälle. Sådana rättigheter är dock inte tillräckliga. Att alla människor är lika inför lagen blir enligt Dahrendorf en ”tom fras för dem som inte har råd att utnyttja den eller helt enkelt inte vet hur de ska utnyttja den”.¹⁰⁸

Dahrendorf menar att positiv särbehandling ger upphov till frågor av vilka tre är av särskild betydelse. Den första frågan är om inte positiv särbehandling riskerar att leda till en sorts omvänd orättvisa där de som i vanliga fall gynnas istället missgynnas? Den andra frågan är om jämlik representation på alla nivåer verkligen är vad alla vill ha och behöver? Han påpekar till exempel att läraryrket i många länder domineras av kvinnor, men att detta inte gjort någon skada. Den sista frågan är om positiv särbehandling i en del fall skapar en ny typ av uppdelning som förstör det civila samhälle som den var tänkt att skapa? Dahrendorf menar att positiv särbehandling var ett modigt sista steg för att komma till rätta med orättvisor som uppstått över lång tid. Han anser dock att denna typ av åtgärd inte får bli ett varaktigt medel för att nå jämställdhet. Istället föreslår han att länderna har en paragraf som stadgar att den positiva särbehandlingen ska upphöra efter fem- eller som längst tio år. Dahrendorf framhåller att denna paragraf kan förnyas, men menar att den inte finns något som är mer effektivt än att sätta en bestämd, begränsad period när det gäller att tvinga fram en noggrann utvärdering och uppnå målmedvetenhet.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Åman, J (2005) <http://www.dn.se>.

¹⁰⁸ Dahrendorf, R (2004) <http://www.dn.se>.

¹⁰⁹ Dahrendorf, R (2004) <http://www.dn.se>.

5. Analys och slutsatser

I detta kapitel analyserar jag och drar slutsatser av det som framkommit i uppsatsen. Kapitlet avslutas med en kort diskussion om positiv särbehandling i ett de lege ferenda perspektiv.

5.1. EG-domstolens rättspraxis

5.1.1. Automatiskt och ovillkorligt företräde

I Kalanke fann EG-domstolen att den nationella bestämmelsen stred mot gemenskapsrätten då kvinnor med likvärdiga meriter automatiskt och ovillkorligt gavs företräde. Domstolen kom fram till samma beslut i Abrahamsson. Lagstiftningen tillät att det underrepresenterade könet gavs företräde vid tillräckliga, men inte likvärdiga, meriter. En sådan bestämmelse innebar ett automatiskt företräde för sökande av underrepresenterat kön. Av dessa rättsfall kan således utläsas att positiv särbehandling som *automatiskt* och *ovillkorligt* ger en individ från underrepresenterad grupp företräde strider mot gemenskapsrätten, och följaktligen även mot nationell rätt. Det kan konstateras att bestämmelser som stadgar att exempelvis kvinnor *ska* ges företräde vid anställning är otillåtna, men att bestämmelser som däremot stadgar att kvinnor *får* ges företräde är tillåtna.

5.1.2. Objektiv bedömning av meriter

I Marschall ansåg generaladvokaten att den nationella bestämmelsen stred mot 1976 års likabehandlingsdirektiv. Han påpekade att bestämmelsen inte uttryckligen gav kvinnor ett automatiskt företräde men att kärnan i regeln var att kvinnor, utom i undantagsfall, skulle utses till befordran just för att de var kvinnor. Jacobs för ett logiskt resonemang. Bestämmelsen innebar inte att kvinnor automatiskt gavs företräde, men i slutändan handlade det ändå om att en kvinnlig sökande som uppfyllde kriterierna för anställning skulle befordras

av just den anledningen att hon var kvinna. Det finns dock, som domstolen konstaterar, en tendens att arbetsgivaren då de väljer mellan sökande med likvärdiga meriter ger företräde åt det manliga könet. Enbart den omständigheten att sökande har likvärdiga meriter innebär därför inte att de har lika möjligheter. Domstolen beslutade i Marschall att delstatens lag inte stred mot direktivet. Förutsättningen är dock att ansökningarna från manliga sökande med likvärdiga meriter som de kvinnliga ges en *objektiv bedömning* där samtliga kriterier hänförliga till en sökandes person beaktas. Kvinnliga sökande får inte ges företräde om ett eller flera av dessa kriterier talar för att en manlig sökande ska väljas. Av Abrahamsson framkommer också att bedömningen av meriter ska göras utifrån *klara kriterier*. Enligt Badeck tillåts även att *icke-traditionella meriter* får vägas in vid denna bedömning. Domstolen fann det berättigat att beakta vissa kriterier som enligt sin utformning är könsneutrala, men som i allmänhet gynnar kvinnor. Exempelvis får färdigheter och erfarenheter som förvärvats vid familjearbete beaktas om dessa omständigheter har betydelse för de sökandes lämplighet, kvalifikationer och erfarenheter.

5.1.3. Skillnader i meriter

En viktig fråga avseende positiv särbehandling är hur stor meritskillnaden mellan två sökande får vara för att anses förenlig med gemenskapsrätten. I Abrahamsson tillämpades en förordning som föreskrev att en sökande av underrepresenterat kön med tillräckliga meriter skulle utses till en tjänst framför sökande av motsatt kön som annars skulle ha utsetts. EG-domstolen fann att bestämmelsen stred mot gemenskapsrätten. Domstolen klargjorde dock att sådana bestämmelser som ger sökande av underrepresenterat kön företräde framför sökande av motsatt kön är tillåtna då de sökandes meriter är jämbördiga eller i det närmast jämbördiga. Det är således förenligt med gemenskapsrätten att tillämpa positiv särbehandling vid *likvärdiga* eller *nästan likvärdiga meriter*. Är skillnaden i meriter större är positiv särbehandling förbjuden. Denna gräns för positiv särbehandling är viktig. Ska positiv särbehandling användas för att försöka uppnå en exempelvis jämnare fördelning mellan könen krävs det att meritskillnaden inte är så stor att den leder till en minskning i kompetens. En individ från underrepresenterad grupp ska inte ges företräde om detta innebär att någon uppenbart mer kvalificerad förbigås.

5.1.4. I proportion till eftersträvat mål

Det som slutligen kan utläsas ur EG-domstolens praxis är att *proportionalitetsprincipen* ska iakttas. Bland annat i Abrahamsson konstaterade domstolen att den omtvistade förordningen var oproportionerlig, det vill säga att bestämmelsen inte ansågs stå i proportion till det eftersträlvade målet. Positiv särbehandling får således inte vara mer ingripande än vad som är nödvändigt. Kravet på att proportionalitetsprincipen ska iakttas hör också samman med frågan om hur stor skillnaden får vara ur merithänseende mellan exempelvis två arbetssökande. Det som kan konstateras är dock att gemenskapsrätten tillåter positiv särbehandling under förutsättning att skillnaden i meriter inte är alltför stor.

5.1.5. Slutsatser

Vad klassas som positiv särbehandling, och när handlar det om otillåten diskriminering?

Genom analysen av EG-domstolens rättspraxis kan vissa principer utläsas. Dessa är att positiv särbehandling är tillåten när ingen *automatiskt* och *ovillkorligt* ges företräde, när samtliga sökandes meriter ges en *objektiv bedömning* med beaktande av personliga förhållanden där även *icke-traditionella meriter* får vägas in, då denna bedömning av meriter görs utifrån *klara kriterier*, när två arbetssökande eller arbetstagare har *likvärdiga* eller *nästan likvärdiga* meriter samt då särbehandlingen står i *proportion* till eftersträvat mål. Positiv särbehandling utöver dessa gränser klassas således som otillåten diskriminering.

5.2. Debatten avseende positiv särbehandling

5.2.1. Förespråkare och motståndare

I debatten om positiv särbehandling hörs många olika röster. Förespråkare menar att det är nödvändigt med positiv särbehandling för att komma till rätta med existerande diskriminerande strukturer. Motståndare menar att positiv särbehandling är en slags omvänd diskriminering som leder till en urholkning av diskrimineringsförbudet. De åtgärder som

vidtas vid positiv särbehandling kallas ibland ”ikappåtgärder”. Detta är en bra benämning då det handlar om att de som är underrepresenterade ska försöka att komma ikapp de andra som utgör en majoritet. Numhauser-Henning menar att åtgärder såsom exempelvis positiv särbehandling är ofrånkomliga. Hon påpekar att effekterna av positiv särbehandling av underrepresenterat kön alltid kommer att vara okända. Om arbetsgivaren fritt kunnat välja mellan exempelvis två arbetssökande finns nämligen möjlighet att denne valt mannen såväl som kvinnan. Hon menar dock att om arbetsgivaren valt som denne brukar skulle den manlige sökande ha fått tjänsten. Numhauser-Hennings resonemang stämmer förmodligen i många fall. Är arbetsgivaren själv av manligt kön är chansen extra stor att han väljer en man. Tyvärr är det nog många gånger just så att män väljer män. Kanske är det därför *nödvändigt* med positiv särbehandling för att få bukt på detta diskriminerande handlingssätt?

Dahlerup och Freidenvall menar att förespråkare till positiv särbehandling inte ser jämställdhet som något som kommer av sig själv utan att det alltid har behövts, och alltid kommer att behövas, aktiva insatser för att förbättra kvinnors situation. Lundström anser att positiv särbehandling kan vara ett effektivt sätt att komma till rätta med diskriminerande strukturer som kan förekomma på arbetsplatser. Han anser dock att detta ska vara ett *tillfälligt* medel för att uppnå könsblindhet. Lundström påpekar även att målet med positiv särbehandling inte ska vara att uppnå en ”rättvis” fördelning mellan män och kvinnor. Författaren frågar sig om statistisk obalans alltid måste vara negativt, och om statistisk balans alltid måste vara positiv. Måste en ojämn fördelning mellan män och kvinnor innebära att könsdiskriminering föreligger, eller kan en sådan fördelning uppstå även i avsaknad av att någon diskriminerats? Lundström hävdar det senare. Han menar att det kan vara så att män och kvinnor skiljer sig åt i fråga om yrkesval eller begåvningsprofil och att en ojämn könsfördelning därför varken blir rättvis eller orättvis. Det avgörande är istället de val individen själv väljer att göra. Vissa yrken är mer mansdominerade, andra mer kvinnodominerade. Kanske är det som Lundström säger inte en ”rättvis” könsfördelning som borde eftersträvas? Kanske kan människors olika yrkesval leda till att en ojämn fördelning uppstår mellan män och kvinnor trots att ingen könsdiskriminerats? Det är svåra frågor att ta ställning till, och jag är själv osäker på svaret. Något som är klart är dock att alla människor har rätt att behandlas lika. Detta förutsätter, som konstaterats ovan i avsnitt 4.1.1, att alla människor också i verkligheten har lika möjligheter. För att kompensera för missgynnade gruppers underläge krävs någon typ av åtgärder, om positiv särbehandling är rätt sätt att komma till rätta med problemet är dock frågan.

Gür menar att positiv särbehandling leder till att förbudet mot diskriminering urholkas och att denna typ av åtgärder innebär ett nytt slag av diskriminering. Han hävdar att en sorts *omvänd diskriminering* skapas eftersom att det när en individ positiv särbehandlas i princip alltid leder till negativ särbehandling av en annan individ. Lundström menar att ett av problemen ligger i att könsdiskriminering används som ett medel att komma till rätta med könsdiskriminering. Han menar även att det finns risk att individer diskrimineras i onödan. Liksom Numhauser-Henning påpekar han att det inte finns några bevis för könets betydelse. Jämställdhetsåtgärder som baseras på sambandet med kön riskerar därför enligt Lundström att bli meningslösa. Gür och Lundström har en hel del argument som är viktiga att ta ställning till i debatten avseende positiv särbehandling. Utgångspunkten är att alla människor ska behandlas lika och att ingen diskriminering på grund av kön får förekomma. Positiv särbehandling innebär dock ett undantag från detta förbud mot diskriminering. En urholkning av lagen enligt Gür, och jag är beredd att hålla med. Då exempelvis en sökande till en tjänst har anställts och positiv särbehandling tillämpats innebär det att annan sökande missgynnats med syftet att uppnå jämlikhet. Kontentan blir att denne arbetssökande utsatts för negativ särbehandling. Som konstaterats i SOU 2006:22 i avsnitt 4.1.2 ovan är diskrimineringslagstiftningens mål att behandla individer efter deras personliga förutsättningar och egenskaper. Detta sker dock inte vid positiv särbehandling. Ytterligare problem med dessa åtgärder är att särbehandling används för att komma till rätta med särbehandling. Finns det bättre sätt att lösa snedfördelningen mellan könen? Detta diskuteras i avsnittet nedan.

5.2.2. Vilka alternativ finns till positiv särbehandling?

Alternativa lösningar till den ”rena” positiva särbehandlingen diskuteras bland annat i JämOs grundbok – att arbeta fram en jämställdhetsplan. Där föreslås att arbetsgivaren för att främja en jämn fördelning mellan könen på arbetsplatsen exempelvis kan införa stödjande åtgärder för att möjliggöra för anställda av underrepresenterat kön att få mer kvalificerade arbetsuppgifter, öka anställdas kunskaper och erfarenheter genom att låta dem rotera mellan olika arbeten samt att ge praktikplatser och vikariat i första hand till någon från det underrepresenterade könet. Arbetsgivaren kan även utforma platsannonser på ett sätt att personer av underrepresenterat kön uppmuntras att söka och sträva efter båda könen finns representerade i rekryteringsgruppen. Alla dessa åtgärder handlar således om att försöka

uppnå en jämn fördelning mellan män och kvinnor på arbetsplatsen, utan att tillämpa sådan ”ren” positiv särbehandling som diskuterats tidigare. Att exempelvis använda arbetsrotation är ett bra sätt att öka anställdas kunskaper. Om alla anställda ges denna möjlighet innebär det att kompetensen och förmågan att arbeta på olika områden ökar. Detta leder till att det blir svårare att motivera varför något område domineras av det ena könet. Ligger de anställda på ungefär samma kunskapsnivå håller inte heller argumentet att det exempelvis inte finns tillräckligt många kompetenta kvinnor för att öka fördelningen mellan könen på ett snedfördelat område. Även förslaget om att arbetsgivaren kan försöka att utforma platsannonser på ett sätt som attraherar underrepresenterat kön är positivt. Vissa yrken kan kännas mer typiska för det ena könet och därför tror jag det finns möjlighet att antalet sökande från underrepresenterat kön ökar om annonserna utformas på ett för dessa uppmuntrande sätt.

Strömmer anser att kvotering och positiv särbehandling är diskriminering, oavsett vilken målgrupp dessa åtgärder riktas emot och oavsett syfte. För att åstadkomma mångfald föreslår han istället exempelvis uppsökande verksamhet och riktade informationsinsatser. Strömmer utvecklar inte sina förslag mer än såhär. Jag tolkar det dock som att han med uppsökande verksamhet menar att försöka uppmuntra och stödja enskilda individer inom de områden där de är underrepresenterade och på så sätt försöka jämna ut fördelningen mellan män och kvinnor. Med riktade informationsinsatser tolkar jag det som att han menar information riktad till det ena könet. Då exempelvis män är underrepresenterade på ett område kan arbetsgivaren genom information riktad främst till dem försöka att främja en jämnare könsfördelning. Åman anser att positiv särbehandling leder till att nya orättvisor skapas. Även han menar att det istället finns andra åtgärder för att kompensera för missgynnade grupperns underläge, utan att någon behöver diskrimineras. Ett av Åmans förslag är att använda mentorsprogram som riktar sig till vissa grupper, ett annat att arbetsgivaren då denne ska anställa har rutiner som ökar chanserna att få in ansökningar från tidigare underrepresenterade grupper.

Ovanstående förslag på alternativ till positiv särbehandling påminner om varandra. Strömmer talar om riktade informationsinsatser, Åman om riktade mentorsprogram. I JämOs grundbok ges det förslag på att arbetsgivaren kan utforma platsannonser på ett sätt som uppmuntrar personer av underrepresenterat kön att söka, Åman föreslår liknande åtgärder. Med tanke på de relativt många och välgrundade argument som förts fram från motståndare i debatten om positiv särbehandling är dessa alternativ till åtgärder värda att beakta. Med det sagt vill jag dock påpeka att många starka argument också förts fram om varför positiv särbehandling är

nödvändig. Detta är det stora dilemma och frågan återstår, bör positiv särbehandling tillåtas i sin nuvarande form? Eller bör den avskaffas och jämlikhet försöka nås genom andra, ”mildare”, åtgärder?

5.2.3. Slutsatser

Är positiv särbehandling nödvändig för att lösa snedfördelningen mellan könen, eller finns det andra alternativ?

Det finns mer än *ett* svar på frågan om positiv särbehandling är nödvändig för att komma till rätta med snedfördelningen mellan könen. Beroende på vem som tillfrågas kommer svaret att variera. Det som har framkommit i uppsatsen är dock att det finns många argument både *för* och *emot* positiv särbehandling. Vissa anser att positiv särbehandling är *nödvändig* för att kompensera för missgynnade gruppers underläge, andra att det leder till *omvänd diskriminering*. Det finns även en del alternativ till positiv särbehandling. Dessa alternativ innebär inte ett missgynnande på samma sätt som den ”rena” positiva särbehandlingen gör och kan därför vara bra medel för att försöka uppnå rättvisa mellan grupper.

5.3. Positiv särbehandling de lege ferenda

Dahrendorf menar att positiv särbehandling inte får bli ett varaktigt medel för att uppnå jämställdhet. Han föreslår istället att länderna har en paragraf där en tidsgräns för den positiva särbehandlingen stadgas. Detta är enligt min mening den bästa lösningen. Jag anser att en begränsad period för positiv särbehandling vore ett effektivt medel för att få arbetsgivaren att komma till rätta med eventuella snedfördelningar på arbetsplatsen. Arbetsgivaren får ett konkret mål att sträva efter och när tiden löpt ut görs en utvärdering av resultatet för att se om perioden behöver förlängas, eller om målet om jämställdhet uppnåtts. Förhoppningsvis har diskriminerande strukturer som tidigare funnits under denna tid förändrats, och positiv särbehandling i sin ”rena” form är inte längre nödvändig. Behövs det ändå någon typ av åtgärder för att jämna ut snedfördelningar kan ovanstående alternativa lösningar istället tillämpas.

Referensförteckning

Offentligt tryck

EG-rättsligt material

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, EGT 1976 L 39/40.

Rådets rekommendation 84/635/EEG av den 13 december 1984 om främjande av positiv särbehandling av kvinnor, EGT 1984 L 331/34.

Rådets direktiv 2002/73/EG av den 23 september 2002 om ändring av rådets direktiv 76/207/EEG om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, EGT 2002 L 269/15.

Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen (konsoliderad version), EUT 2002 C 325/96.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/54/EG av den 5 juli 2006 om genomförandet av principen om lika möjligheter och likabehandling av kvinnor och män i arbetslivet, EUT 2006 L 204/23.

Propositioner

Prop 1978/79:175 med förslag till lag om jämställdhet mellan kvinnor och män i arbetslivet mm.

Prop 1990/91:113 om en ny jämställdhetslag mm.

Prop 2007/08:95 om ett starkare skydd mot diskriminering.

Utredningar

SOU 2006:22 En sammanhållen diskrimineringslagstiftning.

Litteratur

Dahlerup, Drude – Freidenvall, Lenita, 2008. *Kvotering*. Stockholm.

Ekström, Helen, i samarbete med kollegor på enheten för rådgivning, utveckling och tillsyn på JämO, 2007. *Grundbok – Att arbeta fram en jämställdhetsplan*. Stockholm.

Glavå, Mats, 2001. *Arbetsrätt*. Lund.

Gür, Thomas, 1998. *Positiv särbehandling är också diskriminering*. Stockholm.

Göransson, Håkan – Karlsson, Anders, 2006. *Diskrimineringslagarna - En praktisk kommentar*. Fjärde upplagan. Stockholm.

Hettne, Jörgen – Otken-Eriksson, Ida, 2005. *EU-rättslig metod - Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. Stockholm.

JämO:s rapportserie Nr 1, 1993. *Positive action – Jämställdhetsarbete inom EG*. Stockholm.

Küchhold, Kristina, 2001. "Badeck - The Third German Reference on Positive Action", *Industrial Law Journal*, Vol. 30/1, s 120.

Källström, Kent – Malmberg, Jonas, 2006. *Anställningsförhållandet - Inledning till den individuella arbetsrätten*. Uppsala.

Laurén, Reidunn – Lavén, Håkan, 1992. *Nya jämställdhetslagen - Kommentarer och handledning i jämställdhetsarbetet*. Stockholm.

Lehrberg, Bert, 2006. *Praktisk juridisk metod*. Femte upplagan. Stockholm.

Lundström, Karin, 1999. *Jämlikhet mellan kvinnor och män i EG-rätten – En feministisk analys*. Uppsala.

Lundström, Mats, 1996. *Jämställdhet eller sexistisk rättvisa?* Stockholm.

Numhauser-Henning, Ann (utg.) 2000. *Perspektiv på likabehandling och diskriminering.* Lund.

Nyström, Birgitta, 2002. *EU och arbetsrätten.* Tredje upplagan. Stockholm.

Sigeman, Tore, 2006. *Arbetsrätten - En översikt.* Fjärde reviderade upplagan. Stockholm.

Rättspraxis

EG-domstolen

Mål C-450/93 Kalanke mot Freie Hansestadt Bremen [1995] ECR I-3051

Mål C-409/95 Hellmuth Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen [1997] REG I-6363

Mål C-158/97 Georg Badeck et al mot Hessischer Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen [2000] REG I-1875

Mål C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Andersson mot Elisabet Fogelqvist [2000] REG I-5539

Mål C-450/93 Generaladvokatens yttrande

Mål C-409/95 Generaladvokatens yttrande

Mål C-158/97 Generaladvokatens yttrande

Mål C-407/98 Generaladvokatens yttrande

Övriga källor

Borgström, Claes – Claesson Norell, Agneta, 2000. ”Positiv särbehandling enligt jämställdhetslagen (1991:433) och EG-rätten”. (hämtad 2008-06-06 från <http://www.jamombud.se/docs/JamOsstudieompositivsarbhandling.pdf>)

Dahrendorf, Ralf, 2004. "Det negativa med positiv särbehandling", *Dagens Nyheter* 2004-02-14. (hämtad 2008-09-18 från <http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?d=578&a=233646>)

Rennerfeldt, Jakob, 2006. "Positiv särbehandling är också diskriminering". (hämtad 2008-09-18 från <http://www.svensktnaringsliv.se/fragor/kvotering/article13862.ece>)

Åman, Johannes, 2005. "Kvotering är en återvändsgränd", *Dagens Nyheter* 2005-12-22. (hämtad 2008-09-18 från <http://www.dn.se/DNet/jsp/polopoly.jsp?a=506098>)