



# NORGES HØYESTERETT

Den 29. april 2014 avsa Høyesterett dom i

**HR-2014-00831-A, (sak nr. 2013/1275), sivil sak, anke over dom,**

Staten v/Forsvarsdepartementet

(Regjeringsadvokaten  
v/advokat Elisabeth Stenwig)

A (partshjelper)

(advokat Jan Fougner)

mot

B

Befalets Fellesorganisasjon (partshjelper)

(advokat Tor Gresseth – til prøve)

## S T E M M E G I V N I N G :

- (1) Dommer **Øie**: Saken gjelder spørsmål om det i strid med likestillingsloven 1978 § 4, jf. § 3 og § 3a ble lagt vekt på kjønn da en kvinne ved kongelig resolusjon 1. februar 2008 ble utnevnt som kontreadmiral og beordret til stilling som sjef for Forsvarets skolesenter.
- (2) Stilling som "sjef Forsvarets skolesenter – generalmajor/kontreadmiral" ble kunngjort i oktober 2007. Forsvarets skolesenter – som i dokumenter jeg senere siterer fra, gjerne forkortes FSS – har i ettertid endret navn til Forsvarets høgskole. I kunngjøringen ble det opplyst at stillingen kunne søkes av brigaderer/flaggkommandører og generalmajorer/kontreadmiraler. For øvrig ble det ikke angitt krav til kvalifikasjoner hos søkerne.
- (3) Det var elleve søkere – ni menn og to kvinner. Blant dem var partshjelper for staten, A, som den gang het A til etternavn, og ankemotparten, B.
- (4) Saksforberedelsen til utnevnelser startet i Forsvarsstabens personalavdeling. Fordi en av søkerne var samboer med den daværende forsvarssjefen, deltok ikke forsvarssjefen selv i saksbehandlingen. Forsvarsstaben mente at alle søkerne var kvalifisert til stillingen, men

anså tre av mennene som best kvalifisert. B ble rangert som nummer en. Av notat 18. desember 2007 går det frem at Forsvarsstaben særlig la vekt på følgende kvalifikasjoner:

"Stillingen som sjef for Forsvarets skolesenter er en viktig og ansvarsfull stilling, og flere av søkerne er godt kvalifisert for stillingen og har et potensial for gradsnivået. Med tanke på at (felles)operasjoner er et hovedfokus ved skolen, er det vektlagt at de innstilte har solid operativ erfaring. Det er også vektlagt at de innstilte har solid ledererfaring og demonstrert evne til ledelse av ypperste klasse. Forsvarets skolesenter er et senter for høyere utdanning og det er derfor også viktig at de innstilte har solid formell utdanning."

(5) Kunnskap om og erfaring fra Forsvarets skolesenter ble ikke trukket spesielt frem.

(6) Omtalen i notatet av A var slik:

"Flaggkommandør A: A er 43 år. Hun har siden desember 2006 da hun ble utnevnt til flaggkommandør, tjenestegjort i stillingen som sjef FSTS. Hun har siden 1 nov 07 fungert som SJ FSS. Hun ble utnevnt til kommandør 1 aug 06, dvs at det er under 1 ½ år siden hun var kommandørkaptein. Som forvaltningsoffiser har hun svært begrenset operativ tjenesteerfaring. Hun har ikke tjenesteerfaring fra operativt hovedkvarter, men har erfaring fra både FD og FO. A har god og meget relevant tjenesteerfaring fra FSS, men ut over dette, er hun den søker som vurderes å ha svakest tjenesteerfaring for stillingen. Flaggkommandør A er en meget engasjert, utadvendt og dyktig offiser som med noe mer kvalifisering vil kunne opparbeide seg god autoritet og ha et potensial opp mot kontréadmiralsnivå. På bakgrunn av ovenstående omtales hun derfor ikke videre."

(7) Siden B var blant dem som ble anbefalt, var omtalen av hans kvalifikasjoner mer omfattende:

"Brigader B er 51 år, født 00.00.1956  
Brigader B ble uteksaminert fra Luftkrigsskolen i 1980, Forsvarets stabsskole I i 1987, Forsvarsakademiet/Danmark (stabsskole II) i 1991 og U.S. Air War College (Master i strategiske studier) i 1999. I tillegg har han en rekke kurs i inn- og utland. Han ble utnevnt i nåværende grad 2. september 2002.

Brigaderen har blant annet innehatt følgende tjenestestillinger:  
Sjef Iddledningstropp/nekstkommanderende/sjef X batteri NIKE-bataljonen, studieleder/programleder Luftforsvarets stabsskole, sjef Luftverngruppe Y hovedflystasjon, planstabsoffiser ved Plan- og økonomiavdelingen i Forsvarsdepartementet, Baseforsvarsinspektør i Luftforsvaret, Leveranseleder i Program Argus/Forsvarets overkommando, sjef Kontroll- og analyseavdelingen i Fellesstaben/Forsvarets overkommando, programleder ARGUS, prosjektleder ISL i Forsvarsstaben og sjef Transformasjonsinspektoratet ved Z flystasjon. Han har siden 1. november 2006 fungert som sjef for Luftforsvarets Utviklings- og kompetansesenter.

Brigader B er en særdeles dyktig offiser med stor arbeidskapasitet, stor lojalitet og han er utpreget initiativrik. I sine tjenestestillinger har han vist evne til nytenkning og effektivisering av tjenesten for å oppnå de mål som er satt. I tillegg har han en positiv innstilling til nye utfordringer og setter seg raskt inn i nye arbeidsoppgaver. Brigader B er entusiastisk og utadvendt, og han er flink til å motivere sine medarbeidere. Gjennom solid operativ tjeneste helt opp til inspektørnivå, skoletjeneste og solid utdanning, tjeneste fra FD, FO og FST, samt deltakelse i og ledelse av omstillingsprogram, har han opparbeidet seg meget solid kompetanse for stillingen som sjef FSS. Brigader B har tidligere blitt foreslått innstilt til stillinger på generalmajorsnivå av GIL og FSJ, bl a til stillingene som GIL og Sjef Fellesstaben."

- (8) Begrunnelsen for å rangere B som nummer en var slik:

**"Stillingen som sjef for Forsvarets skolesenter er en viktig og ansvarsfull stilling, og flere av søkerne er godt kvalifisert for stillingen og har et potensial for gradsnivået. Med tanke på at (felles)operasjoner er et hovedfokus ved skolen, er det vektlagt at de innstilte har solid operativ erfaring. Det er også vektlagt at de innstilte har solid ledererfaring og demonstrert evne til ledelse av ypperste klasse. Forsvarets skolesenter er et senter for høyere utdanning og det er derfor også viktig at de innstilte har solid formell utdanning."**

- (9) Forsvarsdepartementets fagavdeling – FD I – vurderte så saken. I notat til statsråden 23. januar 2008 ble det først gjort rede for Forsvarsstabens vurdering og forslag. De tre mannlige søkerne Forsvarsstabens anbefalt ble omtalt, og vurderingen av Bs kvalifikasjoner ble gjengitt. Under punktet om avdelingens egen anbefaling het det først:

**"Ut fra FD Is helhetlige vurdering av søkerens bakgrunn i relasjon til FSJs vektlegging av operativ erfaring, solid ledererfaring samt solid formell utdanning, er dette en kombinasjon som ikke synes å favorisere noen av kandidatene. FD I mener i tillegg at tjeneste ved FSS samt kjennskap til Forsvarets utdanningssystem er forhold som bør vektlegges."**

**FD I er enig i at FSJs rangerte kandidater er godt kvalifisert for stillingen. Det er to kvinnelige søkere til stillingen som FD I har vurdert i tillegg til FSJs foreslåtte kandidat. Med utgangspunkt i at dette er en sentral og synlig stilling i Forsvaret, så vil en kvinne kunne bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte. Det kan igjen bidra til at kvinners interesse for tjeneste og karriere i Forsvaret øker."**

- (10) Om A ble det deretter uttalt:

**"I denne sammenhengen mener FD I at flaggkommandør A er den som utmerker seg. Hun mangler riktignok den ønskelige operative erfaringen, men har blant annet sentral stabstjeneste fra henholdsvis FO og fra FD som senior stabsoffiser. I tillegg kjenner hun Forsvarets stabsskole (FSTS) svært godt, både som hovedlærer, avdelingssjef innenfor logistikk, som sjef for FSTS og ved at hun for tiden fungerer i den søkte stillingen som sjef for FSS. Hun har derved god kjennskap til skolesenterets virksomhet og Forsvarets utdanningssystem. Ut fra anbefalingen fra nærmeste sjef, kontreadmiral Arne Røksund, har hun i tillegg dokumentert meget gode lederegenskaper og administrative ferdigheter. Hun vurderes som godt skikket til å bekle stillingen som sjef for FSS."**

...

**Ut fra ovennevnte vurdering fremstår flaggkommandør A minst like godt kvalifisert som FSJs foreslåtte kandidat, brigader B. ..."**

- (11) Notatet omtalte også den andre kvinnelige søkeren, flaggkommandør D.
- (12) Ekspedisjonssjef Bødtker Larsen sendte saken via departementsråd Lunde til statsråd Strøm-Erichsen. Departementsråden gjorde en separat påtegning, der det het:

**"Jeg kan under tvil støtte sj FD I's anbefaling. Jeg anser imidlertid at flaggkommandør A ikke er den best kvalifiserte søker, men anser også hun som kvalifisert til den aktuelle stillingen og legger vekt på de helt klare politiske føringene om kvinnelige ledere i Forsvaret. Fsj mener man vil gjøre henne en bjørnetjeneste ved et opprykk nå og utelukker ikke at det vil komme reaksjoner på event utnevning."**

- (13) Etter å ha vurdert saken, herunder departementsrådets påtegning, gjorde statsråden slik påtegning:

**"Støtter Sj FD I's anbefaling."**

- (14) A ble utnevnt i statsråd 1. februar 2008. I foredraget til den kongelige resolusjonen het det innledningsvis i punktet om Forsvarsdepartementets vurdering:

**"Forsvarsdepartementet har vurdert alle kandidater til stillingen og kommet til at flaggkommandør A, i kraft av opparbeidet kompetanse og personlig egnethet, er den som er best egnet. I vurderingen er også Forsvarets uttalte målsetting om å utnevne flere kvinnelige offiserer i høyere stillinger, vektlagt."**

- (15) Deretter ble As kvalifikasjoner nærmere beskrevet:

**"Flaggkommandør A er 43 år (født 00. 00.1964). Hun har gjennomført Sjøkrigsskolens intendanturlinje, Sjøforsvarets stabsskole I, Nasjonalt langkurs i logistikk og fransk stabsskole. Hun har gjennomført Forsvarets høgskoles hovedkurs. Hun ble utnevnt til flaggkommandør 18. desember 2006.**

**Flaggkommandør A har blant annet tjenestegjort som intendant på fregatt, instruktør ved KNM Tordenskjold, kontraktsforhandler ved Sjøforsvarets forsyningskommando, administrasjonsoffiser ved Militærmisjonen i Brussel, assisterende talskvinne ved Presse- og informasjonskontoret i Forsvarets overkommando, hovedlærer og assisterende hovedlærer ved Forsvarets skolesenter/økonomiavdelingen og senior stabsoffiser i Forsvarsdepartementet/ledelsens sekretariat. Siden 1. august 2006 har hun tjenestegjort ved Forsvarets stabsskole, herunder som avdelingssjef for avdeling for logistikk, styring og metode og som sjef for Forsvarets stabsskole. Hun har fungert i stillingen som sjef for Forsvarets skolesenter siden 1. november 2007."**

- (16) I samsvar med det som er opplyst å være vanlig praksis, ble ikke de øvrige søkerne omtalt i foredraget.
- (17) B brakte saken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet. Ombudet fant det ikke sannsynliggjort at kjønn ikke var en del av begrunnelsen for utnevnelsen av A. Derimot mente ombudet at det var sannsynliggjort at A og B var tilnærmet like godt kvalifiserte, slik at vilkårene i likestillingsloven § 3a om positiv særbehandling var oppfylt.
- (18) B klaget over uttalelsen til Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Et flertall på tre medlemmer av nemnda mente at Forsvarsdepartementet ved utnevnelsen hadde handlet i strid med forbudet i likestillingsloven § 4, jf. 3 mot å forskjellsbehandle kvinner og menn. Et mindretall på to medlemmer mente at vilkårene for positiv særbehandling var oppfylt.
- (19) Nemndas vedtak er ikke bindende for staten, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 siste ledd. Da staten ikke var enig med nemnda og erklærte at man ikke ville følge avgjørelsen, anla B sak for Oslo tingrett mot staten ved Forsvarsdepartementet. Tingretten avsa 5. oktober 2011 dom med slik domsslutning:

**"1 Staten ved Forsvarsdepartementet frifinnes.**

**2 Sakskostnader tilkjennes ikke."**

- (20) Tingretten fant at staten hadde sannsynliggjort at kjønn ikke ble vektlagt ved utnevnelsen av A, slik at likestillingsloven ikke var brutt.
- (21) B anket dommen til Borgarting lagmannsrett, som 7. mai 2013 avsa dom med slik domsslutning:

- "1. Utnevnelsen av sjef for Forsvarets skolesenter 1. februar 2008 var i strid med likestillingsloven § 3, jf § 3a.
2. Staten v/Forsvarsdepartementet dømmes til å betale erstatning til B med kroner 650 000 for økonomisk tap, og kroner 50 000 for ikke-økonomisk tap.
3. I sakskostnader for tingretten betaler staten v/Forsvarsdepartementet kroner 236 445 til B og kroner 154 375 til Befalets fellesorganisasjon.
4. I sakskostnader for lagmannsretten betaler staten v/Forsvarsdepartementet samlet kroner 255 838 til B og Befalets fellesorganisasjon.
5. Oppfyllelsesfristen for punktene 2, 3 og 4 er to uker fra forkynnelse av lagmannsrettens dom."
- (22) Lagmannsretten mente at A ikke hadde tilnærmet like gode kvalifikasjoner som B, og at det ble lagt vekt på kjønn ved utnevnelsen i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3 og § 3a.
- (23) Staten ved Forsvarsdepartementet har anket til Høyesterett over lagmannsrettens rettsanvendelse og bevisvurdering. Anken gjaldt hele dommen med unntak av erstatningsutmålingen. Ved ankeutvalgets beslutning 9. september 2013 ble anken tillatt fremmet bortsett fra spørsmålet om lagmannsretten bygget på feil bevisvurdering da den fant at B ville ha blitt utnevnt dersom ikke A hadde blitt det.
- (24) Som for de tidligere instanser har Befalets Fellesorganisasjon vært partshjelper til støtte for B. Nytt for Høyesterett er at A har vært partshjelper til støtte for staten.
- (25) Saken står for øvrig i det vesentlige i den samme stilling for Høyesterett som for de tidligere instanser.
- (26) Den ankende part – *staten ved Forsvarsdepartementet* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (27) Kvinner og menn ble ved utnevnelsen ikke stilt ulikt i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3. Kongen i statsråd utnevnte A fordi hun i kraft av opparbeidet kompetanse og personlig egnethet var den av samtlige søkere som var best egnet for stillingen som sjef for Forsvarets skolesenter.
- (28) Spørsmålet for Høyesterett er ikke hvorvidt A objektivt sett var bedre kvalifisert til stillingen enn B. Bevistemaet er om årsaken til at A ble utnevnt, var at Forsvarsdepartementet mente at hun var best kvalifisert, og om kjønn var en del av denne vurderingen.
- (29) Det bestrides ikke at det er brukt formuleringer som gjør at det "foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling", jf. likestillingsloven § 16 første ledd. Dette gjelder dels uttalelsene i departementets notat og foredraget til kongelig resolusjon om betydningen av å utnevne en kvinne, dels departementsrådets påtegning. Staten har derfor bevisbyrden for at det ikke ble lagt vekt på kjønn.
- (30) I toppstillinger som dette må det være vesentlige forskjeller i de aktuelle søkerens formelle kvalifikasjoner for å kunne konstatere forskjellsbehandling, og slike forskjeller foreligger ikke her. I tillegg til formelle kvalifikasjoner må ansettelsesmyndigheten kunne

legge vekt på blant annet særtrekk ved stillingen og søkerens personlige egenskaper og spisskompetanse.

- (31) Staten har sannsynliggjort at forskjellsbehandling på grunn av kjønn ikke har funnet sted. Forsvarsdepartementet mente at det var positivt med en kvinne i stillingen, men det var ikke årsakssammenheng mellom dette og utnevnelsen.
- (32) Subsidiært anfører staten at det var adgang til positiv særbehandling av A, jf. likestillingsloven § 3a.
- (33) Domstolens kontroll med om § 3a er brutt må være den samme som ellers ved kontroll av tilsettingsmyndigheters vurderinger og av forvaltningens frie skjønn. Kontrollen må imidlertid være mer tilbakeholden enn vanlig når tilsettingsmyndigheten er lagt til Kongen i statsråd, jf. Grunnloven § 21, jf. § 28. Domstolene kan ikke overprøve hvilken erfaringsbakgrunn sjefen for Forsvarets skolesenter skulle ha. Også spørsmålet om hvem som var best kvalifisert for stillingen, faller inn under det frie skjønn, som domstolene ikke kan prøve. Det ble lagt vekt på relevante og saklige hensyn og foretatt en samvittighetsfull prøving av søkerens kvalifikasjoner.
- (34) Staten ved Forsvarsdepartementet har lagt ned slik påstand:
- "1. Oslo tingretts dom stadfestes.**
- 2. Staten v/Forsvarsdepartementet tilkjennes saksomkostninger for alle retter."**
- (35) Partshjelperen – A – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (36) Likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 er ikke brutt. A ble utnevnt fordi Kongen i statsråd mente at hun var den best kvalifiserte søkeren.
- (37) Arbeidsgiver har i kraft av styringsretten full frihet til å organisere, definere og angi kvalifikasjonskrav for en stilling. Domstolene kan ikke overprøve disse vurderingene.
- (38) Vurderingen av hvilken søker som er best kvalifisert, beror på en konkret skjønnsmessig avveining av strategiske og ledelsesmessige hensyn, ikke en matematisk formel. Uansett er det ikke nok at den som hevder å være forbigått, har bedre kvalifikasjoner – det må være årsakssammenheng mellom vedkommendes kjønn og forbigåelsen.
- (39) Skjønnen tilligger arbeidsgiver og kan ikke overprøves av domstolene. Prøvelsesretten er, som i alle andre tilfeller hvor det er anført utenforliggende hensyn, begrenset til saksbehandling, det faktiske grunnlag, om det er tatt utenforliggende hensyn og om skillet er kvalifisert urimelig. Kjønn er ikke i seg selv et utenforliggende hensyn. Grunnloven § 21, jf. § 28 begrenser prøvelsesretten ytterligere.
- (40) Bevisbyrderregelen i likestillingsloven § 16 kommer ikke til anvendelse i denne saken. Den gjelder vurderingen som skal foretas etter avsluttet bevisførsel. Når alle bevis ses samlet, er det ikke tvilsomt at A ble ansatt fordi hun var best kvalifisert, og ikke fordi hun var kvinne. I tillegg til formelle kvalifikasjoner ble det lagt vekt på personlig egnethet.
- (41) A har lagt ned slik påstand:

**"1. Tingrettens dom stadfestes.**

**2. A tilkjennes sakskostnader for Høyesterett."**

- (42) Ankemotparten – B – og partshjelper – *Befalets Fellesorganisasjon* – har i hovedtrekk gjort gjeldende:
- (43) Utnevnelsen av A til kontreadmiral i sjøforsvaret og beordringen av henne til sjef for Forsvarets skolesenter var i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3 og § 3a.
- (44) Ved vurderingen etter § 16 av om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det i strid med loven er lagt vekt på kjønn, er vurderingstemaet hvem som var best kvalifisert objektivt sett, og ikke hva tilsettingsmyndigheten mente om dette spørsmålet. Uttalelser i samtidige saksdokumenter og vesentlige forskjeller i kvalifikasjoner viser at det ble lagt vekt på kjønn. Staten må dermed sannsynliggjøre at det ikke er lagt vekt på kjønn.
- (45) Det er et rent bevisspørsmål hvilke kvalifikasjonskrav som gjaldt for stillingen. Forsvarsdepartementet godtok Forsvarsstabens kriterier, hvor operativ erfaring ble trukket sterkt frem, og la i tillegg vekt på kjennskap til Forsvarets skolesenter. Departementet kunne ha endret kriteriene, men gjorde det ikke.
- (46) B var vesentlig bedre kvalifisert enn A. Særlig hadde han vesentlig lengre ledererfaring og operativ erfaring enn henne. Dessuten hadde han kjennskap til og erfaring fra forsvarets utdannessystem. Ved utnevnelsen av A ble det for ensidig lagt vekt på at hun hadde fersk erfaring fra Forsvarets skolesenter. Øvrige kvalifikasjoner ble lite vektlagt. A ble heller ikke vurdert opp mot de mannlige søkerne. Statsråden var meget opptatt av å utnevne kvinner i lederstillinger i forsvaret. Når alt dette også ses i sammenheng med uttalelsene i de samtidige saksdokumentene, er det sannsynlighetsovervekt for at kjønn ble tillagt vekt. Staten har dermed ikke oppfylt sin bevisbyrde.
- (47) Domstolene har full prøvelsesrett i saker om brudd på likestillingsloven. Hvorvidt det i strid med loven er lagt vekt på kjønn, er et rent rettsanvendelseskjønn, og gode grunner taler for en grundig overprøving i denne saken. Blant annet likestillingslovens formål tilsier at kontrollen er effektiv.
- (48) B og Befaltes Fellesorganisasjon har lagt ned slik påstand:
- "1. Utnevnelsen av A til kontreadmiral i sjøforsvaret og beordringen av henne til sjef for Forsvarets skolesenter var i strid med likestillingsloven § 3, jf § 3a.**
- 2. For øvrig forkastes anken.**
- 3. Befaltes Fellesorganisasjon og B tilkjennes sakskostnader for alle retter."**
- (49) *Mitt syn på saken*
- (50) Jeg er kommet til at anken fører frem.
- (51) Spørsmålet om det i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering ble lagt vekt på kjønn da A ble utnevnt til kontreadmiral og beordret som sjef for Forsvarets skolesenter i

februar 2008, reguleres av likestillingsloven 1978, som nå er opphevet. De aktuelle reglene er imidlertid videreført i likestillingsloven 2013.

- (52) Likestillingsloven 1978 § 4 andre ledd bestemmer at det ved ansettelse og forfremmelse med videre ikke må gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med generalklausulen i § 3. Første ledd og andre ledd nr. 1 i generalklausulen lyder slik:

**"Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.**

**Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som**

- 1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,"**

- (53) Paragraf 4 andre ledd, jf. § 3 forbyr altså at ansettelsesmyndigheten stiller to personer ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, med andre ord at det legges avgjørende vekt på kjønn ved ansettelsen.
- (54) I offentlig sektor gjelder det et ulovfestet prinsipp om at den best kvalifiserte skal ansettes i en stilling. Prinsippet skal først og fremst sikre at ansettelsen skjer på grunnlag av saklige kriterier, og at det ikke blir tatt utenforliggende eller vilkårlige hensyn, se for eksempel Ot.prp. nr. 67 (2004–2005) side 31. Det er også et formål at stillinger i det offentlige til enhver tid blir besatt med best mulig kvalifiserte personer.
- (55) Likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 har *ikke* som formål å sikre at kvalifikasjonsprinsippet blir oppfylt. Formålet er kun å sikre at kvinner og menn ikke blir stilt ulikt fordi de er av forskjellig kjønn. Derfor har bestemmelsen et årsakskrav – forskjellsbehandling er bare i strid med loven dersom den skyldes at det er lagt avgjørende vekt på kjønn.
- (56) Spørsmålet om det har skjedd kjønnsdiskriminering oppstår ikke dersom den som blir ansatt, er bedre kvalifisert enn den som mener seg forbigått. Personene er da ikke i en sammenlignbar situasjon og er dermed ikke stilt ulikt.
- (57) Loven er ikke uten videre brutt selv om den som er ansatt, har dårligere formelle kvalifikasjoner enn den som hevder seg forbigått. Det avgjørende er hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiveren mener den som ansettes bør ha, og hvordan han totalt sett bedømmer søkeres kvalifikasjoner. Bare dersom arbeidsgiveren på grunn av kjønn har unnlatt å ansette den han mener er best kvalifisert, er likestillingsloven brutt. Som fremhevet i Rt. 2012 side 424 avsnitt 43 er det "uten betydning at beslutningen eventuelt måtte være problematisk av andre grunner, for eksempel fordi arbeidsgiver har misforstått kvalifikasjonsprinsippet innhold eller rekkevidde". Arbeidsgiveren hadde i den saken valgt å ansette en søker som hadde lavere formell kompetanse enn andre søkere fordi man ønsket nettopp den kompetansen vedkommende hadde: En sykepleier ble ansatt ved et NAV-kontor fremfor en sosionom med spesialisering og tilleggsutdannelse fordi man ønsket å styrke kontorets kompetanse på andre områder enn det sosialfaglige. Dette var ikke forskjellsbehandling.
- (58) Dersom arbeidsgiveren ville ha ansatt personen uansett kjønn, foreligger det ikke kjønnsdiskriminering selv om arbeidsgiveren har sett det som positivt at personen var av et bestemt kjønn. Personens kjønn er da et tilleggsargument uten avgjørende betydning.



- (59) Forskjellsbehandling i lovens forstand kan forekomme selv om arbeidsgiveren ikke har hatt til hensikt å diskriminere, se Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 35, som gjelder den tilsvarende diskrimineringsbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-8. Som jeg kommer tilbake til, må likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 og arbeidsmiljøloven § 13-8 forstås på samme måte. Dermed er det tilstrekkelig at arbeidsgiveren forstår at ansettelsen innebærer forskjellsbehandling på grunn av kjønn. I Rt. 2012 side 424 avsnitt 32 er det lagt til grunn at også ubevisst – det vil si uaktsom – diskriminering rammes. I vår sak er det ikke anført at det foreligger noen form for ubevisst forskjellsbehandling. Jeg går derfor ikke inn på om lovens ordlyd og forarbeider gir grunnlag for at også uaktsom diskriminering rammes.
- (60) Som fremhevet i Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) side 35, kan det forekomme diskriminering selv om motivet er skjult og arbeidsgiveren benekter å ha et diskriminerende motiv.
- (61) Paragraf § 3a åpner for særbehandling av det ene kjønn – såkalt moderat kjønnskvoltering – dersom det i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene. Bestemmelsen tolkes i tråd med praksis fra EF-domstolen. Etter denne praksis er det et vilkår for forskjellsbehandling på grunn av kjønn at "ansøgerne med hensyn til kvalifikasjoner kan anses for jevnbyrdige eller tilnærmelsesvis jevnbyrdige, forudsatt at ansøgningerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgeres særlige, personlige forhold", se EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/98) premiss 62.
- (62) En særregel om bevisbyrde er nedfelt i § 16 første ledd, som lyder slik:
- "Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted."**
- (63) Arbeidsmiljøloven § 13-8 har en tilsvarende bestemmelse. Førstvoterende i Rt. 2012 side 424 gjør i avsnitt 33 til 40 grundig rede for regelens begrunnelse og nærmere innhold. Bestemmelsen har samme formål og skal ivareta de samme hensyn som likestillingsloven § 16, se dommen avsnitt 36. Det som i dommen uttales om arbeidsmiljøloven § 13-8, må derfor også gjelde for likestillingsloven § 16. Formålet med bevisbyrderegelen er sammenfattet slik i avsnitt 36:
- "Bevisbyrderegelen skal effektivisere diskrimineringsvernet, ved å la arbeidsgiver bære risikoen for bevisvil. Den skal dessuten inspirere arbeidsgivere til en ryddig og forsvarlig saksbehandling."**
- (64) Det er tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på arbeidsgiveren at "det er fremlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven", se Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) side 169. Arbeidsgiveren har altså bevisbyrden dersom det er holdepunkter for – eller indikasjoner på, som er begrepet førstvoterende bruker i Rt. 2012 side 424 – at en person er ansatt fordi vedkommende er av et bestemt kjønn. I proposisjonen side 169 heter det videre at det forhold at andre arbeidssøkere fremstår som bedre kvalifisert, i seg selv kan være tilstrekkelig til at holdepunkter anses for å foreligge. Indikasjoner kan også gå frem av ansettelsesvedtak eller andre sakspapirer. Sannsynlighetsovervekt kreves ikke.

- (65) Når det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at søkere er behandlet ulikt ved ansettelsen, er det opp til arbeidsgiveren å sannsynliggjøre at det faktisk ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven. Sagt med andre ord: Er det lagt frem opplysninger som gir holdepunkter for at arbeidsgiveren har lagt avgjørende vekt på kjønn, får arbeidsgiveren bevisbyrden for at dette likevel ikke er tilfelle. Om det nærmere innholdet i arbeidsgiverens bevisbyrde heter det på side 170 i proposisjonen:

**"Med sannsynliggjøre menes bevisovervekt eller mer enn 50 % sannsynlighet. Dersom en arbeidsgiver for eksempel har valgt å ansette en mann med dårligere formelle kvalifikasjoner enn en kvinnelig søker, må han frambringe en forklaring som gjør det mer sannsynlig å tro at det ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven enn at slik forskjellsbehandling har funnet sted. Dersom arbeidsgiveren ikke klarer å gi en tilfredsstillende forklaring på hvorfor man har valgt å ansette en person med dårligere formelle kvalifikasjoner enn kvinnen, er det arbeidsgiveren som får avgjørelsen mot seg."**

- (66) Det forhold at den som er ansatt hadde dårligere formelle kvalifikasjoner enn andre søkere, kan altså inngå i bevisvurderingen av hva arbeidsgiveren har lagt vekt på ved ansettelsen. Men dette er ikke uten videre avgjørende – andre omstendigheter kan peke i motsatt retning.
- (67) Hvorvidt det foreligger holdepunkter for at arbeidsgiveren har lagt avgjørende vekt på kjønn, eventuelt om det er sannsynliggjort at han ikke har lagt avgjørende vekt på kjønn, er rene faktiske spørsmål som må avgjøres etter en alminnelig bevisbedømmelse hvor domstolene har full kompetanse. Som ellers vil de begivenhetsnære bevis være særlig viktige ved bevisbedømmelsen, jf. blant annet Rt. 1998 side 1565 på side 1570. Som fremhevet i Rt. 2012 side 424 avsnitt 40 vil det gjennomgående "ha liten selvstendig bevisverdi at arbeidsgiver forsikrer at det ikke har funnet sted diskriminering. I sammenheng blant annet med det som finnes av begivenhetsnære bevis, og de slutninger som kan trekkes av mer objektive forhold, vil likevel forklaringer fra de som deltok i ansettelsesprosessen, ha bevismessig interesse".
- (68) Det følger av min redegjørelse for de rettslige utgangspunkter at det under bevisvurderingen ofte vil være sentralt hvilke kvalifikasjonskrav som gjaldt for stillingen, og om den som ble ansatt, var den som best oppfylte disse kravene.
- (69) Arbeidsgiveren bestemmer i kraft av sin styringsrett hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre. Domstolene skal ikke overprøve om arbeidsgiverens beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Derimot kan domstolene overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten, jf. blant annet Rt. 2011 side 841 avsnitt 58. Det innebærer at domstolene må kunne foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene.
- (70) Domstolene må ved bevisvurderingen i utgangspunktet også kunne prøve hvorvidt de kvalifikasjonskrav som arbeidsgiveren har stilt, faktisk er oppfylt. Kvalifikasjonsvurderinger vil imidlertid ofte innebære elementer av faglig skjønn. Ikke minst gjelder dette for stillinger på høyere nivå, og ganske særlig for stillinger på toppledernivå. Ved overprøving av arbeidsgivers faglige skjønn må domstolene vise tilbakeholdenhet med å sette sine vurderinger over arbeidsgivers. Også i denne relasjon må domstolskontrollen begrenses til en saklighets- og forsvarlighetskontroll.

- (71) Staten og partshjelperen har anført at domstolenes prøvingskompetanse er mer begrenset enn ellers når utnevnelsen, som i denne saken, har skjedd av Kongen i statsråd, jf. Grunnloven § 21, jf. § 28. Det er jeg ikke enig i. Beskyttelsen mot kjønnsdiskriminering må være den samme uavhengig av hvem som står for ansettelsen, og av om stillingen er på et høyere eller lavere nivå, jf. også EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/98) premiss 2. En annen sak er at innslaget av faglig skjønn ofte vil være større der utnevnelsen gjelder lederstillinger og/eller foretas av Kongen i statsråd, slik at domstolenes prøvingskompetanse av den grunn er begrenset.
- (72) Med dette som bakgrunn går jeg over på de konkrete problemstillinger saken reiser. Jeg ser først på spørsmålet om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven, jf. § 16 første ledd.
- (73) Jeg er enig med staten i at både departementsavdelingens notat til statsråden og foredraget til kongelig resolusjon har uttalelser om betydningen av å utnevne en kvinne som – i alle fall når de leses isolert og strengt etter sin ordlyd – gir holdepunkter for at det er lagt avgjørende vekt på kjønn. I foredraget til statsråd heter det – etter at det er gitt uttrykk for at A er best kvalifisert – at det i vurderingen "også" er lagt vekt på "Forsvarets uttalte målsetting om å utnevne flere kvinnelige offiserer i høyere stillinger". I notatet fra departementsavdelingen til statsråden er det vist til at en kvinne vil kunne "bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte", og at avdelingen "i denne sammenheng" mener at "flaggkommandør A er den som utmerker seg". Senere i notatet er det uttalt at A er "minst like godt kvalifisert" som B. Videre går det uttrykkelig frem av departementsrådets påtegning at han la avgjørende vekt på kjønn. Staten har på denne bakgrunnen bevisbyrden for at likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 likevel ikke er brutt.
- (74) Spørsmålet er etter dette om staten har sannsynliggjort at det – til tross for de nevnte omstendigheter – ikke ble lagt avgjørende vekt på kjønn ved utnevnelsen. Ble A utnevnt på grunn av sin kompetanse og personlige egnethet alene, eller hadde hennes kjønn avgjørende betydning?
- (75) Jeg starter med å se på hvilke kvalifikasjonskrav som ble stilt for utnevnelsen.
- (76) Regjeringen var ansettelsesmyndighet og kunne i kraft av dette definere stillingen og hvilken kompetanse som var ønskelig. Forsvarsstaben ga råd, men statsråden var ikke forpliktet til å følge dem – hun hadde rett og plikt til selvstendig å vurdere hvilken kompetanse det var særlig behov for.
- (77) Det er ikke anført at bestemte krav fulgte av stillingsinstruksen. Heller ikke utlysningsteksten la særlige begrensninger på vurderingen. Teksten var åpen og stilte ikke krav om bestemte kvalifikasjoner. Ingen fra de tre grupper av offiserstillinger i forsvaret – operative stillinger, tekniske stillinger eller forvaltningsstillinger – var avskåret fra å søke eller ble spesielt fremhevet; det sentrale var at søkerne hadde tilstrekkelig høy grad.
- (78) Både Forsvarsstaben og Forsvarsdepartementet vektla operativ erfaring, ledererfaring og formell utdanning. Etter bevisførselen legger jeg imidlertid til grunn at Forsvarsstaben la vesentlig større vekt på operativ erfaring enn det departementet gjorde. Operativ erfaring er nevnt først av de ønskelige kvalifikasjoner i Forsvarsstabens notat til departementet, og

i omtalen av A er hennes manglende operative erfaring en sentral del av begrunnelsen for at hun ikke ble anbefalt. Departementet la ikke den samme vekten på operativ erfaring. Derimot fremhevet departementet i sitt notat til statsråden tjeneste ved Forsvarets skolesenter og kjennskap til forsvarets utdanningssystem som en viktig kvalifikasjon. Dette kvalifikasjonskravet ble ikke nevnt i Forsvarsstabens generelle omtale av ønskede kvalifikasjoner.

- (79) Som nevnt er domstolenes prøvelseskompetanse begrenset til å prøve om ansettelsesmyndighetens fastsettelse av kvalifikasjonskrav og vektingen av kravene er saklig og forsvarlig.
- (80) Daværende seksjonsleder i departementets fagavdeling, Morten Svinndal, har i skriftlig erklæring for Høyesterett gitt denne redegjørelsen for blant annet vektingen av kvalifikasjonskravene:

"Jeg la spesielt merke til E og F og var litt forundret over at ikke disse var vurdert av FST når de nå la så stor vekt på operativ erfaring. B på sin side har stort sett erfaring fra taktisk nivå innen luftvern, han har ikke tjeneste fra operativt hovedkvarter (FOH), ingen internasjonal tjeneste og ingen NATO tjeneste. Etter min mening er dette relativt tynt for en operativ offiser på generalsnivå som holdes fram som en offiser med omfattende operativ erfaring. Hvis den operative erfaringen skal være relevant for sjef FSS må det være med tanke på fellesoperasjoner, som på mange måter er et hovedfag ved FSTS, den viktigste underavdelingen i FSS. Så vidt jeg kan se har B minimalt med erfaring fra fellesoperasjoner, all hans operative erfaring er på taktisk nivå innen eget tjenestefelt.

Hvis operativ erfaring var så viktig skulle man tro at søkere med tyngre fellesoperativ bakgrunn, som E, vært innstilt framfor B. Nå mente imidlertid vi (Refsnes og jeg) at operativ erfaring ikke burde tillegges så stor vekt, fordi:

- Sjef FSS underviser ikke i fellesoperasjoner ved FSTS. Det er egne stillinger ved skolen til å ivareta denne kompetansen
- Logistikk er like viktig som operativ kompetanse for å planlegge fellesoperasjoner
- Stillingen var utlyst for alle tjenestefelt, også teknisk og forvaltning

...

Jeg vurderte også As kjennskap til skolesenteret som tungtveiende i forhold til B. Hans erfaring fra skolesenteret var fra midten av 90 tallet, det var før vi fikk felles stabsskole (de var grenvise), før skolesenteret ble opprettet og før innføring av akademiske standarder. Slik sett anså jeg hans erfaring fra skolesenteret som nærmest irrelevant.

Det eneste området hvor jeg anså B som en sterkere søker enn A var innen ledererfaring. De har begge ledererfaring fra høyt nivå (FD og FST), men B har vesentlig lenger erfaring som leder. Nå henger vel dette også sammen med at han er vesentlig eldre enn henne. Det bør også tas med at A faktisk hadde ledererfaring fra den avdelingen det her var snakk om å lede. Og hun hadde levert på en måte som fikk hennes nærmeste sjef til å anbefale henne."

- (81) Daværende ekspedisjonssjef Bødtker Larsen og statsråd Strøm-Erichsen har i sine skriftlige erklæringer bekreftet at de var enige i vurderingen.
- (82) Etter mitt syn er denne fastsettelsen av kvalifikasjonskrav og vektingen av kravene saklig og forsvarlig. Særlig legger jeg vekt på at det dreide seg om en topplederstilling hvor A selv ikke skulle ha noen operative oppgaver, at skolen hadde egne stillinger som skulle

ivareta denne kompetansen, og at erfaring fra og kunnskap om det spesifikke organet man skal lede, er noe som ofte vektlegges ved ansettelse.

- (83) Jeg går så over til å vurdere As kvalifikasjoner. Denne vurderingen må skje innenfor rammen av de kvalifikasjonskrav Forsvarsdepartementet stilte og departementets vektning av kravene. Siden det dreier seg om en topplederstilling hvor det ikke er bestridt at begge de to søkerne var kvalifisert for stillingen, og hvor avgjørelsen av hvem som er best kvalifisert, beror på et utpreget faglig skjønn, må domstolskontrollen også her etter mitt syn være begrenset til å prøve om avgjørelsen er saklig og forsvarlig.
- (84) Det er på det rene at B og A hadde formell utdannelse på omtrent samme nivå. Ut fra departementets vektning av erfaring fra Forsvarets skolesenter fremfor operativ erfaring, hadde A et fortrinn. Riktignok hadde hun vært relativt kort tid ved skolen, men hun hadde hatt eller fungert i de mest sentrale lederstillingene der. Hun hadde dessuten vært med på den omorganiseringen som nylig var gjennomført ved skolen, og hadde dermed gode forutsetninger for å fullføre dette arbeidet. Også B hadde erfaring fra forsvarets skolesystem, men først og fremst fra deler av systemet som lå utenfor Forsvarets skolesenter. Hans erfaring fra skolesenteret var fra midten av 1990-tallet og var på grunn av senere omorganiseringer mindre relevant. B hadde på sin side lengre ledererfaring.
- (85) Det fremgår av foredraget til statsråd at man også la vekt på personlig egnethet. I Forsvarsdepartementets notat til statsråden fremheves det at man blant annet la stor vekt på at den avtroppende sjefen for Forsvarets skolesenter, Arne Røksund – som både kjente stillingen og A godt – hadde gitt henne svært god anbefaling. Dette er også fremhevet i ekspedisjonssjef Bødker Larsens skriftlige forklaring for Høyesterett, hvor hun understreker at hun hadde stor tillit til Røksunds vurderinger.
- (86) På denne bakgrunnen var det etter mitt syn saklig og forsvarlig å anse A som best kvalifisert for stillingen. Spesielt vil jeg fremheve at det i topplederstillinger som dette ved valget mellom flere kvalifiserte kandidater må være vid adgang til å legge vekt på personlig egnethet. Bevisførselen for Høyesterett har i begrenset grad belyst Bs og As faktiske personlige egnethet, men det har ikke kommet frem noen opplysninger som tyder på at vurderingen av As personlige egnethet bygget på et sviktende grunnlag, eller at egenskapene ble tillagt større vekt enn det var grunnlag for.
- (87) Ankemotparten har anført at saksbehandlingen i forbindelse med utnevningen ikke var tilstrekkelig betryggende. Det er etter mitt syn ikke noe i bevisførselen som underbygger dette. Videre er det anført at det kan ha vært gitt politiske forhåndssignaler om at det skulle utnevnes en kvinne i stillingen. Jeg legger til grunn at det gikk rykter om dette i fagmiljøet. Bevisførselen gir imidlertid ikke grunnlag for å anta at disse ryktene stemte med virkeligheten.
- (88) Etter mitt syn kan ikke uttalelsene i saksdokumentene om betydningen av å utnevne en kvinne leses uavhengig av det øvrige innholdet i dokumentene, og de kan heller ikke uten videre bokstavfortolkes.
- (89) I foredraget til statsråd – som er det mest sentrale dokumentet i saken – sies det uttrykkelig at A i kraft av opparbeidet kompetanse og personlig egnethet er best egnet til stillingen. Bemerkningen om at det i vurderingen "også" er lagt vekt på "Forsvarets uttalte målsetting om å utnevne flere kvinnelige offiserer i høyere stillinger", kommer etter at

man allerede har slått fast at A er best egnet, og kan derfor ha vært en tilleggsbegrunnelse uten avgjørende betydning.

- (90) Notatet fra fagavdelingen brukte begrepet "minst like godt kvalifisert". Dette kunne isolert sett tyde på at avdelingen bygget på moderat kjønnskvoltering. Departementsråden fremhevet for sin del at han mente at A ikke var best kvalifisert. Måten han ordla seg på, tyder imidlertid etter mitt syn på at han oppfattet det slik at *fagavdelingen* mente at A var best kvalifisert. Statsråden, som behandlet saken etter departementsråden, sluttet seg uttrykkelig til fagavdelingens syn.
- (91) Dersom departementet mente at A ikke var bedre kvalifisert enn B, men tilnærmet like godt kvalifisert, skulle utnevnelsen vært forankret i likestillingsloven § 3a. Jeg kan vanskelig se noen forklaring på hvorfor departementet unnlot å benytte denne adgangen dersom man ikke mente at A var bedre kvalifisert enn B.
- (92) Daværende statsråd Strøm-Erichsen har i sin skriftlige erklæring for Høyesterett uttalt at hun husker at ekspedisjonssjefen – før hun selv hadde fått saken til behandling – hadde nevnt for henne at hun hadde innstilt en kvinne, og at hun hadde lagt til at "FD I mener faktisk at A er best kvalifisert". Samstemte vitneforklaringer fra ekspedisjonssjefen og hennes underordnede underbygger at Strøm-Erichsen her ikke husker feil.
- (93) Fagavdelingens notat til statsråden har en uttalelse som er vanskelig å forstå. Her heter det at kombinasjonen "operativ erfaring, solid ledererfaring samt solid formell utdanning" "ikke synes å favorisere noen av kandidatene". Tatt på ordet kunne det tyde på at avdelingen mente å gi uttrykk for at alle søkerne blant annet hadde like god operativ erfaring og ledererfaring. Dette er klart ikke riktig. Det er da heller ikke noe i det øvrige bevismaterialet som tyder på at avdelingen virkelig mente – eller ønsket å gi uttrykk for – noe slikt. Jeg ser derfor formuleringen som et resultat av et uheldig ordvalg som det er vanskelig å legge vekt på verken i den ene eller den andre retningen.
- (94) Uttalelsene om betydningen av å utnevne en kvinne må også leses i lys av at St.meld. nr. 36 (2006–2007) Økt rekruttering av kvinner til Forsvaret, hadde vært behandlet i Stortinget kort tid før utnevnelsen av A. Både i regjeringen og Stortinget var det et utbredt ønske om å få flere kvinner i lederstillinger i forsvaret. Internt i departementet var det derfor gitt føringer om at kvinnelige søkere alltid skulle omtales i departementets notat til statsråden. Dette er grunnen til at D ble spesielt omtalt selv om det ikke var aktuelt å utnevne henne. Ingen kvinne hadde tidligere blitt utnevnt i en så høy grad som det nå var tale om, og det ville bli første gang en kvinne skulle inngå i forsvarssjefens ledergruppe. Under disse omstendigheter er det forståelig at embetsverket i Forsvarsdepartementet ønsket å løfte kvinneperspektivet frem for statsråden og regjeringen. Etter mitt syn kan man imidlertid ikke av dette slutte at kvinneperspektivet også var et avgjørende argument for å utnevne A.
- (95) Det kan etter dette ikke være tvil om at fagavdelingen og statsråden anså det som svært positivt at A var kvinne. Sakspapirene har enkelte formuleringer som kan tyde på at det ble lagt avgjørende vekt på kjønn. Når man vurderer alle omstendigheter samlet og i lys av min konklusjon om at det var saklig og forsvarlig å anse A som den mest kvalifiserte søkeren til stillingen, har jeg likevel kommet til at argumentet om at hun var kvinne, bare var et tilleggsargument, og ikke avgjørende for utnevnelsen. Utnevnelsen er da ikke i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

- (96) Staten har etter dette vunnet saken fullt ut. Jeg finner imidlertid at B og partshjelperen bør fritas for å erstatte statens sakskostnader for alle instanser, jf. § 20-2 tredje ledd. Jeg legger særlig vekt på at sakspapirene i forbindelse med utnevnelsen hadde formuleringer som kunne tyde på at kjønn var vektlagt, på at saken var av velferdsmessig betydning for B, og på styrkeforholdet mellom partene.
- (97) De nevnte forholdene gjør seg ikke gjeldende ved vurderingen av om A bør tilkjennes sakskostnader. A har ikke hatt noen innvirkning på de forhold som kunne gi B grunn til å gå til sak. Selv om hun ikke er part i saken, har saken stor betydning også for henne. Som fremhevet i ankeutvalgets avgjørelse HR-2014-00048-U, som tillot A å opptre som partshjelper, kan utfallet av saken lett få betydning for hvordan A vil bli vurdert dersom hun søker en annen stilling. Utfallet kan også ha betydning for respekten for henne som sjef for Forsvarets høyskole og hennes autoritet i stillingen. Det er heller ikke forskjeller i styrkeforholdet mellom A og B som tilsier at det bør gjøres unntak fra hovedregelen om at den vinnende part tilkjennes sakskostnader. Jeg mener etter dette at A bør tilkjennes sakskostnader for Høyesterett etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd.
- (98) Sakskostnader kreves tilkjent med 555 500 kroner, hvorav 111 100 kroner utgjør merverdiavgift. Kostnadene gjelder i sin helhet advokatsalær for 200,5 timers arbeid. Selv om det tas i betraktning at A først for Høyesterett har opptrådt som partshjelper, overstiger kravet etter mitt syn det som er nødvendige kostnader ved partshjelpen. Sakskostnader tilkjennes etter dette med 250 000 kroner, som tillagt merverdiavgift utgjør 312 500 kroner.
- (99) Jeg stemmer for denne

## D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
  2. Staten ved Forsvarsdepartementet tilkjennes ikke sakskostnader for lagmannsretten eller Høyesterett.
  3. I sakskostnader for Høyesterett betaler B og Befalets Fellesorganisasjon en for begge og begge for en til A 312 500 – trehundreogtolvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.
- (100) Dommer **Noer:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (101) Kst. dommer **Kaasen:** Likeså.
- (102) Dommer **Kallerud:** Likeså.
- (103) Dommer **Skoghøy:** Jeg er kommet til at anken ikke kan føre frem.

- (104) Som førstvoterende har redegjort for, ble A ved kongelig resolusjon 1. februar 2008 utnevnt til kontreadmiral og beordret til stilling som sjef for daværende Forsvarets skolesenter, nå Forsvarets høyskole. Det lar seg etter min mening ikke bestride at regjeringen ved denne utnevnelsen la betydelig vekt på at hun var kvinne. I notatet fra fagavdelingen i Forsvarsdepartementet 23. januar 2008 blir dette fremholdt som det fremste argument for å utnevne henne. Etter først å ha fremholdt at de kandidater som forsvarsstaben hadde foreslått, var "godt kvalifisert for stillingen", uttalte således fagavdelingen:

**"Med utgangspunkt i at dette er en sentral og synlig stilling i Forsvaret, så vil en kvinne kunne bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte. Det kan igjen bidra til at kvinners interesse for tjeneste og karriere i Forsvaret øker.**

**I denne sammenhengen mener FD I at flaggkommandør A er den som utmerker seg."**

- (105) Som det fremgår av denne uttalelsen, var det viktigste argument for at A ble foreslått, at hun som kvinne "kunne bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte". Det var dette som utgjorde "frontargumentet".
- (106) Da notatet fra departementets fagavdeling ble forelagt for statsråd Anne-Grete Strøm-Erichsen, gav hun en påtegning på notatet om at hun støttet fagavdelingens forslag – til tross for at departementsråd John Lunde i påtegning 25. januar 2008 hadde fremholdt at han ikke anså A som den "best kvalifiserte søker".
- (107) Foredraget til den kongelige resolusjon 1. februar 2008 er utformet på bakgrunn av forslaget fra departementets fagavdeling. I foredraget er det uttrykkelig sagt at det i vurderingen av at A var "best egnet" til stillingen, også er lagt vekt på "Forsvarets uttalte målsetning om å utnevne flere kvinnelige offiserer".
- (108) Det er på denne bakgrunn på det rene at regjeringen ved utnevnelsen av A la betydelig vekt på at hun var kvinne. Spørsmålet er om dette er i strid med den dagjeldende likestillingslov av 1978 § 4 andre ledd, jf. §§ 3 og 3a. Disse bestemmelsene, som er utformet på bakgrunn av EU-direktiv, forbyr forskjellsbehandling på grunn av kjønn med mindre den ulike behandling "i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene". Etter EU-domstolens praksis tillates bare forskjellsbehandling på grunn av kjønn "når ansøgerne med hensyn til kvalifikasjoner kan anses for jevnbyrdige eller tilnærmelsesvis jevnbyrdige, forudsatt at ansøgingerne vurderes objektivt under hensyntagen til alle ansøgeres særlige, personlige forhold" (såkalt moderat kjønnskvoltering), se EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/98) premiss 62.
- (109) Såfremt A var den som var best kvalifisert, ville det ikke ha vært i strid med likestillingsloven som tilleggsmoment å trekke frem at hun var kvinne. Som nevnt følger det av likestillingsloven 1978 § 3a at det heller ikke ville ha vært i strid med loven å legge vekt på at hun var kvinne dersom hun hadde de samme eller tilnærmet samme kvalifikasjoner som den sterkeste mannlige søker – B. Med den vekt som det under forberedelse av den kongelige resolusjon var lagt på kjønnsaspektet, er det staten som etter likestillingsloven § 16 har bevisbyrden for at A var best eller i det minste tilnærmet minst like godt kvalifisert som B. Bakgrunnen for denne bevisbyrdebestemmelse er at det i ansettelsessaker er arbeidsgiveren som sitter med det vesentligste av dokumentasjonen, og som har mulighet til å sikre beviset for hva som stod sentralt, se Rt. 2012 side 424



avsnitt 35–36. Det at staten har bevisbyrden, innebærer at det er staten som må sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted diskriminering i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. §§ 3 og 3a. Hvis dette ikke blir sannsynliggjort, skal det legges til grunn at slik diskriminering har funnet sted.

- (110) Denne bevisbyrden har staten i denne saken på ingen måte oppfylt. Tvert imot foreligger det etter min oppfatning klar sannsynlighetsovervekt for at A ble utnevnt i strid med likestillingsloven.
- (111) Jeg er enig med førstvoterende i at arbeidsgiveren i kraft av sin styringsrett som utgangspunkt kan bestemme hvilke vilkår som skal stilles for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonsvilkår skal avveies mot hverandre. Denne myndigheten må imidlertid undergis en saklighets- og forsvarlighetsbegrensning som kan kontrolleres av domstolene, og domstolene må også kunne prøve hvorvidt de kvalifikasjonsvilkår som arbeidsgiveren har oppstilt, faktisk er oppfylt.
- (112) På bakgrunn av statens og As prosedyrer for Høyesterett finner jeg grunn til å understreke at det ikke er avgjørende om arbeidsgiver har ment å diskriminere på grunn av kjønn. Likestillingsloven rammer ikke bare bevisst, men også ubevisst diskriminering. I Ot.prp. nr. 104 (2002–2003) om lov om endringer i lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv. (likebehandling i arbeidslivet) m.m., som er ett av forarbeidene til den tilsvarende bestemmelse i arbeidsmiljøloven § 13-8, heter det således i punkt 8.3.5.3:

**"Rammedirektivet oppstiller krav om en direkte årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnen og den dårligere behandlingen, jf. uttrykket 'på grunn av'. Kravet om årsakssammenheng følger også av departementets lovutkast.**

**I likhet med direktivet innebærer ikke utkastet at det stilles krav om noen diskriminerende hensikt.**

**Verken lovutkastet eller direktivet innebærer at det stilles krav om at motivet for handlingen eller unnlåtelsen har kommet klart fram. Lovutkastet bygger på at direkte forskjellsbehandling kan forekomme selv om motivet er skjult, dvs. uavhengig av om den som diskriminerer åpent innrømmer motivet eller tier om det. En arbeidsgiver vil dermed diskriminere direkte selv om han/hun ikke gir uttrykk for spesielle kriterier/krav i annonsen, men like fullt siler søkerne for eksempel på grunnlag av deres alder eller etniske opprinnelse når søknadene mottas."**

- (113) Under henvisning til denne uttalelsen har Høyesterett i Rt. 2012 side 424 avsnitt 32 ved tolkingen av arbeidsmiljøloven § 13-8 fremhevet at også den "utilsiktede eller ubevisste diskriminering rammes". Likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 må forstås på samme måte.
- (114) Som førstvoterende har fremholdt, må domstolene i tilfeller hvor et kvalifikasjonsvilkår inneholder elementer av faglig skjønn, vise tilbakeholdenhet med å sette sin vurdering over arbeidsgivers. For at diskrimineringsvernet skal være effektivt, må imidlertid domstolene kunne prøve hvorvidt arbeidsgivers vurdering er saklig og forsvarlig underbygd. Dette gjelder ikke bare ved ansettelser i privat sektor, men også ved ansettelser i det offentlige – herunder ved utnevnelser av Kongen i statsråd.
- (115) Staten og A har anført at domstolenes kompetanse til å prøve vedtak som Kongen har truffet i medhold av prerogativmyndighet etter Grunnloven, er begrenset. Dette synspunktet er klart uholdbart. Hvorvidt et område av den utøvende myndighet hører

under Kongen etter Grunnloven § 3 eller er tillagt ham som prerogativ, har betydning for hvorvidt Stortinget kan legge myndigheten til andre organer, men har ingen betydning for domstolenes prøvingskompetanse. Den omstendighet at utnevning av embetsmenn ved Grunnloven § 21, jf. § 28, er lagt til Kongen i statsråd, danner således ingen begrensning for domstolenes kompetanse til å prøve utnevningesvedtak. Det kan heller ikke hevdes at utnevninger i statsråd gjennomgående er av mer faglig karakter enn andre ansettelse. EU-domstolen har da også fastslått at beskyttelsen mot diskriminering på grunn av kjønn er den samme uavhengig av om den stilling som skal besettes, er på høyere eller lavere nivå, se EU-domstolens dom 6. juli 2000 i saken Katarina Abrahamsson og Leif Anderson mot Elisabeth Fogelqvist (sak C-407/98) premiss 2.

- (116) Det var elleve søkere til stillingen som sjef for Forsvarets skolesenter, og i forsvarsstabens anbefaling av 18. desember 2007 ble søkerne vurdert etter fem kriterier:
- Operativ erfaring,
  - ledererfaring,
  - formell utdanning,
  - personlige egenskaper og
  - erfaringer fra Forsvarets utdanningssystem.
- (117) Disse kriteriene ble også lagt til grunn ved vurderingen i Forsvarsdepartementets fagavdeling. I tillegg trakk departementet særskilt frem kjennskap til Forsvarets skolesenter. Selv om dette momentet ikke var eksplisitt nevnt av forsvarsstaben, kan jeg ikke se at det var noen vesentlig uenighet mellom forsvarsstaben og departementets fagavdeling om vurderingskriteriene.
- (118) I vurderingen fra departementets fagavdeling ble det lagt til grunn at kandidatene stod likt når det gjelder operativ erfaring, ledererfaring og formell utdanning. For formell utdanning er dette korrekt, men når det gjelder ledererfaring og operativ erfaring, er denne vurderingen i strid med vitterlige kjensgjerninger.
- (119) Det er et ubestridelig faktum at B har totalt 14 år med variert operativ tjeneste innenfor Forsvaret, mens As operative erfaring er begrenset til to år som intendant på fartøy. Det er derfor positivt uriktig når departementet sier at søkerne på dette punkt stod likt.
- (120) Departementet synes for øvrig på dette punkt også å ha hatt problemer med å forholde seg til sitt eget syn. Etter først å ha uttalt at operativ erfaring, ledererfaring og formell utdanning ikke favoriserte noen av kandidatene, innrømmer departementet like etterpå at A "riktignok [mangler] den ønskelige operative erfaringen"! Dette viser ikke bare at departementet – høyst naturlig – har ansett operativ erfaring som et viktig kvalifikasjonskriterium, men også at departementet mente at A ikke hadde den operative erfaring som var ønskelig for stillingen.
- (121) Også når det gjelder ledererfaring, er det en vesentlig forskjell mellom kandidatene. B har til sammen tolv års ledererfaring på ulike nivåer, mens As ledererfaring var begrenset til to til tre år, hvorav rundt ett og et halvt år ved Forsvarets skolesenter. Det er derfor også i strid med vitterlige kjensgjerninger når departementet sier at kandidatene stod likt på dette punkt.

- (122) Verken forsvarsstaben eller departementet gjennomførte intervju med noen av kandidatene, og departementets vurdering av søkerens personlige egenskaper er derfor basert på forsvarsstabens vurderinger og innhentede referanser. Som fremholdt av lagmannsretten, synes forsvarsstaben å ha vurdert Bs og As personlige egenskaper for stillingen nokså likt. Begge blir her omtalt som engasjerte, initiativrike, utadvendte og dyktige offiserer. Det finnes ingen holdepunkter for at departementet på dette punkt har vurdert søkerne annerledes.
- (123) Den eneste kvalifikasjon A kan vise til som B ikke har, er erfaring fra Forsvarets skolesenter. Denne er imidlertid begrenset til rundt ett og et halvt år, og det er vanskelig å se at denne kvalifikasjonen skal være utslagsgivende. Selv om B ikke har erfaring fra Forsvarets skolesenter, har han en omfattende erfaring fra Forsvarets utdanningsystem. Han har blant annet vært studieleder og stabssjef ved Luftforsvarets stabsskole, sjef for Luftforsvarets utdannings- og kompetansesenter og medlem av forsvarssjefens utdanningsråd. På det aktuelle tidspunkt var han sjef for Luftforsvarets utdannings- og kompetansesenter. Under disse omstendigheter fremstår det som ganske uforklarlig at departementets fagavdeling i sin vurdering har funnet å trekke frem As erfaring fra Forsvarets skolesenter. Dette kan ikke forklares på annen måte enn at departementet ønsket å utnevne en kvinne og måtte finne et argument som kunne gi anbefalingen et skinn av legitimitet.
- (124) At det er dette som er realiteten, fremgår også klart av måten departementet argumenterer på. Når departementets fagavdeling i notatet 23. januar 2008 konkluderte med at A var "minst like godt kvalifisert" som B, ble det vist til den foranstående vurdering ("ovennevnte vurdering"). Det som står sentralt i den foranstående vurdering i notatet, er at A som kvinne vil "kunne bidra til å profilere Forsvaret på en svært positiv måte". Som tidligere nevnt, var det dette som ble benyttet som "frontargument" for å velge A. På denne måten blander departementet kjønnsaspektet inn i vurderingen av søkerens faglige kvalifikasjoner. Dette er klart i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. §§ 3 og 3a.
- (125) Den samme form for argumentasjon finnes i foredraget til den kongelige resolusjon 1. februar 2008. Når det der blir konkludert med at A er den som er "best egnet", er det "[i] vurderingen" blant annet vektlagt "Forsvarets uttalte målsetning om å utnevne flere kvinnelige offiserer". Det fremgår eksplisitt av denne formuleringen at målsetningen om å utnevne kvinnelige offiserer inngår som et viktig argument i regjeringens egnethetsvurdering. Dette bygger på en uriktig forståelse av likestillingsloven. Kjønn er ikke en faglig kvalifikasjon etter likestillingsloven, men i tilfeller hvor søkerne er tilnærmet likt faglig kvalifisert, kan kjønn etter § 3a gi grunnlag for å fravike kvalifikasjonsprinsippet.
- (126) Etter min oppfatning kan formuleringene i notatet fra departementets fagavdeling og i foredraget til den kongelige resolusjon vanskelig bortforklares med sviktende formuleringsevne. Disse formuleringene må oppfattes i samsvar med sitt innhold og gir klart uttrykk for at det ved vurderingen av søkerens kvalifikasjoner ble lagt betydelig vekt på kjønn.
- (127) Staten har i sin prosedyre brukt departementsrådets påtegning av 25. januar 2008 om at han ikke anså A som den best kvalifiserte søker, som argument for at han oppfattet fagavdelings notat slik at den anså henne som best kvalifisert. Dette argumentet fremstår for meg som temmelig tynt. Fagavdelingens notat taler for seg, og det er ikke grunnlag for

å lese noe inn i dette notatet ut fra en antitetisk tolkning av departementsrådets påtegning. Som jeg nettopp har påpekt, bruker dessuten departementets fagavdeling i sitt notat kjønns-elementet som en faglig kvalifikasjon. Dette er klart i strid med likestillingsloven.

- (128) Under behandlingen for Høyesterett er det fremlagt skriftlige forklaringer fra de fleste som var involvert i saksbehandlingen i departementet. Ikke overraskende har disse forklaringene det til felles at de benekter at det ble lagt vekt på kjønn. Som Høyesterett har fremholdt i en lang rekke avgjørelser, kan imidlertid etterfølgende forklaringer som blir avgitt fra vitner med binding til partene, og som står i motstrid med mer begivenhetsnære bevis, ikke tillegges særlig vekt, se Skoghøy, *Tvisteløsning*, 2. utgave 2014, side 873 med nærmere henvisninger til rettspraksis. De begivenhetsnære bevis i denne saken er forsvarsstabens anbefaling, notatet fra departementets fagavdeling og foredraget til den kongelige resolusjon. Disse gir et temmelig entydig bilde. På grunnlag av disse bevisene må det konkluderes med at det foreligger klar sannsynlighetsovervekt for at A ble utnevnt i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. §§ 3 og 3a.
- (129) Jeg stemmer etter dette for at statens anke forkastes, og at staten også pålegges å betale saksomkostninger til B og Befalets Fellesorganisasjon for Høyesterett.
- (130) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

#### D O M :

1. Tingrettens dom stadfestes.
2. Staten ved Forsvarsdepartementet tilkjennes ikke sakskostnader for lagmannsretten eller Høyesterett.
3. I sakskostnader for Høyesterett betaler B og Befalets Fellesorganisasjon en for begge og begge for en til A 312 500 – trehundreogtolvtusenfemhundre – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes: