



NORGES HØYESTERETT

K J E N N E L S E

avsagt 10. februar 2022 av Høyesterett i avdeling med

dommer Bergljot Webster
dommer Aage Thor Falkanger
dommer Henrik Bull
dommer Per Erik Bergsjø
dommer Erik Thyness

HR-2022-350-A, (sak nr. 21-125186SIV-HRET)
Anke over Frostating lagmannsretts kjennelse 25. august 2021

Advokat A

(advokat Bendik Falch-Koslung)

mot

Staten v/Justis- og beredskapsdepartementet

(Regjeringsadvokaten
v/advokat Håkon Christian Nyhus
– til prøve)

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

- (1) Dommer **Bergsjø**:

Sakens spørsmål og bakgrunn

- (2) Saken gjelder forståelsen av salærforskriften § 7. Det er særlig spørsmål om det utgjør indirekte forskjellsbehandling etter likestillings- og diskrimineringsloven § 8 hvis det ved salærfastsettelsen ikke tas hensyn til at den salærberettigede har dysleksi.
- (3) Advokat A ble i april 2021 oppnevnt som forsvarer i en sak om hallikvirksomhet for Trøndelag tingrett. Etter hovedforhandlingen sendte han inn salæroppgave hvor han blant annet krevde betaling for 118 timers arbeid utenfor rettsmøte.
- (4) I brev 10. juni 2021 varslet tingretten om mulig nedsettelse av denne delen av salærkravet. Advokat A begrunnet i flere brev hvorfor salæret etter hans syn ikke burde settes ned. Argumentene var først knyttet til sakens omfang og karakter. I brev 24. juni 2021 anførte han imidlertid også at han på grunn av dysleksi brukte lengre tid på dokumentgjennomgang, utarbeidelse av prosesskriv mv. enn andre, og at nedsettelse av salær på grunn av dette ville stride mot likestillings- og diskrimineringsloven § 6. Dette ble fulgt opp i et senere brev.
- (5) Trøndelag tingrett fastsatte salæret ved beslutning 6. juli 2021. Tingretten kom under tvil til at saken hadde et så stort omfang at det var grunnlag for å fravike stykkprisen og fastsette salæret etter salærforskriften, jf. stykkprisforskriften § 11 første ledd. Advokat A ble tilkjent salær for 40 timers arbeid utenfor rettsmøte. I tillegg kom 18 timer for hovedforhandlingen og to timer for saksforberedende møter, til sammen 60 timer. Til sammenligning ville han etter stykkprisforskriften § 11 hatt krav på salær for 36 timers arbeid. Tingretten hadde innvendinger mot tidsbruken knyttet til vitneførsel og mediestrategi. Etter tingrettens syn var det videre ikke grunnlag for et «tillegg» på grunn av advokat As dysleksi.
- (6) Salærfastsettelsen ble anket til Frostating lagmannsrett. Lagmannsretten opphevet tingrettens beslutning for den delen som gjaldt salæret for støtteskriv til anke over tingrettens dom, noe som ikke er tema i saken her. Derimot fant lagmannsretten ingen feil ved tingrettens lovtolkning knyttet til fastsettelse av salæret for arbeidet med tingrettssaken, og anken for øvrig ble derfor forkastet. Lagmannsretten var altså enig med tingretten i at salærforskriften ikke åpner for et tillegg på grunn av funksjonsnedsettelse hos forsvareren.
- (7) Advokat A har anket lagmannsrettens kjennelse til Høyesterett. Høyesteretts ankeutvalg besluttet 29. september 2021 at ankesaken skulle avgjøres av Høyesterett i avdeling med fem dommere, jf. domstolloven § 5 første ledd andre punktum.
- (8) Staten er ikke formelt part i saken, men har akseptert å opptre som part for å ivareta det offentliges interesser og sikre en kontradiktorisk behandling, jf. Ot.prp. nr. 49 (1989–1990) punkt 4.4.3 på side 36 og HR-2016-606-A avsnitt 7 og 40.

- (9) Saken er behandlet i fjernmøte, jf. midlertidig lov 17. desember 2021 nr. 148 om enkelte tilpasninger i prosessregelverket som følge av utbruddet av covid-19 § 3.

Partenes syn på saken

- (10) Ankende part – *advokat A* – har i korte trekk gjort gjeldende:
- (11) Lagmannsretten har tolket salærforskriften § 7 feil når den har lagt til grunn at det ikke kan tas hensyn til advokatens funksjonsnedsettelse ved salærfastsettelsen.
- (12) Prinsipalt følger det av en ordinær tolkning av § 7 at individuelle forhold ved advokaten kan trekkes inn i vurderingen. Ordlyden åpner for en skjønnsmessig helhetsvurdering som ikke er begrenset til sakens art og omfang. En annen forståelse kan hverken utledes av forskriftshistorikken eller av bestemmelser på tilgrensende områder. Bestemmelsen må tolkes i lys av de krav som stilles til advokatene i advokatforskriften kapittel 12 om god advokatskikk og Advokatforeningens retningslinjer for forsvarere. Reelle hensyn tilsier at det kan tas hensyn til advokatens funksjonsnedsettelse.
- (13) Subsidiært må salærforskriften § 7 tolkes utvidende for å unngå indirekte diskriminering, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6 jf. § 8 og Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 27. Bestemmelsen er tilsynelatende nøytral, men innebærer at advokater med dysleksi stilles dårligere enn andre. Det finnes ingen egnede kompensierende tiltak slik lagmannsretten har lagt til grunn. Forskjellsbehandlingen er videre ikke lovlig etter likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd – den har ikke et saklig formål, er ikke nødvendig og er uforholdsmessig inngripende.
- (14) Advokat A har lagt ned slik påstand:
- «1. Lagmannsrettens kjennelse og tingrettens beslutning oppheves når det gjelder spørsmålet om arbeidet på forberedelsesstadiet til hovedforhandling var rimelig og nødvendig.
 2. Advokat A tilkjennes sakens kostnader.»
- (15) *Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet* har i korte trekk gjort gjeldende:
- (16) Lagmannsrettens generelle lovforståelse er korrekt. Etter salærforskriften § 7 skal tidsbruken vurderes ut fra sakens omfang og kompleksitet. Det kan ikke tas hensyn til individuelle forhold ved advokaten, som for eksempel dysleksi. Dette følger av den mest nærliggende språklige forståelsen av ordlyden, sammenhengen med de øvrige reglene i forskriften, forskriftens historikk og en sammenligning med nødvendighetskriteriet i tvisteloven § 20-5.
- (17) Denne forståelsen av § 7 innebærer ikke indirekte forskjellsbehandling av personer med dysleksi, og bestemmelsen skal derfor ikke tolkes utvidende for å unngå diskriminering. Hvis advokater med dysleksi kan kreve høyere salær enn andre for samme tjeneste, innebærer det tvert om en positiv særbehandling etter likestillings- og diskrimineringsloven § 11. En eventuell forskjellsbehandling er uansett lovlig etter lovens § 9.

- (18) Staten ved Justis- og beredskapsdepartementet er formelt ikke ankemotpart og har derfor ikke lagt ned påstand.

Mitt syn på saken

Høyesteretts kompetanse – nærmere om problemstillingen

- (19) En avgjørelse om salærfastsettelse i straffesak kan i medhold av straffeprosessloven § 78 og salærforskriften § 13 ankes til overordnet domstol etter reglene i rettshjelploven § 27. Rettshjelploven § 27 andre ledd slår fast at en slik sak følger reglene i tvisteloven. Saken gjelder en videre anke over kjennelse, og Høyesteretts kompetanse er begrenset etter tvisteloven § 30-6. Anken gjelder lagmannsrettens generelle forståelse av salærforskriften § 7, som Høyesterett kan prøve.
- (20) Lagmannsretten har i kjennelsen uttalt dette om forståelsen av salærforskriften § 7:
- «Slik lagmannsretten vurderer det, må salærforskriften § 7 forstås slik at hva som er 'rimelig og nødvendig' tidsbruk i den enkelte sak i utgangspunktet må vurderes etter objektive kriterier når det gjelder forhold på forsvarerens side. Lagmannsretten er enig med tingretten i at bestemmelsen ikke åpner for å tilkjenne et generelt tillegg i saker der advokatens dysleksi har ført til økt tidsbruk. Det ligger utenfor ordningen med statlig godtgjørelse til oppnevnt forsvarer å gi dekning for økt tidsbruk som skyldes funksjonsnedsettelse hos forsvareren. Lagmannsretten mener, som tingretten, at dette eventuelt må kompenseres gjennom andre offentlige støtteordninger.»
- (21) Lagmannsrettens utgangspunkt er altså at hva som er «rimelig og nødvendig» tidsbruk etter § 7, må vurderes etter objektive kriterier. Det er etter lagmannsrettens syn ikke adgang til å gi dekning for økt tidsbruk som skyldes funksjonsnedsettelse hos forsvareren. Spørsmålet er om lagmannsretten her gir uttrykk for en riktig forståelse av § 7. I tråd med partenes opplegg ser jeg først på hva som er en naturlig forståelse av salærforskriften § 7 etter en ordinær tolkningsprosess.

Forståelsen av salærforskriften § 7

- (22) Advokat A er oppnevnt som offentlig forsvarer i medhold av straffeprosessloven § 100 jf. § 96. Lovens § 107 første ledd slår fast at en offentlig forsvarer skal ha godtgjørelse fra staten etter nærmere bestemmelser i § 78. I medhold av blant annet § 78 andre ledd er det gitt to forskrifter om salærfastsettelsen – salærforskriften ~~12. mars~~ 3. desember* 1997 nr. 1441 og stykkprisforskriften 12. desember 2005 nr. 1442.
- (23) Etter stykkprisforskriften § 7 jf. § 2 andre ledd får offentlige forsvarere – i saker hvor hovedforhandlingen ikke varer lenger enn fem dager – godtgjørelse for *alt* arbeid med saken etter standardiserte satser, såkalt stykkpris. Hovedforhandlingen i saken som advokat A har krevd salær for, hadde en varighet på tre dager. Det er enighet om at dette ville gitt en stykkpris basert på 36 timers arbeid.
- (24) Forskriftens § 11 åpner imidlertid for at salæret i stedet beregnes etter salærforskriften. Forutsetningen er at faktisk samlet timeforbruk overstiger fastsatt stykkpris med mer enn 50 prosent, og at det «godtgjøres at det foreligger særlige omstendigheter ved oppdraget

som begrunner en slik timebruk». Som nevnt har tingretten med grunnlag i denne bestemmelsen utmålt advokat As salær etter salærforskriften.

- (25) Salærforskriften bygger på et utgangspunkt om at salæret skal beregnes ut fra faktisk timeforbruk, jf. særlig § 2 andre ledd. Etter § 7 skal salæret likevel settes ned hvis det er brukt lengre tid på oppdraget enn det som er rimelig og nødvendig. Bestemmelsen har denne ordlyden:

«Finner den salærfastsettende myndighet at det er benyttet lengre tid enn hva som er rimelig og nødvendig, skal salæret settes ned. I straffesaker og i saker etter lov om fri rettshjelp kap. III skal vedkommende som har innlevert arbeidsoppgaven, gis mulighet til å uttale seg før salæret settes ned. I straffesaker kan retten, om det finnes nødvendig, innhente sakens dokumenter for vurdering av saksforberedelsens omfang.

Når den salærfastsettende myndighet setter ned salæret, skal det gis en kort begrunnelse.»

- (26) Ankende part har anført at uttrykket «rimelig og nødvendig» må forstås slik at det kan tas hensyn til funksjonsnedsettelse hos advokaten, blant annet dysleksi. Staten har på sin side gjort gjeldende at sakens omfang og kompleksitet er avgjørende ved salærfastsettelsen, og at det ikke er adgang til å trekke inn individuelle forhold ved advokaten.
- (27) Jeg ser det for min del slik at *ordlyden* gir begrenset veiledning. Uttrykket «rimelig og nødvendig» åpner isolert sett for begge tolkninger. Første ledd siste punktum, hvor det fremgår at retten kan innhente saksdokumentene «for vurdering av saksforberedelsens omfang», gir likevel en viss støtte til statens syn. Formuleringen tilsier at det skal foretas en objektiv vurdering med utgangspunkt i blant annet sakens omfang. Det samme gjør § 5 tredje ledd om at salærfastsettende myndighet kan kreve at den salærberettigede fremlegger dokumentasjon som «er nødvendig for å vurdere sakens omfang». Forskriften inneholder ingen tilsvarende regel om dokumentasjon for advokatens individuelle forutsetninger.
- (28) Etter mitt syn trekker *sammenhengen med andre regler* i samme retning. Her peker jeg først på bestemmelsene i stykkprisforskriften, som jeg allerede har vært inne på. Riktignok ble forskriften først vedtatt i 2005, mens den någjeldende salærforskriften er fra 1997. Forskriftene utgjør imidlertid et enhetlig system, og stykkprisforskriften kan derfor – selv om den er vedtatt i ettertid – kaste lys over forståelsen av salærforskriften § 7. Ordningen med stykkpris innebærer at det betales et standardisert beløp – en «normalpris» – basert på sakens omfang, uavhengig av hvor lang tid advokaten har brukt på forberedelsene til saken. Størrelsen på salæret avhenger altså av et objektivt kriterium. Riktignok åpner stykkprisforskriften § 11 som nevnt for salær basert på faktisk timeforbruk hvis sakens omfang tilsier det. Men det har etter mitt syn formodningen mot seg at denne relativt snevre adgangen til å fastsette salæret etter salærforskriften i stedet for stykkprisforskriften, skulle innebære at også individuelle forhold ved advokaten kan tas i betraktning. Dette ville gi dårlig sammenheng i regelverket. Ordlyden i stykkprisforskriften § 11 – «særlige omstendigheter ved oppdraget» – peker også i retning av en objektiv vurdering basert på sakens art og omfang.
- (29) På samme måte som staten mener jeg videre at det er relevant å trekke inn tvisteloven § 20-5 om utmåling av sakskostnader i sivile saker. Etter bestemmelsen skal full erstatning for sakskostnader dekke alle partens «nødvendige kostnader». I NOU 2001: 32 A *Rett på*

sak punkt 20.9 på side 547 uttaler tvistemålsutvalget at det synes å være et «allment akseptert utgangspunkt at man i vurderingen skal basere seg på en slags normalstandard, blant annet i den forstand at man skal se på hva en advokat som arbeider innenfor vedkommende rettsfelt, må antas å ville bruke av tid på saken.» Jeg viser videre til Ot.prp. nr. 51 (2004–2005) punkt 6.4.2 på side 55, der departementet uttaler følgende om gjeldende rett:

«Utgangspunktet for domstolenes prøving er i prinsippet et anslag over hva en alminnelig dyktig advokat som arbeider med det aktuelle rettsområde, ville ha krevd.»

- (30) Av de spesielle merknadene til § 20-5 på side 447 fremgår at bestemmelsen ikke var ment å endre rettstilstanden. Jeg konstaterer at vurderingen av om kostnadene har vært nødvendige, skal ta utgangspunkt i hva en alminnelig dyktig advokat på rettsfeltet ville ha krevd. Det legges opp til en objektivisert vurdering, og det skal ikke ses hen til individuelle forutsetninger hos advokaten. Dette må også gjelde forutsetninger som ikke har noe med faglig dyktighet å gjøre, men som medfører økt tidsbruk av andre grunner.
- (31) Som ankende part har fremhevet, er det forskjeller mellom utmåling av erstatning for sakskostnader etter tvisteloven § 20-5 på den ene siden, og fastsettelse av salær til forsvarere etter salærforskriften på den annen. Grunnleggende sett er det likevel i begge tilfeller snakk om godtgjøring for en tjeneste i form av advokatbistand. Jeg mener derfor at forståelsen av nødvendighetsvilkåret i § 20-5 kaster lys over tolkningen av salærforskriften § 7. Også her ligger det med andre ord et argument for at vurderingstemaet etter salærforskriften § 7 er sakens omfang og kompleksitet.
- (32) Staten har til støtte for sitt syn også vist til *forskriftshistorikken*. I salærforskriften fra 1982 het det i § 7 at det ved fastsettelsen av salæret skulle tas hensyn til om det oppgitte arbeidet var rimelig og nødvendig «for saken». Jeg er enig med staten i at de senere versjonene av salærforskriften ikke er ment å endre rettstilstanden på dette punktet. Og jeg ser at uttrykket «for saken» kan gi et visst holdepunkt for at det er sakens omfang og kompleksitet som er vurderingstemaet. Men dette er etter mitt syn ikke noe tungtveiende argument.
- (33) Partene har også trukket inn enkelte *andre argumenter*. Disse har etter min mening ikke særlig vekt, og jeg går derfor ikke i dybden. Jeg nøyer meg med å bemerke at hensynet til fritt forsvarervalg og reglene om god advokatskikk mv. ikke gir bidrag til tolkningen av salærforskriften § 7. Justis- og beredskapsdepartementets veiledning til salærforskriften 1. januar 2020 punkt 7.3 kan nok hevdes å gi støtte til statens syn, men inneholder ingen klare holdepunkter. De fleste reelle hensyn som er trukket frem, har begrenset vekt.
- (34) Jeg finner likevel grunn til å fremheve ett overordnet synspunkt: Etter salærforskriften § 4 fastsettes salæret i straffesaker av den rett som har hatt saken til behandling. Dommeren har relativt gode forutsetninger for å vurdere sakens kompleksitet og omfang, og dermed også hvor lang tid en «normaladvokat» vil bruke på en forsvarlig behandling. Betydningen av en funksjonsnedsettelse hos advokaten er det derimot ikke lett for dommeren å ha noen begrunnet oppfatning om. Dette tilsier at slike subjektive forhold ikke bør trekkes inn i vurderingen.
- (35) Samlet sett etterlater kildene etter mitt syn et temmelig entydig bilde. Jeg oppsummerer mitt syn på forståelsen av salærforskriften § 7 slik: Ved vurderingen av hva som er rimelig

og nødvendig tidsbruk, skal salærfastsettende myndighet vurdere sakens omfang og kompleksitet. Målestokken er hvor lang tid en alminnelig dyktig advokat på rettsområdet ville brukt på saken. Det er i utgangspunktet ikke rom for å ta hensyn til individuelle forutsetninger hos den salærberettigede.

- (36) Spørsmålet blir så om bestemmelsen likevel må tolkes annerledes i et tilfelle som i saken her for å unngå indirekte diskriminering.

Spørsmålet om salærforskriften § 7 må tolkes utvidende for å unngå indirekte diskriminering

Oversikt over regelverket

- (37) Ankende parts subsidiære anførsel er som nevnt at salærforskriften § 7 må tolkes utvidende for å unngå indirekte diskriminering av advokater med dysleksi. Argumentene er først og fremst knyttet til likestillings- og diskrimineringsloven § 6 jf. § 8, som jeg straks kommer til.
- (38) Det er imidlertid også vist til FNs Konvensjon om rettighetene til mennesker med nedsatt funksjonsevne (CRPD) artikkel 27 som et tolkningsmoment. Innledningsvis nevner jeg derfor at bestemmelsen verner funksjonshemmedes rett til arbeid. Konvensjonen er ratifisert av Norge, men ikke inkorporert. Som følge av presumsjonsprinsippet kan bestemmelser i konvensjonen likevel ha betydning ved tolkningen av norske regler, se HR-2016-2591-A avsnitt 46–48. Jeg kan ikke se at konvensjonen innebærer en mer vidtrekkende plikt til å ta hensyn til funksjonsnedsettelse ved salærberegningen enn det som følger av likestillings- og diskrimineringsloven, noe som heller ikke er anført fra ankende part. Av den grunn går jeg ikke nærmere inn på konvensjonen, men viser til Prop. 106 S (2011–2012), særlig kapittel 5 på side 25.
- (39) Partene har knyttet enkelte kommentarer også til Grunnloven § 98 andre ledd, FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK) artikkel 2 nr. 2 og artikkel 6 nr. 1, FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 26, Tilleggsprotokoll nr. 12 til Den europeiske menneskerettskonvensjon artikkel 1, EUs charter om grunnleggende rettigheter artikkel 20 og 21, Den reviderte europeiske sosialpakt del V artikkel E og ulike artikler i EUs rådsdirektiv 2000/78/EF. Det er ikke gjort gjeldende at disse normene rekker lenger enn bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven. Dette er jeg enig i, og jeg sier derfor ikke mer om bestemmelsene.
- (40) Likestillings- og diskrimineringsloven trådte i kraft 1. januar 2018 og erstattet da diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Lovens formål er etter § 1 første ledd å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av blant annet funksjonsnedsettelse. Det er uomtvistet at dysleksi er en form for funksjonsnedsettelse som omfattes av loven. Andre ledd definerer likestilling som «likeverd, like muligheter og like rettigheter», mens det i tredje ledd heter at loven skal bidra til å «bygge ned samfunnsskapte funksjonshemmende barrierer, og hindre at nye skapes».
- (41) Etter § 6 første ledd er diskriminering på grunn av blant annet funksjonsnedsettelse forbudt. Med diskriminering menes «direkte eller indirekte forskjellsbehandling etter

§§ 7 og 8 som ikke er lovlig etter §§ 9, 10 eller 11», jf. fjerde ledd. Paragraf 7 regulerer direkte forskjellsbehandling. Bestemmelsen er ikke påberopt i saken her, og jeg sier derfor ikke mer om den. Derimot vil jeg straks gå inn på § 8 om indirekte forskjellsbehandling. Også § 9, som inneholder bestemmelsene om når en forskjellsbehandling er lovlig, og § 11 om positiv særbehandling, blir et tema i den videre drøftelsen.

Indirekte forskjellsbehandling eller positiv særbehandling?

- (42) Likestillings- og diskrimineringsloven § 8 om indirekte forskjellsbehandling har denne ordlyden:

«Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som vil stille personer dårligere enn andre, på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd.»

- (43) I de spesielle merknadene til § 8 i Prop. 81 L (2016–2017) side 314–315 heter det at indirekte forskjellsbehandling kjennetegnes ved at handlingen mv. er nøytral i den forstand at den eksempelvis ikke er motivert av eller direkte knyttet til diskrimineringsgrunnlagene i § 6 første ledd. Departementet uttaler videre at det kan være tale om «praksiser som er iverksatt med det formål å ivareta legitime hensyn, men som faktisk vil ramme en bestemt gruppe». Det slås videre fast at det ikke er noe vilkår at noen faktisk er blitt satt i en dårligere stilling enn andre – det avgjørende er om bestemmelsen, praksisen eller lignende «er egnet til» å stille noen dårligere.

- (44) Jeg viser også til proposisjonen punkt 12.2.3.3 på side 101, hvor gjeldende rett beskrives. Departementet uttaler der at fordi diskrimineringsforbudet også omfatter unnlatelser, kan det «utledes en viss plikt til å iverksette aktive tiltak og tilrettelegge for å sikre reell likebehandling». I fortsettelsen heter det at det er usikkert hvor langt plikten til positive tilretteleggingstiltak strekker seg. Deretter uttaler departementet:

«Særlig når det gjelder nedsatt funksjonsevne, kan indirekte forskjellsbehandling ta form av å unnlate å tilrettelegge, slik at det ikke oppnås reell likebehandling.»

- (45) Likestillings- og diskrimineringsloven har klart nok ikke endret rettstilstanden på disse punktene. Jeg legger til grunn at unnlatt tilrettelegging etter omstendighetene kan innebære indirekte forskjellsbehandling.

- (46) Et særskilt spørsmål er om indirekte forskjellsbehandling bare kan konstateres hvis det er en *gruppe* som rammes, eller om det er tilstrekkelig at en *enkelt person* kommer dårligere ut enn andre. Ordlyden i § 8 bruker flertallsformen «personer», noe som kan tyde på at det må foretas en gruppetilnærming. Spørsmålet er videre drøftet i ulike forarbeidsuttalelser, men uten at dette gir noe entydig svar. I NOU 2005: 8 *Likeverd og tilgjengelighet* – som er del av forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven fra 2008 – tar utvalget i punkt 10.5.3 på side 171 utgangspunkt i at det finnes mange ulike former for funksjonsnedsettelse, og at disse også innbyrdes kan gi seg utslag på forskjellige måter. Utvalget legger derfor til grunn at diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse «ikke er egnet til gruppetenkning på samme måte som for kjønn». Dette er fulgt opp i proposisjonen til samme lov, riktignok i en drøftelse av hva som bør gjelde «på arbeidslivets område». I Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) punkt 9.6.3.3 på side 101 uttaler

departementet at det på dette feltet «er tilstrekkelig at en person ‘stilles dårligere’ for at det kan foreligge indirekte diskriminering».

- (47) Uttalelsene i proposisjonen til gjeldende lov er noe mer nyanserte. Jeg har allerede nevnt at departementet i de spesielle merknadene til § 8 i Prop. 81 L (2016–2017) på side 314–315 omtaler indirekte forskjellsbehandling som noe som rammer «en bestemt gruppe». I punkt 12.2.5.2 på side 104 slår departementet fast at forbudet mot indirekte forskjellsbehandling «har en gruppetilnærming som utgangspunkt». Deretter drøftes indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn, før departementet trekker denne tilsynelatende generelle konklusjonen:

«Hvis det bare er én person som rammes, må det foreligge en typiskhet i dette. Et enkeltstående uheldig utfall som ikke er typisk for det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget, vil altså ikke rammes.»

- (48) Etter mitt syn bør det legges størst vekt på uttalelsene i proposisjonen til den gjeldende loven. Jeg ser det slik at utgangspunktet er en gruppetilnærming. Det kan imidlertid foreligge indirekte forskjellsbehandling selv om bare én person med funksjonsnedsettelse kommer dårligere ut enn andre, forutsatt at det uheldige utfallet er typisk for funksjonsnedsettelsen.

- (49) Statens syn er som nevnt at anken part i realiteten krever en *positiv særbehandling*. Det er derfor naturlig å si noe generelt om hva som ligger i dette begrepet før jeg går inn i den konkrete vurderingen:

- (50) Likestillings- og diskrimineringsloven § 11 gir på visse vilkår adgang til positiv særbehandling. Bestemmelsen har denne ordlyden:

«Positiv særbehandling på grunn av forhold som nevnt i § 6 første ledd er tillatt hvis

- a) særbehandlingen er egnet til å fremme lovens formål,
- b) det er et rimelig forhold mellom formålet man ønsker å oppnå og hvor inngripende særbehandlingen er for den eller de som stilles dårligere og
- c) særbehandlingen opphører når formålet med den er oppnådd.»

- (51) Allerede av ordlyden fremgår det klart at det aldri vil foreligge en *plikt* til positiv særbehandling. Jeg viser her også til Prop. 81 L (2016–2017) punkt 17.2.2 på side 165 og de spesielle merknadene til § 11 på side 317. Hvis et tiltak naturlig må karakteriseres som positiv særbehandling, vil det ikke være indirekte diskriminering om tiltaket ikke iverksettes.

- (52) Positiv særbehandling innebærer som utgangspunkt at noen ut fra et likestillingsformål får et gode som andre ikke får. Særbehandlingen skal avhjelpe strukturelle ulemper eller barrierer, men vil i praksis føre til at noen blir stilt bedre enn andre på individnivå. Moderat kjønnskvoltering eller stipender bare til kvinner kan være illustrerende eksempler. Til sammenligning vil kompensierende tiltak for å unngå indirekte forskjellsbehandling typisk ikke stille andre dårligere. Hvis noen som har behov for tolk, får bistand fra tolk, vil ikke personer uten tolkebehov komme i en dårligere stilling.

- (53) På denne bakgrunn blir spørsmålet om det utgjør indirekte forskjellsbehandling hvis det ikke tas hensyn til advokatens dysleksi ved salærfastsettelsen etter salærforskriften § 7. Jeg finner det ikke tvilsomt at i hvert fall personer med alvorlig dysleksi typisk vil bruke mer

tid på gjennomgang av saksdokumenter mv. enn andre, også hvis tekniske hjelpemidler tas i betraktning. De vil lettere få redusert sitt salær og få lavere reell timebetaling. Fra en slik synvinkel er det nærliggende å konstatere at det vil innebære indirekte forskjellsbehandling hvis det ikke tas hensyn til dysleksien.

- (54) Men det er også mulig å se det annerledes. Hvis dyslektikere får dekket et høyere timeforbruk enn andre, innebærer det at de får mer betalt for samme tjeneste. Én tilnærming er at dette i så fall er et utslag av den tilretteleggingsplikten som må innfortolkes i likestillings- og diskrimineringsloven § 8. Men mye kan tale for at uttalelsene om tilretteleggingsplikt i forarbeidene først og fremst har andre situasjoner for øye, jf. de eksemplene på tilrettelegging som jeg allerede har nevnt. En annen tilnærming er å se det slik at høyere salær til dyslektikere vil innebære positiv særbehandling. I NOU 2009: 14 *Et helhetlig diskrimineringsvern* punkt 3.2.3 på side 41 nevnes ekstra tid på eksamen til studenter med funksjonsnedsettelse som et eksempel på positiv særbehandling. Det er ikke helt enkelt å se den prinsipielle forskjellen mellom et slikt tiltak på den ene siden, og høyere salær til dyslektikere for samme tjeneste på den annen.
- (55) Som jeg straks kommer til, mener jeg at en eventuell indirekte forskjellsbehandling av dyslektikere uansett må være lovlig etter likestillings- og diskrimineringsloven § 9. Det er derfor ikke nødvendig å ta endelig stilling om vi her faktisk har å gjøre med indirekte forskjellsbehandling. Jeg nøyer meg med å slå fast det i tilfelle er snakk om en forskjellsbehandling som ligger i grenseland mellom indirekte diskriminering og positiv særbehandling.

Spørsmålet om en eventuell forskjellsbehandling er lovlig

- (56) Likestillings- og diskrimineringsloven § 9 slår fast at en forskjellsbehandling på visse vilkår kan være lovlig. Første ledd lyder slik:
- «Forskjellsbehandling er ikke i strid med forbudet i § 6 når den
- a) har et saklig formål
 - b) er nødvendig for å oppnå formålet og
 - c) ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.»
- (57) Bestemmelsen gjelder både direkte og indirekte forskjellsbehandling og kan ses som en presisering av diskrimineringsbegrepet, se de spesielle merknadene i Prop. 81 L (2016–2017) side 315. I punkt 14.9.2 på side 127 i proposisjonen uttaler departementet at det avhenger av en rekke forhold om en forskjellsbehandling er lovlig, som «hvilket diskrimineringsgrunnlag som er rammet, hva slags rettigheter som påvirkes, hvilket samfunnsområde forskjellsbehandlingen forekommer på og om den er direkte eller indirekte». Indirekte forskjellsbehandling vil lettere anses som lovlig enn direkte forskjellsbehandling, jf. punkt 14.2.2 på side 119 og de spesielle merknadene på side 315. Alle vilkår i bokstav a–c må være oppfylt for at en forskjellsbehandling skal være lovlig.
- (58) *Bokstav a* krever at en forskjellsbehandling må ha et saklig formål for å være lovlig. Om dette uttaler departementet følgende i de spesielle merknadene i Prop. 81 L (2016–2017) side 315:

«Om et formål er saklig vil bero dels på om begrunnelsen er sann og dels på en konkret vurdering av om det er legitimt i det konkrete tilfelle. Om begrunnelsen er korrekt, oppstår spørsmålet om den ivaretar en beskyttelsesverdig interesse. Denne vurderingen vil være skjønnspreget. Videre må det vurderes om formålet er av en slik art at prinsippet om likebehandling bør vike.»

- (59) Jeg ser det slik at en eventuell forskjellsbehandling av dyslektikere ved salærfastsettelsen oppfyller vilkåret om saklig formål. Det er som nevnt retten som fastsetter salæret i straffesakene. Etter mitt syn må det klart være saklig begrunnet å ha etterprøvbare og objektive kriterier som en dommer kan ha forutsetninger for å mene noe om. Dysleksi kan ha ulike former og ramme forskjellig. Det ville være uheldig om dommeren skulle være henvist til utelukkende å bygge på advokatens egen beskrivelse av konsekvensene av funksjonsnedsettelsen. Mest mulig objektive kriterier kan bidra til å unngå vilkårlighet og sikre likebehandling.
- (60) I *bokstav b* oppstilles et vilkår om at forskjellsbehandlingen må være nødvendig for å oppnå formålet. Samme sted i proposisjonen uttaler departementet at det med dette «menes mer enn at forskjellsbehandlingen er ønskelig, men på den annen side behøver den ikke være uunnværlig». Departementet slår fast at det vil være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig, hvis det foreligger handlingsalternativer som er egnet og ikke uforholdsmessig ressurskrevende.
- (61) Her viser jeg til det jeg allerede har sagt om vurderingen etter *bokstav a*. Det ville nok vært *mulig* å ta høyde for økt tidsbruk som følge av dysleksi. Men ut fra hensynet til likebehandling, ønsket om å unngå vilkårlighet og ressurs hensyn fremstår ikke et slikt system som et egnet handlingsalternativ.
- (62) Endelig fremgår det av *bokstav c* at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering. I den nevnte proposisjonen på side 315 uttaler departementet at det skal skje en «avveining mellom mål og middel, og konsekvensene for den eller de som rammes av forskjellsbehandlingen».
- (63) Jeg ser det slik at en eventuell forskjellsbehandling på dette området ikke vil være spesielt inngripende overfor advokater med dysleksi. En viss økning i tidsbruken vil ikke nødvendigvis føre til at salæret settes ned etter ~~advokatforskriften~~ *salærforskriften** § 7 – selv om kriteriet er hvor lang tid en alminnelig dyktig advokat ville ha brukt på oppdraget, lar dette seg sjelden fastslå helt presist. Advokater med dysleksi stenges ikke ute fra noen del av advokatmarkedet. De vil videre ofte ikke stilles dårligere enn advokater som har begrenset erfaring, eller som av andre årsaker enn funksjonsnedsettelse er mindre effektive enn flertallet.
- (64) Etter min mening må videre muligheten for hjelpemidler trekkes inn i vurderingen. Lagmannsretten har vist til folketrygdloven kapittel 10, som inneholder bestemmelser om stønad for å kompensere for utgifter til bedring av arbeidsevnen. Jeg antar at dyslektikere kan ha rett til stønad til hjelpemidler etter § 10-7, jf. § 10-5. Men siden dette i liten grad har vært belyst under prosedyren i Høyesterett, tar jeg ikke endelig stilling. Jeg legger til grunn at ulike datahjelpemidler uansett vil kunne anskaffes uten vesentlige kostnader for en advokatvirksomhet, og dette har etter mitt syn vekt i forholdsmessighetsvurderingen. De tunge hensynene som begrunner ordningen, må også tas i betraktning. Endelig minner jeg om at det skal mindre til før en indirekte forskjellsbehandling er lovlig enn en direkte

forskjellsbehandling, og at en eventuell forskjellsbehandling på dette området i det minste ligger tett opptil en positiv særbehandling.

- (65) Jeg er etter dette kommet til at en eventuell forskjellsbehandling av dyslektikere ved salærfastsettelsen etter salærforskriften § 7, vil være lovlig etter likestillings- og diskrimineringsloven § 9. Salærforskriften § 7 må da ikke tolkes utvidende for å unngå diskriminering.

Konklusjon og sakskostnader

- (66) Lagmannsretten har som nevnt lagt til grunn at det etter salærforskriften § 7 ikke er adgang til å gi dekning for økt tidsbruk som skyldes funksjonsnedsettelse hos forsvareren. Av det jeg har sagt, følger at dette er en korrekt forståelse av bestemmelsen. Anken må etter dette forkastes.
- (67) Staten anser seg ikke formelt som part og har ikke krevd sakskostnader.
- (68) Jeg stemmer for denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

- | | | |
|------|--------------------------|--|
| (69) | Dommer Falkanger: | Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende. |
| (70) | Dommer Bull: | Likeså. |
| (71) | Dommer Thyness: | Likeså. |
| (72) | Dommer Webster: | Likeså. |
- (73) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

K J E N N E L S E :

Anken forkastes.

**Rettet 11. februar 2022, i medhold av tvisteloven § 19-8 første ledd.*

Bergljot Webster
(sign.)