



Ärende LED 2016/308 handling 3

Justitiedepartementet  
103 33 Stockholm

## Yttrande över Jämn könsfördelning i bolagsstyrelser (Ds 2016:32) (Ju2016/06276/L1)

I promemorian föreslås införande av ett lagstadgat könsfördelningskrav innebärande att minst fyrtio procent av styrelseledamöterna i aktiemarknadsbolag ska vara av vardera kön. Syftet med förslaget uppges vara att ett sådant krav ska påskynda en positiv förändring av könsfördelning både i fråga om bolagens styrelser och andra ledande befattningar i näringslivet.

Enligt Diskrimineringsombudsmannens uppfattning står det klart att utvecklingen mot ökad jämställdhet i det svenska samhället går alltför långsamt. Inom många områden kvarstår stora skillnader i situationen för kvinnor och män, och det finns därför ett behov av fortsatta och intensifierade insatser. Detta gäller även i förhållande till möjligheten för kvinnor och män att forma sina liv och nå befattningar som ger makt och inflytande. Att bryta mansdominansen på de ledande positionerna i det svenska näringslivet utgör i detta sammanhang en angelägen uppgift, och DO välkomnar därför en förhöjd samhällelig ambitions- och aktivitetsnivå i denna fråga.

Frågan om lagstadgad könskvotering i bolagsstyrelser är också en fråga som under den senaste tioårsperioden i allt högre grad aktualiserats i den europeiska debatten. Av en av Europeiska kommissionen nyligen upprättad sammanställning<sup>1</sup> framgår att utöver de i promemorian nämnda exemplen (Norge, Frankrike och Tyskland) ytterligare fyra stater (Belgien, Grekland, Italien och Österrike) infört någon typ av sådan reglering, i vissa fall dock endast i förhållande till statligt ägda bolag.

Härtill kommer, som framhålls i promemorian, att EU-kommissionen år 2012 presenterade ett förslag till direktiv på området. Det finns emellertid skäl att framhålla att detta sistnämnda förslag till sitt innehåll och utformning är av en annan karaktär än den typ av reglering som nu föreslås. Medan direktivförslaget således i huvudsak avser att på visst sätt reglera *förfarandet* vid tillsättning av icke verkställande styrelseledamöter *i syfte* att uppnå en jämnare könsfördelning i bolagsstyrelser, innebär promemorians förslag tvärtom uppställande av ett bindande krav på det *resultat* som ska uppnås i

---

<sup>1</sup> Gender balance on corporate boards – Europe is cracking the glass ceiling, European Commission, July 2016.

form av en jämnare könsfördelning utan att det sätt på vilket detta resultat ska uppnås närmare regleras. Det måste också understrykas att direktivförslagets krav på företrädare för personer av det underrepresenterade könet vid tillsättning av styrelseledamöter (företrädare vid lika meriter om inte en objektiv bedömning av alla enskilda sökandes meriter ger utslag för sökande av motsatt kön<sup>2</sup>) tydligt utformats för att stå i överensstämmelse med EU-domstolens hittillsvarande praxis beträffande det rättsliga utrymmet för användning av positiv särbehandling på grund av kön vid beslut om anställning och befordran inom arbetslivets område.

Som en utgångspunkt kan i detta sammanhang vidare konstateras att relevanta rättsliga normer på internationell, europeisk och nationell nivå otvetydigt erbjuder en möjlighet att under vissa förutsättningar tillämpa bestämmelser om positiv särbehandling på grund av kön<sup>3</sup>. Tanken bakom denna möjlighet kan, enkelt uttryckt, sägas vara att enbart upprätthållande av bestämmelser om likabehandling oavsett kön kan vara otillräckligt för att uppnå vad som ibland kallas "jämsliddhet i praktiken". Andra typer av åtgärder, inklusive sådana som innebär en positiv särbehandling på grund av kön, kan därför behöva vidtas för att underlätta eller påskynda en utveckling mot en jämn könsfördelning.

Medan frågan från principiella utgångspunkter inte är oomstridd<sup>4</sup>, är det Diskrimineringsombudsmannens uppfattning att möjligheten att vidta denna typ av åtgärder måste betraktas som ett avsteg från likabehandlingsprincipen och – inom de områden där ett sådant förbud är tillämpligt – som ett undantag från förbudet mot diskriminering som har samband med kön. Av detta följer att utrymmet för tillämpning av denna typ av åtgärder får anses vara begränsat. Medan olika typer av positiv särbehandling på grund av kön under vissa förhållanden kan vara en berättigad åtgärd för att uppnå jämlikhet i praktiken, innebär dess karaktär av undantag från en grundläggande princip till skydd för enskildas rättigheter att denna möjlighet bör utnyttjas med restriktivitet, och enbart under förutsättning att den i förhållande till sitt syfte utgör en lämplig, nödvändig och proportionerlig åtgärd. Såvitt gäller möjligheten till positiv särbehandling på grund av kön inom sådana områden som omfattas av ett EU-

---

<sup>2</sup> Se artikel 4.3 i förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om en jämnare könsfördelning bland icke verkställande styrelseledamöter i börsnoterade företag och därmed sammanhängande åtgärder, COM(2012) 614 final.

<sup>3</sup> Se bland annat FN:s konvention om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor (CEDAW), artikel 4.1; Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, artikel 157.4; Europeiska unionens stadga om grundläggande rättigheter, artikel 23.2; 2 kap 13 § regeringsformen.

<sup>4</sup> Se till exempel CEDAW General Recommendation No. 25, on article 4, paragraph 1, of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women, on temporary special measures (2004) i vilket kommittén bl.a. uttalade att den betraktar "the application of these measures not as an exception to the norm of non-discrimination, but rather as an emphasis that temporary special measures are part of a necessary strategy by States parties directed towards the achievement of de facto or substantive equality of women with men in the enjoyment of their human rights and fundamental freedoms. [...] The Committee considers that States parties that adopt and implement such measures under the Convention do not discriminate against men" (st. 18).

rättsligt könsdiskrimineringsförbud är detta också det förhållningssätt som intagits av EU-domstolen i dess praxis<sup>5</sup>.

Beträffande frågan huruvida det finns rättsliga hinder mot införandet av ett lagstadgat krav på könsfördelning i vissa bolagsstyrelser bygger förslaget, så som det måste uppfattas, på den analys som år 2006 redovisades i departementspromemorian Könsfördelningen i bolagsstyrelser (Ds 2006:11). Sammanfattningsvis gjordes där bedömningen att ett uppdrag som styrelseledamot, i egenskap av ett förtroendeuppdrag, inte omfattades av varken det svenska eller det EU-rättsliga arbetstagarbegreppet. Då styrelseledamöter inte heller ansågs omfattas av förbudet mot könsdiskriminering ifråga om villkor för tillträde till verksamhet som egenföretagare eller till yrkesutövning gjordes därför bedömningen att varken den dåvarande jämställdhetslagen eller den dåvarande EU-rättsliga regleringen utgjorde hinder mot införandet av bestämmelser av detta slag.

I ljuset av den rättsliga utveckling som ägt rum inom detta område framstår en sådan slutsats numera som mindre klar.

Det bör således noteras att den rättsliga grund som angivits för det ovannämnda förslaget till direktiv om en jämnare könsfördelning bland icke verkställande styrelseledamöter i börsnoterade företag är artikel 157.3 FEUF. Denna bestämmelse ger Europaparlamentet och Rådet möjlighet att besluta om åtgärder för att säkerställa tillämpningen av principen om lika möjligheter och lika behandling för kvinnor och män ”i frågor som rör anställning och yrke”, och det har under direktivförslagets behandling ifrågasatts om den kan utgöra rättslig grund för bestämmelser av det aktuella slaget. Det kan konstateras att denna frågeställning har ett nära samband med frågan huruvida styrelseledamöter idag skulle kunna omfattas av det EU-rättsliga regelverket om förbud mot könsdiskriminering inom detta område.

Frågan har gjorts till föremål för överväganden av Europaparlamentets utskott för rättsliga frågor, som förklarat att bestämmelsen enligt dess uppfattning utgör en lämplig rättslig grund för förslaget. Med hänvisning bland annat till EU-domstolens dom i målet C-232/09, Danosa<sup>6</sup> framhöll utskottet i sitt yttrande att det föreföll ”finnas starka skäl för att icke verkställande styrelseledamöter *ratione personae* omfattas av tillämpningsområdet för artikel 157.3 i EUF-fördraget, särskilt eftersom de är skyddade – som arbetstagare eller som egenföretagare – mot diskriminering enligt det befintliga regelverket, som antagits på rättsliga grunder som föregått och motsvarat artikel 157.3 i EUF-fördraget. Det vore därför ologiskt om denna samma rättsliga grund inte skulle

---

<sup>5</sup> Se särskilt domarna Kalanke, C-450/93, EU:C:1995:322; Marschall, C-409/95, EU:C:1997:533; Badeck, C-158/97, EU:C:2000:163; Abrahamsson, C-407/98, C:2000:367; Lommers, C-476/99, EU:C:2002:183; samt Briheche, C-319/03, EU:C:2004:574.

<sup>6</sup> Dom Danosa, C-232/09, EU:C:2010:674.

finnas att tillgå för ny lagstiftning som syftar till ökad jämställdhet, i likhet med de bestämmelser som nu föreslagits<sup>7</sup>.

Enligt Diskrimineringsombudsmannen uppfattning framstår rättsläget på denna punkt för närvarande som osäkert. I ljuset av ovanstående, och med hänsyn tagen till EU-domstolens uttalanden i Danosa, förefaller det emellertid inte kunna uteslutas att icke verkställande styrelseledamöter vid en eventuell prövning skulle kunna anses falla inom någon av de kategorier som omfattas av ett EU-rättsligt förbud mot diskriminering som har samband med kön. Frågan bör enligt DO:s mening göras till föremål för fördjupade överväganden inom ramen för ärendets fortsatta beredning.

För det fall förbudet mot könsdiskriminering skulle anses vara tillämpligt kan det vidare konstateras att EU-domstolen i sin praxis beträffande anställning och befordran inom arbetslivets område starkt begränsat utrymmet för användning av positiv särbehandling på grund av kön. Det framstår enligt Diskrimineringsombudsmannens mening som möjligt att förslaget, om det genomförs, kan komma att ge upphov till situationer där vid utseende av styrelseledamöter försteg ges till personer som tillhör det underrepresenterade könet på ett sätt som står i strid med denna praxis.

I litteraturen har dock ifrågasatts om inte EU-domstolen vid en eventuell prövning skulle vara beredd att göra en annan, mindre restriktiv, bedömning av utrymmet för positiv särbehandling i denna typ av situation. Som skäl för detta har anförts styrelseledamotsuppdragets särskilda roll och karaktär, liksom det förhållandet att lagstadgade krav på könskvotering i bolagsstyrelser idag åtnjuter stöd bland, och har genomförts i, ett inte obetydligt antal medlemsstater<sup>8</sup>.

Även om så skulle visa sig vara fallet kvarstår den grundläggande EU-rättsliga begränsning av utrymmet för positiv särbehandling som ligger i kravet på proportionalitet. En sådan åtgärd får alltså inte gå utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade målet, och vid dess utformning ska också likabehandlingsprincipen så långt det är möjligt förenas med de krav som det eftersträvade målet är förenat med<sup>9</sup>.

Enligt Diskrimineringsombudsmannens uppfattning är det mot denna bakgrund en påtaglig brist att frågan om det föreslagna lagstadgade kvoteringskravet förhållande till och förenlighet med likabehandlingsprincipen inte närmare behandlas i promemorian. Det blir därigenom svårt att följa och bedöma

---

<sup>7</sup> Yttrande över den rättsliga grunden för förslaget till Europaparlamentets och rådets direktiv om en jämnare könsfördelning bland icke verkställande styrelseledamöter i börsnoterade företag och därmed sammanhängande åtgärder (COM(2012)0614 – C7-0382/2012 – 2012/0299(COD)) (DO:s kursivering).

<sup>8</sup> Se European Networks of Legal Experts in the Field of Gender Equality, "Positive Action Measures to Ensure Full Equality in Practice between Men and Women, including Company Boards", Part I (Goran Selanec), s. 27.

<sup>9</sup> Jfr dom Briheche, C-319/03, EU:C:2004:574, st. 25.

bärkraften av de överväganden som gjorts i denna del, och särskilt då ifråga om åtgärdens proportionalitet.

Som noterats ovan sägs i promemorian att avsikten med förslaget är att påskynda en positiv förändring av könsfördelningen både i fråga om styrelsen och andra ledande befattningar i näringslivet. Det hade i detta sammanhang varit önskvärt att det utöver konstaterandet att hittillsvarande ansträngningar för att uppnå en jämn könsfördelning i bolagens styrelser visat sig otillräckliga i promemorian redovisats en ingående analys av i vilken mån åtgärden kan förväntas leda till att dessa målsättningar uppnås, liksom huruvida det eventuellt kan finnas andra typer av insatser – som inte innebär att något avsteg från likabehandlingsprincipen görs – som kan påskynda en sådan utveckling. Det kan i detta sammanhang nämnas att medan ett flertal studier ger stöd för att lagstadgad könskvotering kan utgöra ett effektivt medel för att få till stånd en jämnare könsfördelning i bolagsstyrelser<sup>10</sup>, visar erfarenheter från Norge att den reglering som där införts inte resulterat i någon motsvarande effekt när det gäller andra typer av ledande befattningar<sup>11</sup>.

Det finns härutöver anledning att särskilt uppmärksamma att den föreslagna regleringen föreslås omfatta även sådana helägda statliga aktiebolag som förvaltas av Regeringskansliet. Medan DO i och för sig delar bedömningen att det kan antas ha ett starkt signalvärde att de statliga bolagen omfattas av samma regler som aktiemarknadsbolagen i detta avseende, framgår det av promemorian att i dessa bolag redan idag 49 procent av styrelseledamöterna är kvinnor och 51 procent män. Av detta förefaller följa, som också konstateras i promemorian, att något påtagligt behov av att låta dessa bolag omfattas av ett lagstadgat könsfördelningskrav inte finns. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om denna del av förslaget kan anses utgöra en nödvändig och lämplig åtgärd för att uppnå de åsyftade målen.

Det är enligt DO:s mening vidare problematiskt att förslagets utgångspunkt vilar på en binär könsuppdelning mellan kvinnor och män. Medan ett sådant synsätt återkommer inom många olika områden i samhället, finns det anledning att understryka att det medför särskilda konsekvenser när det används som utgångspunkt för en lagstadgad bestämmelse om kvotering. Av promemorian framgår inte heller hur den aktuella bestämmelsen är avsedd att tillämpas i förhållande till personer som definierar sin könsidentitet på ett sätt som skiljer

---

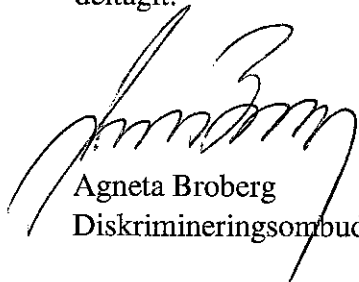
<sup>10</sup> Se till exempel Hoel, M. (2008). "The quota story: five years of change i Norway", I S. Vinnocombe, V. Singh, R.J. Burk, D. Bilimore och M. Huse (redaktörer), *Women on Corporate Boards of Directors: International Research and Practice*. Cheltenham: Edward Elgar; Storvik, A. och M. Teigen (2010). *Women on board: The Norwegian Experience*, Fredrich Ebert Stiftung, International Policy Analysis: Berlin; Walby, S. och J. Armstrong (2012). *Gender Quotas in Management Boards*. European Parliament, FEMM Committee.

<sup>11</sup> Bergstrand, M., S. E. Black, S. Jensen och A. Lleras-Muney (2014). *Breaking the glass ceiling? The effect of board quotas on female labor market outcomes in Norway*. The National Bureau of Economic Research, NBER Working Paper No. 20256; Storvik, A. och M. Teigen (2010). *Women on board: The Norwegian Experience*, Fredrich Ebert Stiftung, International Policy Analysis: Berlin.

sig från deras juridiska könstillhörighet. Enligt Diskrimineringsombudsmannens mening finns det i denna typ av situation en risk för att personer kan komma att missgynnas på ett sätt som innebär att de utsätts för diskriminering som har samband med könsidentitet.

**Sammanfattningsvis** anser DO således att det inte kan uteslutas att det om förslaget genomförs kan komma att uppstå situationer som vid en rättslig prövning skulle bedömas stå i strid mot förbudet mot diskriminering som har samband med kön eller könsidentitet. För att så långt som möjligt undvika att ett läge uppstår där en eventuell lagstiftnings rättsenlighet kan ifrågasättas anser DO att det är angeläget att beredningsunderlaget kompletteras i flera avseenden. Det bör därför fortsatt övervägas inte endast om ett EU-rättsligt förbud mot könsdiskriminering kan vara tillämpligt i dessa fall, utan även om förslaget kan anses uppfylla kravet på att utgöra en lämplig, nödvändig och proportionerlig åtgärd för att uppnå de mål som åsyftas. Slutligen bör det klargöras hur förslaget är avsett att tillämpas i förhållande till personer som definierar sin könsidentitet på ett sätt som skiljer sig från deras juridiska könstillhörighet.

Beslut i detta ärende har fattats av diskrimineringsombudsman Agneta Broberg efter utredning och förslag från experten Mattias Falk. I den slutliga handläggningen har också enhetscheferna Martin Mörk och Lovisa Strömberg deltagit.



Agneta Broberg  
Diskrimineringsombudsman