

NOTAT

Vår ref.

11/852-13 /SF-440, SF-512.1, SF-711, SF-822, SF-904 /

Dato:

24.01.2012

OMBUDETS UTTALELSE:

Sakens bakgrunn

Våren 2011 annonserte X kommune at det var ledige vikariater som gartnerassistent for sommeren 2011. Kommunen opprettet 15 sommervikariater i denne forbindelse. 60 personer søkte på vikariatene, og blant dem var Y, som er over 25 år gammel. Y ringte kommunen for å finne ut hvordan det lå an med hans søknad. Gartnersjef Z fortalte ham da at kommunen hadde valgt å kassere alle søknader fra søkere under 18 eller over 25 år, og at disse ikke kom til å få noe jobbtilbud. Gartnersjef Z forklarte at årsaken var at svært mange (over 60) kvalifiserte kandidater hadde søkt. Ellers hadde kommunen allerede sendt et tilbud til de aktuelle kandidatene. Y fikk aldri noe skriftlig svar på sin søknad.

Kommunen har redegjort for saken og forklart at det ikke ble skrevet noen innstilling eller protokoll, m. m, for ansettelsene. Kommunen har imidlertid fremlagt en kopi av den utvidete søkerlisten. Listen inneholder personlige opplysninger, samt opplysninger om hvilken utdanning og relevant erfaring søkerne har.

Partenes syn på saken

Y hevder at X kommunen har brutt arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av alder ved å sette en øvre og nedre aldersgrense i forbindelse med ansettelsen. Han legger til grunn at

kommunen har ”parkert” hans søknad på grunn av at han er over 25 år, og konkluderer med at X kommune har diskriminert ham på grunn av alder. Han viser til at han tidligere har arbeidet som sommervikar i kommunen, og at han dermed hadde en del erfaring som kunne ha kvalifisert ham til stillingen.

X kommune har redegjort for saken og har innrømt at det i ansettelsesprosessen ble gjort flere feil. I denne saken mente saksbehandler feilaktig at rutinene ikke gjaldt for kortvarige sommervikariater. Kommunen opplyser at den ellers har gode ansettelsesrutiner i forbindelse med blant annet utlysning, utvelgelse, foreløpig svar til søkerne, intervju, innstilling, ansettelse og avslag, men at det meste i dette tilfelle sviktet.

I og med at over 60 kandidater hadde søkt på de 15 vikariatene, ønsket ansvarlig saksbehandler å begrense antall kandidater som skulle vurderes. Av denne grunnen satte saksbehandleren en øvre grense på 25 år, med også det formålet å sikre at sammensetningen av vikarene skulle fungere godt. Kommunen gir uttrykk for at utvelgelse av kandidater på bakgrunn av alder ikke er akseptabelt og at slikt ikke vil komme å gjenta seg. Nedre aldersgrense ble satt til 18 år fordi kandidatene måtte ha førerkort for å kunne nå frem til arbeidsplassene, da X er vidstrakt kommune, og fordi kandidatene måtte være voksne nok til å kjøre gressklippere og håndtere utstyr. Saksbehandleren hadde lest alle søknader grundig. Personlig egnethet var utslagsgivende for hvem som ble ansatt. Det ble lagt vekt på om de hadde førerkort eller ikke. De aktuelle kandidatene ble videre vurdert ut fra muligheten for å jobbe hele eller deler av sommeren og etter bosted, ut fra et ønske om spredning blant bygdene i kommunen. I tillegg ble det lagt vekt på kjønn, fordi det var ønskelig med ca 50 % kvinner og ca 50 % menn, noe som hadde vist seg å fungere positivt før.

Ingen av de aktuelle kandidatene ble innkalt til intervju, fordi de fleste gikk på skole annensteds.

Når det gjelder om Y, ble hans søknad vurdert. Kommunen var kjent med hans tidligere arbeid i kommunen. Grunnen til at han ikke fikk noe tilbud var hans personlige egnethet. Kommunen forklarer at samarbeidsvilje- og evne er helt essensielle egenskaper for å få gartnervirksomheten til å fungere i de korte sommermånedene.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med arbeidsmiljøloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 4.

Arbeidsmiljøloven:

Arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av alder.

Forskjellsbehandling som har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles og som er nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke, anses ikke som diskriminering etter loven.

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn.

Likestillingsloven § 4 fastslår at en stilling ikke må lyses ledig for bare for det ene kjønn, såfremt det ikke finnes åpenbar grunn for det. Utlysning må heller ikke gi inntrykk av at arbeidsgiveren forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen.

Lovens vilkår om åpenbar grunn tolkes strengt. Kravet til åpenbar grunn forstås slik at det må foreligge en saklig og akseptabel grunn knyttet til stillingens innhold.

Ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse eller permittering må det ikke gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med § 3, det vil si det generelle diskrimineringsforbudet, jf. § 4 annet ledd.

Etter lovens § 3a (*særbehandling av det ene kjønn*) er ulik behandling som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene, ikke i strid med § 3. Adgang til denne type positiv særbehandling er likevel begrenset. Tiltaket må være egnet til å fremme likestilling og være rettet mot det kjønn som er underrepresentert på det aktuelle området. Tiltaket må være midlertidig, og det må ikke være uforholdsmessig i forhold til formålet. Videre, i lys av formålsbestemmelsen i likestillingsloven § 1, som slår fast at loven særlig tar sikte på å bedre kvinnens stilling, er adgang til særbehandling av menn kun tillatt på områder der det foreligger en rettslig hjemmel til det. Per i dag eksisterer det kun én slik hjemmel, nemlig forskrift om særbehandling av menn, som gjelder tilsetting i stilling der hovedoppgavene er undervisning av eller omsorg for barn, eller opptak til utdanning til slik stilling.

Regler om bevisbyrde

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. arbeidsmiljøloven § 13-8 og likestillingsloven § 16.

En påstand om diskriminering er ikke nok til at ombudet kan konkludere med at det er "grunn til å tro" at diskriminering er skjedd. Påstanden må støttes av andre opplysninger eller sakens omstendigheter for øvrig.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til tre spørsmål. De to første spørsmålene er om X kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) ved å knytte en øvre aldersgrense på 25 år til sommervikariatene, og i så fall om Y selv ble diskriminert i denne forbindelse. Det tredje spørsmålet er om kommunen handlet i strid med dette forbudet ved å sette en nedre aldersgrense på 18 år for stillingene.

25-års aldersgrense

X kommune har erkjent at det i denne saken ble satt en øvre aldersgrense på 25 år, uavhengig av kandidatenes kvalifikasjoner. Kommunen opplyser at alle kandidatene var godt kvalifisert. Der er derfor på det rene at kandidatene som var over 25 år ble vurdert som uegnet for stillingen kun som følge av deres alder. Det er derfor tale om direkte diskriminering på grunn av alder i denne saken, som i utgangspunktet er forbudt, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 (1).

Spørsmålet blir om forskjellsbehandlingen likevel kan være lovlig etter unntaksbestemmelsene i arbeidsmiljøloven § 13-3.

Etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (1) kan forskjellsbehandling på visse vilkår, herunder at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, være tillatt. X-kommune har ikke anført at en øvre aldersgrense er nødvendig av hensyn til arbeidsoppgavene eller stillingen som sådan. Ombudet ser derfor ikke grunn til å gå nærmere inn i vurderingen av dette unntaket, som ikke kan sies å komme til anvendelse her.

Videre kan forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles være tillatt etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (2).

Kommunen har uttalt at formålet med 25-årsgrensen var "å redusere antall søkere som skulle vurderes". Etter ombudets mening er dette ikke å anse som et saklig formål etter loven her. Videre var det et ønske "å sikre at sammensetningen skulle fungere godt". Isolert sett kan man si at ønske om et godt arbeidsmiljø er et saklig formål for en arbeidsgiver når tiltak skal iverksettes. Vurdert opp mot aldersdiskrimineringsforbudet og handlingen i denne saken, nemlig å avvise alle søkere over 25 år, mener ombudet at denne begrunnelsen ikke kan sies å være saklig, siden den har et underliggende diskriminerende element. Ombudet tolker kommunens uttalelse slik at den mente at tilnærmet lik alder på de ansatte var avgjørende for å få et godt arbeidsmiljø. Selv om ansatte i

samme aldersgruppe kan ha felles interesser og kommunisere godt, så er ikke alder noen garanti for at så er tilfelle. Ombudet kan ikke se at det er dekning for å si at et godt arbeidsmiljø og god utførelse av oppgavene er avhengig av lik alder i arbeidstakergruppen. Dersom et slikt ståsted skulle blitt ansett som saklig grunn for å forskjellsbehandle, ville diskrimineringsforbudet bli illusorisk.

Det er etter dette ikke nødvendig å vurdere de øvrige vilkårene etter unntaksbestemmelsen.

Ombudet finner derfor at X kommune har handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder ved å sette en 25-års aldersgrense i forbindelse med ansettelse i de 15 gartnervikariatene som ble utlyst våren. Ombudet vil bemerke at X kommune selv har erkjent at slik utvelgelse basert på alder er uakseptabel. Ombudet ser det som positivt at kommunen har tatt problemstillingen opp med enhetslederne i kommunen, med tillitsvalgte og med rådmannens lederteam for å sikre at dette ikke gjentar seg.

Diskriminering av Y

Til tross for at X kommune innrømmer å ha praktisert en 25-års aldersgrense, skriver kommunen at "Y sin søknad ble vurdert". Ombudet må derfor ta stilling til om det foreligger *grunn til å tro* at alder har hatt betydning for at han ikke ble tilbudt sommervikariat. I så fall går bevisbyrden over på X kommune. Kommunen må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

Det første spørsmålet er om det er grunn til å tro at Y alder har hatt betydning for X kommunes beslutning om ikke gi ham et tilbud, eller om det utelukkende var andre årsaker til dette. I og med at kommunen har erkjent å ha praktisert en slik aldersgrense, legger ombudet til grunn at aldersgrensen fungerte som hovedpremissen i behandlingen av alle søknader, herunder hans søknad. Dette gir grunn til å tro at hans alder ble vektlagt i hans disfavør. Bevisbyrden går dermed over på kommunen.

Ombudet forstår det slik at saksbehandler, som det fremgår av redegjørelsen, leste alle søknader og deretter valgte å se bort fra samtlige søknader fra kandidater som var eldre enn 25 år (i tillegg til kandidater under 18 år). Ombudet finner det vanskelig å forene dette med kommunens anførsel om at Y sin søknad ble vurdert, men ombudet ser samtidig at kommunen kjenner til han fra andre ansettelsesforhold i kommunen. Imidlertid kan ikke ombudet se at kommunen har dokumentert eller tilstrekkelig gjort rede for hvordan hans personlige egnethet ble vurdert.

Det er videre slik at forbudet mot diskriminering gjelder på alle trinn i en ansettelsesprosess. Etter praksis i saker om diskriminering på grunn av kjønn er det ikke noe vilkår at diskrimineringen skal ha

hatt konkrete skadevirkninger, men i stedet at den er egnet til å gi skadevirkninger, jf. ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27. Det må antas at det samme gjelder for diskriminering på andre grunnlag enn kjønn, herunder alder.

Så lenge det er blitt lagt vekt på alder, er dette altså tilstrekkelig for å konstatere at forskjellsbehandling har skjedd.

Ombudet legger derfor til grunn at Y sin alder ble vektlagt negativt i ansettelsesprosessen, og at X kommune dermed har handlet i strid med forbudet mot diskriminering i arbeidsmiljøloven i denne saken.

18-års alderskrav

X kommune opplyser at kandidater under 18 år ikke ble vurdert som aktuelle.

Dette er i utgangspunktet å anse som direkte diskriminering på grunn av alder. Krav om førerkort vil kunne innebære en indirekte diskriminering på grunn av alder, siden det er 18-års aldersgrense for å kjøre bil i Norge.

Spørsmålet blir om forskjellsbehandlingen kan være tillatt etter unntaket i arbeidsmiljøloven § 13-3 (1). Ombudet må da vurdere om forskjellsbehandlingen har et saklig formål, ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles, og om den er nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.

Kommunen har argumentert for at det var ønskelig med førerkort av hensyn til arbeidet. Kommunen er vidstrakt og kandidatene må derfor kunne kjøre for å nå frem til arbeidsstedene. Aldersgrensen var dessuten nødvendig av hensyn til kandidatenes egen sikkerhet. De måtte være voksne nok til å kjøre selvgående gressklipper og til å håndtere gressklipperutstyr.

Ombudet ser at verken krav om førerkort eller nedre aldersgrense på 18 år fremgår av utlysningsteksten, noe som burde fremkommet. Ombudet finner allikevel ikke grunn til å tvile på kommunens anførsler om at det var behov for førerkort og at man tok hensyn til kandidatenes sikkerhet. Ombudet ser i denne forbindelse hen til arbeidsmiljøloven § 11-1 (3). Bestemmelsen fastsetter at personer under 18 år ikke skal utføre arbeid som blant annet kan være til skade for deres sikkerhet.

Etter en helhetsvurdering er ombudet kommet frem til at kravene om førerkort og minstealder på 18 år både er saklige, nødvendige og ikke uforholdsmessig inngripende, og at X kommune derfor ikke har handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder ved å sette disse kravene.

Ombudets merknad til kommunens vektlegging av kjønn ved utvelgelsen av kandidater

X kommune har opplyst at ett av vurderingsmomentene for ansettelse var kandidatenes kjønn. Ombudet gjør oppmerksom på det ved ansettelse, med mindre det foreligger en åpenbar grunn for det, er forbudt å legge vekt på kandidatens kjønn. Ombudet kan ikke se at dette er tilfelle i denne saken. Ombudet kan heller ikke se at vilkårene for positiv særbehandling er oppfylt her, jf. det som er skrevet ovenfor om det rettslige grunnlaget for slik særbehandling. Ombudet ber kommunen se nærmere på regelverket omkring dette ved fremtidige ansettelser, og oppfordrer kommunen til å ta kontakt med ombudet for veiledning dersom det oppstår tvilsspørsmål.

Konklusjon

X kommune har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) ved å sette en øvre 25-års aldersgrense i forbindelse med ansettelser i sommervikariatet 2011 i kommunen, herunder i vurderingen av Y sin søknad. Men X kommune har ikke handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) ved å sette en nedre aldersgrense på 18 år.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. arbeidsmiljøloven § 13-9.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen 10. november om hvordan X kommune foreslår å løse saken, dersom X kommune velger å ikke bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Oslo, 06.10.2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud