

## **Ansettelsen av leder ikke i strid med forbudet mot aldersdiskriminering**

Klager mente seg forbigått til en utlyst lederstilling på grunn av alder. Det var ni søkere til stillingen. Fem søkere ble innkalt til intervju, herunder klager. Klager mente han var best kvalifisert til stillingen. Han viser også til at det bare ble innstilt en person til stillingen, selv om det ifølge veileder i rekrutteringsarbeidet i kommunen bør stå tre navn i innstillingen når det er minst tre kvalifiserte søkere.

Arbeidsgiver viser til at klager kjenner fagfeltet, men at han ikke har de nødvendige personlige egenskapene som skal til for å lede en resultatenheter og de endringsprosesser virksomheten stod ovenfor.

Ombudet understreker i sin vurdering at det ikke er slik at den som har lengst erfaring automatisk er å anse som best kvalifisert for en stilling. Ombudet peker på at kommunen burde vært tydeligere i innstillingen på hvordan både de faglige og ledelsesmessige kvalifikasjonene til søkerne ble vurdert. Ombudet kommer likevel til at alder ikke ble vektlagt i strid med diskrimineringsvernet ved ansettelsen.

Saken har vært behandlet i Likestillings- og diskrimineringsnemnda, som opprettholdt ombudets konklusjon. (sak 50/2010)

**Saksnr:** 09/2259  
**Lov :** arbeidsmiljøloven § 13-1

## **UTTALELSE - SAK OM ALDERSDISKRIMINERING VED ANSETTELSE**

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 15. september 2009 fra advokat A på vegne av B.

A hevder at B ble forbigått av X kommune i forbindelse med tilsetting av leder som var lyst ut med søknadsfrist 13. november 2008.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet frem til at X kommune ikke har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, da ombudet finner at alder ikke ble vektlagt ved ansettelsen.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra advokat A har mottatt dette brevet, se vedlagte orientering.

## OMBUDETS UTTALELSE

### Sakens bakgrunn

Stillingen i X kommune ble utlyst med søknadsfrist 13. november 2008. Senteret har i henhold til stillingsutlysningen ansvar for morsmålopplæring og tospråklig opplæring, og bistår barnehager og grunnskoler i X kommune i koordinering og tilrettelegging av norskopplæring for språklige minoriteter. Senteret har også ansvar for ressurstildeling i forbindelse med dette til barnehager og grunnskoler.

I følge utlysningen var det satt følgende krav til kvalifikasjoner for stillingen:

- Pedagogisk utdanning på høyskole-/universitetsnivå
- Videreutdanning og/eller erfaring fra fagfeltet
- Ledererfaring og gode lederegenskaper
- At søker kan være representativ for X kommunes overordnede verdier
- Vil kunne være en ressursperson i forhold til videreutvikling av senteret
- Har "stå-på-vilje" og godt humør

Det var ni søkere til stillingen. Intervjuteamet for stillingen besto av kommunaldirektøren, personalrådgiver og hovedtillitsvalgt for Utdanningsforbundet.

Fem søkere ble innkalt til intervju, herunder B. B ble ikke innstilt til stillingen. B er født i 1942, og var 66 år på tidspunktet for tilsettingen. C ble tilsatt i stillingen. Hun er født i 1958, og var 50 år på tidspunktet for tilsettingen.

### Partenes syn på saken

#### Advokat A på vegne av B

A hevder at B var best kvalifisert for stillingen, og at han ble usaklig forbigått til stillingen på grunn av alder. A viser til at X Kommune er forpliktet etter Hovedtariffavtalen i KS-området til å følge kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelse, jf. fellesbestemmelsenes § 2-2.

A anfører at B har bedre formelle kvalifikasjoner enn C. Både C og B har allmennlærerutdanning og 10 vektall/30 studiepoeng i skoleutvikling og ledelse. B har i tillegg ettårig spesialpedagogisk etterutdanning og migrasjonspedagogikk fra lærerhøgskole. Både spesialpedagogikken og migrasjonspedagogikken er sentral utdanning for å arbeide på et slikt senter.

B har også lenger praksis som lærer enn C. B har praksis som lærer fra august 1967, mens C har praksis som lærer fra 1981. B har lang pedagogisk erfaring fra både ungdomstrinnet og barnetrinet. Dessuten har han fra tiden som skolesjefens representant i BIK-prosjektet (barnehageutvikling i kommunene) i perioden 1991 – 1994 også innsikt i barnehagefeltet som er en del av senteret. B ble allerede i august 1979 fagveileder i X kommune med områdene spesialundervisning og tilpasset undervisning i norsk og matematikk. Dette utgjorde en halv stilling i tillegg til hans tilsetting ved Spesialscole i X.

Fra 1. februar 1986 ble B tilsatt i halv stilling som konsulent/førstekonsulent ved X skolekontor. Konsulentstillingen var kombinert med en veilederstilling, og omfattet flere arbeidsområder, blant annet ansvaret for grunnskolens opplæring av fremmedspråklige elever. Han skulle også være administrativ leder for eksterne spesialpedagogiske tiltak som ikke var underlagt administrasjonen ved den enkelte skole. Ledelses-, ansvars- og arbeidsområde til denne stillingen som til den aktuelle stillingen er i vesentlig grad sammenfallende.

I 2003 foretok X kommune en større omorganisering. Det ble bestemt at B skulle følge migrasjonsfeltet innenfor skole og barnehage, og fortsatt ha hovedansvaret for dette videre. B ble i forbindelse med at omorganiseringen ble iverksatt 1. januar 2004, tilsatt som undervisningsinspektør ved X Læringscenter.

Selv om stillingen er betegnet som undervisningsinspektør, innebar stillingen i realiteten ledelse av avdelingen. Dette fremgår klart av arbeidsbeskrivelsen for stillingen, som viser at B hadde den fulle ledelsen av avdelingen i X kommune. Det anføres derfor at B har hatt det fulle ansvaret for de fagområder senteret har i dag fra 1986 og frem til tilsetting av C.

B har også relevant erfaring fra før han begynte i X kommune i 1976, som tilsynslærer for spesialpedagogiske tiltak i Y kommune, med et overordnet ansvar for fagfeltet for alle skolene i kommunen.

B har ikke mottatt noen bemerkninger fra kommunen om at han ikke var skikket til stillingen som leder. Det må derfor kunne sluttet at han også nå ville ha vært skikket som leder for den aktuelle stillingen. Det anføres at stillingen som avdelingsleder for avdeling for flerspråklige barn og unge og den aktuelle stillingen er så like at B i realiteten kunne ha rettskrav på stillingen som leder for senteret. I dette tilfellet skulle stillingen ikke vært utlyst.

A anfører på denne bakgrunn at B var best kvalifisert, og at han ble usaklig forbigått. Det er i saken vedlagt et notat fra B vedrørende uttalelser om alder fra arbeidsgiver i forbindelse med ansettelsesprosessen, datert 8. november 2009. I notatet er det nedtegnet at Bs alder skal ha vært fremhevet ved tre anledninger. I begynnelsen av mai 2008 ønsket rådgiver i fagstab hos kommunaldirektør oppvekst, D, tilbakemelding på om B hadde planer om retrett på grunn av alder. Under en samtale om utlysning av stillingen den 10. mai 2008 med kommunaldirektør oppvekst, E, ga hun uttrykk for at hun ønsket å tilsette en person som kunne ha en lengre arbeidshorison foran seg enn B. Under intervjuet den 28. november 2008 ble B utfordret om hvilke tanker han hadde om hans alder, hvor han forklarte at han ønsket å arbeide til han ble 70 år.

Det hevdes at B i alle år har hatt klare meninger om oppbygning og utvikling av senteret. Han har siden 2004 bygget opp og ledet senteret, og det finnes ingen rimelig forklaring på hvorfor han ikke skulle være i stand til å lede senteret og de endringsprosesser man står overfor i årene fremover. B har ikke fått noen kritikk på det arbeidet han har gjort.

Det er derfor grunn til å tro at alder har vært vektlagt av kommunen under vurderingen av tilsetting av B i stillingen. Det faktum at B ikke ble innstilt for stillingen, til tross for at han åpenbart var kvalifisert, underbygger dette.

Det vises her også til at veileder i rekrutteringsarbeid for X kommune, som i punkt 6.1 sier at innstillingen bør bestå av tre navn i prioritert rekkefølge når det finnes minst tre kvalifiserte søkere. Så langt A kjenner til ble heller ikke Bs referanser kontaktet.

#### **X kommune v/ kommunaldirektør E**

X kommune bestrider at B ble forbigått på grunn av alder til stillingen som leder i X. X kommune anfører at de ved tilsettingen har lagt vekt på personlige egenskaper og lederegenskaper. Kommunen viser til innstillingen hvor det fremgår at intervjuet oppfatter B som utydelig i forhold til videreutvikling av senteret og hva han ser som potensialet for senteret fremover. Han har god systemkunnskap og kjenner fagfeltet, men viser ikke at han har de nødvendige personlige egenskapene som skal til for å lede en resultatenhets og de endringsprosessene senteret står overfor i årene fremover. Dette er begrunnelsen for at B ikke ble innstilt til stillingen.

Kommunen bemerker at det ikke er uvanlig i X kommune at det ikke innstilles noen vara til lederstillinger. I dette tilfelle ble det ikke innstilt flere søkere. Dersom C skulle takke nei til tilbudet, ville kommunaldirektøren foretatt en ny vurdering av et utvalg av søkerne som hadde vært til intervju.

C ble innstilt av intervjuet til stillingen etter en helhetsvurdering av søkerne på grunnlag av kompetanse, intervju og kjennskap til de mest aktuelle søkerne gjennom flerårig ansettelsesforhold i X kommune. Det ble vektlagt at hun hadde de nødvendige lederegenskapene, har lang erfaring som resultatansvarlig, kjenner utfordringene i forhold til undervisning og integrering av flerspråklige barn og unge, viser engasjement i forhold til fremtidig utvikling av senteret og har kunnskaper om fagfeltet. Det var enighet blant intervjuet om innstillingen. X kommune bestrider at B har hatt ansvar tilsvarende resultatansvarlig i X kommune. Det var først når avdelingen ble skilt ut fra X Læringssenter i 2008 at avdelingen ble omgjort til en selvstendig resultatansvarlig, og det ble opprettet en ny stilling som resultatansvarlig.

Virksomheten knyttet til opplæring av flerspråklige barn og unge i barnehage og skole var frem til januar 2004 organisert som en del av daværende opplæringsavdelingen. B var ansatt som saksbehandler i opplæringsavdelingen, og hadde sine oppgaver knyttet til denne delen av virksomheten. Opplæringssjefen var resultatansvarlig og rapporterte til kommunaldirektøren. Fra og med 2004 ble alle avdelingene i X kommune oppløst, og kommunen organiserte alle tjenestene i resultatansvarlige.

Opplæring av flerspråklige barn og unge ble organisert som en av fire avdelinger/seksjoner i resultatansvarlig X Læringssenter. Det var rektor ved X Læringssenter som var resultatansvarlig og rapporterte til kommunaldirektør. B var undervisningsinspektør og rapporterte til rektor.

Når det gjelder notatet B har nedtegnet, hvor det vises til tre konkrete tilfeller hvor han mener at hans alder har vært et tema av betydning for det videre

arbeidsforholdet, viser kommunen for det første til at det er uklart for dem hvilke spørsmål under intervjuet han har oppfattet slik. Kommunen anfører også at han har blitt ansett som formelt kvalifisert for stillingen, i og med at han ble innkalt til intervju. Det at B ble innkalt til intervju viser at hans alder ikke ville ha betydning for vurderingen av hans kvalifikasjoner og kompetanse for stillingen.

Når det gjelder Bs anførsel om at kommunaldirektøren under en samtale 10. mai 2008 skal ha gitt uttrykk for at hun ønsket å tilsette en person som kunne ha en lengre arbeidshorison foran seg, viser kommunen til at bakgrunnen for samtalen var at hun ville informere B om den forestående omorganiseringen.

Kommunaldirektøren ser det som naturlig i en samtale om forestående endringer i organisasjonen at en senior medarbeider blir stilt spørsmål om hvordan han tenker seg sin fremtid. Kommunaldirektøren ville også informere B om at hans stilling som undervisningsinspektør ville bli opprettholdt etter omorganiseringen.

B ble også i samtalen ønsket velkommen som søker, men ble også gjort oppmerksom på at dette var en ny stilling som kom i tillegg til hans stilling som undervisningsinspektør, med en resultatansvar og oppgaver. Det ville derfor bli reell konkurranse om stillingen. Kommunaldirektørens oppfatning av samtalen fremgår av et referat datert 18. mai 2009.

## 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 § 13-1 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av alder. Med direkte diskriminering menes at noen på grunn av alder stilles dårligere enn andre i en sammenlignbar situasjon.

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.

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 har ikke myndighet til å ta stilling til om kvalifikasjonsprinsippet nedfelt i Hovedtariffavtalen i KS-området er brutt. Tariffavtaler håndheves av partene i avtalen, eventuelt gjennom egne tvisteløsningsmekanismer eller Arbeidsretten. I denne saken er det, i tillegg til tvisten om ansettelse av ny leder, uenighet mellom partene om stillingen i realiteten var en videreføring av Bs stilling, slik at han hadde fortrinnsrett til denne stillingen, og at stillingen derfor ikke skulle vært utlyst. Klager viser her blant annet til Statens personalhåndbok kapittel 2.4.2.11. Ombudet har ikke

mandat til å ta stilling til hvorvidt B skulle hatt fortrinnsrett til stillingen, da ombudet ikke håndhever dette regelverket.

Spørsmålet som er brakt inn for ombudet er hvorvidt B ble forbigått ved ansettelsen etter at denne stillingen var blitt utlyst, på grunn av alder.

Det første ombudet må ta stilling til er om det er *grunn til å tro* at Bs alder har hatt betydning ved ansettelsen. Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at alder har hatt betydning, går bevisbyrden over på X kommune som må sannsynliggjøre at diskriminering likevel ikke har skjedd.

B viser til at kun én søker ble innstilt til stillingen, til tross for at han var åpenbart kvalifisert, og veileder i rekrutteringsarbeid for X kommune sier at tre søkere bør innstilles når det finnes minst tre kvalifiserte søkere. B hevder at dette underbygger hans påstand om at han er diskriminert på grunn av alder ved ansettelsen. Ombudet vil imidlertid ikke tillegge vekt at det kun ble innstilt én søker, da heller ingen andre av søkerne ble innstilt i tillegg til C. Denne omstendigheten har derfor liten bevisverdi for vurderingen av om B ble forbigått på grunn av alder eller ikke.

B var 66 år på ansettelsestidspunktet, mens C som ble ansatt i stillingen var 50 år. Når en arbeidssøker har 1 år igjen til pensjonsalder, kan det være mye som taler for at alder i seg selv kan gi grunn til å tro at alder har blitt vektlagt, særlig i situasjoner som i denne saken hvor det skulle ansettes en leder for en nyopprettet avdeling.

Ombudet kan likevel ikke på generelt grunnlag si at alder alene gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, da hver sak må vurderes konkret. B har lang erfaring, mer enn 20 år, med arbeid fra fagfeltet. Han har også hatt stillinger som har elementer av lederoppgaver i seg. Det kan for eksempel vises til arbeidsbeskrivelsen til stillingen som undervisningsinspektør, med arbeidstittel avdelingsleder, ved X Læringssenter som B hadde fra 2004. Der fremgår blant annet at B inngikk i senterets ledergruppe, han hadde ansvar for tilrettelegging og gjennomføring av morsmål opplæring og personalansvar for morsmållærere/tospråklige lærere og tospråklige assistenter som er knyttet til avdelingen. B anfører at han ikke har fått negative tilbakemeldinger på utført arbeid. Ombudet kan ikke se at X kommune bestrider dette.

Bs alder har dessuten vært et tema ved tre konkrete anledninger. B har blant annet fått spørsmål om hvordan han selv betrakter sin alder, og om eventuelle planer om pensjonering. Det er noe ulik oppfatning mellom partene både om hva som faktisk ble sagt og hva som var motivet bak at dette tema ble tatt opp med B. Det faktum at Bs alder har vært tatt opp indikerer likevel at hans alder har vært i arbeidsgivers bevissthet, og kan sammen med øvrige omstendigheter i denne saken gi grunn til å tro at alder har vært vektlagt ved ansettelsen.

På denne bakgrunn finner ombudet at det er grunn til å tro at alder har hatt betydning ved ansettelsen. Det neste spørsmålet ombudet må ta stilling til er om X kommune likevel har sannsynliggjort at alder ikke ble vektlagt ved ansettelsen, slik at ombudet må legge til grunn at diskriminering ikke har skjedd.

Når det gjelder samtalene hvor Bs alder var et tema anfører X kommune

at de mente det var naturlig å ta en samtale med sine senior medarbeidere i forkant av en omstilling. Etter ombudets vurdering kan det være god personalpolitikk å ta samtaler med enkelte ansatte, for eksempel seniorer, i forbindelse med omstillinger i virksomheten. Kommunen anfører dessuten at det under samtalene ble presisert at B var velkommen som søker.

X kommune har fremholdt at stillingen som leder var en ny stilling, og den skulle lyses ut med reell konkurranse. Ved ansettelse i offentlig sektor gjelder et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp, som innebærer at den best kvalifiserte for stillingen skal ansettes. Det ligger til arbeidsgivers styringsrett å fastsette hvilke kvalifikasjonskrav som skal oppstilles for en stilling. Kvalifikasjonskrav for stillingen var i følge stillingsutlysningen blant annet både erfaring fra fagfeltet, ledererfaring og gode lederegenskaper.

B har mer enn 20 år praksis fra arbeid på feltet i X kommune. Når det gjelder ledererfaring og lederansvar synes det å være uenighet mellom partene om hvilken erfaring B hadde. X kommune har imidlertid redegjort for at B var undervisningsinspektør og rapporterte til rektor. Rektor ved X læringssenter var resultatansvarlig og rapporterte til kommunaldirektør. Ombudet har ikke noe grunnlag for å trekke i tvil eller overprøve dette, og legger derfor kommunens redegjørelse på dette punktet til grunn.

X kommune har fremholdt at de har lagt vekt på personlige egenskaper og lederegenskaper ved ansettelsen. Det fremgår av en enstemmig innstilling at intervjuet mente B ikke har de lederegenskapene som er nødvendige i en resultatansvarlig stilling. Intervjuet oppfattet B som utydelig i forhold til videreutvikling av senteret og hva han ser som potensialet for senteret fremover. Det fremgår videre at B har god systemkunnskap og kjenner fagfeltet, men viser ikke at han har de nødvendige personlige egenskapene som skal til for å lede en resultatansvarlig enhet og de endringsprosesser senteret står overfor.

Når det gjelder vurderingen av C fremgår det av innstillingen at intervjuet opplevde at hun har gode lederegenskaper som er nødvendige i en stilling som leder av en resultatansvarlig enhet, samtidig som hun har lang erfaring med nettopp slike lederoppgaver. Intervjuet oppfattet henne som reflektert og har interessante tanker og meninger om utviklingen av senteret og hvordan senteret kan bli et ressurscenter i kommunen innenfor det aktuelle fagfeltet. C har vært interessert i fagfeltet siden tiden som rektor på Z hvor hun var med på å bygge opp ny innføringsklasse.

Ombudet finner det vanskelig å overprøve arbeidsgivers vurdering av hvilke lederegenskaper og hvilken ledererfaring som skal etterspørres og vektlegges for stillingen, og hvordan søkerne skal vurderes opp mot dette. Ombudet forstår det slik at kommunen også ved vurderingen av de øvrige søkerne til stillingen har lagt stor vekt på ledererfaring og lederegenskaper, med bakgrunn i innstillingen.

Ombudet vil i tillegg understreke at det ikke er slik at den som har lengst erfaring automatisk er å anse som best kvalifisert for en stilling. Spørsmålet om hvem som er best kvalifisert avgjøres av en samlet vurdering søkerens formelle kompetanse og erfaring, hvor lengden av erfaringen inngår som ett av flere momenter. B kan

etter ombudets vurdering ikke vinne frem med at han er bedre kvalifisert enn C alene fordi han har lenger erfaring.

På tross av at X kommune synes å ha hatt et særlig fokus på å ansette en person med ledererfaring og lederegenskaper, burde kommunen likevel etter ombudets vurdering vært enda tydeligere i innstillingen på hvordan både de faglige og ledelsesmessige kvalifikasjonene til søkerne ble vurdert. Ombudet viser til kvalifikasjonskravene etter utlysningsteksten, hvor det fremgår at det var krav både til videreutdanning og/eller erfaring fra feltet, i tillegg til ledererfaring og gode lederegenskaper.

Etter ombudets vurdering bør arbeidsgiver være særlig tydelig på hvordan søkeres kvalifikasjoner vurderes i en situasjon som denne, hvor en intern søker hadde lang erfaring fra feltet, også med lederoppgaver, og det var en forutgående tvist om denne søkeren hadde fortrinnsrett til stillingen.

### **Konklusjon**

X kommune har ikke handlet i strid med forbudet mot aldersdiskriminering på grunn av alder i arbeidsmiljøloven § 13-1 ved ansettelsen.