



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

UTTALELSE I SAK OM ALDERSDISKRIMINERING VED ANSETTELSE

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til henvendelse fra Skolenes Landsforbund på vegne av deres medlem A av 24. september 2007.

Skolenes Landsforbund hevder at A (59 år) ble forbigått på grunn av alder ved tilsetning i rådgiverfunksjon ved Skolen. Det hevdes at A var best kvalifisert. Av hensyn til alderssammensetningen blant rådgiverne fravek skolen kvalifikasjonskrav for stillingen, og en yngre søker (39 år) ble ansatt.

Ombudet konkluderer med at Skolen har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) jf § 13-2 (1) bokstav a), ved at A ble forbigått på grunn av alder. Ombudet har funnet at Skolen ikke har sannsynliggjort at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (2) er oppfylt i dette tilfelle.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda, innen en frist på tre uker fra mottakelsen av dette brev. Se vedlagte orientering.

BEGRUNNELSEN FOR OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Likestillings- og diskrimineringsombudets presentasjon av sakens bakgrunn i det følgende bygger på partenes skriftlige redegjørelse for saken.

A søkte på 50 % rådgiverfunksjon ved Skolen 10. april 2007. A var intern søker. Det var 10 søkere til stillingen, 3 interne og 7 eksterne.

Av utlysningsteksten fremgår:

”Den som tilsettes må ha utdanning/erfaring innen sosialpedagogisk veiledning og undervisningskompetanse.”

Av rektors innstilling av 9. mai 2007 fremgår:

”Av interne søkere er A den best formelt kvalifiserte. Han har tidligere innehatt rådgiverfunksjon ved skolen, men har valgt å gå ut av den. Han er 59 år, omtrent samme alder som de to andre av skolens rådgivere. Av hensyn til rekruttering ønsker rektor å satse på yngre krefter. NN er 39 år, lektor med 3-årig ingeniørutdanning, engelsk grunnfag og mastergrad i norsk/nordisk. Hun mangler sosialpedagogisk utdanning, men vurderes som svært egnet, og er villig til å skaffe seg formell rådgiverkompetanse.”

Rektor fattet tilsetningsvedtak 25. mai 2007. NN ble tilsatt i funksjonen som rådgiver i 50 % av hel stilling med hovedansvar for sosialpedagogisk veiledning. I tilsetningsvedtaket var det inntatt en klausul om at NN skulle tilegne seg formell rådgiverkompetanse tilsvarende 30 studiepoeng innen 3 år fra tilsetting.

Skolenes Landsforbund har fremmet klage over tilsettingen på vegne av deres medlem A. Det anføres at A har både utdanning og erfaring for stillingen. Skolenes Landsforbund hevder at det var enighet mellom rektor og de tillitsvalgte om at eksterne søkere bare ville bli valgt dersom det ikke var kvalifiserte interne søkere, og viser til at dette også fremgår av rektors innstilling.

Skolenes Landsforbund viser også til rektors innstilling, hvor det fremgår at A er best formelt kvalifisert blant de interne søkerne. Det er etter Skolenes Landsforbunds oppfatning aldersdiskriminering når skolen, begrunnet i et ønske om å ”satse på yngre krefter”, tilsetter en yngre søker som mangler både utdanning og erfaring innen sosialpedagogisk arbeid. Det ble derfor fremmet innsigelser mot innstillingen. Innsigelsene ble ikke tatt til følge av rektor, og tilsetningsvedtak ble fattet i tråd med innstillingen.

Skolen bestrider at A ble diskriminert på grunn av alder ved tilsettingen.

Skolen opplyser at bakgrunnen for utlysningen av rådgiverfunksjonen var økt satsing på rådgiverfunksjonen, og at skolens to rådgivere, på henholdsvis 58 og 59 år, gjennomførte første kursrekke skoleåret 06/07. Den ene rådgiveren ønsket å trappe ned rådgiverdelen av sin stilling. Det ble lagt til rette for dette som et seniorpolitisk tiltak. I drøftinger med tillitsvalgte oppsto det usikkerhet om man internt ville få søkere som ønsket å satse på rådgivning, og det ble derfor anbefalt både intern og ekstern utlysning, men at eksterne søkere bare skulle velges dersom en ikke fant kvalifiserte interne søkere.

Skolen begrunner ønsket om å rekruttere og bygge opp yngre krefter i en krevende rådgiverstilling med at det var et seniorpolitisk tiltak som var hovedårsaken til utlysningen. Det ble drøftet med de tillitsvalgte hvem som skulle innkalles til intervju, og det var enighet om plan for intervju. A ble ikke innkalt til intervju. Rektor hadde en lang samtale med A om hvorfor han ikke ble vurdert som aktuell til stillingen.

Når det gjelder kvalifikasjonsvurderingen anfører Skolen at formelle kvalifikasjoner ikke er ensbetydende med at man er best kvalifisert. Tilsetting skjer i dag ikke kun på

grunnlag av formell utdanning og ansiennitet. Samarbeidsevner og personlig egnethet vektlegges i stor grad. NN ble vurdert som godt egnet til stillingen. Hun har god faglig ferdypning og erfaring fra undervisning i videregående skole. Som kontaktlærer har hun vist svært gode egenskaper i møte med elevene, og hun er sterk på samarbeid. Hun har også vist stor evne til å gjennomføre nødvendig videreutdanning.

Arbeidsmiljøloven

Arbeidsmiljøloven forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av alder, jf § 13-1. Denne saken reiser spørsmål om direkte forskjellsbehandling. Med direkte forskjellsbehandling menes at en person på grunn av alder stilles dårligere enn andre. Forbudet mot diskriminering gjelder alle sider av ansettelsesforholdet, herunder ansettelse, jf § 13-2 (1) bokstav a).

Forskjellsbehandling som har et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngrepende overfor den som forskjellsbehandles, er likevel ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder, jf arbeidsmiljøloven § 13-3 (2). Etter denne bestemmelsen kan for eksempel hensynet til en fornuftlig aldersspredning, under visse omstendigheter, vektlegges ved ansettelse (NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, side 66).

Arbeidsmiljøloven fastslår at det i saker om diskriminering er delt bevisbyrde, jf § 13-8. Dette betyr at den som hevder å være diskriminert, i utgangspunktet har bevisbyrden for dette. Det er tilstrekkelig at det fremlegges opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, men det er ikke tilstrekkelig med kun en påstand om dette. Dersom opplysningene i saken gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, må den som beskyldes for diskriminering, bevise at diskriminering ikke har funnet sted.

Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om det har skjedd diskriminering på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) jf § 13-2 (1) bokstav a) ved tilsetting i rådgiverfunksjonen ved Skolen.

Partene har i saken for ombudet redegjort for at det var enighet om at stillingen skulle lyses ut eksternt, men at eksterne søkere bare skulle velges dersom det ikke var kvalifiserte interne søkere. Ombudet presiserer innledningsvis at en slik enighet mellom partene ikke er avgjørende i seg selv ved vurderingen av om arbeidsmiljølovens forbud mot diskriminering på grunn av alder er overtrådt.

Det fremgår av både rektors innstilling og redegjørelsen for ombudet fra Skolen at alder er vektlagt, og at en annen søker ble ansatt fordi denne var yngre. Det er derfor på det rene at alder har påvirket tilsettingen. Bevisbyrden går derfor over på Skolen,

som må sannsynliggjøre at det ikke har skjedd diskriminering i strid med loven, jf arbeidsmiljøloven § 13-8.

Spørsmålet i denne saken er om Skolen hadde adgang til å forskjellsbehandle på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (2). Etter denne bestemmelsen er forskjellsbehandling som er *nødvendig* for å oppnå et *saklig formål*, og som *ikke er uforholdsmessig inngripende* overfor den som forskjellsbehandles, ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder.

Hensynet til en fornuftig alderssammensetning kan utgjøre saklig grunn til forskjellsbehandling etter arbeidsmiljøloven § 13-3 (2). Bestemmelsen kan dermed, i utgangspunktet, påberopes av arbeidsgivere for det formål Skolen anfører.

Spørsmålet er dermed om Skolen har sannsynliggjort at de har handlet innenfor rammene for adgangen til forskjellsbehandling, med andre ord, om forskjellsbehandlingen var nødvendig, saklig og ikke uforholdsmessig inngripende. Disse kriteriene innebærer klare begrensninger i adgangen til forskjellsbehandling. I dette ligger et krav om at arbeidsgiver må vise at forskjellsbehandlingen vil ha de ønskede virkningene, og at den både er nødvendig og ikke går lenger enn nødvendig. Herunder må det vurderes om målet kan nås på en måte som ikke bryter med prinsippet om ikke-diskriminering, jf NOU 2003:2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, side 66.

Skolen har ikke gitt en *konkret* begrunnelse for *hvorfor* hensynet til alderssammensetning var viktig, til tross for at de under saken for ombudet er bedt om å redegjøre for vektleggingen av søkerens alder, herunder den vurdering som ble gjort i forhold til rekruttering og alderssammensetning, og hvorfor det var viktig å rekruttere en yngre søker til stillingen.

Denne saken gjelder alderssammensetningen blant de som innehar en rådgiverfunksjon, totalt tre ansatte, og ikke for eksempel en avdeling eller en større del av virksomheten. Etter ombudets vurdering kan det forhold at de to øvrige rådgiverne ved skolen er henholdsvis 58 og 59 år, og at skolen derfor av hensyn til rekruttering ønsket å satse på yngre krefter, ikke i seg selv innebære at forskjellsbehandlingen anses saklig, nødvendig og forholdsmessig. Et slikt syn er slik ombudet ser det ikke i samsvar med lovens ordlyd og hensynene bak diskrimineringsvernet. Dersom det skulle være tilstrekkelig ville forbudet mot aldersdiskriminering bli utvannet.

Etter ombudets vurdering må det kreves at en arbeidsgiver som forskjellsbehandler søkere på grunn av alder, gir en grundigere redegjørelse i forhold til lovens kriterier enn det Skolen har gjort i denne saken, dersom bevisbyrden skal anses for oppfylt.

Heller ikke det forhold at stillingen var lyst ut som ledd i et seniorpolitisk tiltak kan etter ombudets vurdering innebære at det var adgang til forskjellsbehandling. Ombudet vil understreke at det er positivt at Skolen har iverksatt seniorpolitiske

tiltak. Det er ønskelig, og i noen tilfeller også nødvendig, for å realisere målsetningen om at arbeidstakere skal stå lenger i arbeid og motvirke utstøtning av seniorer i arbeidslivet. Det er likevel ikke slik at man, som ledd i et seniorpolitisk tiltak, kan forskjellsbehandle andre seniorer på usaklig grunnlag.

Ombudet vil for ordens skyld føye til at forskjellsbehandling på grunn av alder må være objektivt begrunnet. Det skal svært mye til før man kan akseptere begrunnelser som bygger på at en person vil være bedre egnet for visse arbeidsoppgaver på grunn av alder, jf NOU 2003: 2 Skjerpet vern mot diskriminering i arbeidslivet, side 47. Retten til en individuell vurdering utgjør selve kjernen i diskrimineringsvernet. Man kan derfor ikke på generelt grunnlag anføre at skolen har behov for ”yngre rådgivere” for å kommunisere med elevene, basert på stereotype oppfatninger om hvilke aldersgrupper som er best egnet til dette.

Etter ombudets vurdering må det dessuten veie tungt at Skolen ved tilsettingen har fraveket formelle kvalifikasjonskrav etter utlysningsteksten, ved at den som ble tilsatt, ikke hadde sosialpedagogisk utdanning. Når Skolen fraviker formelle kvalifikasjonskrav, og forbigår A som oppfyller disse, er dette etter ombudets oppfatning uforholdsmessig inngripende overfor A.

Ombudet vil likevel presisere at vi deler Skolen’ oppfatning om at personlig egnethet skal vektlegges som ledd i kvalifikasjonsvurderingen, og at formell utdannelse og ansiennitet ikke alene er avgjørende. Dette er også lagt til grunn i ombudets praksis. Kvalifikasjonsvurderingen er imidlertid ”to-leddet”. Arbeidsgiver må først vurdere formelle kvalifikasjonskrav, der det er oppstilt i utlysningstekst eller i lovverket (eks opplæringslova). Andre forhold, som personlige egenskaper, er deretter relevant og kan være utslagsgivende, blant de kandidatene som er formelt kvalifisert. Dersom personlige egenskaper etter arbeidsgivers vurdering veier tungt i en ansettelsesprosess er det viktig med god dokumentasjon om hva som er vektlagt. Det tilføyes også at at Skolen i denne saken ikke har hevdet at A er *uegnet* for stillingen, men det er anført at NN er *godt egnet*.

På denne bakgrunn finner ombudet at Skolen ikke har sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen av A er tillatt etter unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-3 (2), jf § 13-8. Skolen har dermed handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder ved tilsetting i rådgiverfunksjonen, jf arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) jf § 13-2 (1) bokstav a).

Kompensasjon

Det følger av arbeidsmiljøloven § 13-9 at den som utsettes for diskriminering i strid med loven, kan kreve oppreisning (kompensasjon for ikke-økonomisk tap) og erstatning (for økonomisk tap). Oppreisning fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Oppreisning kan kreves uten hensyn til arbeidsgivers skyld.

Likestillings- og diskrimineringsombudet håndhever ikke arbeidsmiljølovens bestemmelser om oppreisning og erstatning. Dersom A ønsker å søke om erstatning, må han reise søksmål for de alminnelige domstoler.

Ombudet vil likevel anmode Skolen om å komme frem til en minnelig ordning med A om et erstatningsbeløp for diskriminering på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven. Ombudet ber om en tilbakemelding fra Skolen om dette innen tre uker fra mottakelsen av denne uttalelsen.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
Likestillings- og diskrimineringsombud

Vedlegg: orientering om klageadgang

Kopi: Skolenes Landsforbund

Saksbehandler: Anne Kirsti Lunde