



DISKRIMINERINGSNEMNDA

Offentlig versjon

Sak 2022/1260

A

mot

Forsvaret

**Vedtak av 18. januar 2024 fra Diskrimineringsnemnda,
sammensatt av følgende medlemmer:**

Torstein Frantzen (nemndleder)

May-Britt Erstad

Lars Magnus Bergh

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Kaigaten 9 5015 Bergen	(+47) 909 33 125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

Saken gjelder spørsmål om en ansatt i Forsvaret ble diskriminert på grunn av alder ved at han fikk avslag på søknad om grunnleggende offiserkurs.

Bakgrunn for saken

A er ansatt ved Kystvakten i Sjøforsvaret.

For å være kvalifisert for stabstillinger og enkelte maskinmesterstillinger i Sjøforsvaret, må man enten ha utdanning fra Sjøkrigsskolen, eller relevant bachelorgrad fra sivil høyskole og grunnleggende offiserkurs (GOK).

GOK er et halvårsstudium for personell i Forsvaret med relevant sivil bachelorgrad. Formålet med GOK er at man etter kurset skal kunne bekle offiserstillinger som for eksempel stabsoffiser, skipssjef eller maskinmester i Sjøforsvaret. GOK er felles for forsvarsgrenene, og hver forsvarsgren får tildelt et antall plasser.

Bakgrunnen for kurset er at Forsvaret ikke selv utdanner nok personell gjennom Sjøkrigsskolen. GOK etterutdanner derfor personell med sivil utdanning, slik at de kan tilsettes som offiserer. Disse likestilles med krigsskoleutdannede offiserer med tanke på karriere i stillinger som er forbeholdt offiserer. Uten GOK vil personell med sivil utdanning kunne bekle stilling som for eksempel førstemasinist, men ikke maskinmester.

Opptaksprosessen til GOK skjer ved at Kystvakten innstiller et antall kandidater til opptak etter at kandidatene er valgt ut internt. Deretter gjennomfører kandidatene en rekke fysiske og teoretiske prøver gjennom Forsvarets opptak og seleksjon (FOS) på Sessvollmoen.

Dersom kandidatene kommer gjennom opptaksprosessen, tilbys kursplass til et utvalg av kandidatene, basert på antall ledige plasser Kystvakten har blitt tildelt, Kystvaktens behov, og avdelingens rangering av de aktuelle kandidatene.

Utvelgelsen av hvem som får mulighet til å delta på FOS, og som da kan konkurrere om skoleplass på GOK, er arbeidsgiverstyrt og skjer ikke gjennom søknadsprosess. Dette betyr i praksis at man blir utvalgt basert på avdelingens vurdering av hvilket behov organisasjonen har for å fylle konkrete roller etter endt utdanning. Avdelingen (i dette tilfellet Kystvakten) velger ut kandidater som fyller behovet på best mulig måte.

Tidligere har det ikke vært lagt opp til at ansatte i Forsvaret skal melde sin interesse for å gjennomføre GOK, men i et ønske om en mer åpen prosess åpnet Kystvakten for dette i 2022.

A søkte om opptak til GOK 2. januar 2022. Han var 45 år på søknadstidspunktet. Søknaden hans ble avslått av Sjøforsvaret 8. februar samme år. I avslaget står blant annet følgende:

«Etter en intern vurdering av kandidatene der Kystvaktens behov, søkernes alder, tjenestehistorikk, påtegning/anbefaling og medisinske/fysiske skikkethet ble lagt til grunn innstilte Kystvakten 12 kandidater til FOS/GOK (...)».

A klagde saken inn for Diskrimineringsnemnda 28. september 2022 med anførsel om diskriminering på grunn av alder. Norges offiser- og spesialistforbund avd. Kystvakten har inngitt avsluttende bemerkninger på vegne av A, som svar på Sjøforsvarets tilsvare i saken.

Etter vanlig saksforberedelse ble saken behandlet i nemndas møte 23. november 2023 i Statens Hus i Bergen. Nemnda var satt med nemndleder Torstein Frantzen og nemndmedlemmene May-Britt Erstad og Lars Magnus Bergh. Sekretariatet var representert ved Kristine Fleten Sandven og Ingrid Teistung. Studentpraktikant Helene Gåseland Egeland deltok som observatør.

Partenes argumenter

En kort oppsummering av As argumenter:

Sjøforsvaret har diskriminert A på grunn av alder.

Arbeidsgiver har avslått søknaden hans om opptak til GOK. Søkernes alder er ett av flere kriterier som legges til grunn. I As tilfelle er det alderen hans som har vært diskvalifiserende.

Uttak av kandidater til GOK i Kystvakten er en prosess uten partsmedvirkning og innsyn. Dette er en uheldig måte å gjennomføre prosesser på i det offentlige, siden det tilrettelegger for vilkårlighet og nepotisme. Kystvaktens karriere- og kompetanseråd består bare av medlemmer fra arbeidsgiversiden, og Norges offiser- og spesialistforbund avd. Kystvakten kan derfor verken bekrefte eller avkrefte om prosessen har vært rettferdig og uten noen form for diskriminering.

Forsvaret er unntatt forbudet mot aldersdiskriminering i aml. § 13-1 første ledd, jf. forsvarsloven § 44 andre ledd. Grunnlaget for å unnta etter denne bestemmelsen er imidlertid at det foreligger definerbare saklige grunner for å gjøre dette. Sjøforsvaret anfører ingen slike grunner. Det nærmeste argumentet er funksjonstiden for offiserer og at man ved en alder på 40 år bare har 20 år igjen i Forsvaret. Skulle dette argumentet kunne tillegges vekt, måtte samtlige maskinmestere i Kystvakten som var OF2 være under 40 år gamle. Det er ikke tilfellet.

Det er for øvrig uavklart om militært personell som tjenestegjør på Forsvarets skip er en del av unntaket for sjøfart eller ikke, jf. også Arbeids- og inkluderingsdepartementets svar 7. november 2022.

En kort oppsummering av Forsvaret v/Sjøforsvarets argumenter:

Forsvaret har ikke diskriminert A på grunn av alder.

A har ikke blitt forskjellsbehandlet på grunn av alder. Dersom nemnda kommer til at A har blitt forskjellsbehandlet på grunn av alder, er forskjellsbehandlingen uansett lovlig.

As alder ble ikke ansett diskvalifiserende i seg selv. Det var flere kandidater, både yngre og eldre enn ham, som heller ikke fikk tilbud. Det var også personell som var nær A i alder som ble innstilt til FOS og kom gjennom opptaksprøvene. Den eldste fra Kystvakten som påbegynte GOK i 2022 var 40 på søknadstidspunktet. Hoveddelen av de som ikke nådde opp var yngre enn A, og han var heller ikke den eldste søkeren.

Samtidig har alder spilt inn som ett av mange momenter i vurderingen av hvem som utvelges til GOK. Hensikten med GOK er å utdanne offiserer i henhold til Forsvarets behov. Nyttetid som offiser frem til aldersgrense 60 år og vurdering av potensiale for fremtidige stillinger, er da av betydning.

Grunnen til at A ikke ble innstilt var imidlertid ikke utelukkende basert på dette, men på en bred helhetsvurdering. Kystvakten har hatt samtaler med ham tidligere hvor det har blitt stilt spørsmål om han var villig til å tre inn i stilling som maskinmester så fort som mulig, dersom han skulle velges ut til GOK. A ønsket ikke det. Han ønsket heller å tiltre som førstemaskinist. Ettersom dette ikke samsvarer med Kystvaktens behov, ble A prioritert lavere enn annet personell.

Uavhengig av om en eventuell forskjellsbehandling er lovlig etter arbeidsmiljølovens § 13-3, er militært tilsatte unntatt fra arbeidsmiljølovens forbud i § 13-1 første ledd, jf. forsvarsloven § 44 andre ledd.

Forsvarsloven § 44 andre ledd viderefører forsvarspersonelloven (2004) § 4 andre ledd. Unntaket fra forbudet mot å forskjellsbehandle på grunn av alder bygger på bestemmelsen i rådsdirektiv 2000/78/EF artikkel 3 nummer 4. Rådsdirektivet tillater staten å unnta de militære styrkene fra forbudet mot diskriminering basert på alder og funksjonsnedsettelse.

Den nærmere rekkevidden av unntaket i forsvarsloven § 44 andre ledd er ikke nødvendigvis avklart. Det kan være uklart om unntaket gjelder alle sider ved

arbeidsforholdet, jf. arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd, eller om unntaket bare ved tilsetting, jf. overskriften i forsvarsloven § 44. Forarbeidene til forsvarsloven løser ikke problemstillingen uttrykkelig. Så vidt Sjøforsvaret er kjent med, finnes det heller ikke domstols- eller nemndspraksis som tar stilling til spørsmålet.

Dette kommer imidlertid ikke på spissen i denne saken. Utvelgelsen av personell til GOK er uløselig knyttet opp mot fremtidige tilsetninger i høyere stilling. Utvelgelsen må derfor anses for å falle innenfor unntaksregelen i forsvarsloven § 44 andre ledd. Uttak til GOK ville medføre å endre As tilsetting fra spesialist til offiser.

A er dessuten disponert i stilling på fartøy i Kystvakten. Personell på fartøy er unntatt arbeidsmiljølovens bestemmelser i sin helhet, jf. unntaket for sjøfart i arbeidsmiljøloven § 1-2 andre ledd bokstav a. Mannskap som gjør tjeneste på Forsvarets skip er for øvrig også unntatt skipsarbeidsloven (herunder også bestemmelsene om aldersdiskriminering), jf. lovens § 1-2 annet ledd bokstav b.

Nemndas syn på saken

Nemnda har kommet til at saken skal avvises fordi vilkårene for å behandle den ikke er oppfylt, som følge av unntaket i forsvarsloven § 44 andre ledd.

Sakens rettslige utgangspunkt

Diskrimineringsregelverket

Diskriminering på grunn av alder er forbudt, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6. Med diskriminering menes direkte eller indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter unntaksbestemmelsene i §§ 9 og 10 eller bestemmelsen om positiv særbehandling i § 11.

Loven gjelder ikke ved diskriminering på grunn av alder i forhold som reguleres av arbeidsmiljøloven kapittel 13 og skipsarbeidsloven kapittel 10, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 2 andre ledd.

Sjøfart er unntatt fra arbeidsmiljøloven, jf. loven § 1-2 andre ledd bokstav a. Arbeidsmiljøet til sjøs reguleres i stedet av skipsarbeidsloven. Skipsarbeidsloven gjelder imidlertid ikke for arbeidstaker som «gjør tjeneste på Forsvarets skip, med unntak av sivilt personell på skip befraktet av Forsvaret», jf. loven § 1-2 andre ledd bokstav b.

Forsvarsloven

Forsvarsloven § 44 regulerer tilsettvilkår for militært ansatte. Det følger av bestemmelsens andre ledd at «militært ansatte er unntatt fra forbudet om forskjellsbehandling på grunn av alder etter arbeidsmiljøloven § 13-1 første ledd».

Avvisning

Nemnda skal avvise en sak dersom vilkårene for å behandle den ikke er oppfylt, jf. diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd bokstav b.

Den konkrete vurderingen

Nemnda har kommet til at saken skal avvises fordi vilkårene for å behandle den ikke er oppfylt, jf. diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd bokstav b.

Forsvarsloven § 44 andre ledd unntar «militært ansatte» fra forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av alder i arbeidsmiljøloven § 13-1.

Bestemmelsen reiser flere spørsmål. For det første reguleres ikke aldersdiskriminering i sjøfarten av arbeidsmiljøloven, jf. loven § 1-2 andre ledd bokstav a. Slik diskriminering reguleres i stedet av skipsarbeidsloven kapittel 10. Forsvarsloven § 44 andre ledd gjør etter sin ordlyd bare unntak fra forbudet mot aldersdiskriminering i arbeidsmiljøloven, ikke fra det tilsvarende forbudet i skipsarbeidsloven. Nemnda mener like fullt at forsvarsloven § 44 andre ledd må tolkes slik at militært tilsatte også er unntatt fra forbudet mot aldersdiskriminering i skipsarbeidsloven. Formålet med forsvarsloven § 44 andre ledd tilsier dette. Noe annet ville gi militært tilsatte i Sjøforsvaret en annen og ubegrunnet stilling enn militært tilsatte i de andre forsvarsgrenene.

I forlengelsen av dette er det heller ikke rom for å bruke forbudet mot aldersdiskriminering i likestillings- og diskrimineringsloven ved siden av eller i stedet for de tilsvarende forbudene i arbeidsmiljøloven og skipsarbeidsloven. Forsvarsloven § 44 andre ledd ville miste sin betydning dersom forbudet mot aldersdiskriminering i likestillings- og diskrimineringsloven uansett skulle anses å gjelde.

For det andre fremgår det ikke av ordlyden i forsvarsloven § 44 andre ledd om unntaket gjelder alle sider av arbeidsforholdet, eller om unntaket bare gjelder ved tilsetting slik overskriften i bestemmelsen tilsier. Det er ikke nødvendig å ta stilling til dette spørsmålet i denne saken. Selv om saken gjelder opptak til et kurs og ikke tilsetting i snever forstand, er opptaket til kurset i dette tilfellet helt knyttet til fremtidig tilsetting i høyere stilling i Forsvaret. Saken gjelder derfor i realiteten tilsetting i vid forstand.

Diskrimineringsnemndas konklusjon er etter dette at vilkårene for å behandle saken ikke er oppfylt, jf. diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd bokstav b. Saken avvises.

Vedtaket er enstemmig.

Slutning i sak 2022/1260

Diskrimineringsnemnda har fattet følgende vedtak:

Saken avvises.

Torstein Frantzen
nemndleder

May-Britt Erstad

Lars Magnus Bergh

Dokumentet er godkjent elektronisk og har derfor ingen signatur.