

Vår ref.:

13/7

Dato:

18.09.2013

Ombudets uttalelse

Klager hevdet at hun ble forbigått til stilling på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1.

Likestillings- og diskrimineringsombudet kom frem til at X kommune har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 ved ansettelse i stilling som psykisk helsearbeider i den kommunale psykiske helsetjenesten.

Saksnummer: 13/7

Lovgrunnlag: Arbeidsmiljøloven § 13-1.

Dato for uttalelse: 1. august 2013

Sakens bakgrunn

X kommune utlyste ledig fast stilling som psykisk helsearbeider i den

kommunale psykiske helsetjenesten. Det fremgår av utlysningsteksten at:

«Vi har nå ledig en 100 % fast stilling som psykisk helsearbeider. Stillingen vil primært være rettet mot voksne brukere og deres familier, men den kan også bli benyttet mot barn og ungdom. Søkere til stillingen må ha bred erfaring med brukergruppen.»

Arbeidsoppgaver

- *Individuelle samtaler*

- *Være med å lede gruppetilbud*
- *Hjemmebesøk*
- *Opplæring i ADL-ferdigheter*
- *Delta i prosjektet forpliktende samarbeid rus/psykiatri med spesialhelsetjenesten*
- *Være koordinator for individuell plan*

Kvalifikasjoner

- *Høgskole/universitet*
- *Sykepleier/vernepleier*
- *Videreutdanning*
- *Erfaring med teamarbeid og samarbeid med spesialisthelsetjenesten*
- *Vektlegges*

Egenskaper

- *Gode samarbeidsevner og personlig egnethet vektlegges*
- *Beherske norsk skriftlig og muntlig*
- *Trives med å jobbe i tverrfaglige team i tillegg til stor grad av selvstendig jobbing*
- *Trives med til tider hektiske og faglig utfordrende arbeidsdager*
- *Fleksibilitet er svært viktig»*

Det var 20 søkere til stillingen. A ble innkalt til intervju, men fikk ikke stillingen. Hun ble innstilt som nr. 2.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at hun er bedre kvalifisert enn personen som ble ansatt, og at alder er brukt som et kriterium for ikke å ansette henne.

Hun viser til at hun har vært psykiatrisk sykepleier siden 1991/92, og at hun de siste 6 årene har arbeidet med direkte pasientkontakt knyttet til alvorlig psykisk lidelse, med hjemmebesøk og samtaler. Hun har det siste året vært samhandlingskoordinator med ansvar for bedret samarbeid mellom DPS og kommuner på Romerike. Hun viser videre til at hun har erfaring fra spesialhelsetjenesten både fra døgnet og poliklinikk, og at hun har videreutdanning, blant annet

innen kognitiv terapi og traumeterapi. A mener at den som ble innstilt som nummer en, ikke kan vise til samme erfaring.

A viser til en tekstmelding hun mottok fra leder av psykiatritjenesten med følgende ordlyd:

«Vi har nå tatt en avgjørelse i forhold til vår ledige stilling. Du blir innstilt som nr. 2. Det er ikke tvil om at du ville gjort en utmerket jobb hos oss, men med en gjennomsnittsalder på 56 år hos oss som jobber med voksne brukere er det hensiktsmessig for brukergruppen å innstille en yngre kvalifisert søker som nr. 1.»

Hun mener at meldingen dokumenterer at kommunen la vekt på alder da de ansatte i stillingen.

X kommune:

X kommune hevder at alder ikke har vært avgjørende ved ansettelsen.

Kommunen beklager tekstmeldingen A mottok fra leder av psykiatritjenesten. Kommunen hevder at tekstmeldingen i en stresset arbeidssituasjon ga et feil bilde av hva som lå bak avgjørelsen, og at det var andre faktorer enn alder som var avgjørende.

Kommunen hevder at det avgjørende har vært det totalinntrykket intervjupanelet satt igjen med etter en vurdering av utdanning, erfaring og skikkethet for stillingen. Kommunen opplyser at begge søkerne har arbeidserfaring og den formelle bakgrunn som dekker krav til stillingen, samt gode referanser. Avgjørende for ansettelsen ble da det personlige inntrykket søkeren gjorde under intervjuet.

Kommunen mener at A kunne virke som om hun manglet noe av den faglige ydmykhet som vektlegges på avdelingen, og at hun fremstod mer som en

søker til en lederstilling enn til direkte klientrettet arbeid.

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 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av alder. Forbudet gjelder alle deler av et arbeidsforhold, herunder innkalling til intervju, jf. § 13-2.

Med *direkte diskriminering* menes en handling eller unnlattelse som har til formål eller virkning at personer på grunn av alder blir behandlet dårligere enn yngre eller eldre personer blir, har blitt eller ville blitt i en tilsvarende situasjon. Forbudet er ikke absolutt. § 13-3 (2) gjør unntak for forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles.

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 skal ta stilling til om A ble forbigått på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1, da hun ikke fikk stillingen som psykisk helsearbeider i den kommunale psykiske helsetjenesten.

Ombudet vil kort slå fast at det ikke å bli tilsatt i stillingen er å bli «behandlet dårligere» i lovens forstand.

Ombudet går deretter over til å vurdere om det er *grunn til å tro* at As alder hadde betydning for at X kommune ikke ansatte henne i stillingen. En påstand fra A, eller den omstendighet at hun var 59 år i ansettelsesprosessen, er i seg selv ikke nok til at bevisbyrden går over på X kommune. Klageren har i utgangspunktet bevisføringsrisikoen, jf. mindretallets uttalelse i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2006, som en samlet nemnd senere har sluttet seg til. Dette betyr at A må kunne vise til omstendigheter som gir grunn til å tro at hennes alder ble vektlagt negativt ved tilsettingen. Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at alder har hatt betydning for at A ikke ble ansatt, går bevisbyrden over på kommunen. Kommunen må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

A har lagt frem kopi av en tekstmelding som hun mottok fra leder av psykiatritjenesten. Av tekstmeldingen fremgår det at det, på grunn av en gjennomsnittsalder på 56 år ved psykiatritjenesten, var mer hensiktsmessig for å innstille en yngre kvalifisert søker som nummer 1. Kommunen har ikke benektet at slik tekstmelding ble sendt. Kommunen har imidlertid beklaget innholdet og opplyst at meldingen ga et feil bilde av hva som lå bak avgjørelsen.

Alder var ikke avgjørende ved ansettelsen, selv om kommunen mener at aldersspredning blant de ansatte på funksjonsområdet er en positiv effekt.

Slik ombudet tolker meldingen, er den etter ombudets vurdering egnet til å forstå som at kommunen la vekt på As alder da hun ble innstilt som nummer to. På bakgrunn av meldingens innhold og henvisningen til As alder, finner ombudet at det er grunn til å tro at alder ble vektlagt i ansettelsesprosessen. Bevisbyrden går da over på X kommune, som må sannsynliggjøre at As alder likevel var uten betydning for beslutningen om ikke å ansette henne i stillingen.

For å ta stilling til om det er skjedd diskriminering i en ansettelsessak, sammenlikner ombudet søkeres formelle kvalifikasjoner. Dersom det er åpenbart at den som ble innstilt som nummer en, er klart best kvalifisert, kan dette være en omstendighet som kan dokumentere at det likevel ikke har skjedd ulovlig forskjellsbehandling i denne saken. Slik ombudet ser det, har kommunen ikke dokumentert slik kvalifisert forskjell i søkeres formelle kvalifikasjoner, tvert om.

A har riktignok lengst erfaring som sykepleier, fra 1974, og siden 1991/92 som psykiatrisk sykepleier. Begge har ledererfaring. Begge har erfaring med direkte pasientkontakt knyttet til psykisk lidelse, med hjemmebesøk og samtaler, samt relevant videreutdanning. A har det siste året vært samhandlingskoordinator med ansvar for bedret samarbeid mellom DPS og kommuner på Romerike, og har erfaring fra spesialhelsetjenesten både fra døgnet og poliklinikk. Sett hen til utlysningsteksten og de arbeidsoppgavene som er

Side 6 av 9

tilknyttet stillingen, samt ønskede kvalifikasjoner, fremstår A minst like godt kvalifisert som personen som ble innstilt som nummer 1. Dette er heller ikke tilbakevist av kommunen.

Slik ombudet forstår X kommune, var det vurderingen av søkerens personlige egenskaper som var avgjørende for hvem som ble innstilt som nummer en. Kommunen har anført at tekstmeldingen klager mottok fra leder av psykiatritjenesten ga et feil bilde av hva som lå bak avgjørelsen. Det avgjørende for kommunen har vært det totalinntrykk intervjupanelet satt igjen med etter en vurdering av utdanning, erfaring og skikkethet. Det var As personlige egenskaper som var utslagsgivende for avgjørelsen.

Ombudet foretar ikke en fullstendig overprøving arbeidsgiverens vurdering av kvalifikasjonene til søkerne, arbeidsgiver er nærmest til å vurdere dette. Ombudet ser på om det er noe som tyder på at vurderingen arbeidsgiver har gjort, ikke fremstår som saklig og balansert. Ombudet er enig i at personlig egnethet er en relevant faktor i vurderingen av hvem som er best kvalifisert. At personlig egnethet var relevant i tilsettingen i stillingen fremgår også av utlysningsteksten. Spørsmålet ombudet må ta stilling til er om kommunen har sannsynliggjort at det var vurderingen av søkerens personlige egenskaper som var avgjørende for ansettelsen, og ikke alderen.

Kommunens redegjørelse når det gjelder vurderingen av klagers personlige egenskaper er, slik ombudet ser det, nokså knapp og lite underbygd. Det vises i redegjørelsen kun til at klager manglet faglig ydmykhet og at hun fremstod mer som en søker til en lederstilling. Arbeidsgiver har heller ingen skriftlig

Side 7 av 9

dokumentasjon på vurderingen som ble gjort av klagers personlige egnethet.

Forvaltningspraksis, og rettspraksis viser at det stilles visse krav til dokumentasjon for arbeidsgivers vurderinger som ligger til grunn for avgjørelser i en ansettelsesak. Ombudet viser til Høyesteretts avgjørelse, i Rt. 2012 side 424. Saken gjaldt en ansettelsesprosess, og spørsmålet var om en søker med gode kvalifikasjoner ble forbigått på grunn av sin alder. Høyesterett uttalte i premiss 44 at:

«Dokumentasjonen av de aktuelle utvelgelseskriterier og vurderinger som har vært gjort, er dessuten mangelfull. Jeg har vanskelig for å se at Nav Smøla forholdt seg til alminnelig god forvaltningsskikk når man ikke sikret noen form for dokumentasjon omkring grunnlaget for ikke å innkalle A. Hans kvalifikasjoner ga etter mitt syn en særlig sterk oppfordring til dette.»

Selv om denne saken gjaldt søker som ikke ble innkalt til intervju, finner ombudet at den også har relevans når det gjelder dokumentasjon omkring grunnlaget for hvorfor en søker ikke innstilles som nummer 1.

Vurderingen av As personlige egnethet var heller ikke et moment i den nevnte tekstmeldingen som informerte henne om at hun ble innstilt som nummer 2. Dette svekker etter ombudets syn kommunens forklaring om at de var As personlige egenskaper som var avgjørende for å innstilles henne som nummer to, og ikke alderen hennes.

Ombudet vil uansett bemerke at det etter lang praksis hos ombudet og

Likestillings- og diskrimineringsnemnda ikke er et krav om at et hensyn skal ha vært avgjørende for resultatet. Det er tilstrekkelig at det har vært vektlagt på en måte som er egnet til å stille søkeren dårligere enn andre arbeidssøkere, for at handlingen skal rammes av diskrimineringsforbudet.

Ombudet forstår tekstmeldingen slik at arbeidsgiver har vektlagt klagers alder i ansettelsesprosessen. Ombudet kan ikke se at arbeidsgiver har sannsynliggjort at alder ikke ble vektlagt negativt ved ansettelsen. Det er ikke holdepunkter eller opplysninger i saken for øvrig som tilsier at unntaksbestemmelsen i arbeidsmiljøloven § 13-3 (2) kan komme til anvendelse, slik saken fremstår for ombudet.

Konklusjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet frem til at X kommune har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1 ved ansettelsesprosessen tilknyttet stilling som psykisk helsearbeider i den kommunale psykiske helsetjenesten.