



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

11/149

Dato:

24.09.2013

Sammendrag

Klage til Likestillings- og diskrimineringsombudet

En kvinne med nedsatt funksjonsevne i form av redusert stemmevolum på grunn av en skade på en nerve arbeidet som sykepleier i en kommune. Hun klaget til ombudet og hevdet at arbeidsgiver handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd ved at de ikke tilrettela for henne i hennes tilsettingsforhold i kommunen. Hun hevdet også at kommunen opptrådte i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 i tilsettingsprosessen da hun søkte på en annen sykepleierstilling i kommunen.

Ombudet konkluderte i sin uttalelse med at arbeidsgiver oppfylte sin plikt til individuell tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd overfor kvinnen mens hun var tilsatt i kommunen. Ombudet pekte blant annet på arbeidstakers medvirkningsplikt.

Ombudet kom videre til at arbeidsgiver handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 da kvinnen søkte ny stilling som sykepleier i kommunen.

Klage til Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Tilsettingsspørsmålet ble klaget inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda av arbeidsgiver, som kun behandlet dette spørsmålet. Nemnda omgjorde ombudets uttalelse.

Nemnda var enig med ombudet i at det er grunn til å tro at arbeidssøkers funksjonsevne ble vektlagt. Nemnda konkluderte imidlertid, i motsetning til ombudet, med at arbeidsgiver oppfylte sin bevisbyrde. Nemnda pekte på at selv om arbeidssøkers nedsatte funksjonsevne var et tema under intervjuet, innhentet arbeidsgiver referanser om henne etter intervjuet. Dette tilsier at hun fortsatt ble vurdert som en aktuell kandidat også etter samtalene om hennes nedsatte funksjonsevne. På bakgrunn av de innhentede referansene fant arbeidsgiver at hun ikke var aktuell til stillingen. Når en arbeidssøker ikke er aktuell for en stilling, er det heller ikke påkrevd av arbeidsgiver å undersøke mulighetene for individuell tilrettelegging.

Anonymisert uttalelse

Saksnummer: 11/149

Lovgrunnlag: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 4 og 12

Dato for uttalelse: 1. november 2012

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Sakens bakgrunn bygger på partenes skriftlige redegjørelser med vedlegg.

A ble ansatt som sykepleier ved Z sykehjem i X kommune i mai 2007. I april 2008 fikk hun diagnosen kreft i skjoldbruskkjertelen, og ble sykemeldt. Hun ble operert for kreftsykdommen i juni samme år. Under operasjonen ble A påført en skade på en nerve til stemmebåndet, og hun har som følge av dette fått nedsatt stemmevolum. Hun har i tillegg fra tidligere slitasjeskader i rygg og hofter, samt problemer med stoffskiftet.

A var ikke i stand til å komme tilbake til sin stilling ved utløpet av ett års sykemelding i april 2009. Hun søkte da permisjon i flere kortere perioder, noe arbeidsgiver innvilget. Det fremgår av referat fra dialogmøte med partene og NAV fra desember 2009 at A da var i bedring og klar for å starte arbeidsutprøving for å klarlegge hennes arbeidskapasitet. Det ble da også avklart at hun ikke skulle tilbake i samme stilling som hun hadde før hun fikk kreft, på grunn av problemer med rygg og nakke.

X kommune tilbød i møte 21. januar 2010 arbeidsutprøving ved As tidligere arbeidsplass Z sykehjem. Her skulle A gå «på topp» som ekstra ressurs, med gradvis økning fra 20 % til 50 %

stilling. A avslo dette tilbudet med henvisning til at hun nå ikke skulle ha samme type stilling, med så stor pleiebelastning. I møte 18. mars 2010 tilbød kommunen arbeidsutprøving i merkantil stilling ved Rusenheten, hvor arbeidet blant annet skulle bestå i administrativt arbeid i resepsjon. A avslo også dette tilbudet, med henvisning til at Rusenheten har en pasientgruppe hun ikke hadde erfaring med eller særlig interesse for, og at hun følte det ville være særlig belastende etter hennes lange sykdomsperiode. Det ble da i samme møte avtalt at NAV skulle forsøke å finne en stilling for arbeidsutprøving utenfor kommunen.

Det er uenighet mellom partene om hvilken type arbeid som kunne være aktuelt for A og hvordan dette skulle tilpasses, se om dette under partenes anførsler. A var ikke i arbeidsutprøving våren 2010.

X kommune gikk 8. juli 2010 til oppsigelse av A på grunn av sykdom. Det ble avholdt drøftingsmøte 24. september 2010 i medhold av arbeidsmiljølovens regler. Tilstede på dette møtet var også Norsk Sykepleierforbund, som representant for A. I møtet trakk kommunen oppsigelsen, samtidig som partene ble enige om at man skulle fortsette arbeidet med å forsøke å få til arbeidsutprøving for A.

I denne perioden ble det utlyst ledig stilling ved X legevakt. A fremmet krav om fortrinnsrett til den ledige stillingen i henhold til arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd. Hun søkte samtidig på denne stillingen som ordinær søker ved søknad av 13. september 2010. X kommune viste til at A ikke hadde krav på stillingen med fortrinnsrett. Hun ble likevel innkalt til intervju som ordinær søker 29. september 2010. I intervjuet ble As reduserte stemmевolum tatt opp som et tema. Det ble spurt konkret hvorvidt stemmen hennes ville holde en hel vakt. Samtidig ble det ikke vurdert nærmere hvordan det kunne tilrettelegges for hennes nedsatte funksjonsevne ved bruk av stemmeforsterker, som er et hjelpemiddel A har.

A ble ikke tilbudt stillingen. Fordi X kommune kom til at det ikke ble funnet å være noen kvalifiserte søkere, ble den utlyst for annen gang, med søknadsfrist 15. mai 2011. A søkte ikke på stillingen i denne omgang, men hevdet fortsatt fortrinnsrett i medhold av arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd. Stillingen ble etter denne søknadsrunden tilbudt B, som hadde arbeidet i et vikariat ved legevakten siden første utlysningrunde. B hadde betydelig kortere arbeidserfaring enn A.

NAV la deretter til rette for arbeidsutprøving ved YY-sykehuset. I perioden 12. februar 2011 til 31. mai 2011 var A i arbeidsutprøving ved alderspsykiatrisk avdeling. Rapporten etter denne perioden konkluderer med at arbeidsutprøvingen var vellykket, og at A ville kunne inneha en gradert stilling på ca. 50 %, med «normalt sykepleierarbeid med lettere fysiske arbeidsoppgaver». Etter arbeidsutprøvingen ble det holdt et oppfølgingsmøte mellom partene 26. juni 2011 hvor det ble drøftet hvilke stillinger i kommunen som kunne være aktuelle. Legevakt, legekontor, helsestasjon og tildelingskontor ble trukket frem av A som aktuelle.

I perioden etter dette søkte A to ulike stillinger i kommunen. En 50 % stilling som HMS-rådgiver med søknadsfrist 29. august 2011, samt en kombinert stilling på til sammen 70 % ved Y legesenter og X legevakt, med søknadsfrist 23. september 2011. A ble ikke innkalt til intervju til stillingene. Hun hevdet også fortrinnsrett til disse stillingene, jf. arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd, men ble ikke hørt.

Det ble avholdt nytt oppfølgingsmøte 24. januar 2012 hvor A, hennes fastlege, X kommune, logoped og NAV var til stede. Hensikten var å avklare oppfølgingen så langt, og planlegge videre aktivitet med sikte på å bringe A tilbake i arbeid. I møte 24. februar 2012 med A, tillitsvalgt fra Sykepleierforbundet og X kommune, tilbød kommunen arbeidsutprøving ved ZZ sykehjem. Formålet var at A skulle forsøke arbeid i kommunal virksomhet. A skulle her «gå på topp» som sykepleier i 50 % stilling i inntil seks måneder og følge en veileder. Det ble også avholdt et ytterligere møte angående arbeidet ved dette sykehjemmet 27. februar 2012. Partene er uenige om dette var en type arbeidsoppgaver som kunne være aktuelle for A. A startet ikke i arbeidsutprøving ved ZZ sykehjem.

Etter drøftingsmøte med A 20. juni 2012 gikk X kommune til oppsigelse av arbeidsforholdet 13. juli 2012, begrunnet med at det ikke lot seg gjøre å finne tilpasset arbeid A ville akseptere.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at X kommune har opptrådt i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetslovens regler.

Plikt til individuell tilrettelegging

X kommune handlet i strid med tilretteleggingsplikten i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 ved at det ikke ble tilrettelagt for at A kunne komme tilbake til arbeid etter at hun i 2008 ble operert for kreft i skjoldbruskkjertelen.

Stillingene kommunen har tilbudt for arbeidsutprøving har vært uegnet for henne av flere årsaker. Hun har begrensninger på hvilken type arbeid hun kan ha på grunn av slitasjeplager i rygg og hofte. Ordinært pleiearbeid er for krevende. Dette er dokumentert av lege. Til tross for dette har kommunen tilbudt arbeidsutprøving blant annet ved Z sykehjem og ZZ sykehjem. Så lenge kommunen ikke tilbyr relevant arbeidsutprøving avskjæres muligheten for A til å komme tilbake i ordinært arbeid.

Tilbudet om arbeid ved Rusenheden i kommunen ble avslått fordi det er innen et fagfelt hvor hun verken har erfaring eller spesiell interesse. Den langvarige belastningen med egen sykdom gjør at fagområdet rus og psykiatri føles særlig belastende, og arbeidsgiver må ta hensyn til dette. Fastlegen støtter synspunktet.

Etter arbeidsmiljølovens § 4-6 første ledd har arbeidsgiver plikt til å tilrettelegge arbeidet for arbeidstaker med yrkeshemming. Dersom det ikke lar seg gjøre å tilrettelegge skal arbeidsgiver vurdere omplassering til annet arbeid. Stillingen ved legevakten var passende, og A oppfylte vilkårene. Kommunen hadde plikt til å gi henne stillingen og ved behov legge til rette for eventuelle tilpasninger. Arbeidsgiver har dermed også handlet i strid med arbeidsmiljøloven. Når X kommune heller ikke tilrettelegger for arbeidsutprøving, avskjæres muligheten til å hevde denne fortrinnsretten, noe som i seg selv utgjør diskriminering. Fortrinnsretten er for øvrig tilsidesatt ved flere tilfeller i denne saken.

Passende plasser for arbeidsutprøving kunne vært legekontor, legevakt, skolehelsetjeneste, tildelingskontor og innen HMS. Kommunen har ikke i tilstrekkelig grad gått i dialog med A for å finne en løsning, og heller ikke satt seg inn i hennes helsesituasjon til tross for at de er tilbudt kontakt med logopeden som kjenner hennes situasjon. I lange perioder var det ingen kontakt mellom A og arbeidsgiver, men kun med NAV. Arbeidsgivers påstander om at A underveis og flere ganger har endret sine preferanser med hensyn til type arbeid hun kan utføre, er ikke dokumentert. Tvert i mot ble det tidlig avklart at hun ikke kunne ha fysisk tunge arbeidsoppgaver på grunn av fysiske begrensninger.

Det er videre ikke riktig at det er krevende for virksomheten å ha henne i arbeidsutprøving, slik kommunen har anført at er tilfelle ved legevakten. Tvert i mot ville A med sin lange erfaring kunne ha avlastet annet personell. Hennes nedsatte stemmevolum ville ikke være til hinder for å utføre arbeidet, og stemmeforsterkeren fungerer godt som hjelpemiddel dersom det skulle være behov.

På denne bakgrunn anføres det at X kommune ikke har oppfylt sin plikt til individuell tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd.

Ansettelsen ved legevakten

X kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne i søknadsprosessen ved X legevakt. Det ble her lagt vekt på hennes nedsatte stemmevolum uten at det ble vurdert nærmere hvordan hennes stemmeforsterker kunne brukes som tilrettelegging i arbeidssituasjonen. Det ble også lagt vekt på tidligere sykefravær, noe som er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Dersom det skulle være lovlig å vektlegge tidligere sykefravær i samme virksomhet, ville arbeidstakere med sykehistorikk alltid komme dårligere ut. Sykefravær fra arbeidsplasser før tilsetting i X kommune i 2007 kan uansett ikke påberopes, fordi kommunen var kjent med dette sykefraværet ved tilsetting i kommunen. Når B, som uansett var dårligere kvalifisert enn A, ble tilbudt vikariatet fikk hun opparbeidet seg erfaring på området, slik at hun kunne tilbys stillingen ved annen gangs utlysning.

Når A heller ikke innkalles til intervju til de andre stillingene hun har søkt på og er kvalifisert til, viser X kommune igjen et mønster som underbygger at A blir diskriminert av arbeidsgiver.

Forskjellsbehandlingen har ikke noe saklig formål, og er ikke nødvendig. Og det ville uansett være uforholdsmessig overfor A, som i en alder av 55 år og med de begrensningene som følger av hennes helseproblemer, vil ha vanskelig for å få en annen stilling som sykepleier.

X kommune:

X kommune avviser As påstander om diskriminering.

Plikt til individuell tilrettelegging

Kommunen har fulgt opp A etter kreftsykdommen slik de er forpliktet til, og har oppfylt sine plikter etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12. Da A ble sykemeldt og operert for kreft, holdt arbeidsgiver kontakt med tanke på gjeninntreden i arbeid. På grunn av sykdommens forløp ble gjeninntreden utsatt, men det ble avholdt dialogmøter med partene, NAV og fastlege til stede. Da det ble klart at A ikke skulle tilbake til sin tidligere stilling, ble hun tilbudt arbeidsutprøving ved flere ulike arbeidsplasser i kommunen.

A fikk først tilbud om arbeidsutprøving ved sykehjemmet der hun tidligere hadde jobbet. Hun uttrykte i begynnelsen et ønske om å jobbe natt, noe som ville være mindre belastende for hennes stemme og rygg, men etter hvert ble det klart at hun ikke ønsket å gå tilbake til sin opprinnelige stilling, og heller ikke å arbeide natt.

Det ble så avtalt at både NAV og kommunen skulle forsøke å finne andre alternativer for arbeidsutprøving, eventuelt også arbeidsplasser utenfor kommunen. I denne perioden fikk A forlengede permisjoner fra sin faste stilling ved Z sykehjem, men det ble varslet at denne stillingen ville bli vurdert oppsagt fra kommunens side når maksdato for sykefravær ble nådd. Dette ville i tilfelle gi A fortrinnsrett til andre stillinger hun var kvalifisert til.

A ønsket utprøving ved et legesenter, men kommunen hadde ikke kapasitet til å tilby dette. Kommunen tilbød imidlertid arbeidsutprøving ved Rusenheten, noe A avslo fordi hun ikke ønsket denne typen arbeid. Når det gjelder arbeidsutprøving ved legevakten, slik A ønsket, kunne kommunen ikke tilby dette fordi det ikke var kapasitet ved virksomheten på dette tidspunktet. Kommunen kan og vil ikke tilby arbeidsutprøving i en virksomhet uten å sikre seg at personen vil få tilstrekkelig oppfølging. Det lå ikke til rette for slik oppfølging ved legevakten på dette tidspunktet.

29. juni 2010 ble det holdt drøftingsmøte angående As arbeidsforhold, fordi kommunen vurderte å bringe det til opphør. Etter forhandlinger hvor også Sykepleierforbundet var involvert, ble man enige om igjen å forsøke å finne en løsning for A. Det er ikke riktig når Norsk Sykepleierforbund hevder at oppsigelsen ble trukket fra kommunens side fordi kommunen innså at tilretteleggingen for A hadde vært mangelfull.

Kommunen erkjenner at det har vært krevende å finne et passende sted for arbeidsutprøving for A, fordi hun underveis har endret oppfatning av hvilken type tilrettelagt arbeid hun kunne utføre med sine fysiske begrensninger. Hun har endret oppfatning av om hun kunne arbeide

nattevakter eller ikke, om hun ønsket administrativ eller klinisk stilling og hvilke belastninger hun kunne håndtere. X kommune har imidlertid gjort det som kan forventes av arbeidsgiver etter loven, og har oppfylt sin plikt etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12.

Når det gjelder stillingene A har søkt på men ikke blitt innkalt til intervju til, har dette selvstendige begrunnelser. Stillingen som HMS-rådgiver var A ikke kvalifisert til, fordi hun manglet videreutdanning og erfaring på fagområdet. Når det gjelder stillingen ved Y legesenter/X legevakt var dette en 70 % stilling, som det ikke var praktisk mulig å dele opp slik at A kunne jobbe kun 50 %. Grunnen til dette er at det erfaringsmessig ikke lar seg gjøre å rekruttere sykepleiere til 20 % stilling ved legevakten, slik man i et slikt tilfelle ville måttet. Slike små stillingsbrøker har tidligere blitt økt til minimum 50 % nettopp for å lette rekrutteringen. Det er i tillegg ansatte ved legevakten som ønsker større stillinger. Fordi A oppga at hun ikke kunne jobbe i større stillingsbrøk enn 50 %, ble fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven ikke vurdert nærmere.

Ansettelsen ved legevakten

X kommune avviser at det er handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne da A søkte stilling ved legevakten.

Den påberopte fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd anerkjennes, men det er en forutsetning at stillingen er «passende» og at arbeidstakeren er «skikket» til stillingen, jf. lovens forarbeider. Det var ikke avklart hvorvidt A var i stand til å håndtere det som lå i den aktuelle stillingen, og hun ble derfor ikke tilbudt stillingen i medhold av fortrinnsretten, men vurdert som ordinær søker.

Som ordinær søker ble A etter en helhetsvurdering ikke tilbudt stillingen. Bakgrunnen for dette var hennes opptreden i intervju, faglige kvalifikasjoner og tilbakemelding fra referansene. Det var ikke samsvar mellom det hun selv presenterte i intervju og den informasjonen referansene ga, blant annet når det gjaldt fravær og sykehistorikk. Det er riktig at As stemmevolum var et tema i intervjuet, men beslutningen var ikke basert på dette. Tilrettelegging for henne i form av et hjelpemiddel som stemmeforsterker ble ikke vurdert nærmere fordi A uansett ikke ble funnet kvalifisert til stillingen.

Rettslig grunnlag

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

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd.

Forbud mot diskriminering

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 annet ledd.

Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 tredje ledd.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her. Forskjellsbehandling i arbeidslivet må i tillegg være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd.

Plikt til individuell tilrettelegging

Arbeidsgiver skal foreta rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd.

Plikten til individuell tilrettelegging omfatter ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingene av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene og virksomhetens ressurser, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 femte ledd.

Krav til bevis

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. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13.

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 arbeidsgiver X kommune har oppfylt sin plikt til rimelig individuell tilrettelegging for A, i perioden etter at hun var sykemeldt for kreft. Videre skal ombudet ta stilling til om kommunen har utsatt A for diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne da hun søkte på stilling som sykepleier ved X legevakt.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven trådte i kraft 1. januar 2009. Selv om A fikk kreft i 2008, før lovens ikrafttreden, har alle de pålagete forhold funnet sted i 2009 eller senere. Saken behandles dermed etter denne lovens regler.

Ombudet vil innledningsvis slå fast at As nedsatte funksjonsevne omfattes av diskrimineringsvernet i loven. Dette gjelder både hennes nedsatte stemmevolum og slitasjeskadene i rygg og hofte.

Videre vil ombudet knytte en merknad til anførslene om fortrinnsrett til stillinger i for arbeidstaker med redusert arbeidsevne i medhold av arbeidsmiljøloven § 4-6 første ledd. Ombudet håndhever ikke arbeidsmiljøloven § 4-6, og kan dermed ikke ta stilling til hvorvidt A oppfylte vilkårene for fortrinnsrett. Ombudet kan kun ta stilling til de diskrimineringsrettslige problemstillingene.

Til sist konstaterer ombudet at det er uenighet mellom partene om flere av de faktiske forholdene i saken. Særlig er det uenighet om innhold i ulike møter og hvorvidt referater gjengir møtets innhold korrekt. Ombudet har tatt stilling til saken på bakgrunn av de dokumenter som er lagt frem i saken. Ombudet vil imidlertid generelt påpeke at samarbeid mellom partene og størst mulig felles forståelse er svært viktig for en god tilretteleggingsprosess i en sak som dette.

Spørsmålet om individuell tilrettelegging

Det følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd at arbeidsgiver skal foreta rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at en arbeidstaker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid. Plikten avgrenses mot forhold som innebærer en uforholdsmessig byrde, jf. § 12 femte ledd.

Det følger av forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 13-5 at formålet med bestemmelsen er å sikre de samme muligheter for funksjonshemmede arbeidstakere som for andre, og at dette gir arbeidsgiver en utstrakt plikt til å sørge for at tiltak iverksettes, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s. 327 flg. Denne bestemmelsen er forutsatt videreført uten realitetsendringer i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd, jf. Ot. prp.nr. 44 (2007-2008) s. 176. Samme sted på side 175 presiseres det at tilretteleggingsplikten forutsetter «et samarbeid mellom den som tilrettelegger og den det skal tilrettelegges for», og videre at «den det tilrettelegges for skal opplyse om og så langt det er mulig, bistå i kartleggingen av behovet, men at den som skal tilrettelegge skal ha det overordnede ansvaret».

Tilrettelegging er i dette tilfellet arbeidsutprøving etter en lengre sykemeldingsperiode med formål om tilbakeføring til arbeid. Det er slik ombudet ser det klart at tilretteleggingsplikten etter § 12 første ledd i dette tilfellet omfatter slik arbeidsutprøving. Det fremkommer av sakens dokumenter, blant annet legeerklæring datert 24. august 2010 og referat fra dialogmøte 24. februar 2009, at partene er enige om at formålet med arbeidsutprøvingen er å avklare hvilken arbeidsbelastning A tåler, både i form av stillingsbrøk og typen oppgaver hun kan utføre. Formålet med arbeidsutprøvingen må etter ombudets mening få betydning for tilretteleggingspliktens innhold og utstrekning.

Ombudet legger ut fra sakens dokumenter til grunn at X kommune har gitt A tilbud om arbeidsutprøving ved Z sykehjem i januar 2010, ved Rusenheten i mars 2010 og ved ZZ sykehjem i mars 2012. Videre har A fra februar til mai i 2011 gjennomført arbeidsutprøving gjennom NAV ved alderspsykiatrisk post ved YY-sykehuset.

Ombudet legger videre til grunn at A har avslått kommunens forslag til arbeidsutprøving. Dette fremgår av sakens dokumenter, se f. eks. referat fra 21. januar 2012 som gjelder stillingen ved Z sykehjem. Selv om A har uttrykt uenighet hvorvidt hun faktisk har avslått tilbudene, er det uansett et faktum at hun ikke har gjennomført arbeidsutprøvingen.

X kommune har tilbudt A arbeidstrening ved sykehjem, som er arbeidsplasser hvor det er mange arbeidsoppgaver av typen partene er enige om at A ikke lenger kan utføre. Selv om det var enighet mellom partene om at A ikke skulle tilbake i den stillingen hun hadde ved Z sykehjem, ble hun likevel tilbudt arbeidsutprøving samme sted. A hevder at kommunen med dette ikke ga henne noe reelt tilbud om arbeidsutprøving.

Det fremgår imidlertid av sakens dokumenter at kommunen la opp til at A skulle «gå på topp» som sykepleier i perioden med arbeidsutprøving på sykehjemmene. Ombudet forutsetter at det i dette lå mulighet for tilpasning til de ulike arbeidsoppgavene hun skulle utføre, for å kunne finne ut hvilken arbeidsbelastning A kunne tåle og hvilke arbeidsoppgaver hun kunne utføre. Selv om det var enighet mellom partene om at A ikke skulle tilbake til den stillingen hun hadde ved Z sykehjem, finner ombudet at det ut i fra formålet med arbeidsutprøvingen måtte være akseptabelt at A ble tilbudt arbeidsutprøving ved dette sykehjemmet og et annet.

Når det gjelder tilbudet om arbeid ved Rusenheten, er avslaget begrunnet med at A ikke ønsker arbeid innen fagområdet rus og psykiatri fordi hun ikke tidligere har hatt interesse i fagfeltet, samt at hun nylig har gått gjennom en belastende periode med sykdom. Ombudet har her merket seg at As fastlege har gitt støtte til As oppfatning.

Det fremgår av lovens forarbeider at tilretteleggingstiltak skal utarbeides i samråd med arbeidstakeren, jf. ovenfor. Det presiseres videre i forarbeidene på side 181 at dersom «den det tilrettelegges for har kjennskap til og kunnskap om hva som vil tilfredsstille behovet for individuell tilrettelegging, har vedkommende en plikt til å bidra med dette, slik at behovene kartlegges og løsninger kan finnes». Dette innebærer etter ombudets mening likevel ikke at arbeidstakeren kan kreve et bestemt tiltak oppfylt.

Ombudet ser at A har vist til konkrete arbeidsplasser hvor hun ønsker arbeidsutprøving, og slik bidratt til å foreslå det hun mener vil være en egnet løsning. Men når arbeidsgiver så vurderer det slik at disse arbeidsplassene ikke har ressurser til å ta imot A til arbeidsutprøving, vil

ombudet være tilbakeholden med å overprøve arbeidsgivers vurdering. Ombudet peker her på at arbeidsgivers plikt er begrenset til å iverksette tiltak som er rimelige og ikke uforholdsmessig byrdefulle, jf. § 12 første og femte ledd.

Videre viser ombudet til at arbeidsgiver i dette tilfellet faktisk har kommet med konkrete forslag til arbeidsutprøving for A, med tilpassede oppgaver. Ombudet understreker igjen at begge parter har et ansvar for at tilrettelegging kommer i stand. Forarbeidene uttaler at «den som har behov for tilrettelegging, også har et medansvar for å foreslå hensiktsmessige løsninger. Dersom den enkelte ikke bidrar til å avklare behov og ønsker å være i dialog om egnede løsninger, er det den enkelte som må bære konsekvensene ved manglende tilrettelegging», se side 181. Ombudet vil her påpeke at arbeidsutprøving er tiltak av kortere varighet. Ombudet antar at en arbeidstaker ved tiltak av en slik midlertidig karakter i mindre grad enn ved tilrettelegging av varig karakter kan forvente helt bestemte og ønskede tiltak. Arbeidstaker har gjennom medvirkningsplikten etter ombudets syn en oppfordring til i alle fall å forsøke de foreslåtte midlertidige tiltakene, som har som formål å avklare hvilken stillingsbrøk og arbeidsoppgaver arbeidstakeren tåler.

Ombudet har i vurderingen av om arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt også sett hen til at X kommune har samarbeidet med NAV, noe som blant annet har ført til arbeidsutprøving ved YY-sykehuset.

Ombudet har vært i tvil ved sin vurdering, og viser i den forbindelse særlig til at det i denne saken har gått lange perioder uten at A har hatt et tilbud om arbeidsrettet aktivitet fra kommunen. Ombudet vil understreke at dette er uheldig, ettersom det er kjent at langvarig fravær fra arbeidslivet minsker mulighetene for at arbeidstakeren kommer tilbake i arbeid. Ved vurderingen har ombudet imidlertid også funnet det riktig å legge vekt på at A ikke har forsøkt å gjennomføre noen av de konkrete arbeidsutprøvingstiltakene kommunen tilbød henne.

Etter en helhetsvurdering har ombudet kommet til at X kommune har oppfylt sin plikt til individuell tilrettelegging etter § 12 første ledd overfor A.

Tilsettingssaken

Det neste spørsmålet ombudet skal ta stilling til er om det ble lagt lovstridig vekt på As nedsatte funksjonsevne da hun søkte på stilling som sykepleier ved X legevakt.

Ombudet vil understreke at det her ikke tas stilling til om A skulle blitt tilsatt i stillingen. Det tas kun stilling til om det ble lagt lovstridig vekt på hennes nedsatte funksjonsevne på en måte som er egnet til å stille henne dårligere i ansettelsesprosessen sammenliknet med andre kvalifiserte arbeidssøkere uten nedsatt funksjonsevne. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne gjelder alle deler av en tilsetningsprosess, og ikke bare det endelige valget av hvem som skal tilsettes.

Ombudet vil kort slå fast at det å bli avskåret fra en jobbmulighet på grunn av nedsatt funksjonsevne er å bli "behandlet dårligere" enn andre i en tilsvarende situasjon etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

I denne saken er det erkjent fra kommunens side at As nedsatte stemmevolum var et tema i intervjuet. Det følger av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13 at dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted brudd på diskrimineringsforbudet, vil det være opp til den som er ansvarlig for den påståtte diskrimineringen å sannsynliggjøre at det likevel ikke er handlet i strid med loven.

Det første spørsmålet for ombudet er etter dette om det er omstendigheter som gir grunn til å tro at kommunen la negativ vekt på As nedsatte stemmevolum ved vurderingen av henne som søker til stillingen.

Det ulovfestete kvalifikasjonsprinsippet gjelder ved tilsetninger i det offentlige. Prinsippet innebærer at den som etter en helhetsvurdering er best kvalifisert for stillingen skal ansettes. Utgangspunktet for denne vurderingen vil være kravene i utlysningsteksten, sammenholdt med kvalifikasjonene som fremgår av innsendt cv og søknad.

Som ledd i vurderingen av om det er grunn til å tro at det har skjedd diskriminering er det derfor relevant å foreta en sammenlikning av kvalifikasjonene til de som ble innstilt til stillingen og den som mener seg forbigått. Det følger av ombudets praksis at dersom klager etter en slik sammenlikning fremstår som bedre kvalifisert, er det en omstendighet som kan gi "grunn til å tro" at det har skjedd forbigåelse i strid med diskrimineringslovgivningen. Ombudet vil i den forbindelse bemerke at ombudet ikke foretar en overprøving av arbeidsgivers vurdering av søkerens kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som best egner seg for stillingen. Ombudet ser derimot på om det er noe som tyder på at den vurderingen arbeidsgiver har gjort ikke fremstår som saklig og balansert.

Kommunen har overfor ombudet vist til at A i utgangspunktet oppfylte kvalifikasjonskravene for stillingen, noe som også førte til at hun ble innkalt til intervju. Ombudet har mottatt søkerliste med oversikt over utdanning og praksis hos andre søkere til stillingen ved første gangs utlysning. Det ble ikke tilsatt noen i den faste stillingen, men B ble tilbudt det utlyste vikariatet. Da den faste stillingen i mai 2011 ble utlyst for annen gang, ble B fast tilsatt.

Ombudet har sammenlignet As kvalifikasjoner med kvalifikasjonene til B. A var ferdig utdannet sykepleier i 1980, og har videreutdanning som operasjonssykepleier samt påbegynt videreutdanning som diabetessykepleier. Hun har variert arbeidserfaring fra kommunal helsetjeneste og fra sykehus gjennom mange år. B var ferdig utdannet i 2008, og har to års arbeidserfaring fra sykehus og kommunehelsetjeneste. Ombudet mener A fremstår som klart bedre formelt kvalifisert, noe som trekker i retning av at andre forhold enn kvalifikasjoner ble vektlagt.

Ombudet har etter en vurdering uansett kommet til at det her er grunn til å tro at As nedsatte stemmevolum ble vektlagt negativt. Ombudet viser til X kommunes redegjørelse for intervjuet av A, som ble gitt av helseleder C og legevaktsjef D i brev til ombudet av 23. mai 2011. De uttaler her blant annet:

«Gjennom intervjuet som vi hadde som varte i en time mener vi at stemmen hennes ble svakere. Med det antallet telefonhenvendelser og konsultasjoner som er på legevakten ble det vurdert som lite forenelig med å jobbe der.»

Bevisbyrden går etter dette over på arbeidsgiver, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13. Spørsmålet blir da om X kommune har sannsynliggjort at As nedsatte funksjonsevne ikke førte til at hun ble stilt dårligere i ansettelsesprosessen, sammenliknet med andre kvalifiserte arbeidssøkere uten nedsatt funksjonsevne.

Normen om hva som skal til for at en arbeidsgiver har oppfylt sin bevisbyrde følger av blant annet nemndas sak 6/2007. Saken gjelder spørsmål etter likestillingsloven. Reglene om bevisbyrde er imidlertid like i diskrimineringslovgivningen, slik at det har direkte verdi også i denne saken.

Flertallet i saken uttalte at:

Etter flertallets oppfatning vil det være lite i samsvar med hensynene bak bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16, dersom en slik etterfølgende forklaring skulle være tilstrekkelig til å oppfylle arbeidsgivers bevisbyrde. Det vises særlig til at bevisbyrdebestemmelsen skal sikre en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Dette krever at forhold som skal oppfylle bevisbyrden er etterprøvbare.

Ombudet og nemnda har i sin videre praksis derfor lagt vekt på hvorvidt det finnes samtidig og etterprøvbart dokumentasjon fra tilsetningstidspunktene, hvor det fremgår at det kun var andre forhold enn det påklagede som ble vektlagt.

X kommune har ikke lagt frem samtidig dokumentasjon fra tilsettingen, men vist til at notater fra tilsettingen ble oppbevart i tre måneder før materialet ble makulert etter vanlig prosedyre. De har imidlertid i brev til ombudet redegjort for intervjuprosessen og lagt frem etterfølgende forklaring fra helseleder C og legevaktsjef D, som nevnt ovenfor.

Slik ombudet ser det er imidlertid redegjørelsen fra X kommune noe motstridende, og dette svekker etter ombudets mening redegjørelsens troverdighet. Kommunen viser i brev til ombudet av 23. mai 2011 at nedsatt stemmevolum vil kunne være problematisk som sykepleier ved legevakten og begrunner dette inngående. Likevel hevder de at avgjørelsen om ikke å tilsette A ikke var basert på hennes nedsatte stemmevolum. Slik ombudet ser det er imidlertid dette motstridende sett opp mot utsagnene fra C og D som gjengitt ovenfor, om at nedsatt stemmevolum ble «vurdert som lite forenelig med å jobbe der». Ombudet finner derfor ikke å kunne legge avgjørende vekt på utsagnene om at As stemmevolum ikke var avgjørende for kommunens beslutning.

Kommunen har videre vist til at A ikke ble ansatt fordi hun manglet relevant erfaring fra legevakt/legekontor, som var vektlagt som et viktig kriterium. Ombudet vil her påpeke at det i stillingsutlysningen kun ble søkt etter sykepleier med «relevant erfaring, minimum to år», og ikke spesifisert til legevaktvirksomhet. Slik ombudet vurderer det, har A omfattende og langvarig erfaring fra ulike deler av helsetjenesten. Ombudet har også merket seg at søkeren som ble ansatt i vikariatet, B, ikke hadde erfaring fra legevakt da hun ble tilsatt i vikariatet, men kun erfaring fra YY-sykehuset og fra hjemmetjenesten i kommunen, jf. arbeidsgivers egne opplysninger i brev til ombudet av 26. august 2011.

X kommune har videre hevdet at selv om As stemmevolum ble tatt opp i intervjuet, var begrunnelsen for ikke å tilsette henne at det ikke var samsvar mellom opplysningene referansene ga og As egen beskrivelse i intervjuet. Etter en vurdering anså kommunen henne derfor ikke som kvalifisert for stillingen. Ombudet nevner her at A anfører at dette er en

vektlegging av hennes tidligere sykefravær, som også er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne. Ombudet er ikke enig i dette, men tolker arbeidsgivers anførsel som en henvisning til As personlige egnethet.

Ombudet ser ikke bort fra at As personlige egnethet har vært et moment i arbeidsgivers vurdering. Etter en konkret vurdering av forholdene ovenfor finner ombudet det likevel ikke sannsynliggjort at det utelukkende var andre grunner enn As nedsatte funksjonsevne som lå bak beslutningen om ikke å ansette henne. Ombudet finner det etter dette sannsynliggjort at A ble utsatt for forskjellsbehandling på grunn av sin nedsatte funksjonsevne.

Spørsmålet for ombudet er dermed om unntaksregelen i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd kommer til anvendelse. Det fremgår av denne at forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke uforholdsmessig inngripende overfor den som rammes, ikke anses som diskriminering i strid med loven. Vilkårene er kumulative.

Kommunen har blant annet vist til pasientsikkerhetshensyn som begrunnelse for at nedsatt stemmevolum vil kunne være problematisk i en stilling som sykepleier ved legevakten. Ombudet er enig i at hensyn til pasientsikkerhet etter omstendighetene vil kunne være et saklig formål, og viser her til Ot. prp. nr. 44 (2007-2008) side 107.

I dette tilfellet mener ombudet imidlertid at kommunen ikke har sannsynliggjort at det var nødvendig å vektlegge As nedsatte stemmevolum på en slik måte som det ble gjort. Hennes stemmevolum ble direkte problematisert i intervjusituasjonen, uten at hun fikk anledning til nærmere å gå inn på hvordan hennes hjelpemidler kunne avhjelpe dette. Ombudet mener at når arbeidsgiver i utgangspunktet vurderer A som kvalifisert til stillingen, men så direkte problematiserer hennes nedsatte stemmevolum i intervjuet, så må arbeidsgiver foreta en helhetlig og individuell vurdering av hennes funksjonsevne med de hjelpemidler hun har tilgjengelig, slik at hennes potensiale som arbeidstaker vurderes på korrekt grunnlag.

Ombudet trenger etter dette ikke å gå inn på om forskjellsbehandlingen var uforholdsmessig inngripende overfor A. Ombudet vil likevel påpeke at overfor arbeidstakere som A, som er 55 år og har helsemessige utfordringer, bør arbeidsgivere ha særlig oppfordring til å vurdere kvalifikasjoner og tilrettelegging grundig. Ombudet har i denne sammenheng merket seg at X kommune heller ikke kalte A inn til intervju til stillingene hun søkte på som HMS-rådgiver eller til den kombinerte stillingen ved legevakten og Y legesenter, uten at det her tas stilling til om dette isolert sett er i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

På denne bakgrunn konkluderer ombudet med at unntaksregelen ikke kommer til anvendelse, og at forskjellsbehandlingen av A dermed var i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Konklusjon

X kommune oppfylte sin plikt til individuell tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd overfor A i hennes tilsetningsforhold med kommunen.

X kommune handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven

§ 4 overfor A i tilsetningsprosessen av sykepleier ved X legevakt.