

NOTAT

Saksnr.: 09/2308

Lovanvendelse: arbeidsmiljøloven § 13-1 (1). diskrimineringsloven § 4

Dato: 12.02.2011

## **OMBUDETS UTTALELSE**

### **Sakens bakgrunn**

Framstillingen av sakens bakgrunn bygger på partenes skriftlige redegjørelser til ombudet.

A var ansatt i vikariat som psykisk helsearbeider i Oslo kommune, Bydel M fra 1. november 2008 til 31. august 2009. Kommune L ved Bydel M lyste ledig 100 prosent fast stilling som psykisk helsearbeider med tiltredelse den 1. september 2009. Stillingen er organisatorisk plassert i hjemmesykepleien. Ansvarsområdet for stillingen er å utøve psykisk helsearbeid til mennesker med psykiske lidelser. Kompetansekrav var ifølge utlysningsteksten treårig høyskoleutdanning med videreutdanning i psykiatri. I utlysningsteksten var det opplyst at erfaring fra tilsvarende stillinger ville bli vektlagt.

Det var seksten søkere til stillingen. Blant søkerne var A.

B (fysioterapeut med videreutdanning i Psykomotorisk behandling), C (sykepleier med videreutdanning i Psykiatri og veiledning), D (sykepleier med videreutdanning i psykiatri), E (sykepleier med videreutdanning i rus), F (vernepleier med videreutdanning i psykisk helse) og A ble innkalt til intervju.

E trakk søknaden sin.

Kriteriene som kommunen la til grunn for innkallelse til intervju var treårig høyskoleutdanning med aktuell videreutdanning, aktuell erfaring og sammensetningen av gruppen (behovet for somatisk kompetanse). Tilleggsbehov hvis søkerne var like var å kunne starte opp raskt, kjønnsfordeling og kulturfordeling. I tillegg var det krav om at den som skulle ansettes måtte beherske norsk skriftlig og muntlig.

Faggruppen består av fem personer som er født i henholdsvis 1943, 1951, 1955, 1975 og 1973.

Deltakere i ansettelsesprosessen var personalkonsulent G, tillitsvalgt Fagforening X H, leder psykisk helsearbeidere I. Tidligere kvalitetskonsulent J deltok på intervju. Intervjuene ble ledet av I, som har brukt samme mal for samtlige intervju og for referanseinnhenting. Deltakerne på intervju oppsummerte hvert intervju, og det var stor enighet om konklusjonen.

C ble innstilt som nummer én og tilbudt stillingen. C er opprinnelig fra Land N og er født i 1973. A ble innstilt som nummer to og er født i 1948. A er opprinnelig fra Land O, og har bodd i Norge i sytten år.

Innstillingen så slik ut:

”Nr. 1 C. Hun ga et svært godt inntrykk under intervjuet med svært god faglig tyngde. Hun har den aktuelle erfaringen og er vant til å jobbe selvstendig. Utover videreutdanning i

psykisk helse har hun bachelor i psykologi, videreutdanning som veileder som er svært aktuell for bydelen og stillingen. Både i intervju og av sin tidligere sjef samt kollega kommer det frem at hun er flink til å innhente aktuell kompetanse også gjennom utdanning etc.. Hun får svært gode referanser som er svært sammenfallende i sin beskrivelse.

Nr. 2 A, sykepleier med videreutdanning i psykisk helse og kognitiv terapi. A har vært vikar i den utlyste stillingen, og den siste tiden gjort en god jobb. Hun får gode referanser fra kollegaer. A har noe problemer med det norske språk, og det er til dels vanskelig å forstå hva hun sier.

Nr. 3 B, fysioterapeut, videreutdanning psykomotorisk behandling. B har en allsidig erfaring innen helse/psykisk helse og undervisning. Hun ga et svært godt og reflektert inntrykk under intervju noe referansene bekrefter. Hun har i dag en likelydende stilling i en annen bydel. Hun har også tidligere søkt stilling hos oss og ble da innstilt som nr. 2.”

<<Utdanning og arbeidserfaringen av A og C er ikke gjengitt i anonymisert versjon>>

A klaget til ombudet den 2. november 2009.

## **Partenes syn på saken**

### **A:**

A hevder at hun har blitt forbigått til stilling som psykisk helsearbeider på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven.

A viser til at C har langt mindre relevant erfaring og mindre omfattende utdanning enn henne. C har ikke utdanning som tilsvarer As videreutdanning i kognitiv terapi. C har to påbegynte, men ufullførte studier. Det ene er bachelor i psykologi (påbegynt i 2003) og det andre er etterutdanning i sykepleiefaglig veiledning (påbegynt i 2006). I innstillingen står det at C har bachelor i psykologi og videreutdanning som veileder. Dette er ikke i

overensstemmelse med hennes CV, der det framgår at hun kun har påbegynt utdanningene uten å fullføre dem.

I innstillingen står det videre at C har den aktuelle erfaringen uten at noe tilsvarende står om A.

Selv om As legeutdanningen ikke er akkreditert i Norge, mener hun erfaringen fra legepraksis må medregnes ved en jobbsøknad i Norge. Sett bort fra denne har A erfaring fra et akuttpsykiatrisk mottak, som er svært relevant for en psykisk helsearbeider. C har kun erfaring med å jobbe med demente pasienter, som påtreffes sjelden i den utlyste stillingen.

Stillingsutlysningen gir uttrykk for at erfaring fra tilsvarende stillinger skal vektlegges. Som vikar i stillingen som ble utlyst, viser A til at hun har den mest relevante arbeidserfaringen.

Da A er 61 år gammel og C er 36 år gammel, kan ikke A se andre grunner for ansettelsen enn at hun ble diskriminert på grunn av alder.

A innrømmer at hun har kommet til Norge i en alder der det er unaturlig å forvente seg at norskkunnskapene blir på nivå med morsmål. Hun kjenner seg likevel ikke igjen i kommunens påstander om at det skal være vanskelig å forstå hva hun sier. A kjenner ikke til at det har oppstått misforståelser på grunn av språk mellom henne og pasienter eller kollegaer. Hun viser til at hun fikk gode referanser fra kollegaene for jobbutførelsen sin.

A viser til at hun har tatt intensivt norsk mellomkurs nivå III ved Universitetet i Oslo i 1997. Hun har ikke ansett det nødvendig å ta ytterligere norsk kurs etter det, men kunne gjerne ha gjort det dersom arbeidsgiver ønsket det.

Stillingen medfører riktignok arbeid med mennesker og således mye kommunikasjon, men det kan ikke sies å være kommunikasjon på et spesielt høyt nivå. A anser sine norskkunnskaper for tilfredsstillende til å utføre den aktuelle stillingen. Et avslag på dette

grunnlaget ville uansett være uforholdsmessig inngripende overfor henne da hun potensielt ville blitt forhindret fra å utføre yrket sitt.

A bekrefter at I flere ganger har stilt spørsmål ved hennes språkforståelse. Dette ble tatt opp på møtet den 31. mars 2009, og ble referert i påfølgende møte. As opplevelse av dette var at det ble brukt som et påskudd i en allerede pågående konflikt.

A viser videre til at det var flere på avdelingen som hadde samarbeidsproblemer med ledelsen. Fem av seks ansatte i avdelingen til I flyttet til andre avdelinger mens A jobbet der.

A påpeker at det gjennomgående tema i referatene som er lagt fram er slik hun oppfatter det, at hun ikke er god nok til å lære seg datasystemer og sette seg inn i rutiner. Dette er vanlige fordommer mot eldre i arbeidslivet, og hun understreker at hun ble diskriminert på grunn av alder.

**Kommune L ved Bydel M:**

Kommune L ved Bydel M avviser at den har handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder.

Kommunen har ved utvelgelsen lagt avgjørende vekt på relevant utdanning og erfaring i tillegg til en vurdering av søkerens personlige egnethet og referanser. Alder har ikke på noe tidspunkt vært et tema ved utvelgelsen, men kunne, dersom det var tillagt vekt, tilsa at en skulle velge en yngre arbeidstaker, alderssammensetningen tatt i betraktning.

Utvelgelsen ble foretatt på grunnlag av en helhetlig vurdering av søkerens realkompetanse, arbeidserfaring, inntrykk under intervjuet, samt referanser, jf. Kommune Ls avtale om framgangsmåten i ansettelsessaker.

A ble vurdert som kvalifisert for stillingen og innstilt som nummer to.

I kriterier for utvelgelse til intervju, som var framforhandlet med aktuell fagforening i forkant av ansettelsesprosessen, var dette med "kulturelt aspekt" ment å være bevissthet omkring antidiskriminering av eventuelle søkere med annen kulturell bakgrunn enn norsk. Det er for øvrig i tråd med Kommune Ls policy med hensyn til rekruttering og ansettelse hvor det skal understrekes et mangfoldsperspektiv.

As språkkunnskaper skapte fra tid til annen misforståelser mellom henne og pasienter samt med kollegaer, slik det framgår av innstillingen. A gjorde en god jobb tross språkproblemer. Grunnlaget for innstillingen, slik det går fram av den helhetlige vurderingen, at C samlet sett var den best kvalifiserte søkeren.

Begge øvrige innstilte snakker flytende norsk.

C har gjennomført etterutdanning i sykepleiefaglig veiledning, men ikke avlagt eksamen. Til bachelorgraden i psykologi mangler hun fortsatt ti studiepoeng, noe hun også opplyste om under intervjuet. Hun dokumenterte gjennomført sykepleieutdanning samt videreutdanning i psykisk helsearbeid.

A hadde ikke mindre aktuell erfaring enn C. A hadde arbeidet som vikar i stillingen og erfaringen hennes var dermed åpenbart både aktuell og relevant.

Det finnes ikke skriftlig dokumentasjon på misforståelser mellom A og pasienter.

## **Rettslig grunnlag**

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med diskrimineringsloven og/eller arbeidsmiljøloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 2 og nr. 4. Ombudet kan også ta opp saker av eget tiltak, jf. § 3 femte ledd.

## **Diskrimineringsloven**

Diskrimineringsloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, jf. loven § 4 første ledd.

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer eller foretak på grunnlag som nevnt over blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Forskjellsbehandling som er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, jf. § 4 fjerde ledd, er tillatt.

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. diskrimineringsloven § 10.

### **Arbeidsmiljøloven**

Arbeidsmiljøloven § 13-1 (1) forbyr direkte diskriminering på grunn av alder. Forbudet gjelder alle sider ved arbeidsforholdet, herunder innkallelse til intervju og ansettelsesprosessen for øvrig, jf. § 13-2 (1) bokstav a. Med direkte diskriminering menes en handling eller unnlattelse som har som formål eller virkning at personer på grunn av alder blir behandlet dårligere enn yngre eller eldre personer blir, har blitt eller ville ha blitt i en tilsvarende situasjon.

Arbeidsmiljøloven § 13-8 har tilsvarende regel om delt bevisbyrde som i diskrimineringsloven § 10.

### **Ombudets vurdering**

A har klaget på mulig diskriminering på grunn av alder. Ombudet mener imidlertid at saken åpenbart også reiser spørsmål om mulig diskriminering på grunn av språk. Ombudet tar derfor stilling til om Kommune L ved Bydel M har handlet i strid med både

diskrimineringsloven og/eller arbeidsmiljøloven ved tilsetting i fast hundre prosent stilling som psykisk helsearbeider. Det vil si om A ble stilt dårligere på grunn av alder og/eller språk. Saken reiser spørsmål om direkte diskriminering.

Det ikke å få en stilling vil klart regnes som at man "stilles dårligere" i lovenes forstand. Diskrimineringsvernet gjelder for øvrig i hele tilsettingsprosessen. I dette tilfellet er klager innstilt som nummer to, og det blir spørsmål om alder og/eller språk har ført til at hun ikke ble innstilt som nummer én, og dermed heller ikke fikk tilbud om stillingen.

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 18/2008 førte blant annet en påtegning i tilsettingsdokumentene om at søker hadde et noe utydelig norsk språk til at bevisbyrden gikk over på innklagede, jf. diskrimineringsloven § 10. I denne saken har kommunen i tillegg til å ta inn vurderingen av kandidatens språkferdigheter i innstillingen, bekreftet at As språkkunnskaper var en del av en mer helhetlig vurdering av søkerne. Selv om språkferdighetene ikke var avgjørende for rangeringen av kandidatene, finner Ombudet det sannsynliggjort at kommunen har tillagt språk negativ vekt ved innstillingen av søkerne.

Spørsmålet blir dermed om kommunen har sannsynliggjort at vektleggingen av språk er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor A, og dermed tillatt etter diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd.

I arbeidslivet kan språkkrav i mange tilfeller være saklige. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle av hvilke språkkrav som er nødvendige for jobbutførelsen. I ot.prp. nr. 33 (2004–2005) side 103-104 er unntaksadgangen når det gjelder diskrimineringsgrunnlaget språk omtalt slik:

"Det vil i denne vurderingen være avgjørende hvor sentralt språket er i forhold til utøvelsen av arbeidet. I enkelte yrker kan språk være et viktig arbeidsredskap, mens det i andre yrker ikke har avgjørende betydning. Det vil eksempelvis være forskjell på hvilke språkkrav som stilles til en lærer og en renholder på en skole. Jo mer verbal og utadrettet en jobb er, jo mer relevant vil det være å legge vekt på språket. I de aller fleste jobber er imidlertid kommunikasjon internt også viktig, og det vil således som oftest være behov for at den ansatte har en viss språkbeherskelse. Departementet vil likevel fremheve at språklige



barrierer i en del mindre verbale yrker kan overvinnes for eksempel gjennom bruk av engelsk eller ved å benytte tospråklige kolleger som tolker.”

I stillingsannonsen ble det stilt krav om at den som skulle ansettes måtte beherske norsk skriftlig og muntlig. A har bodd i Norge over lengre tid, har tatt norskkurs, og det er ikke bestridt at hun behersker norsk. Det er imidlertid vanskelig å anslå hvilket språklig nivå A har og hva stillingen krever. Avgjørende for ombudet er imidlertid at A er innstilt, ansett godt kvalifisert, og også har fungert i stillingen. Språkkunnskapene hennes er dermed etter all sannsynlighet tilstrekkelig gode for å utføre jobben som psykisk helsearbeider. I motsatt fall ville hun ikke bli ansett for kvalifisert. Det taler for at negativ vektlegging av As ikke er tillatt etter unntaksadgangen.

Kommunen har ikke utdypet hvor stor vekt den har lagt på As språkkunnskaper i vurderingen sin. I innstillingen går det fram at A ”har noe problemer med det norske språk, og det er til dels vanskelig å forstå hva hun sier”. Ombudet finner det på bakgrunn av denne påtegningen sannsynlig at språkkunnskaper ble tillagt en ikke ubetydelig vekt.

Kommunen har vist til at As språkproblemer fra tid til annen har ført til misforståelser mellom henne og pasienter, samt med kollegaer, men at hun gjorde en god jobb på tross av dette. Som dokumentasjon på misforståelsene som har oppstått har kommunen lagt fram kopi av møtereferat fra oppfølgingsamtaler med A. Av referatene framgår det at det blant annet er tatt opp forhold knyttet til språkforståelse, rolleforståelse, forhold A har vært usikker på, brukere som har gitt tilbakemelding på at de ønsker en norsk hjelper, forståelse av systemer og at A mener hun har fått for lite opplæring. Dette kan tale for at vektingen av språk ivaretar et saklig formål. På den annen side framgår det av referat fra møte 9. mars 2009 at Fagforening X mener opplæringen av A var mangelfull. En del av forholdene som tas opp i referatene vil antakelig kunne avhjelpes ved ytterligere opplæring. Ombudet legger også vekt på at innstillingen legger til grunn at A har gjort en god jobb den siste tiden og anses som kvalifisert for stillingen. I tillegg har ombudet merket seg at A framstår som vel så kvalifisert som C, og at språkkunnskaper uansett synes å ha blitt tillagt uforholdsmessig stor vekt. A har mer omfattende utdanning og også erfaring fra den aktuelle stillingen, slik det er etterspurt i annonsen.

Ombudet finner på denne bakgrunn at kommunen ikke har sannsynliggjort at vektleggingen av språk var tillatt etter unntaksadgangen i § 4 fjerde ledd. Kommune L ved Bydel M har

dermed handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av språk i strid med diskrimineringsloven § 4.

Ombudet har videre vurdert om det finnes omstendigheter som gir *grunn til å tro* at alder har hatt betydning for tilsettingen, jf. arbeidsmiljøloven § 13-8. Dersom det foreligger slike omstendigheter går bevisbyrden over på Kommune L. Kommunen må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd. Regelen innebærer at dersom det etter at alle bevis er lagt fram, fremdeles er tvil om det har skjedd forskjellsbehandling, skal tvilsrisikoen ligge på kommunen.

For at det skal foreligge slike omstendigheter, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. En påstand om diskriminering, eller kun det faktum at vedkommende er eldre enn kvinnen som ble tilbudt stillingen, er ikke tilstrekkelig. Det er klager som i utgangspunktet har bevisføringsrisikoen.

Ifølge det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet som gjelder ved tilsetninger i det offentlige, skal den som er best kvalifisert for stillingen etter en helhetsvurdering, tilsettes. Utgangspunktet for vurderingen etter kvalifikasjonsprinsippet er kravene som går fram av utlysningsteksten. Ellers er sentrale momenter utdanning, arbeidserfaring og personlig egnethet.

Dersom dette prinsippet er brutt kan det føre til at bevisbyrden går over på innklagede. Ombudet viser i den forbindelse til følgende uttalelse om gjeldende rett i ot.prp. nr. 104 (2002–2003) på side 48-49 som støtter dette synet: "Bestemmelsen må på bakgrunn av forarbeidene (Ot.prp. nr. 34 (2000–2001)) forstås slik at dersom en arbeidssøker uten noen av kjennetegnene i artikkel 1 blir ansatt foran en som har samme eller tilsvarende kvalifikasjoner, men er for eksempel funksjonshemmet eller har en annen hudfarge, går en ut fra at funksjonshemmingen osv. har vært utslagsgivende med mindre arbeidsgiveren kan vise til andre saklige grunner for utvelgelsen."

Kommunen anfører at den har foretatt en helhetlig vurdering ut fra utdanning, praksis og skikkethet. Ombudet mener imidlertid, ut fra opplysningene som framkommer av utvidet søkerliste, å kunne legge til grunn at A har vel så relevant arbeidserfaring og mer omfattende utdanning enn C. Ombudet har særlig merket seg at C ikke har fullført utdanning innen

sykepleiefaglig veiledning og bachelor i psykologi, selv om kompetansen er vektlagt i innstillingen. Det er også eksplisitt omtalt i utlysningsteksten at erfaring fra tilsvarende stilling vektlegges.

Kommunen har i sin redegjørelse vist til alderssammensetningen i faggruppen. Kommunen har opplyst at dersom den skulle vektlagt alderssammensetningen, ville det tilsi at en yngre arbeidstaker ville bli valgt, men avviser at alder har vært berørt i saksbehandlingen.

Ovenstående er omstendigheter som taler for at bevisbyrden går over på kommunen, jf. arbeidsmiljøloven § 13-8.

Når ombudet allikevel har kommet til at det ikke er grunn til å tro at alder har blitt vektlagt, er det fordi kandidaten som ble innstilt som nummer tre også omtales som svært godt kvalifisert og også har erfaring fra tilsvarende stilling. Det er dermed nærliggende å tro at det er andre grunner enn alder for at C ble rangert som nummer én. Ombudet finner at det er de konkrete tilbakemeldingene arbeidsgiver har gitt, og som er nedtegnet i referat, som er årsaken til at A ikke ble innstilt som nummer én. Selv om A tolker tilbakemeldingene fra arbeidsgiver som uttrykk for fordommer på grunn av alder, framstår det som klart at kommunen mener misforståelsene har sin årsak i språk. Da er det rimelig å anta at kommunen har lagt denne forståelsen til grunn også i sin vurdering av kandidatene, uavhengig av om dens oppfatning objektivt sett er riktig.

Ombudet finner på denne bakgrunn ikke grunn til å tro at alder har spilt en ufordelaktig rolle i tilsettingsprosessen.

Ombudet finner avslutningsvis grunn til å bemerke at det som hovedregel ikke er adgang til å legge vekt på en faggruppes alderssammensetning ved tilsetting av nye personer som vil tilhøre faggruppen, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 (1).

## Konklusjon

Kommune L ved Bydel M handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av språk i strid med diskrimineringsloven ved tilsetning i stilling som psykisk helsearbeider.

Kommune L ved Bydel M handlet ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder i strid med arbeidsmiljøloven 13-1 (1) ved tilsettingen.

\*\*\*

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. diskrimineringsloven § 13, jf. § 14.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen 15. mars 2011 om hvordan Kommune L ved Bydel M foreslår å løse saken, dersom kommunen velger ikke å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.