

Kvinne ikke diskriminert ved retur til arbeidslivet

En kvinne var tidligere ansatt som undervisningsinspektør og rektor. Etter et sykefravær ønsket hun å returnere til arbeid i stillinger som undervisningsinspektør. Hun kunne ikke jobbe i full stilling, men ønsket å få tilrettelagt stillingen slik at hun jobbet deltid, og da kun med administrasjonsoppgaver.

Kvinnen var fortsatt formelt ansatt i kommunen, men kommunen mente at de ikke hadde mulighet til å tilrettelegge undervisningsinspektørstillinger på en slik måte som hun ønsket. Kvinnen var heller ikke personlig egnet til en undervisningsinspektørstilling.

Ombudet kom til at kvinnen var best formelt kvalifisert til syv stillinger hun hadde søkt, men at hun ikke var personlig egnet til disse. Til tross for dette hadde kommunen vektlagt at hun grunnet sin nedsatte funksjonsevne ikke kunne arbeide i full stilling. Dette ble ansett for å være saklig og nødvendig, og ikke uforholdsmessig inngripende overfor kvinnen. Det ble vist til at kvinnens manglende evne til å jobbe fulltid ikke ble tillagt avgjørende vekt hennes i disfavør og at det var rimelig at den personen som tilsettes, vil kunne fylle alle deler av stillingen.

Hun hadde videre søkt en annen stilling. Også ved denne stillingen ønsket hun kun å jobbe deltid med en del av stillingshjemmelen. Ombudet kom til at dette var å anse som en saklig og nødvendig forskjellsbehandling, som ikke var uforholdsmessig inngripende overfor kvinnen. Ombudet viste til at det måtte skapes en ekstra stilling til å ta seg av de delene av stillingen som kvinnen ikke kunne dekke. Dette var et relevant moment å vektlegge i en rimelighetsvurdering, da enhver kommune har begrensede lønnsmidler til rådighet.

Ombudet kom også til at kvinnen ikke var blitt diskriminert grunnet manglende individuell tilrettelegging etter lovens § 12.

Lovanvendelse: diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 4, § 12

Diskrimineringsgrunnlag: nedsatt funksjonsevne

Saksnummer: 10/710

Dato: 07.07.2011

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A, f. (dato), er utdannet allmennlærer. Hun var ansatt som undervisningsinspektør ved B skole fra 1986 til 1993 og som rektor ved C skole fra 1998 til 2005. Hun ble innvilget 50 % uførepensjon grunnet sterke smerter 01.04.2004. Etter å ha fått et hjerneinfarkt i juli 2004 fikk hun innvilget 100 % uførepensjon fra 01.08.2005. Hun ble innvilget permisjon fra sin stilling som rektor fra 01.08.2005.

I 2008 ble smertene mindre, og A ønsket å gjenoppta sitt arbeid. Hun ønsket å komme i betraktning på stillinger som undervisningsinspektør i X kommune, da det var dette hun hadde arbeidserfaring fra. Hun ønsket å starte i deltid (60 – 70 %), og gikk inn i et opplegg med arbeidsutprøving i 50 % stilling i skoleledelsen ved E skole.

A søkte flere undervisningsinspektørstillinger, men fikk ikke tilbud om disse. Det ble vist til at hun, for å være aktuell til en stilling som undervisningsinspektør, måtte ha kapasitet til å jobbe 100 %. Hun ble tilbudt en lærerstilling i 50 %, som hun ikke ønsket, da dette ifølge legene kunne forverre hennes symptomer grunnet belastningen i en klasseromssituasjon, med støy og stress.

Partenes syn på saken

Utdanningsforbundet på vegne av A:

Utdanningsforbundet hevder at A er blitt diskriminert etter diskrimineringsloven § 4. X kommune har ikke oppfylt sin tilretteleggelsesplikt for henne, og stiller i stedet

krav om at hun må ha 100 % arbeidsevne for å få en stilling som undervisningsinspektør. A bør kunne fritas for undervisningsoppgaver og kun arbeide med administrasjon. Flere andre undervisningsinspektører har kun arbeidet med administrasjonsoppgaver. Kommunen har ikke gått inn i en individuell vurdering av hennes funksjonsevne, men kun vist til generelle formuleringer om at kommunen kun ansetter undervisningsinspektører i 100 % stilling.

A har ikke hevdet at det måtte opprettes en stilling for henne, men viser til at hun har søkt syv ledige stillinger, og at hun kun er tatt med på utvidet søkerliste på tre av stillingene. Det at kommunen ikke har deltidsstillinger på ledernivå, medfører at alle personer med nedsatt funksjonsevne som av denne grunn ikke kan gå inn i en 100 % stilling, de facto er ekskludert fra disse stillingene. Kommunen har videre vist til at den i andre tilfeller har skoleledere i mindre enn 100 % stilling, som stemmer dårlig med deres påstand om at disse må ha 100 % prosent arbeidskapasitet.

A mener at det stilles for høye krav til hennes adferd grunnet hennes langvarige sykefravær og helsemessige vanskelige situasjon. Det blir for enkelt å konkludere med at hun ikke har personlige egenskaper til en lederstilling basert på en kort arbeidsutprøving rett etter langvarig sykdom og uførepensjon. Det fremkom ikke noe negativt om henne i den opprinnelige oppsummeringen av arbeidsutprøvingen. Dette kom først etter at kommunen ba rektoren ved den skolen hun arbeidet på om kommentarer i forbindelse med at hun gikk videre med saken. A søkte videre en stilling som hun fikk avslag på, før evalueringen forelå. En slik ”bestilt” etterfølgende forklaring må derfor ikke tillegges nevneverdig vekt.

A har i arbeidsutprøvsperioden som hovedregel arbeidet med ledelsesoppgaver, og kun 20 timer med undervisning, samlet sett.

KS Advokatene på vegne av X kommune

KS Advokatene bestrider i sin redegjørelse at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kommer til anvendelse i saken. A har vært ute av X kommune siden november 2004. Arbeidsgiver hadde oppfylt sin tilretteleggingsplikt frem til dette. Dette medførte at X kommune hadde rett til å si opp A grunnet langvarig sykefravær, men dette ble ikke gjort, da kommunen mente dette ville medføre ytterligere sykeplager for henne. Kommunen har derfor fortsatt en tilretteleggingsplikt, til tross for at A fortsatt mottar 100 % uførepensjon. Kommunen mener det er arbeidsmiljøloven § 4-6, ikke diskriminerings- og tilgjengelighetsloven,

som kommer til anvendelse i denne saken. Kommunens plikt er begrenset til å tilby et passende arbeid.

Kommunen har ikke plikt til å tilrettelegge en lederstilling for A. Kommunen har ikke plikt til å tilsette en ny lærer for å ta seg av undervisningsdelen av en ledig inspektørstilling eller opprette en ny stilling som inspektør i 50 %. Kommunen har derfor tilbudt henne en stilling som lærer i 50 %. I etterkant av dette mottok kommunen en legeerklæring om at en slik stilling ville forverre hennes symptomer. Hun vil få tilbud om annen passende stilling når slik blir ledig, og vil eventuelt kunne søke ledig inspektørstilling senere.

KS Advokatene påpeker at A dessuten ikke er personlig skikket til å ha en lederstilling, og at hun har vist dette gjennom sin oppførsel mot personalet under arbeidsutprøvingen. En undervisningsinspektørstilling kan medføre mye stress og press, og A inngir ikke trygghet og sikkerhet hos personalet på en slik måte som en leder skal gjøre.

X kommune har som prinsipp at undervisningsinspektører skal arbeide i 100 % stilling med dels administrative oppgaver og dels undervisning. Dersom lovverket gir ledere rett til reduserte stillinger, innvilges dette, men det må skilles mellom tilrettelegging av en eksisterende stilling, og tilrettelegging ved nytilsettelse. Kommunen har ikke plikt til å opprette nye stillinger for dem som har behov for tilrettelegging, og heller ikke å tilsette ekstra ansatte for å dekke for den delen av stillingen som vedkommende ikke kan arbeide.

Den første stillingen som undervisningsinspektør, ved D skole, ble lyst ut to måneder etter at A startet arbeidstreningen, og hun ble derfor ikke vurdert som aktuell. De seks andre stillingene eller vikariatene hadde hun ikke fått ut fra en todelt vurdering: hun var ikke personlig skikket, og om hun hadde vært det, ville det ikke vært mulig å tilrettelegge disse stillingene.

Kommunen har allerede tilrettelagt mange stillinger, også undervisningsinspektørstillinger, og det går en grense for hvor mange tilrettelagte stillinger en kan ha før det går ut over tjenestene og det psykiske og fysiske arbeidsmiljøet. Det er kun fire undervisningsinspektører som har en ren

administrativ stilling, mens resten har en blanding av administrasjon og undervisning.

Kommunen vurderte A opp mot en koordinatorstilling våren 2009, men vurderte det slik at stillingen måtte være 100 %, da det ikke er rom for flere tilrettelegginger, og den var et "spleiselag", noe som gjorde det viktig med kontinuitet og at stillingen ble utført av én person.

Det medfører heller ikke riktighet at arbeidsoppgavene i arbeidsutprøvsperioden i stor grad var ledelsesoppgaver. Oppgavene har vært administrative, men det har ikke vært snakk om lederoppgaver. Det er normal prosedyre ved enhver arbeidsutprøving at arbeidsgiver innhenter både muntlige og skriftlige tilbakemeldinger på hvordan utprøvingen går/har gått. Det var derfor ikke snakk om en "bestilt" redegjørelse.

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 (dtl) § 4 første ledd.

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.

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.

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.

Etter diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 12 skal en arbeidsgiver foreta en rimelig individuell tilrettelegging for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid. Brudd på plikten til individuell tilrettelegging anses som diskriminering, jf. § 12 sjette ledd. Plikten til individuell tilrettelegging gjelder etter femte ledd ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde, skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen, og virksomhetens ressurser.

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

Det er ikke bestridt at A har ”nedsatt funksjonsevne” i lovens forstand. Ombudet legger til grunn at A har søkt seks ledige stillinger som undervisningsinspektør, til tross for at hun, uklart av hvilken grunn, kun er oppført på offentlig søkerliste på tre av sakene. Ombudet viser til Utdanningsforbundets brev av 20.08.2010, der dette fremgår. Dette er ikke imøtegått av KS Advokatene. A har også søkt en koordinatorstilling.

Spørsmål om diskriminering, jf. dtl § 4

Ombudet skal ta stilling til om As nedsatte funksjonsevne har vært medvirkende til at hun ikke var aktuell for disse stillingene. Dersom ombudet finner at det er *grunn til å*

tro at nedsatt funksjonsevne har hatt betydning for at A ikke fikk disse stillingene, går bevisbyrden over på X kommune. Kommunen må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

Det første spørsmålet er om A er blitt behandlet dårligere enn andre arbeidstagere ville ha blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, og om forskjellsbehandlingen i så fall hadde sammenheng med hennes nedsatte funksjonsevne.

Undervisningsinspektørstillingene

A er i utgangspunktet formelt kvalifisert for stillingene som undervisningsinspektør. Ombudet går etter dette over til å vurdere om A fremstår som best kvalifisert til stillingene.

Er A best formelt kvalifisert?

A har arbeidet som undervisningsinspektør og rektor i nesten tolv år, som undervisningsinspektør ved B skole (1993-1997) og rektor ved C skole (1998-2005). Ombudet vil nå vurdere hennes kvalifikasjoner opp mot de som ble tilsatt i de forskjellige undervisningsinspektørstillingene.

Når det gjelder stillingene ved N skole ble E og F tilsatt i disse stillingene. E har vært undervisningsinspektør i 11 måneder og F har vært kontaktlærer siden 1999. A har derfor en klart lengre ledererfaring enn de som ble tilsatt, og ombudet finner derfor at A var best formelt kvalifisert til disse stillingene.

Når det gjelder stillingene ved D skole, viser ombudet til at de som ble tilsatt i disse stillingene var G og H i faste stillinger, og I i vikariat. Av relevant erfaring har G vært lærervikar (1980-1981), klassestyrer (1984-1990), kontaktlærer (1990-2008), og undervisningsinspektør/SFO-leder ved D skole (2008-2009). H har vært lærer uten godkjent utdanning (2001-2002), adjunkt med tilleggsutdanning (2003-2008), undervisningsinspektør ved C skole (oktober 2007-mars 2008) og undervisningsinspektør ved D skole (2008-2009). I har vært spesiallærer, SFO-leder, og kontaktlærer ved forskjellige skoler fra 2000. Ombudet ser at G har bredere og lengre erfaring enn A, herunder ved D skole. Ombudet mener likevel at A objektivt

fremstår bedre kvalifisert som H og særlig I. H har vært undervisningsinspektør i ca. to år og I har ikke ledererfaring.

Når det gjelder stillingene ved Q skole, ble disse tilbudt J (som takket nei), K og L, med M som reserve. M ble tilsatt i årsvikariatet for L. J har tilsvarende ledererfaring enn A, som konsernsjef/produsent (1999-2003), administrerende direktør (2003-2006) og kultursjef (2006-2010). K var konstituert inspektør ved O skole ved tidspunktet for utlysningen, men hun hadde kun vært dette i tre måneder før tilsetningen fant sted. Verken L eller M har ledererfaring. Ombudet mener A fremstår som bedre formelt kvalifisert enn K, L, og M.

Ut fra dette fremstår det som om A er bedre formelt kvalifisert enn personer som har blitt tilsatt i alle stillingene, og at det derfor er grunn til å tro at hun har blitt forbigått til alle disse stillingene på grunn av sin nedsatte funksjonsevne.

Bevisbyrden går derfor over på X kommune, som må sannsynliggjøre at det ikke har funnet sted brudd på loven, jf. § 13.

X kommune har hevdet at grunnen til at A ikke ble vurdert til stillingene, var at hun ikke var personlig egnet til dem. Vurderingstemaet for ombudet er ikke hvorvidt ombudet ville ansett A personlig egnet for stillingene, men om X kommune har sannsynliggjort at det var arbeidsgivers vurdering av hennes personlige egnethet som ble vektlagt, og ikke hennes nedsatte funksjonsevne.

Kommunen har vist til at hun ved arbeidstilretteleggingen har utvist en adferd som ikke er forenlig med en lederstilling. Eksempelvis forlot hun et møte om hennes situasjon i sinne, noe kommunen mener viser hennes manglende evne til å takle stress. Videre kom hun ifølge kommunen med en kommentar til ass. skole- og oppvekstsjef NN i et møte med andre til stede om at hun ikke snakker til NN uten advokat og andre upassende kommentarer i denne forbindelse. Kommunen har videre anført at hun i sykdomsperioden har forsøkt å underminere daværende rektor ved C skole. A gir også direkte tilbakemeldinger og uttrykk for frustrasjoner på en uheldig måte, for eksempel ved å kommentere en leders beslutninger med flere tilhørere og gjennom ukollegiale utsagn.

Ombudet ser at evalueringen av A etter arbeidsutprøvningsperioden er datert 16.07.2009 og at evalueringsmøtet ble holdt 25.06.2009. Innstillingen til stillingene er skrevet før dette, 16.06.2009. Klagens bilag 15 og 16, der det opplyses om at A har underminert tidligere rektor ved C skole og ellers opptrådt på en ukollegial måte, er også datert etter innstillingen. Dette er likevel forhold som pågikk samtidig med innstillingen. Selv om dette er nedtegnet i etterkant av innstillingen, legger ombudet til grunn at kommunen må ha vært kjent med disse forholdene da den skrev denne. Kommunen opplyser å ha vært i kontakt med rektor YY underveis, noe ombudet ikke finner grunn til å betvile.

Ombudet kan vanskelig overprøve arbeidsgivers vurdering av personlig egnethet. Spørsmålet blir derfor om arbeidsgiver reelt og på en forsvarlig måte har vurdert A personlige egnethet opp mot undervisningsinspektørstillingene. Ombudet viser til diskrimineringsnemndas vurdering i sak 22/2010: *”Det er ikke krav om intervju i alle sammenhenger, og en arbeidsgiver kan unnlate å intervjue en søker man kjenner godt fra før. Imidlertid må det være krav om at en søkers personlige egnethet vurderes opp mot den aktuelle stillingen.”* Ombudet legger til grunn at kommunen her kjenner A godt, og at det derfor ikke er nødvendig å innkalle henne til intervju. Kommunen har beskrevet flere handlinger fra As side som gjør henne uegnet for disse konkrete lederstillingene. Dette er etter kommunens mening adferd som ikke er forenlig med holdninger og væremåte en leder skal ha. Ut fra dette mener ombudet at kommunen har sannsynliggjort at det var As manglende personlige egnethet og ikke nedsatt funksjonsevne som var avgjørende i vurderingen av henne som søker.

A ville derfor, uavhengig av sin nedsatte funksjonsevne, ikke fått stillingene. Ombudet finner det likevel overveiende sannsynlig at As manglende evne til å jobbe i full stilling har vært et moment i vurderingen, selv om dette ikke har vært avgjørende. Ombudet viser til referat fra møte 02.09.2009, der det fremgår at ”til lederstilling er det et krav om at man må kunne arbeide 100 % og dekke alle oppgaver”, og at kommunen har argumentert med at den ikke hadde slike reduserte stillinger ledig.

Det fremgår av kommunens redegjørelse at flere personer har stillinger i under 100 prosent. Med unntak av én person, er bakgrunnen for at disse har begrensede stillinger enten alder eller omsorg for små barn. Ombudet viser også til at kommunen har redegjort for at fire personer har en undervisningsinspektørstilling som kun innebærer administrasjon. Ombudet viser videre til innstillingen til stillingen som undervisningsinspektør ved D skole, der det fremgår at ZZ, som ble

innkalt til intervju, ikke kan jobbe i 100 % stilling. Bakgrunnen for at ZZ ikke kunne jobbe i 100 prosent stilling, fremgår ikke av sakens dokumenter. Dette viser at kommunen hadde deltidsstillinger i denne kategorien. En av stillingene var dessuten en ledig stilling A hadde søkt på.

Ut fra ovenstående mener ombudet derfor at det faktisk at A ikke kan jobbe 100% grunnet sin nedsatte funksjonsevne, er blitt tillagt vekt i saken.

A er således blitt stilt dårligere grunnet sin nedsatte funksjonsevne, og hun er dermed blitt utsatt for forskjellsbehandling.

Er forskjellsbehandlingen lovlig etter § 4 fjerde ledd?

Spørsmålet blir derfor om forskjellsbehandlingen likevel kan være lovlig etter unntaksbestemmelsen i dtl § 4 fjerde ledd, det vil si om den er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål”, og ikke ”uforholdsmessig inngripende” overfor A. Av forarbeidene, ot.prp. br. 44 for 2007-2008 s. 107, fremgår det at dette er en ”sikkerhetsventil der et absolutt forbud mot direkte diskriminering vil få urimelige utslag”. Departementet viser til at ”en rekke formål” kan være saklige, herunder etter omstendighetene også økonomisk vinning.

På spørsmålet om forskjellsbehandlingen i dette tilfellet hadde et saklig formål, har kommunen påpekt at det er viktig for en undervisningsinspektør å være til stede i klasserommet for å være kjent med det som skjer der, både faglig og blant elever og lærere for øvrig. Denne delen av arbeidet vil altså ha betydning for de øvrige oppgavene som tilligger stillingen. Etter ombudets oppfatning er hensynet til en best mulig utførelse av arbeidsoppgavene et saklig formål.

For at forskjellsbehandlingen skal være tillatt må den dessuten være nødvendig for å oppfylle formålet. Kommunen viser til at A ikke kan fylle deler av stillingene grunnet sin nedsatte funksjonsevne. Selv om den delen av stillingene som A ikke kan arbeide, kan dekkes opp av en lærer i deltidsstilling, vil kommunen ikke oppnå den positive effekten av at erfaringen fra undervisningen påvirker de øvrige delene av arbeidet ved å ha to ansatte som deler stillingen. Ombudet mener derfor at det var nødvendig å tilsette en person i 100% stilling.

Spørsmålet blir etter dette om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende overfor A. I vurderingen må det foretas en avveining av det positive formålet som sikres ved forskjellsbehandlingen og den negative virkningen for den eller de som forskjellsbehandles. Forskjellsbehandlingen må fremstå som en rimelig løsning, samlet sett. Ombudet viser til forarbeidene, ot.prp. nr. 44 for 2007-2008, s. 107.

Ombudet mener det må tillegges vekt i rimelighetsvurderingen at A uansett, grunnet sin manglende personlige egnethet, ikke ville fått denne stillingen. As manglende evne til å jobbe fulltid er derfor ikke blitt tillagt avgjørende vekt hennes i disfavør. Ombudet mener at det i denne saken er rimelig at den personen som tilsettes, vil kunne fylle alle deler av stillingen, også undervisningsdelen, da denne, som nevnt over, er en viktig del av en undervisningsinspektørstilling.

Ut fra dette finner ombudet at forskjellsbehandlingen er nødvendig for å nå et saklig formål, at den er nødvendig for utøvelsen av arbeidet, og at den ikke kan anses uforholdsmessig ovenfor A. Den kan derfor ikke anses som diskriminering etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. § 4 fjerde ledd.

Stillingen som koordinator for tverrfaglig samarbeid

Er A stilt dårligere grunnet sin nedsatte funksjonsevne?

Denne stillingen er kun en administrativ stilling. Kommunen har til denne stillingen vurdert det slik at A kunne være kvalifisert for den, jf. kommunens redegjørelse s. 8. Bakgrunnen for at hun ikke fikk stillingen, var derfor at hun grunnet sin nedsatte funksjonsevne ikke kunne arbeide i en 100 prosents stilling. Hun må derfor anses for å ha blitt stilt dårligere enn en annen person ville blitt i en tilsvarende situasjon, og denne forskjellsbehandlingen skyldes at hun grunnet sin nedsatte funksjonsevne ikke kan arbeide i en full stilling.

Er forskjellsbehandlingen likevel lovlig etter § 4 fjerde ledd?

Spørsmålet blir derfor om forskjellsbehandlingen er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål”, og ikke ”uforholdsmessig inngripende” overfor A, jf. § 4 fjerde ledd, jf. det som er nevnt ovenfor om dette.

A ønsker å jobbe i kun 50 prosent stilling, og da bare med én del av arbeidet, nemlig MOT-prosjektet.

En fastsettelse av stillingsomfang (her: 100%) ut fra arbeidsoppgavene og utføring av disse vil være et saklig formål. Hvorvidt det var nødvendig å ansette en person i 100% stilling, og ikke A i redusert stilling er neste spørsmål. Basert på kommunens redegjørelse legger ombudet til grunn at denne stillingen er et "spleiselag" mellom tre etater. Kommunen har anført at det derfor er svært viktig at den utføres av én person. Ombudet har ikke holdepunkter for å trekke kommunens vurdering av dette i tvil. Ombudet mener således at det at A ikke kan fylle hele stillingshjemmelen gjør at forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeidet.

Spørsmålet blir derfor om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig overfor A.

På bakgrunn av rettspraksis legger ombudet til grunn at en annen arbeidstaker ikke kan henvises til å ta de delene av arbeidsoppgavene som A ikke kan fylle. Det vises til Rt. 1995 s. 227. Dommen gjelder i utgangspunkt oppsigelse og spørsmålet om arbeidsgiver er pliktig til å omplassere en annen arbeidstaker for å skape plass til saksøkeren. Ombudet finner likevel å vektlegge Høyesteretts uttalelse. Fra dommen siteres:

"Jeg finner det for min del vanskelig å tolke [daværende arbeidsmiljølov] § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsidesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete. Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmetes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske."

Det følger også av Gulating Lagmannsretts dom LG-2006-100708, referert i Jan Tormod Dege, "Den Individuelle Arbeidsrett, Del II", s. 1114. Fra Deges bok siteres:

"I Gulating 06.02.2007 (LG-2006-100708) legger retten til grunn at det var sannsynlighetsovervekt for at det ikke var mulig for arbeidsgiver... verken å

tilpasse arbeidstakers tidligere arbeid til hennes helsesituasjon eller å gi henne annet høvelig arbeid. Restarbeidsevnen oversteg ikke 50 %. Selv om arbeidstaker etter ny skolering var kvalifisert til å arbeide i regnskapsavdelingen, la flertallet til grunn at hun ikke hadde krav på at arbeidsgiver tvangsomplasserte en ekstra for å skape ledig stilling til henne, jf. Rt. 1995 s. 227.”

Det vil derfor her i praksis måtte skapes en ekstra stilling til å ta seg av de delene av stillingen som A ikke kan dekke. Ombudet mener at dette vil kunne være et relevant moment å vektlegge i en rimelighetsvurdering, da enhver kommune har begrensede lønnsmidler til rådighet. Kommunen har vist til at de ikke plikter til å innhente ny arbeidskraft til å dekke inn den delen som A ikke kan arbeide. Utdanningsforbundet har videre sagt seg enig i at kommunen ikke har en slik plikt.

Selv om det nødvendigvis vil oppleves som inngripende å ikke få en stilling en i utgangspunktet vil kunne være best kvalifisert for, vil man måtte vurdere dette opp mot arbeidsgivers interesser. Arbeidsgivers interesse vil naturlig nok være å sikre en effektiv utøvelse av alle de oppgavene som ligger til stillingen. Etter en konkret vurdering finner ombudet at dette må være avgjørende.

Ombudet er etter dette kommet til at forskjellsbehandlingen både er saklig og nødvendig, samt at det ikke fremstår som uforholdsmessig inngripende overfor A. Etter dette er den ikke i strid med lovens § 4.

Spørsmål om tilrettelegging, jf. dtl § 12

Det er ikke bestridt at grunnen til at A ikke kan jobbe i en 100 prosents stilling er hennes nedsatte funksjonsevne. Ombudet legger til grunn at A har vært formelt ansatt i X kommune i hele perioden, også i den tiden hun hevet 100 prosents uførepensjon. Av denne grunn består fortsatt X kommunes tilretteleggelsesplikt ovenfor henne som ansatt, jf. dtl § 12.

Kommunen sier at det er en forskjell på hvordan man skal tilrettelegge for en person som er i arbeid og en person som skal tilsettes. Ombudet peker på at etter dtl § 12 har arbeidsgiver plikt til å foreta rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og

arbeidsoppgaver ”for å sikre at en ... arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid...”.

Kommunen har derfor i utgangspunktet tilretteleggingsplikt for A. Når det er sagt, blir ikke spørsmål om tilrettelegging aktuelt med tanke på undervisningsinspektørstillingene, siden ombudet legger arbeidsgivers vurdering til grunn om at A uansett ikke var personlig egnet til disse, jf. drøftelsen ovenfor. En tilrettelegging ville derfor ikke hatt betydning for hennes muligheter til ”å få arbeid”.

Det er ”rimelig” individuell tilrettelegging som kreves. Det vil si at det ikke kan kreves tilrettelegging som medfører en uforholdsmessig byrde, jf. § 12 femte ledd. Vedrørende koordinatorstillingen nøyer ombudet seg med å vise til rimelighetsvurderingen over, da vurderingstemaet stort sett må bli det samme.

Konklusjon

X kommune har ikke handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 eller § 12 overfor A i forbindelse med ansettelse til stillinger som undervisningsleder eller koordinator for tverrfaglig samarbeid.

Oslo, 07.07.2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud