

Vår ref.:

11/1198- 54- ASI

Dato:

26.06.2012

Ansettelse - helseopplysninger-sammendrag og anonymisering versjon av uttalelse

En mann ble diskriminert på grunn av sin nedsatte funksjonsevne ved ansettelse til stilling

En mann klagde arbeidsgiver B inn for likestillings- og diskrimineringsombudet. Han mente at han var blitt forbigått ved ansettelse til stilling. Han mener at hans nedsatte funksjonsevne ble vurdert negativt i forbindelse med ansettelsen. Videre hevdet han at arbeidsgiver ikke har kontaktet de referansene han hadde oppgitt, og at arbeidsgiveren derfor ikke hadde godt nok grunnlag til å vurdere ham.

Stillinger i staten skal besettes etter det såkalte ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Kvalifikasjonsprinsippet innebærer en helhetsvurdering av hvem som må anses som best kvalifisert for stillingen. Sentrale momenter vil være utdanning, praksis og personlig skikkethet. Ombudets vurdering var at arbeidsgiveren i dette tilfellet ikke hadde fulgt kvalifikasjonsprinsippet. Arbeidsgiver innstilte søkere som var mindre formelt kvalifisert enn klageren.

Arbeidsgiver og mannen opplyser begge at hans nedsatte funksjonsevne ble et tema under intervjuet. Arbeidsgiver fastholder at årsaken var at de ønsket å utdype mulighetene for tilrettelegging dersom ansettelse skulle bli aktuelt. Vurderingen av de formelle kvalifikasjonene til klager og den som ble tilbudt stillingen, sammenholdt med den skriftlige dokumentasjonen i saken mente ombudet det var grunn til å tro at klagerens nedsatte funksjonsevne var blitt tillagt negativ vekt i ansettelsesprosessen.

Ombudet konkluderte derfor med at mannen var blitt diskriminert på grunn av sin nedsatte funksjonsevne. Arbeidsgiveren handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Saksnummer: 11/1198

Lovgrunnlag: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Dato for uttalelse: 07/11/2011

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A klagde juni 2011 B inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). Bakgrunnen for klagen var at han opplevde seg forbigått ved ansettelse til stilling som saksbehandler ved B. Han ble innkalt til intervju, men ble ikke innstilt til stillingene. Det var 88 søkere til stillingene, og 35 kandidater ble innkalt til intervju. Av disse aksepterte 12 personer tilbud om stilling, enten i form av fast stilling eller vikariat.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at han har vært 100 % ufør etter en trafikkulykke, men at han nå mener at han kan fungere i en 100 % stilling. Han mener at han er best kvalifisert til stillingen. Han opplevde at intervjuet ved B i stor grad ble brukt til å diskutere nedsatt funksjonsevne, og at hans nakkeskade ble vurdert opp mot ansatte i "systemet" som ikke hadde taklet statisk arbeid. Han mener at det ikke er noen grunn til å diskutere tilrettelegging før etter at han har fått tilbud om stilling, jf. arbeidsmiljølovens § 9-3.

Når det gjelder hans referanser, opplyser han at B ikke har kontaktet de oppgitte referansene. Han har arbeidet i industrien helt frem til 2004, ikke til 2000 som B hevdet. Dette gjorde han B kjent med under intervjuet. Han har i perioden fra 2000 til 2004 hatt studiepermisjon, men han har arbeidet som tilkallingshjelp. Dette arbeidet var relevant i forhold til arbeidet hos B. Han var den øverste leder hos C (desember 2003 – oktober 2005), og hadde dermed ingen overordnet. Den referansen han oppgav var derfor en av hans underordnede, og han har gitt B

god tilbakemelding. Han var kun banksjef i D bank i kort tid (oktober 2005 – mars 2006), og den personen som var hans overordnede har nå blitt skiftet ut etter fastsatte regler. Da han ble ufør etter trafikkulykke i desember 2005, kan han ikke skaffe nyere referanser. Han mener videre at B sine anførsler om manglende referanser kun er et skalkeskjul som de har opprettet i ettertid av ansettelsesprosessen.

B:

B viser i sin redegjørelse til at de ikke la vekt på A sin nedsatte funksjonsevne da han ikke ble innstilt til stilling som saksbehandler. Den tilretteleggingen han hadde behov for, var å anse som standardutstyr ved B. Ved alle intervjuene ble samme intervju mal brukt. Bakgrunnen for at han ble spurt om tilretteleggingsbehov under intervjuet, var et ønske om å eventuelt foreta nødvendig individuell tilrettelegging av arbeidsplassen, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12, samt spørsmål om arbeidstakeren lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stillingen. Til det siste viser B til "forskrift til arbeidsmiljølovens § 9-3".

Ved rangering av søkerne har B vektlagt følgende:

å få tilført avdelingene ressurser med høyere utdanning å få tilsatt personer med ekstern arbeidserfaring som er relevant for B at søkerne har de personlige egenskapene som er etterlyst i utlysningsteksten kombinasjonen av utdanning, arbeidserfaring, gode referanser og et godt intervju kan være å foretrekke foran utdanning alene.

A har ingen relevant arbeidserfaring, og han har ikke ønsket at B tok kontakt med hans nærmeste overordnede fra hans to siste arbeidsforhold. Han ønsket at de skulle ta kontakt med referanser fra tiden som produksjonsmedarbeider, et forhold som ble avsluttet for 11 år siden. Disse ble derfor ansett for å være for gamle. Den personen som B tok kontakt med var derfor en av hans underordnede i C. Denne personen gav gode tilbakemeldinger, men kunne, som A sin underordnede, ikke besvare alle spørsmålene. De opplysningene som A har gitt om sine referanser, samsvarer ikke med de opplysningene han gav i intervjuet. Han opplyste i intervjuet at han hadde en overordnet i C, og den personen som skrev hans attest står i Brønnøysundregistrene fortsatt oppført som styreleder i D bank. Det følger videre av hans CV at han arbeidet i industrien frem til år 2000, og hadde studiepermisjon i perioden fra 2000 – 2003, og det var dette de forholdt seg til i vurderingen av at disse referansene ble ansett for å være for gamle.

B har i ansettelsesprosessen også tilsatt to andre kandidater som har vært sykemeldt i lengre tid, noe som viser at de tilsatte de personene som var best kvalifisert til stillingene.

Ombudet siterer ellers følgende fra B sin vurdering av A:

”Søker gjorde et greit intervju. Han ønsker ikke at vi skal ta kontakt med hans nærmeste overordnede i hans to siste arbeidsforhold. Søker ønsker heller å benytte en av sine underordnede ved C som referanse. De andre referansene søker har oppgitt er fra tiden som produksjonsmedarbeider. Disse ser vi på som for gamle og urelevante i forhold til denne stillingen. Søker oppgir under intervjuet å være helt frisk, men på tross av det er han erklært 100 % ufør. Det er derfor en viss usikkerhet knyttet til hans arbeidsevne, uten at dette har vært avgjørende. På bakgrunn av mangel på relevante referanser, til tross for gjentatt oppfordring, mener vi at vi ikke har godt nok grunnlag for å kunne vurdere søkers personlige egenskaper på samme måte som de andre søkerne. Søker innstilles ikke.”

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.

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

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 B ulovlig har lagt vekt på A sin nedsatte funksjonsevne da de ikke innstilte ham til saksbehandlerstilling 2011/16.

Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at nedsatt funksjonsevne har hatt betydning for at A ikke ble innstilt, går bevisbyrden over på B, som da må sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

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

Ombudet påpeker innledningsvis at whiplash og ettervirkninger av dette er å karakterisere som nedsatt funksjonsevne i diskriminerings- og tilgjengelighetslovens forstand, og at det å ikke få en stilling er egnet til å stille en dårligere etter loven.

B og A opplyser begge at hans nedsatte funksjonsevne ble et tema under intervjuet. B opplyser at bakgrunnen for dette var at de ønsket å høre om A hadde behov for tilrettelegging etter dtl § 12. Tilrettelegging gjelder etter dtl § 12 også "arbeidssøker". Som hovedregel bør dette avklares etter at arbeidsgiver har besluttet hvem de skal innstille. Det vises til

arbeidsmiljølovens § 9-3, som forbyr arbeidsgiver å innhente andre helseopplysninger enn "de som er nødvendig for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen". Av Henning Jakhelln og Helga Aunes kommentarutgave til arbeidsmiljøloven, *arbeidsrett.no*, s. 366 fremgår det at det med dette menes at arbeidsgiver ikke kan stille "generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer", men at de kan spørre om arbeidssøkeren "er i stand til å greie fysiske oppgaver som stillingen innebærer".

I denne saken har A opplyst i søknaden til B at han har stått helt utenfor arbeidslivet siden 2006, og at han vil trenge små justeringer og tilrettelegging for å kunne fungere i arbeidslivet i en 100 % stilling. Ut fra det A har opplyst, vil det etter ombudets mening være adgang for B til å, i intervjuet, gi ham mulighet til å utdype dette noe. Det vil dog være i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven å legge negativ vekt på tilretteleggingsbehov i ansettelsesprosessen.

Stillinger i staten skal besettes etter det såkalte ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Av ot.prp. nr. 67 (2004-2005), *Om lov om statens embets- og tjenestemenn*, pkt. 7.3. fremgår det at dette er et "ulovfestet, sedvanerettslig prinsipp med formell lovs rang". Fra samme forarbeider, punkt 7.1., fremgår det at Sivilombudsmannen i flere uttalelser har uttrykt kvalifikasjonsprinsippet slik:

"Siktemålet i en tilsettingssak er i alminnelighet å finne frem til den søkeren som etter en helhetsvurdering må anses som best kvalifisert for stillingen. Ved kvalifikasjonsvurderingen må det tas utgangspunkt i de kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten. For øvrig vil sentrale momenter være utdanning, praksis og personlig skikkethet."

Ombudet har derfor sammenlignet A sine formelle kvalifikasjoner med kvalifikasjonene til de personene som ble innstilt. Det fremgikk av stillingsutlysningen at de ønsket personer som har relevant utdanning av minst ett års varighet, juridisk, administrativt eller it-faglig, og at relevant saksbehandlernerfaring kunne kompensere for manglende utdanning. I tillegg ønsket B at de som ble tilsatt hadde erfaring fra saksbehandling, bruk av IKT-basert saksbehandlerverktøy, kundeservice og bruk av telefon mot kunde/i saksbehandling. A har mastergrad i management og arbeidserfaring som administrativ leder og i industrien. Han har også vært banksjef i noen måneder.

To av personene som ble innstilt til stillingene, var på ansettelsestidspunktet fortsatt under utdanning. Andre har utdanning og arbeidserfaring som sosionom, lærer og i sosialpedagogikk. Ut fra dette mener ombudet at A fremstår som bedre formelt kvalifisert enn personer som ble innstilt til stillingene.

Etter LDOs og Likestillings- og diskrimineringsnemndas praksis er det ikke tilstrekkelig for at bevisbyrden har gått over at klageren er bedre formelt kvalifisert enn de som ble innstilt. Det kreves i tillegg holdepunkter for at det er en

årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlaget og rangeringen, se eksempelvis diskrimineringsnemndas sak 29/2009 (kjønn). Et slikt holdepunkt for at nedsatt funksjonsevne spilte en rolle i vurderingen av ham som søker eksisterer etter ombudets mening i dette saken, ved at arbeidsgiver i sin skriftlige vurdering etter intervjuet skriver at A *"oppgir under intervjuet å være helt frisk, men på tross av det er han erklært 100 % ufør. Det er derfor en viss usikkerhet knyttet til hans arbeidsevne, uten at dette har vært avgjørende."* Ombudet mener derfor at det er *"grunn til å tro"* at A sin nedsatte funksjonsevne har blitt tillagt vekt i ansettelsesprosessen. Bevisbyrden går derfor over på B, som må sannsynliggjøre at det er andre grunner enn A sin nedsatte funksjonsevne til at han ikke ble innstilt til stillingen.

B opplyser at bakgrunnen for at A ikke ble innstilt, var at de ikke har kunne innhente relevante referanser for ham og at han derfor ikke er personlig egnet til stillingen. Det har vært uenighet om hvilke referanser som burde og kunne kontaktes. I utgangspunktet vil spørsmål om hvilke referanser arbeidsgiver ønsker å kontakte være innenfor arbeidsgivers styringsrett. På den andre siden må ikke dette tolkes på en slik måte at personer som har vært utenfor arbeidslivet en stund grunnet uførepensjon eller lignende ikke har noen mulighet til å bli tilsatt. Ombudet finner det i denne saken ikke nødvendig å gå inn i en vurdering av dette temaet, da det ikke vil være avgjørende for ombudets konklusjon.

Ut fra formuleringen i B sin vurdering av A, som gjengitt over, om at usikkerheten om hans arbeidsevne ikke har vært *"avgjørende"*, legger ombudet til grunn at dette er tillagt noe vekt. Ombudet viser til at det etter ombudets og nemndas praksis ikke er et vilkår at den nedsatte funksjonsevnen skal være tillagt avgjørende vekt for at diskriminering kan sies å foreligge. Det er tilstrekkelig at dette er vektlagt på en måte som er *egnet* til å stille A dårligere enn enhver annen arbeidssøker.

Om dette er det sagt følgende i ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27:

”Hvorvidt det foreligger forskjellsbehandling etter gjeldende rett avhenger av om det foreligger en handling i lovens forstand, jf pkt. 6.1.2 nedenfor. Videre vil det være spørsmål om handlingen faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Med stilling menes rettsstilling i vid forstand. Gjennom praksis er det fastslått at ikke bare de handlinger som har medført at noen har kommet i en dårligere stilling, men også de som er egnet til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven. I sak nr. 10/92 uttalte Klagenemnda for likestilling at en handling kunne være i strid med loven dersom den var egnet til å ramme det ene kjønn på en urimelig måte, uansett om det er mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfellet.”

Selv om ovennevnte sitat gjelder likestillingsloven, er denne forståelsen av diskrimineringsforbudet etter ombudets og nemndas praksis ansett å gjelde også for den øvrige diskrimineringslovgivningen ombudet håndhever.

En vektlegging av et av diskrimineringsgrunnlagene i de lovene ombudet er satt til å forvalte, er etter praksis altså ansett egnet til å stille en person dårligere til tross for at han eller hun eventuelt ikke ville fått stillingen av andre årsaker. Dette fremgår på likestillingslovens område i diskrimineringsnemndas sak 19/2006 og ombudets sak 10/539. Ombudet har i sak 10/710 også lagt dette til grunn på diskriminerings- og tilgjengelighetslovens område. Ombudet påpeker at det ikke er noe vilkår at motivet eller ønsket har vært å diskriminere, jf. ot.prp. nr. 44 for 2007-2008 s. 98. Ombudet bemerker for ordens skyld at det at B eventuelt har innstilt andre personer med nedsatt funksjonsevne til denne stillingen ikke i seg selv er nok til å utelukke at A kan ha blitt forskjellsbehandlet.

Ut fra dette finner ombudet at A har blitt forskjellsbehandlet i strid med lovens § 4. Det er ikke holdepunkter eller opplysninger i saken for øvrig som tilsier at unntaksbestemmelsen i § 4 fjerde ledd kan komme til anvendelse, slik saken fremstår for ombudet.

Konklusjon

B handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 da A sin nedsatte funksjonsevne ble vektlagt i ansettelsesprosessen vedrørende ”stilling 2011/16”.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 16, jf. § 17.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen 7. desember om hvordan B foreslår å løse saken, dersom B ikke velger å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Oslo, 07.11.2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud