



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

12/858

Dato:

21.05.2013

Sammendrag og uttalelse

Saken reiste spørsmål om en kommune handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven da den ikke kalte inn en arbeidssøker til intervju fordi vedkommende ikke kunne fylle hele stillingen som prosjektleder pga. en nakkeskade. Ombudet la til grunn at saken reiste spørsmål om indirekte diskriminering pga. nedsatt funksjonsevne ettersom kommunens begrunnelse for ikke å innkalle søkeren var knyttet til behovet for ansettelse i 100 prosent stilling, og ikke nakkeskaden i seg selv. Videre fant ombudet at fastsettelse av stillingens omfang ut fra arbeidsoppgavene som lå til den var et saklig formål. Ombudet fant i dette tilfellet ikke grunnlag for å overprøve kommunens vurdering av nødvendigheten av å tilsette én person i full stilling, i stedet for to slik søker foreslo, for å fylle stillingens funksjon. Kravet var etter ombudets syn heller ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Når det gjaldt spørsmål om kommunens plikt til å vurdere individuell tilrettelegging i form av redusert stillingsandel, fant ombudet at denne vurderingen i dette tilfellet måtte bli sammenfallende med om kravet til full stilling var saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig. Ombudet konkluderte med at kommunen verken hadde overtrådt diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 4 eller 12.

Saksnummer: 12/858

Diskrimineringsgrunnlag: nedsatt funksjonsevne

Lovgrunnlag: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 4 og 12 første ledd

Dato for uttalelse: 18. april 2013

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

B kommune lyste ledig stilling som prosjektleder for C med tiltredelse snarest og med varighet fram til 2017. Søknadsfrist var satt til 8. august 2011.

C er et regionalt kompetansehevingsprosjekt for ti deltakerkommuner på D. Prosjektet har blitt en realitet i tett samarbeid med E og F. I tillegg er det opprettet samarbeid med «G» til H. Kommunene på D har i dag en høy andel barn og unge som trenger spesialundervisning for å sikres rett til tilpasset opplæring. Prosentandelen er langt høyere enn landsgjennomsnittet. Mange barnehager og skoler klarer ikke å legge til rette for tilpasset opplæring for barna. Dette fører til at barn som ville klart seg med et godt tilpasset opplegg i barnehagen, eller med godt tilrettelagt undervisning i skolen, må ha et enkeltvedtak for å få den hjelpen de har krav på. Dette binder opp store ressurser i kommunene, samtidig som dette fører til at PPT må bruke mye tid på sakkyndig arbeid i stedet for å arbeide proaktivt i barnehage og skole. Gjennom prosjektet skal kommunene bedre sikre at alle barn uansett behov får godt læringsmiljø og læringsutbytte. Prosjektet er forankret i kommuneledelsen, og prosjektperioden er satt fram til august 2017. Rådmennene, E og representanter fra H utgjør styringsgruppen for prosjektet.

B kommune er vertskommune for prosjektet og har arbeidsgiveransvar for prosjektlederen.

I planfasen har A fra B kommune, I fra F og J fra E vært koordinatorene. Sammen med K og L fra E har de fungert som sekretariat for prosjektgruppen. I tillegg bistod seniorrådgiverne M og N i de kommunale prosjektgruppene.

I kunngjøringsteksten ble det stilt følgende formelle krav til stillingen som prosjektleder:

«Relevant utdanning fortrinnsvis på masternivå

Relevant erfaring frå skule/barnehage/offentleg forvaltning

Erfaring i å leie prosjekt»

Videre framgikk det av annonsen at det var ønskelig at søker har erfaring fra oppvekstsektor/tverrfaglig samarbeid og at søker må ha god evne til å arbeide helhetlig, målrettet, kunne inspirere, kommunisere og samarbeide på tvers av fag og etater/tjenester.

Det ble opprettet et tilsetningsutvalg bestående av rådmennene i O, P og B, J fra E og Q fra Utdanningsforbundet. Personalsjef R fra P kommune bistod i forberedelser og gjennomføring av intervju.

A søkte på stillingen. I søknaden opplyste A at han p.t. ikke var i stand til å fylle hele stillingen på grunn av at en nakkeskade etter en trafikkulykke har medført at han arbeider redusert. A foreslo videre i sin søknad at stillingen kunne deles mellom ham og en annen navngitt søker, S. A presiserer at S vil kunne fylle stillingen alene, men at de to har snakket om de positive ringvirkningene en todeling av stillingen ville gi. S og A har skrevet masteroppgave sammen og vært benyttet som foredragsholdere sammen.

Ifølge As CV har han følgende utdanning:

1.8.82 - 1.7.85 T vgs. artium

1.8.86 - 1.7.89 U lærarhøgskule allmennlærerutdanning

1.8.88 - 1.8.89 U lærarhøgskule matematikk

1.8.89 - 1.8.90 Universitetet i Bergen Ex.phil.

1.8.90 - 1.8.91 Høgskulen i Stavanger Sosialpedagogikk 1

1.8.91 - 1.8.92 Høgskulen i Stavanger Sosialpedagogikk 2

1.8.93 - 1.8.94 Universitetet i Oslo Spesialpedagogikk 1

1.8.95 - 31.12.96 Høgskulen i Stavanger Spesialpedagogikk 2

1.8.06 - 31.7.09 Universitetet i Oslo Master i spesialpedagogikk

Ifølge As CV har han slik arbeidserfaring:

1.8.89 - 31.7.91 adjunkt V kommune

1.8.91 - 31.7.93 adjunkt med opprykk W kommune

1.8.93 - 31.7.97 adjunkt med tillegg V kommune

1.8.97 - 1.9.04 leiar for PPT V kommune

1.9.04 - 31.7.05 rektor B kommune

1.8.95 - 31.12.06 ped. psyk. rådgjevar B kommune

1.1.07 - leiar for PPT for B kommune

B og X

1.5.11 – fagkonsulent B kommune (40 prosent stilling)

Tilsettingsutvalget hadde møte i midten av august 2011 for å gjennomgå søknadene og vurdere hvem som skulle kalles inn til intervju. A ble ikke innkalt til intervju.

Tilsettingsprosessen ble avbrutt i september 2011 da flere av de aktuelle nabokommunene varslat at de trengte en overordnet politisk forankring av sin deltakelse i prosjektet.

Prosjektlederstillingen ble deretter lyst ledig på nytt i desember 2011 med søknadsfrist 16. januar 2012. Alle som søkte ved første utlysning ble tilskrevet med informasjon om dette og bedt om å svare på om de fremdeles var søkere til stillingen. A meldte da fra at han ikke var søker.

I brev av 6. februar 2012 fra B kommune til A framgår blant annet:

«Som du var orientert om av rådmannen i B i telefonsamtale etter møtet, fann tilsettingsutvalet i vurdering av din søknad å måtte legge til grunn at prosjektleiarstillinga er oppretta og utlyst som ei 100 % stilling, slik det framgår både av prosjektplanar og budsjett. Ein utlysningstekst er bindande, og dersom ein skulle

tilsetta nokon i ei deltidsstilling, evt. todela stillinga slik du skisserte i din søknad, måtte det gått fram av utlysningsteksten at det var høve til det. Ei evt. slik deling måtte også ha vore avtalt mellom kommunane i C.

Då du i søknaden oppga å ikkje kunne fylle heile stillinga, grunna nakkeskade etter ei trafikkulykke, fann tilsettingsutvalet følgeleg å måtte leggja søknaden din til sides, i samsvar med det personalfaglege og juridiske rådet utvalet fekk frå R.»

Stillingen som prosjektleder er besatt.

A arbeider i dag i en 40 prosent stilling i B kommune med et prosjekt som heter Y. Prosjektet er interkommunalt, men A leder bare B-delen.

Ombudet har mottatt videresendte e-poster til A fra henholdsvis I (24. august 2011), Z (20. januar 2012), Æ (23. januar 2012) og avdelingsleder E, J. I e-postene gis det uttrykk for negative reaksjoner på at A ikke lenger skal arbeide med prosjektet.

Utdanningsforbundet brakte på vegne av A saken inn for ombudet ved brev av 26. april 2012.

Partenes syn på saken

A v/Utdanningsforbundet:

Den diskriminerende handlingen eller unnlåtelsen består i at A ikke ble vurdert som aktuell til stillingen som prosjektleder i C da han søkte sommeren 2011. Dette var årsaken til at han ikke søkte stillingen på nytt, da tilsettingsprosessen ble gjenopptatt, og følgelig en indirekte årsak til at han ikke deltok i konkurransen med de øvrige søkerne.

Det er sannsynlig at han ville nådd høyt opp i konkurransen, idet han var det som hadde lagt til rette for prosjektet siden starten.

Det er ubestridt at det var As nedsatte funksjonsevne som var avgjørende for at kommunen ikke vurderte han som interessant søker sommeren 2011. Ettersom han ikke ble vurdert, heller ikke tatt inn på intervju på linje med andre søkere, hadde kommunen ikke noe saklig grunnlag for å vurdere om forskjellsbehandlingen var nødvendig «for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles.» Heller ikke ble det foretatt en konkret vurdering av om forskjellsbehandlingen «var nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke». Det vises til lovens § 4 fjerde ledd.

Kommunen har bevisbyrden for at ulovlig diskriminering ikke har funnet sted.

Ved ikke å foreta en konkret vurdering av nødvendigheten av å forskjellsbehandle A i tilsettingssaken, målt opp mot hvor inngripende slik forskjellsbehandling var for ham, anføres det at kommunen har handlet i strid med diskrimineringsforbudet.

Det er ikke et krav om full stilling i utlysningsteksten eller prosjektskissen. Det avvises følgelig at kommunen fraviker forutsetningene for prosjektet ved å la stillingen være delt mellom to personer.

Etter at A fikk beskjed om at han ikke var aktuell til prosjektlederstillingen, mottok han flere uforstående reaksjoner fra personer som han hadde arbeidet med i prosjektets startfase.

I starten av prosjektet utførte A arbeidsoppgavene som ligger til stillingen som prosjektleder, enten alene i redusert stilling eller sammen med andre. A besøkte også deltakerkommunene flere ganger under oppbyggingen av prosjektet. Dette førte til at kommunene ble med i prosjektet og samlet seg om prosjektskissen.

B kommune:

Stillingen som prosjektleder ble opprettet og utlyst som 100 prosent, og det var ikke i utlysningen åpnet for at stillingen kunne deles, eller at stillingen kunne fylles med en prosjektleder i deltidsstilling. Tilsetningsutvalget fant å måtte legge til grunn at forutsetningene i planer og utlysningstekst om prosjektleder i full stilling som saklig begrunnet i arbeidsoppgavene til stillingen og bindende for tilsettingsprosessen. Det vises til brev av 6.

februar 2012 fra B kommune til A. Dette var i tråd med de personalfaglige og juridiske rådene utvalget fikk, og hadde tilslutning også fra Utdanningsforbundets representant i utvalget.

Det er ikke vanlig praksis at man for stillinger som prosjektleder i C presiserer at stillingen er 100 prosent. Det er heller ikke vanlig at det for heltidsstillinger oppgis i utlysningsteksten at stillingen ikke kan deles opp. Derimot er det slik at det i motsatt tilfelle; de gangene det kan være aktuelt å dele opp stillingen, at dette må oppgis i utlysningsteksten.

C er et omfattende prosjekt som inkluderer ti kommuner som samarbeider om kompetanseutvikling innenfor områdene barnehage, skole og PP-tjeneste. C omfatter også samarbeid og helhetlig utviklingstenkning knyttet til andre kommunale tjenester som arbeider med barn og unge, blant annet helsestasjon og barneverntjeneste.

Prosjektleder har ansvar for å lede og koordinere C slik at man sikrer et helhetlig og godt resultat i et prosjekt som er faglig komplekst og har mange ulike aktører. Prosjektleder må være et bindeledd mellom kommunene, de ulike fagområdene og de eksterne samarbeidspartnerne med flere underprosjekter som omfattes av C. For å lykkes med prosjektet er det nødvendig å bygge felles eierskap til prosjektet ved å sikre god og gjensidig overføring av informasjon i hele prosjektnettverket. Dette medfører at prosjektleder må være til stede og delta på mange av de ulike arenaene i C, og i et stort geografisk område.

Prosjektleder må samarbeide med de prosjektgruppene som hver enkelt kommune har etablert lokalt. Det krever at prosjektleder jevnlig er til stede på de lokale møtene for å kunne bidra positivt i arbeidet til deltakerkommunene, samt bidra til erfaringsdeling/overføring av kunnskap mellom kommunene. Prosjektleder deltar også i de faste nettverkene for barnehage, skole og PP-ledere, og kan også bli bedt om å informere på kommunestyremøte, personalmøte, foreldremøte og lignende i de samarbeidende kommunene.

Prosjektleder har også ansvar for å etablere kontakt med eksterne fagmiljøer for å stimulere en ønsket kompetanseutvikling i regionen. Prosjektleder har ellers ansvar for å se til at prosjektet utvikler seg i tråd med intensjonen i prosjektskissen og avtalen mellom kommunene. Dette omfatter også nødvendig skriftlig dokumentasjon underveis og rapportering til deltakerkommunene to ganger i året.

De samarbeidene kommunene har lagt til grunn at dette oppgavebilde krever at prosjektleder må være den viktigste sammenbindende personen i C. Det betyr at vedkommende må ha et nært samarbeid med og være lett tilgjengelig for de mange ulike aktørene i prosjektet når det trengs og på de tidspunkt som passer for dem.

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, jf. § 4 andre 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. § 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.

I lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 253 er vurderingene som skal foretas beskrevet slik:

«Hvorvidt et formål er saklig, vil bero på en konkret vurdering av om formålet anses rimelig og legitimt. Videre må det vurderes om formålet er av en slik art at prinsippet om likebehandling bør vike. Forskjellsbehandlingen må være 'nødvendig' for å oppnå

formålet. Foreligger det andre ikke-diskriminerende handlingsalternativer som er egnet til å oppnå formålet, og som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, vil dette være et sterkt argument for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig. Selv om midlene som er valgt for å oppnå formålet er nødvendige, må de ikke bære 'uforholdsmessig inngripende' overfor den eller de som rammes. Følgelig må det foretas en interesseavveining mellom mål og middel.»

Arbeidsgiver har ifølge diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd plikt til å 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 framgang i arbeidet på lik linje med andre.

Plikten omfatter 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 kostander ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 femte ledd.

Brudd på tilretteleggingsplikten anses som diskriminering, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 sjette ledd.

At plikten også gjelder arbeidssøkere – og således i ansettelsessituasjonen – innebærer at et behov for rimelig individuell tilrettelegging ikke vil gi grunnlag for å avvise en arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 183.

Lovens forarbeider gir anvisning på at tilretteleggingen kan være av organisatorisk art, som for eksempel tilrettelegging av arbeidstid eller arbeidsoppgaver, eller gjennomføres ved fysiske tilpasninger, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 264.

I lovforarbeidene til tidligere arbeidsmiljølov § 13-5, Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 327, som nå er videreført i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 første ledd, står følgende om plikten til individuell tilrettelegging:

«Tilretteleggingsplikten går imidlertid ikke så langt at arbeidsgiver må sørge for for eksempel opplæring av en funksjonshemmet arbeidstaker som ikke har tilstrekkelig kompetanse eller på andre måter ikke er egnet til å inneha en stilling. Det er kun i den grad en arbeidstaker med funksjonshemming er kvalifisert til å inneha en bestemt stilling at tilretteleggingsplikten blir aktualisert. Bestemmelser om tilretteleggingsplikt er ikke en bestemmelse om positiv særbehandling. Bestemmelsen skal sikre at arbeidstakere med funksjonshemminger gis de samme mulighetene som andre arbeidstakere.»

Likestillings- og diskrimineringsnemnda uttalte i sak 33/2012 følgende om tilretteleggingsplikten:

«Når det gjelder spørsmålet om individuell tilrettelegging etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12, ser ikke nemnda at arbeidsgiver har noen plikt i utgangspunktet til å vurdere individuell tilrettelegging når en søker ellers ikke anses kvalifisert. Der det som i dette tilfellet stilles et kvalifikasjonskrav som innebærer indirekte diskriminering, må imidlertid arbeidsgiver foreta en vurdering av om kvalifikasjonskravet er saklig, nødvendig og forholdsmessig, og i dette ligger implisitt også en vurdering av muligheten for rimelig tilrettelegging, jf. ovenfor. Dersom det er mulig å gjøre individuelle tilrettelegginger, ville ikke vilkåret om 'nødvendig' etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd være oppfylt. Som nemnda er kommet til ovenfor, var det ikke i dette tilfellet mulig å foreta rimelig tilrettelegging.»

Ombudets vurdering

Saken reiser spørsmål om B kommune handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 og/eller § 12 ved ikke å innkalle A til intervju til stilling som prosjektleder for C.

Ombudet bemerker innledningsvis at ombudet ikke har kompetanse til å vurdere hvorvidt kommunen var forpliktet til å tilsette én person i stillingen på bakgrunn av forutsetningen i prosjektplanen og utlysningstekst, slik kommunen anfører.

Årsaken til at A ikke ble ansett som aktuell til prosjektlederstillingen og følgelig ikke innkalt til intervju er utvilsomt at han opplyste i søknaden at han ikke ville kunne fylle hele stillingen på grunn av en nakkeskade. Dette følger av B kommunes brev av 6. februar 2012 til A og kommunens redegjørelse til ombudet. Stillingens omfang var satt til 100 prosent. Ombudet legger til grunn at As nakkeskade er en nedsatt funksjonsevne i lovens forstand.

Ombudet finner at saken reiser spørsmål om indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne ettersom kommunens begrunnelse for ikke å innkalle A til intervju var knyttet til behovet for ansettelse i 100 prosent stilling. Det er ikke grunn til å tro at det har forekommet direkte forskjellsbehandling av A da As nakkeskade i seg selv ikke var den direkte årsak til kommunens avgjørelse. Kommunen har slik ombudet forstår det lagt til grunn samme krav om 100 prosent stilling for samtlige søkere. Ombudet finner at kravet om ansettelse i full stilling i utgangspunktet virker indirekte diskriminerende overfor A, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 tredje ledd.

Spørsmålet er dermed om forskjellsbehandlingen likevel er tillatt etter unntaksadgangen, jf. § 4 fjerde ledd. En fastsettelse av stillingens omfang ut fra arbeidsoppgavene som ligger til stillingen og utføring av disse er åpenbart et saklig formål. Ombudet kan heller ikke se at A har gitt uttrykk for at han er uenig i fastsettelsen av stillingens omfang.

Når det gjelder spørsmålet om forskjellsbehandlingen er nødvendig for utøvelsen av arbeidet, må dette avgjøres ut fra en vurdering av om virksomheten kunne oppnådd samme formål med ikke-diskriminerende handlingsalternativer som ikke er uforholdsmessig ressurskrevende. A foreslo i sin søknad at stillingen kunne deles mellom ham og en annen navngitt søker, og viser til at en slik deling vil tilføre prosjektet noe positivt. For eksempel ved at det ville bli enklere å dekke alle arenaene dersom man var to personer som delte stillingen. Kommunen har blant annet vist til at arbeidsoppgavene som ligger til stillingen medfører at prosjektleder vil være den viktigste sammenbindende personen i C, og må være lett tilgjengelig for de mange ulike aktørene i prosjektet. Prosjektleder har ansvar for å lede og koordinere et omfattende prosjekt med sikte på å sikre et godt resultat, og må være til stede og delta på mange arenaer i et stort geografisk område. Ombudet finner i dette tilfellet ikke grunnlag for å overprøve kommunens vurdering av nødvendigheten av å ansette én prosjektleder i full stilling for å fylle stillingens funksjon.

Ombudet finner heller ikke at kravet er uforholdsmessig inngripende overfor A. Den indirekte forskjellsbehandlingen innebærer at arbeidssøkere med redusert arbeidsevne slik som A vil være avskåret fra å søke den aktuelle stillingen. Hensynet til en gjennomføring av prosjektet må etter ombudets syn ved denne konkrete ansettelsen imidlertid veie tyngre enn ulempene dette medfører for A som arbeidssøker.

Vilkårene for å gjøre unntak etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd er etter dette oppfylt.

Når det gjelder vurderingen av om B kommune har en plikt til å vurdere individuell tilrettelegging i form av redusert stillingsandel overfor A som arbeidssøker finner ombudet at denne vurderingen i dette tilfellet må bli sammenfallende med om kravet om å arbeide i full

stilling er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig i lovens forstand, jf. nemndas uttalelse i sak 33/2012 referert ovenfor. Det er ikke anført at A kan arbeide i en høyere stillingsandel dersom det i arbeidsforholdet, herunder arbeidstiden, ble tilrettelagt for å oppnå dette. Dette er derfor heller ikke vurdert av ombudet.

Ombudets konklusjon er følgelig at B kommune ikke har overtrådt tilretteleggingsplikten i § 12 første ledd.

Konklusjon

B kommune handlet ikke i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven §§ 4 første og tredje ledd eller 12 første ledd ved ikke å innkalle A til intervju til stilling som prosjektleder for C.

Oslo, 18.4.2013

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud