

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

Tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 27/2008

Sakens parter:

A (kommune)

B

Vedtak av 6. februar 2009

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Thom Arne Hellerslia

Kåre Lilleholt

Abid Q. Raja

Britt Elin Strand

Saken gjelder

Spørsmål om ulovlig gjengjeldelse på grunn av klager over brudd på likestillingsloven. Vurdering etter likestillingsloven § 3 femte ledd.

Sakens faktiske forhold

B var ferdig utdannet sykepleier i 1998. Han hadde arbeidserfaring fra rusmiddelstaten i A fra desember 1997 til oktober 2000, deretter på en ungdomspsykiatrisk klinikk til april 2001 og psykiatrisk avdeling på sykehus fra mai 2001 til januar 2005. I perioden 1998 til mai 2001 hadde han vært tilsynsfører i barnevernet i en kommune, med 40 timer pr. måned. Før fullført sykepleierutdanning hadde han blant annet arbeidet som boveileder i en kommune, assistent ved et sykehus og støttekontakt. Han hadde også forskjellige kurs, blant annet i konflikthåndtering.

B hadde rammeavtale om ekstravakter og tilsigelsesvakter i hjemmetjenesten i A kommune, bydel X, fra 16. februar 2005 til 16. februar 2006. Av rammeavtale signert av bydelen og B 16. februar 2005 fremgikk blant annet følgende om tilsettingsforholdet:

Midlertidig stilling med hjemmel i Arbeidsmiljøloven § 58A. Arbeidstaker blir tilkalt etter behov ved fravær grunnet sykdom, ferie og lignende og andre midlertidige forhold som medfører behov for midlertidig arbeidskraft.

Arbeidstaker har verken plikt til å påta seg de tilbudte vakter, eller krav på å bli tilbudt vakter. De enkelte vakter avtales mellom arbeidstaker og arbeidsgiver (ansvarshavende) etter vaktliste/turnusplan. Arbeidsforholdet opphører uten forutgående oppsigelse når de avtalte vakter er utført.

I desember 2005 ble det utlyst fast stilling som sykepleier i hjemmetjenesten i NN distrikt, bydel X, i A kommune. I utlysningsteksten stod det blant annet:

Du må ha gode samarbeidsevner, stort pågangsmot og lyst til å jobbe tverrfaglig. Vi står overfor nye og store utfordringer i forhold til brukervalg, omorganisering og flytting til nye lokaler. Du må ha godt humør og evne til omstillinger! Arbeidstiden er turnus med helgejobbing hver 3. helg. Du må ha førerkort og gode norskkunnskaper.

Søknadsfrist var 6. januar 2006.

Det var tre søkere til den overnevnte stillingen, C, D og B. B og C ble innkalt til intervju.

B var til to intervjuer. På det første intervjuet til den faste stillingen, den 12. januar 2006, var enhetslederen og en representant for Fagforbundet til stede sammen med B.

Ved brev av 15. januar 2006 klaget B til bydelsdirektøren på fungerende enhetsleder i NN distrikt. Klagen omhandlet blant annet manglende tilrettelegging i forhold til samværet med Bs barn.

B ble innkalt til nytt intervju til den faste stillingen den 23. januar 2006. På dette intervjuet var også arbeidstakerorganisasjonene ved Fagforbundet og Norsk sykepleierforbund til stede.

Ved brev av 23. januar 2006 klaget han kommunen, ved bydel X, inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet. Klagen omhandlet forskjellsbehandling på grunn av manglende tilrettelegging i forhold til Bs samværsordning med hans barn.

Den 7. februar 2006 ble C innstilt til den faste stillingen. Innstillingen er undertegnet av enhetsleder, representant fra Fagforbundet og representant fra Norsk sykepleierforbund. Innstillingen inneholder en vurdering av C:

...gir et meget godt inntrykk under intervjuet. Faglig godt kvalifisert og motivert for å jobbe i hjemmetjenesten. Ga uttrykk for fleksibilitet og evne til omstillinger. Har relevant kompetanse innen sykepleie og faglige prosedyrer og erfaring fra sykehus arbeid. Gode tilbakemeldinger fra tidligere arbeidsgiver.

...C innstilles til hel sykepleie stilling med arbeid hver 3 helg. Har gode samarbeidsevner og en behagelig fremtoning. Er ikke redd for utfordringer og har i tidligere arbeidsforhold vist evne til fleksibilitet, samarbeid og omstilling.

Innstillingen inneholdt ingen vurdering av B.

Den 9. februar 2006 ble bydelen kjent med Bs klage til Ombudet av 23. januar 2006.

Etter at den opprinnelige rammeavtalen utløp 16. februar 2006, inngikk B ny avtale med bydelen ved E, fram til 30. juni 2006. Han arbeidet deretter ekstravakter for MM distrikt frem til 13. mars 2006. Partene er uenige om B ble oppsagt eller ikke.

Enhetsleder for psykiatritjenesten ved MM distrikt, E, kontaktet B i forbindelse med et mulig vikariat ved distriktet. Den 3. mars 2006 ble B innkalt til intervju/møte for å diskutere et to måneders vikariat innen psykiatritjenesten. Partene er uenige om hvorvidt dette møtet var et intervju eller et "vanlig" møte. Det var ønskelig å engasjere B til tjeneste fra mars til mai 2006. E opplyste B at hun fikk vite av seksjonsleder F at B ikke var egnet til å arbeide innenfor hjemmetjenesten i bydel X.

I brev av 18. april 2007 uttaler E: *"Da jeg meddelte til min leder, seksjonsleder F, fikk jeg vite at B ikke var funnet egnet til å arbeide innenfor hjemmetjenesten i Bydel X, og at han ikke skulle engasjeres innen noen deler av hjemmebaserte tjenester i Bydel X.*

Jeg informerte da B om at jeg hadde fått denne beskjeden fra min leder og begrunnelsen var at det var en sak i personalavdelingen. Hvis han ville vite mer, måtte han henvende seg til personalavdelingen hvis daværende sjef var G.

På dette tidspunkt hadde jeg ikke kjennskap til at det var kontakt mellom Likestillings- og diskrimineringsombudet og Bydel X. Først på et senere tidspunkt, da B ba meg være referanse for han, fikk jeg vite av ham at han hadde henvendt seg til LDO."

B kontaktet Ombudet 13. mars 2006 og fortalte at han hadde blitt sagt opp med øyeblikkelig virkning og ikke lenger var aktuell for noen stillinger i bydelen. Samme dag kontaktet Ombudet bydelen og snakket med H om det Ombudet hadde fått opplyst av B. Den 14. mars 2006 utferdiget Ombudet et brev som bekreftet innholdet i samtalen mellom Ombudet og H dagen før. Bydelen ble bedt om eventuelt å korrigere innholdet i brevet. Ombudet mottok

ingen korreksjoner. De anførsler som var referert i brevet ble imidlertid imøtegått i bydelens svarbrev av 29. mars 2006 og i senere korrespondanse med Ombudet.

Ombudet oversendte ansettelsessaken til behandling hos Nemnda den 21. mars 2006. Hvorvidt B ble ulovlig forbigått ved den faste ansettelsen ble avgjort av Nemnda 16. mai 2007 (sak 09/2007). Etter Nemndas oppfatning krevdes klarere holdepunkter for at kjønn hadde spilt en rolle ved tilsetningen før bevisbyrden gikk over på arbeidsgiver. Nemnda kom frem til at tilsetningen av C i stedet for B ikke var i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ombudet ga uttalelse i gjengjeldelsessaken den 3. juni 2008. Ombudet la til grunn at bydelen hadde gitt uttrykk for at B ikke under noen omstendigheter skulle benyttes videre i bydelen. Ombudet kom frem til at det forelå ulovlig gjengjeldelse etter likestillingsloven § 3 femte ledd.

I brev av 26. juni 2008 klaget A kommune, bydel X, på uttalelsen fra Ombudet.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fant ikke grunn til å endre sin konklusjon. Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 29. oktober 2008.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 6. februar 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Thom Arne Hellerslia, Kåre Lilleholt, Abid Q. Raja og Britt Elin Strand.

A kommune, bydel X møtte ved H og kommuneadvokat. Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte ved Heidi Wyller. Nemndas sekretariat var representert ved Rukhsana Ashraf og Christel Kirkøen.

Partenes argumenter

A kommune, bydel X, avviser at det foreligger gjengjeldelse fra deres side. Grunnen til at B ikke fikk flere vakter i bydelen er manglende kvalifikasjoner. Bydelen hevder også at Ombudets uttalelse må ses i sammenheng med Likestillings- og diskrimineringsnemndas uttalelse av 16. mai 2007.

På bakgrunn av bydelens vurdering av Bs personlige egnethet, var han ikke lenger ønsket som tilsatt i hjemmetjenesten i bydelen. Denne vurderingen ble gjort før bydelen ble klar over Bs klage ved Ombudets brev av 9. februar 2006. Bydelen foretok en generell evaluering av B i forbindelse med at han søkte fast stilling i NN distrikt 6. januar 2006. Som en konsekvens av denne evalueringen var han ikke lenger ønsket i bydelens hjemmetjenester. Vikariatet i psykiatritjenesten i MM distrikt innebar hjemmebesøk.

Bydelen viser til at det ble avholdt formelt intervju 23. januar 2006. B ble ikke innstilt til stillingen til tross for at det bare var to søkere. Innstillingen er datert 7. februar 2006.

At B likevel ble brukt som ringevikar i MM distrikt i samme bydel i februar/mars 2006 skyldtes manglende kommunikasjon internt i bydelen.

Bydel X gjør gjeldende at det ikke forelå oppsigelse. Bydelen mener at de kunne stanse arbeidsforholdet når de ville, ettersom det ikke forelå ordinært arbeidsforhold utover de vakter som allerede var avtalt.

Bydelen hevder videre at klagen av 15. januar 2006 ikke kan anses som en klage på likestillingsmessige forhold.

B hevder at han ikke ble tilsatt i den tilbudte vikariatstillingen og ikke fikk flere ekstravakter i bydelen på grunn av hans klager på enhetsleder i distrikt NN og til Ombudet. Han mener han er blitt utsatt for ulovlig gjengjeldelse fordi han tok kontakt med Ombudet.

3. mars 2006 ble B innkalt til intervju hos E. Z og Y var også tilstede. B hevder at E ble informert om situasjonen og Bs henvendelse til Ombudet da han var på intervju hos E. Av denne grunn hevder B at det er klart at oppsigelsen var en konsekvens av B sin kontakt med Ombudet.

B fikk beskjed om at han ikke ville få flere vakter i bydelen etter 13. mars 2006 til tross for at han var satt opp som vikar frem til juni 2006. Begrunnelsen for dette er klagesaken hos Ombudet. B opplyser at han uken før han ble sagt opp jobbet 49 timer på fem dager. Han synes det er rart at han "plutselig" ikke var egnet til hjemmetjenesten.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder spørsmålet om bydel Xs beslutning om ikke å gi flere vakter til B er en ulovlig gjengjeldelse. Nemnda har etter diskrimineringsombudsloven § 7 kompetanse til å fatte bindende vedtak om hvorvidt det foreligger brudd på likestillingsloven eller ikke.

Nemnda har vurdert saken i forhold til forbudet mot gjengjeldelse i likestillingsloven § 3 femte ledd. Det fremgår av § 3 femte ledd første punktum:

Det er ikke tillatt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage over brudd på bestemmelser i denne loven, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet.

Loven gjelder i utgangspunktet overalt hvor diskriminering på grunn av kjønn mv. kan forekomme. Nemnda skal ta stilling til hva som er årsaken til at bydelen ikke lenger ønsket å engasjere B i noen stillinger i hjemmetjenesten.

Det fremgår av likestillingsloven § 16 om bevisbyrde:

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.

Første ledd gjelder tilsvarende når noen hevder å være utsatt for gjengjeldelse i strid med § 3 femte ledd.

Den 15. januar 2006 klaget B til bydelsdirektøren på fungerende enhetsleder i distrikt NN for å ha brutt muntlig og skriftlig avtale vedrørende tilrettelegging av arbeidsforholdet. Klagen omhandlet blant annet manglende tilrettelegging i forhold til samværet med hans barn. Nemnda finner at dette må anses som en klage over brudd på likestillingsloven.

I tillegg klaget B bydel X inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet ved brev av 23. januar 2006. Klagen omhandlet forskjellsbehandling på grunn av manglende tilrettelegging i forhold til Bs samværsordning med hans barn. Bydelen ble kjent med klagen til Ombudet 9. februar 2006.

Etter at rammeavtalen med NN distrikt utløp 16. februar 2006, arbeidet B som ringevikar for MM distrikt frem til 13. mars 2006. Medio mars samme år fikk B beskjed om at han ikke lenger var ønsket i bydelens hjemmetjenester.

Enhetslederen B klaget på var tilknyttet NN distrikt. På spørsmål fra Nemnda under møtet opplyste A at konflikten med denne enhetslederen skyldes dårlig kjemi mellom enhetslederen og B. Det er ikke en nødvendig og automatisk konsekvens av manglende innstilling til en fast stilling under denne enhetslederen, at B ikke var personlig egnet til å arbeide i noen av distriktene i hjemmetjenesten i bydelen, og at dette skulle gjelde uavhengig av om det var tale om faste stillinger eller vikariater.

På denne bakgrunn finner Nemnda at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at bydelen la vekt på Bs klage på brudd på likestillingsloven ved beslutningen om at han ikke lenger var ønsket i bydelens hjemmetjeneste. Bevisbyrden går dermed over på A som må sannsynliggjøre at det kun er andre forhold enn Bs klager som førte til at han ikke lenger var ønsket i bydelens hjemmetjeneste, jf. likestillingsloven § 16.

Som begrunnelse for å ikke engasjere B i bydelens hjemmetjenester viser A til at den har foretatt en generell vurdering av B i forbindelse med den faste ansettelsen.

Innstillingen til den faste stillingen inneholder ingen skriftlig vurdering av Bs egnethet. Den inneholder kun en vurdering av den som ble tilsatt.

Instruksen E fikk var at B ikke lenger var ansett som egnet for noen stillinger i bydelens hjemmetjenester. Det foreligger ikke noen skriftlig avgjørelse om dette. Beslutningen om at B ikke var egnet til noen stillinger i hjemmetjenesten i bydelen er etter Nemndas vurdering en inngripende reaksjon.

Nemnda viser til sak 6/2007, der spørsmålet var om en kvinne som skulle i fødselspermisjon, burde vært innkalt til jobbintervju. Arbeidsgiver hevdet at manglende innkalling kun var begrunnet i kjennskap til kvinnens personlige egenskaper som arbeidstaker. Nemnda uttalte:

Det er heller ikke lagt fram tilstrekkelig bevis for Bs og intervjukandidatenes personlige egenskaper. Det foreligger ingen tidsnær dokumentasjon, for eksempel i form av skriftlige nedtegninger fra intervjugruppa. Det eneste holdepunktet for at B i mindre grad enn de andre oppfylte kravene til personlig egnethet, er As egen forklaring i klagen av 27. desember 2006, og først etter at Likestillings- og diskrimineringsombudet hadde ferdigbehandlet saken.

Etter flertallets oppfatning vil det være lite i samsvar med hensynene bak bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16, dersom en slik etterfølgende forklaring skulle være tiltrekkelig 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. En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdanning, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har likevel anledning til å legge vekt på personlige egenskaper ved en ansettelse, men i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går fram av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises. På hvilken måte dette gjøres av arbeidsgiveren, må være opp til denne.

Nemnda vil presisere at overnevnte norm også gjelder i gjengjeldelsessaker. Av hensyn til gjengjeldelsesforbudets effektivitet, er det i utgangspunktet grunn til å kreve at en arbeidsgiver som gir denne type inngrepene instruks om en person som har klaget arbeidsgiver inn for Ombudet, sørger for at grunnlaget for en slik instruks kan ettervises.

Det foreligger ingen skriftlig dokumentasjon knyttet til den faste ansettelsen som viser at arbeidsgiver anså B som uegnet for arbeid i bydelens hjemmetjenester. Dette ble heller ikke meddelt verken skriftlig eller muntlig til bydelens distrikter.

På denne bakgrunn har Nemnda funnet, under noe tvil, at A ikke har sannsynliggjort at det ikke ble lagt vekt på klagen om manglende tilrettelegging av samværet og den etterfølgende klagen til Ombudet da A besluttet å ikke gi B flere vakter.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 12 om overprøving av Nemndas vedtak, kan vedtaket bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Søksmål til overprøving av Nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av nemndas vedtak rettes mot staten ved Nemnda.

SAK 27/2008

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

A kommune, bydel X, handlet i strid med forbudet mot gjengjeldelse i likestillingsloven § 3 femte ledd ved beslutningen om at B ikke skulle engasjeres innen hjemmebaserte tjenester i bydelen.

Oslo, 6. februar 2009

Aslak Syse
leder

Thom Arne Hellerslia

Kåre Lilleholt

Abid Q. Raja

Britt Elin Strand