

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 10/2010

Sakens parter:

X kommune

A

Uttalelse av 17. juni 2010

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Trude Haugli, leder

Gudrun Holgersen, nestleder

Britt Elin Strand

Abid Q. Raja

Saken gjelder

Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 22. januar 2010. Spørsmål om diskriminering på grunn av etnisitet i forbindelse med tildeling av fastlegehjemmel ved et legesenter. Vurdering etter diskrimineringsloven § 4.

Sakens bakgrunn og behandling

Ved brev av 26. januar 2009 henvendte A seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet. A ba Ombudet vurdere om han ble forskjellsbehandlet på grunn av etnisitet, herunder hudfarge, i forbindelse med tildeling av fastlegehjemmel i kommunen.

Ombudet ga uttalelse i saken den 22. januar 2010.

Ombudet konkluderte i sin uttalelse med at X kommune i prosessen med tildeling av fastlegehjemmel har forskjellsbehandlet A på grunn av etnisitet/språk i strid med diskrimineringsloven § 4.

Ved brev av 12. februar 2010 klaget X kommune på Ombudets uttalelse.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fant ikke grunn til å endre sin tidligere uttalelse.

Saken ble oversendt til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 16. mars 2010.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 17. juni 2010 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Britt Elin Strand og Abid Q. Raja.

A møtte.

Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Arshad Ahmed Khan. Nemndas sekretariat var representert ved Mariann Olsen og Synnøve Leikvoll.

Partenes anførsler

X kommune har i det vesentlige gjort gjeldende:

Det foreligger ikke omstendigheter som gir grunn til å tro at kommunen overfor A har handlet i strid med forbudet mot diskriminering i diskrimineringsloven § 4 ved tildeling av fastlegehjemmel.

Det er kommunen ved helsesjefen som tildeler avtalehjemmelen til ny lege. Tildelingsvedtaket er regulert av kommunehelsetjenesteloven, forvaltningsloven og av rammeavtale mellom Kommunenes Sentralforbund og ” Den norske legeförening” om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene (ASA 4310). Vedtaket er fattet i tråd med disse lovene og avtalen. Etnisitet er ikke tillagt vekt.

Når det gjelder intervju ble aktuelle kandidater fortløpende kontaktet per telefon etter hvert som søknadene ble mottatt. Søknaden fra A ble først registrert 18. desember 2008, og på grunn av ferieavvikling og sykdom ble ikke intervjuet tatt før 16. januar 2009. Tillitsvalgt ble invitert, men hadde ikke anledning til å møte.

Vurderingen av hvem som var best faglig skikket, ble foretatt ut fra et bredt sammensatt skjønn, der øvrige legers uttalelser skal tillegges stor vekt forutsatt at legene har lagt vekt på saklige kriterier. Med saklige kriterier menes faglig kompetanse og erfaring, kjønns- og alderssammensetning og evne til å drive praksis. I tildelingsprosessen er det ikke lagt vekt på utenforliggende hensyn, og vektlagte kriterier fremstår som saklige.

Språkkunnskapene til A ble tilstrekkelig utredet i prosessen ved tildeling av fastlegehjemmelen og ved klagebehandlingen. Vedtaket som kommunens klagenemnd fattet, bygger dessuten på en langt bredere vurdering enn språk- og kommunikasjonsevner isolert sett.

Etter intervjuene og før tildelingen ble det innhentet referanser for B – som ble tildelt hjemmelen - og A. B oppgitte referanse bekreftet det positive inntrykket fra intervjuet, mens A oppgitte referanse bekreftet at søker på tross av gode faglige kunnskaper hadde utfordringer når det gjaldt språk og språkforståelse.

Ved tildeling av fastlegehjemmel skal det legges stor vekt på hva øvrige leger ved gruppepraksisen mener, herunder hva de mener om personlig skikkethet og personlig kjemi. Språkkunnskaper inngår som en del av en persons kommunikasjonsevner. En persons fremtoning vil få betydning, og det anføres at det var forsvarlig av helsesjefen å legge vekt på As fremtoning i intervjusituasjonen.

En mer grundig vurdering av As språkkunnskaper tilsier at han måtte forklare seg direkte for kommunens klagenemnd, for at den skulle kunne vurdere hans språkkunnskaper og øvrig fremtoning. Dette fremstår som lite hensiktsmessig. I så fall måtte også B ha møtt for at man skulle kunne foreta en direkte sammenlignende kvalifikasjonsvurdering. En arena hvor politikerne stiller spørsmål til søkerne vil være lite egnet til å få frem den personlige kjemien mellom søker og øvrige leger ved gruppepraksisen. Da kommunikasjonsferdigheter ikke var hovedbegrunnelsen for klagenemnda sitt vedtak, anses det tilstrekkelig at klagenemnda traff sitt vedtak på grunnlag av partenes anførsler og rådmannens saksutredning.

Det er klagenemndas vedtak som er grunnlag for vurderingen opp mot diskrimineringslovgivningen, ikke Cs uttalelse. Klagenemnda har sett bort fra hans uttalelser ved klagebehandlingen. Ombudet kan således ikke vektlegge underinstansens håndtering (Cs uttalelse) når det er overinstansens vedtak som er gjenstand for vurdering.

A har gjort gjeldende:

Han ble forbigått i strid med diskrimineringsloven § 4 i forbindelse med at han ikke ble tildelt fastlegehjemmelen i kommunen.

Det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at X kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering i diskrimineringsloven § 4.

X kommune har ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort at As språkkunnskaper er utilstrekkelig for stillingen som fastlege i kommunen.

I vurderingen av As språkkunnskaper er det vektlagt uttalelser fra helsesjef D, lege E og tillitsvalgt C. Lege H slutter seg til Es uttalelse. Bakgrunnen for at helsesjefen stilte spørsmål ved As språkforståelse var at han ikke oppfattet alle spørsmålene riktig under intervjuet. H, som slutter seg til Es uttalelse, var ikke til stede under intervjuet. C var heller ikke til stede under intervjuet, og uttaler seg på grunnlag av en telefonsamtale og et notat fra A.

Han har lagt frem attester fra tidligere arbeidsgivere, og disse avviker i stor grad fra de ovennevnte uttalelser. På tross av at hans uttale på norsk er preget av vestlandsdialekt og dansk, som av og til gjør det vanskelig å forstå han på telefon, uttales det at den skriftlige kommunikasjonen på norsk er klar og konsis, og at verbal kommunikasjon i fysisk møte er god.

Uttalelsene fra tidligere arbeidsgivere er også overveiende positive, og relaterer seg til stillinger som direkte må kunne sammenlignes med den utlyste ”stillingen” som fastlege.

Det er påfallende at det tilsynelatende er så stor forskjell i vurderingene av As språkkunnskaper, og at uttalelsene fra tidligere arbeidsgivere settes til side som følge av uttalelser fra D, E og C. Uttalelsen fra E er for generell vedrørende kommunikasjonsevnen til A, og det er kritikkverdig at H slutter seg til uttalelsen uten å ha vært med på intervjuet. Det er kritikkverdig at uttalelsen fra C er blir tillagt vekt i saksbehandlingen, når han heller ikke var til stede under intervjuet. Særlig stilles det spørsmål om hvilken forutsetning H hadde til å vurdere As språkferdigheter da han ikke selv var til stede under intervjuet. Likevel ble hans uttalelse tillagt avgjørende vekt av rådmannen. Dette tydeliggjør svakheter ved kommunens saksbehandling i saken.

Uttalelsene fra tidligere arbeidsgivere, samt attester, burde i det minste ha foranlediget kommunen til å foreta en grundigere vurdering av As språkkunnskaper, enn det som ble gjort i prosessen rundt tildelingen av fastlegehjemmelen.

Nemndas vurderinger

Xs kommunes avgjørelse om tildeling av fastlegehjemmel er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer vedtaket, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd.

Nemnda har imidlertid etter § 7 første ledd annet punktum plikt til å *gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for nemnda, er i strid med diskrimineringsloven eller ikke*. Uttalelsen vil ikke være bindende.

Saken gjelder spørsmål om direkte diskriminering i henhold til diskrimineringsloven § 4 første og andre ledd:

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn er forbudt.

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

Det stilles ikke krav om diskriminerende hensikt for å bli rammet av lovens forbud, jf ordlyden i loven og Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) side 94. Det er tilstrekkelig at det oppstår en diskriminerende virkning, og at denne skyldes for eksempel nasjonal opprinnelse eller etnisitet.

Nemnda har vurdert om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at X kommune la negativ vekt på As etnisitet i sin tildeling av fastlegehjemmel. I tilfelle det foreligger slike omstendigheter, går bevisbyrden over på X kommune etter diskrimineringsloven § 10. Kommunen må da sannsynliggjøre at det likevel ikke har funnet sted brudd på diskrimineringsloven.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har i en rekke saker vurdert om bevisbyrden har gått over på innklagede.

Vurderingene er oppsummert i følgende uttalelse fra Nemndas mindretall i sak 26/2006:

”For at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en indirekte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette må bero på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var i fødselspermisjon da tilsettingen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede. Klageren har i utgangspunktet bevisføringsrisikoen”.

Uttalelsen har i senere saker blitt lagt til grunn av en samlet nemnd.

Nemnda har krevd noe mer enn en påstand om at diskriminering har funnet sted. Det må være ytterligere holdepunkter i saken for forskjellsbehandling, for at bevisbyrden skal gå over på innklagede.

På bakgrunn av alle de opplysninger som er fremlagt har Nemnda vurdert om bevisbyrden har gått over på X kommune.

Nemnda har merket seg at A har en langt mer omfattende yrkeserfaring og utdannelse enn den legen som ble tildelt fastlegehjemmelen. B, som ble tildelt hjemmelen, er svensk, og var den eneste skandinaviske søkeren. A har også fremlagt gode attester fra tidligere arbeidsgivere. Det foreligger således et sprik mellom de formelle kvalifikasjonene som fremkommer av de skriftlige dokumentene, og de opplysninger som er gitt om A av kommunen i forbindelse med tildelingsprosessen.

På bakgrunn av at A var vesentlig bedre formelt kvalifisert enn den legen som ble tildelt fastlegehjemmelen, har Nemnda kommet til at bevisbyrden går over på X kommune etter diskrimineringsloven § 10.

Det er således opp til kommunen å sannsynliggjøre at andre forhold enn etnisitet har vært avgjørende ved tildelingen av fastlegehjemmelen. Det foreligger motstridende opplysninger i saken, og påstand står mot påstand vedrørende enkelte deler av prosessen. Det er noe uklart

når A ble innkalt til intervju, sett i forhold til de andre søkerne, hvilke referanser som er kontaktet og når de ble kontaktet. Det er uklart hvorvidt intervjuet bar preg av å være proforma og hvor lenge det varte. Nemnda finner at prosessen bærer preg av å mangle etterprøvbar og tidsnær dokumentasjon.

Hvilket inntrykk de enkelte kandidatene ga i intervjusituasjonen, er det vanskelig for Nemnda å vurdere. Nemnda vil i denne forbindelse for ordens skyld bemerke at kommunikasjonsferdigheter må sies å favne videre enn språk i snever forstand.

Det er ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjort fra X kommunes side at det er andre forhold enn etnisitet som har vært avgjørende ved tildeling av fastlegehjemmelen. Det vises til at X kommune ikke har sørget for tilstrekkelig dokumentasjon av prosessen ved tildeling av fastlegehjemmelen.

Nemnda er på denne bakgrunn kommet til at X kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering i diskrimineringsloven § 4 i forbindelse med tildeling av fastlegehjemmelen.

Uttalelsen er enstemmig.

---o0o---

SAK 10/2010

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har avgitt følgende uttalelse:

X kommunes behandling av A i forbindelse med tildeling av fastlegehjemmelen, knyttet til Y legesenter, er i strid med diskrimineringsloven § 4.

Oslo 17. juni 2010

Trude Haugli
leder

Gudrun Holgersen
nestleder

Britt Elin Strand

Abid Q. Raja