

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2012-46

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak
Dato	2013-05-10
Doknr/publisert	LDN-2012-46
Stikkord	Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 6. juli 2012.
Sammendrag	Saken gjelder om X kommune har handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, i forbindelse med tilsetning i to stillinger som barnevernkonsulent. Nemnda konkluderte med at forholdet ikke var i strid med loven.
Saksgang	Sak nr. 46/2012.
Parter	X kommune - B.
Forfatter	Trude Haugli (leder), Ivar Danielsen, Thom Arne Hellerslia, Johans Tveit Sandvin.

Sakens faktiske forhold

B ble tilsatt i et vikariat som barnevernkonsulent i X kommune, med oppstart 2. mai 2011. Den 28. september 2011 ble det lyst ut to stillinger som barnevernkonsulent, en fast stilling og et vikariat, med søknadsfrist 19. oktober 2011. Det ble opplyst i utlysningsteksten at den faste stillingen var ledig fra 2. januar 2012, mens vikariatet var ledig til april 2012.

Følgende kvalifikasjonskrav fremgikk av utlysningen:

« *Vi ønsker ein medarbeidar*

- *med helse- og sosialfagleg høgskuleutdanning, helst barnevernpedagog eller sosionom*
- *som er kreativ og engasjert fagperson, helst med erfaring frå kommunalt barnevernsarbeid*
- *som kan arbeide effektivt og målretta, både sjølvstendig og i team*
- *som er god på kommunikasjon og samhandling*
- *med god skriftleg og munnleg framstillingsevne og IKT-kunnskap.»*

Etter utlysning, men før tilsetting, besluttet kommunen at det likevel ikke skulle tilsettes i en fast og en midlertidig stilling, men at det skulle tilsettes i to faste stillinger. Søkerne ble ikke gjort kjent med dette.

B søkte, og gjorde i søknaden spesielt oppmerksom på at hun bare var søker til den faste stillingen. Det var syv søkere til stillingene, tre av disse ble innkalt til intervju, B, C og D. C og D ble innstilt til, og tilsatt i, hver sin faste stilling. B ble innstilt som nr. to til begge stillingene.

C har bachelor i sosialt arbeid fra 2008. Hun har seks måneder arbeidserfaring fra barneverntjenesten. I tillegg har hun flere års relevant arbeidserfaring fra arbeid med barn som assistent, pedagog og pedagogisk leder.

D har bachelor i barnevern fra 2010, men ikke erfaring fra barneverntjenesten. Hun har videre et årsstudium i tverrkulturell forståelse og internasjonalt arbeid med sju måneder praksis fra utlandet. I tillegg har hun relevant arbeidserfaring med barn som assistent i barnehage og ekstravakt som miljøarbeider ved et behandlingssenter. Kommunen har lagt til grunn at hun til sammen har 21 måneder relevant erfaring.

B har bachelor i sosialt arbeid fra 2010. Hun har seks måneder arbeidserfaring fra barneverntjenesten i X kommune. I tillegg har hun relevant arbeidserfaring fra spesialseksjonen og ungdomspsykiatrisk avdeling ved et sykehus. Kommunen har lagt til grunn at hun til sammen har 15 ½ måned relevant erfaring.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

B klaget X kommune inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet i e-post av 14. november 2011.

Ombudet konkluderte i uttalelse av 6. juli 2012 med at X kommune ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2, da B ikke ble innstilt som nummer en til stillingen C ble tilsatt i (heretter omtalt som stilling 1). Ombudet fant imidlertid at kommunen hadde handlet i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 da hun ikke ble innstilt som nummer en til stillingen D ble tilsatt i (heretter omtalt som stilling 2).

X kommune klaget på ombudets uttalelse 3. september 2012 på den delen av ombudets konklusjon som var knyttet til stilling 2. Ombudet vurderte saken på nytt og fastholdt sin konklusjon. Ombudet begrunnet sitt standpunkt ytterligere overfor Likestillings- og diskrimineringsnemnda, i forbindelse med oversendelse av klagen 17. oktober 2012.

B klaget deretter direkte til Likestillings- og diskrimineringsnemnda på den delen av ombudets konklusjon som var knyttet til stilling 1, ved brev av 22. oktober 2012. Nemndas sekretariat oversendte hennes klage til ombudet for vurdering. Ombudet fastholdt også denne delen av sin konklusjon og meddelte nemnda dette i brev av 13. februar 2013.

Saken ble behandlet i nemndas møte 16. april 2013. I behandlingen deltok nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Ivar Danielsen, Thom Arne Hellerslia og Johans Tveit Sandvin. B møtte sammen med sin

samboer. Fra X kommune møtte personalsjef. Fra ombudet møtte Rannveig Sørskaar som observatør. Nemndas sekretariat var representert ved Anette Klem Funderud, Ingeborg Aas og Else Anette Grannes.

Partenes syn på saken

X kommune har i hovedsak anført:

Kommunen har ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 i forbindelse med tilsetning som barnevernkonsulent. Kommunen kjente til at B var gravid, men dette var ikke et tema i vurderingen av henne. X kommune er en relativt stor organisasjon og et stort flertall av de tilsatte er kvinner. Kommunen kjenner godt til lov- og avtaleverk om tilsetning og graviditet og opptrer i samsvar med det. Alle de tre innstilte var på samme alder.

I den aktuelle tilsettingssaken hadde de tre aktuelle søkerne samme formelle bakgrunn. C var ferdig utdannet i 2008, D og B i 2010. Ingen av søkerne hadde lang erfaring fra barnevernet. D hadde ingen erfaring fra barneverntjenesten, mens C og B begge hadde ca. et halvt års erfaring. Ingen hadde heller annen lang relevant yrkeserfaring.

I utlysningsteksten var det ikke stilt krav om erfaring fra barneverntjenesten. Det ble søkt etter en kreativ og engasjert fagperson *helst* med erfaring fra kommunalt barnevernsarbeid. Kravet var altså ikke absolutt. Selv om det i utlysningsteksten ikke var søkt spesielt etter formell kompetanse i tverrkulturell forståelse, mener kommunen at det likevel kan legges vekt på dette. Minst like viktig som den formelle utdanningen, var Ds 7 måneder lange opphold i utlandet i regi av Y stiftelse. Kommunens vurdering her er basert på innhentede referanser fra Y stiftelse. Ds erfaring ble vurdert som meget relevant for barnevernsarbeidet, særlig med tanke på arbeid med barn og unge fra andre kulturer.

Kommunen har vurdert både Bs erfaring fra sykehuset og Ds erfaring fra arbeid i barnehage som relevant for stillingen. I følge referansen var imidlertid Bs erfaring fra sykehuset i stor grad knyttet til rutiner og oppfølging av dagsplan, og i mindre grad til egne vurderinger og avgjørelser. C og D har dessuten relevant erfaring med barn i barnehage, som henholdsvis assistent, pedagog og pedagogisk leder. Begge hadde i arbeidet sitt i barnehagen nær kontakt med barn, også barn med særlige behov, og oppfølging av pårørende, ansvarsgruppemøter o.l. Kommunen vurderte dette som en relevant og nyttig erfaring med tanke på de utfordringer som i økende grad også finnes i barnevernet.

Kommunen har lagt betydelig vekt på personlige egenskaper ved tilsettingen. Alle de tre søkerne gjorde greie intervjuer. Når det gjaldt referanser fikk de to innstilte svært gode skussmål med hensyn til engasjement, selvstendighet, kommunikasjonsevner og evne til samhandling med barn og deres pårørende, driv og fleksibilitet. Dette var egenskaper som var særlig fremhevet i utlysningsteksten. Også evne til å ta initiativ og ansvar ble spesielt fremhevet for disse to. B fikk også gode referanser, men ikke fullt så klare og umiddelbare på de samme punkter. Hun fikk gode referanser når det gjaldt vurderingsevne, grundighet, samarbeid mv. Når det gjaldt evne til initiativ, driv og engasjement, kommunikasjonsevne og evne til selvstendig arbeid var referansene ikke fullt så gode.

I motsetning til hva B anfører, innhentet kommunen referanse fra ungdomspsykiatrisk avdeling. Det kan dessverre ikke i ettertid dokumenteres verken hvem kommunen snakket med, eller når samtalen fant sted.

B anfører at hun ble sterkt oppfordret til å søke. Det er imidlertid slik i X kommune at personer som tar kontakt med enhetsleder - og ansatte i vikariat - alltid oppfordres til å søke. B var ikke - og er ikke - personlig uegnet til stillinger i barnevernet, og det var ingen grunn til at hennes nærmeste leder skulle gi henne dårlige tilbakemeldinger den tiden hun var ansatt. Etter en samlet vurdering av søkerne, både av formell kompetanse, erfaring og personlige egenskaper, fant imidlertid kommunen at hun ikke var best kvalifisert til de utlyste stillingene. Da B første gang ble tilsatt i vikariat i kommunen, var konkurransen liten. Det var da fem søkere, en av disse trakk søknaden og to andre var ikke ferdig utdannet.

Både leder og tillitsvalgt tilbakeviser at spørsmålet om organisasjonstilknytning var et tema under intervjuet. Kommunen som arbeidsgiver stiller aldri denne type spørsmål til søkere under et intervju.

B har i hovedsak anført:

Hun anser seg forbigått på grunn av graviditet til begge stillingene som barnevernkonsulent. Hun ble sterkt oppfordret til å søke stillingen av sin enhetsleder. Enhetsleder sa til B at dersom det ikke var noen med mye mer erfaring enn henne som søkte, stilte hun veldig sterkt.

Kommunen anfører at erfaring fra barneverntjeneste ikke var et absolutt krav ved ansettelse. B vet imidlertid av erfaring at denne type erfaring er svært ønskelig, og noe de fleste barneverntjenester etterspør, også X kommune. Ut fra utlysningstekstens krav stiller hun og C sterkest, som de eneste med erfaring fra kommunal barneverntjeneste. B er dessuten den av de to med lengst erfaring fra området, i tillegg til at hun generelt har mer relevant arbeidserfaring enn C.

Kommunen la stor vekt på Ds ettårige studium i tverrkulturell forståelse og hennes syv måneders opphold i utlandet. Selv om dette er en verdifull erfaring, kan denne ikke oppveie Bs erfaring fra barneverntjenesten og arbeid innen psykiatri.

Kommunen anfører at Bs erfaring fra ungdoms- og voksenpsykiatri i stor grad var knyttet til rutiner og oppfølging av dagsplan, og i mindre grad knyttet til egne vurderinger og avgjørelser (selvstendig arbeid). Dette er ikke riktig, noe som fremgår av Bs attest fra ungdomspsykiatrisk avdeling. Bs erfaring fra ungdomspsykiatrisk avdeling innbefatter erfaring med barn, oppfølging av pårørende, ansvarsgruppemøter mv., men da når det gjelder større barn (12-18 år) som sliter med ulike problemer. Det er nettopp familier med ulike problemer man møter i barnevernsarbeidet. I barnevernet møter man også mest barn fra skolealder og oppover, med andre ord den aldersgruppen B har erfaring med. Første gang hun var til intervju i X kommune fikk hun tilbakemelding om at denne erfaringen var svært verdifull. Det er da vanskelig å forstå hvorfor erfaringen plutselig ikke lenger anses like relevant.

Kommunen anfører at de to andre gjennom sin erfaring fra barnehage, har hatt nær kontakt med barn, oppfølging av pårørende, ansvarsgruppemøter mv. D har imidlertid bare vært ansatt som assistent i kortere perioder, i tillegg til ferievikariat i barnehage to somre. Det er uforståelig at kommunen kan tillegge denne praksisen betydelig vekt.

Når det gjelder innhentede referanser, anfører kommunen at referansen hennes ikke var like klar og entydig som de andres. Hennes referanse i ungdomspsykiatrisk avdeling ble imidlertid ikke kontaktet av arbeidsgiver i forbindelse med tilsettingen. Den referansen det siktes til, må derfor være fra første gang B søkte stilling i kommunen, og ble tilsatt. Referansen var tydeligvis god nok den gangen, men ikke andre gang. Dette fremstår som uforståelig.

B var på søkertidspunktet allerede ansatt i kommunen; hun var kjent med både jobbinnhold, kolleger, familiene og ulike samarbeidspartnere. Hun ble kastet inn i arbeidet uten spesiell opplæring og hadde ansvar for langt flere saker enn det «reglene» tilsier. Hun fikk stadig skryt fordi hun taklet denne situasjonen. Det fremstår derfor som uforståelig at kommunen har lagt betydelig vekt på at referanser skal ha uttalt seg ikke helt entydig om egenskaper som driv, selvstendighet og fleksibilitet.

Enhetsleder innkalte enkeltvis Bs teamleder og øvrige kolleger under ansettelsesprosessen, samtlige ytret ønske om å beholde B. Det fremstår som underlig at personalsjefen senere har gitt uttrykk for at kollegers vurderinger ikke er relevant. Det er nettopp kollegene som var Bs viktigste referanser, som kjente henne og jobbet sammen med henne i det daglige. At kollegers vurdering ikke tillegges vekt samsvarer dessuten ikke med kommunens opplysninger om at arbeidsgivers egne erfaringer med en søker trekkes inn i vurderingen av personlig egnethet.

Under intervjuet ble det stilt spørsmål om organisasjonstilknytning. I følge enhetsleder ble ikke spørsmålet stilt under selve intervjuet, da enhetsleder og tillitsvalgt anså intervjuet som avsluttet da spørsmålet ble stilt. For B er imidlertid ikke et intervju avsluttet før man takker for seg og forlater et intervjurom.

Nemndas vurderinger

X kommunes vedtak om ansettelse er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2 (lov av 10. februar 1967). Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer et slikt vedtak eller på annen måte bestemmer hvordan et enkeltvedtak skal utformes, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven nr. 40/2005) § 9 første ledd.

Nemnda har imidlertid plikt til å «*gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for nemnda, er i strid med*» likestillingsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd andre punktum.

Likestillingsloven § 4 andre ledd lyder slik:

« Ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse eller permittering må det ikke gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med § 3.»

Hvilke former for forskjellsbehandling som er forbudt reguleres i likestillingsloven § 3 første til tredje ledd:

« Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,
2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far. Tilsvarende skal spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen, uavhengig av søkerens kjønn, regnes som direkte forskjellsbehandling.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.»

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel, og en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter en fødsel, regnes som direkte diskriminering, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 36 og 111.

I forarbeidene til § 3 er det presisert at det ikke er nødvendig at sammenligningspersonen er en mann, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 29-30. Vernet mot graviditetsdiskriminering er særlig strengt innen arbeidslivet, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 111.

Likestillingsloven § 16 første ledd bestemmer følgende om bevisbyrden:

«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.»

Det er i utgangspunktet den som har klaget saken inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet som har bevisbyrden. Bevisbyrden går over på arbeidsgiver i medhold av likestillingsloven § 16 hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling ved tilsetningen. Det vil være tilstrekkelig at det er fremlagt opplysninger som gir holdepunkter for at det har forekommet ulik behandling i strid med likestillingsloven. Arbeidsgiver må da sannsynliggjøre at det ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven.

Nemnda skal ta stilling til om B er blitt stilt dårligere enn andre søkere på grunn av graviditet.

Nemnda vil bemerke at kommunen ikke har fremlagt skriftlige nedtegnelser knyttet til vurderingen av de innstilte søkeres kvalifikasjoner. Det er heller ikke fremlagt noe skriftlig fra intervjuene eller fra innhenting av referanser. Partene er videre ikke enige om at kommunen faktisk innhentet referanser fra ungdomspsykiatrisk avdeling ved sykehus i forbindelse med tilsetningen. Kommunen har ikke vært i stand til å dokumentere at dette faktisk ble gjort. Den skriftliggjøring som er gjort er etter nemndas vurdering ikke egnet til å belyse kommunens konkrete vurderinger av søkeres kvalifikasjoner, noe som er uheldig. Det vises i denne forbindelse til Sivilombudsmannens sak 2006/1412.

B har påklaget den delen av ombudets uttalelse som er knyttet til stilling 1, der C ble innstilt som nummer en. Spørsmålet er om det foreligger grunn til å tro at kommunen vektla Bs graviditet ved tilsetning. For at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en direkte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette beror på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var gravid da tilsetningen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede.

Selv om klager hadde 6 måneders erfaring fra vikariat som barnevernkonsulent i kommunen finner ikke nemnda at de ytre omstendigheter i saken underbygger klagers påstand i tilstrekkelig grad. Opplysninger som er fremlagt om søkeres kvalifikasjoner gir heller ikke grunn til å tro at det har skjedd en forbigåelse i strid med likestillingsloven. Nemnda slutter seg til ombudets begrunnelse når det gjelder sammenligningen av de to søkeres kvalifikasjoner.

Nemnda finner ikke at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at arbeidsgiver vektla Bs graviditet ved tilsetning i stilling 1.

X kommune har påklaget den delen av ombudets uttalelse som er knyttet til stilling 2, der D ble innstilt som nummer en. Spørsmålet er om det foreligger grunn til å tro at kommunen vektla Bs graviditet ved tilsetning i stilling 2.

Under enhver omstendighet var B allerede ansatt i kommunen i et vikariat i en tilsvarende stilling. Hun hadde mottatt tilbakemeldinger om at arbeidsgiver var fornøyd med jobbutførelsen. Hun var ferdig utdannet barnevernkonulent samtidig med D, og sistnevnte manglet erfaring fra kommunal barneverntjeneste på søknadstidspunktet. Det var dessuten kjent for kommunen at B var gravid.

Nemnda finner at likheten i kvalifikasjoner mellom D og B, i tillegg til at det ikke foreligger tidsnær dokumentasjon om vurderingene av de innstilte søkerne, gir grunn til å tro at det kan ha forekommet forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven når det gjelder stilling 2. Bevisbyrden har derfor gått over på kommunen.

Kommunen har på sin side understreket at B ikke hadde et krav på å få den faste stillingen, selv om hun var funnet best kvalifisert til et vikariat i tilsvarende stilling, med langt mindre konkurranse. Kommunen vurderte at B og D sto tilnærmet likt når det gjaldt utdanning og erfaring, og anså begge som kvalifiserte for tilsetning. B hadde på søknadstidspunktet til sammen 15 ½ måneder relevant praksis, inkludert 6 måneder fra barneverntjenesten. D hadde ikke erfaring fra barneverntjenesten, men til gjengjeld 21 måneder relevant praksis. Ds 7 måneder lange opphold i utlandet i regi av Y stiftelse ble vurdert som særlig verdifull. Kommunen har videre lagt vekt på personlige egenskaper ved tilsetningen. D fikk svært gode referanser knyttet til egenskaper som var spesielt fremhevet i utlysningsteksten.

Nemnda finner at kommunens vurderinger fremstår som saklige og i samsvar med kriteriene i utlysningsteksten. På denne bakgrunn finner nemnda at kommunen har klart å sannsynliggjøre at det er andre forhold enn graviditet som var årsaken til at B ikke ble innstilt som nummer en.

Tilsetningen av C og D var derfor ikke i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

B har videre anført at hun fikk spørsmål om eventuell organisasjonstilknytning av de som foresto intervjuet. De nærmere omstendighetene er noe uklare. X kommune har avvist at et slikt spørsmål ble stilt under intervjuet. Nemnda vil bemerke at arbeidsmiljøloven (lov nr. 62/2005) § 13-4 fastsetter et forbud mot at arbeidsgiver innhenter opplysninger ved ansettelse om søkerens eventuelle medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner. Forbudet gjelder uavhengig av om opplysningene er innhentet under intervju, eller under andre omstendigheter.

Klagen fra X kommune har ført frem.

Uttalelsen er enstemmig.
