LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA
Postboks 8049 Dep
0031 Oslo
Tlf. 95 19 68 00/01
e-post: post@diskrimineringsnemnda.no
hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 19/2010

Sakens parter:

A. X kommune

B. Likestillings- og diskrimineringsombudet

Uttalelse av 15. november 2010

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Trude Haugli, leder
Gudrun Holgersen, nestleder
Jan Tøssebro
Thom Arne Hellerslia
Sissel Markhus

Saken gjelder
Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27. april 2009. Saken gjelder påstand om forskjellsbehandling ved manglende tilbud om fast stilling ved fast vaktlag ved Y brannstasjon grunnet uttak av foreldrepermisjon.

Vurdering etter likestillingslovens § 4 annet ledd, jf. § 3.

Sakens bakgrunn og behandling
A kontaktet Likestillings- og diskrimineringsombudet ved brev av 7. desember 2008, for å få en vurdering av om han var blitt forskjellsbehandlet i forbindelse med foreldrepermisjon.

A ble tilsatt i fast stilling som reservekonstabel i Y brannvesen 15. mars 2006. Stillingen innebærer at man blir innkalt på enkeltvakter og ukevakter dersom noen av de faste er forhindret fra å komme.

Reservekonstabler kan rykke opp til fastkonstabel (fast stilling i et fast vaktlag), dersom noen av fastkonstablene slutter.

I perioden 1. oktober 2006 - 1. juni 2007 hadde A foreldrepermisjon.

I løpet av 2007 og 2008 ble det ledig stillinger som fastkonstabel i Y brannvesen uten at A fikk tilbud om noen av disse.

A avsluttet etter eget ønske arbeidsforholdet med Y brannvesen 8. september 2009.

I uttalelse av 27. april 2009 konkluderte Ombudet med at X kommune hadde handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3, ved å vektlegge As foreldrepermisjon, slik at han ikke fikk stilling som fastkonstabel ved Y brannvesen.

Avgjørelsen ble ikke påklaget av X kommune.

I brev av 9. juni 2009 oppfordret Ombudet X kommune til å betale A oppreisning/erstatning, jf. likestillingsloven § 17.

I brev av 15. juni 2009 til Ombudet opplyste X kommune at A hadde fått tilbud om fast stilling. X kommune bestred at A hadde lidd et økonomisk tap.

Ombudet anmodet i brev av 17. juni 2009 X kommune om å betale A oppreisning.

I brev av 25. juni 2009 til Ombudet avviste kommunen Ombudets anmodning.

I brev av 26. juni 2009 ba Ombudet om en tilbakemelding fra kommunen vedrørende Ombudets anmodning om oppreisning.

X kommune avviste Ombudets anmodning i brev av 12. november 2009.

I brev av 23. mars 2010 til X kommune ba Ombudet kommunen om å rette seg etter Ombudets avgjørelse.

I brev av 6. april 2010 til Ombudet meddelte X kommune at de anså saken for avsluttet.

I brev av 24. april 2010 henvendte Ombudet seg til A med spørsmål om han samtykket til at saken kunne oversendes til Nemnda. A ga samtykke til dette.

Likestillings- og diskrimineringsombudet brakte saken inn for Nemnda ved brev av 20. mai 2010, i medhold av diskrimineringsombudsloven § 6, jf. § 3 tredje ledd.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 27. oktober 2010. I behandlingen deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Jan Tøssebro, Thom Arne Hellerslia og Sissel Markhus.

Ombudet ved Cathrine Sørlie møtte som part og deltok i møtet. X kommune ved brannsjef X deltok via telefon.

Nemndas sekretariat var representert ved Mariann H. Olsen.

Partenes argumenter:
Ombudet har i det vesentlige gjort gjeldende:
X kommune har vektlagt foreldrepermisjonen til A når han ikke fikk tilbud om stilling som fastkonstabel ved Y brannstasjon.

Praksis ved brannstasjonen er at dersom en av de faste slutter, vil reservekonstabelen med lengst ansiennitet ha førsterett på stillingen som fastkonstabel.

1. september 2006 ble det ledig en fastkonstabelstilling som A sa fra seg fordi han skulle ut i foreldrepermisjon. Det er vist til udatert skriv fra brannsjef X med overskrift "Lønn for A" der det fremgår følgende:

..." den 01. september 2006 ville han fått tilbod om å begynne fast og såleis følge eit fast vaktlag. Lønna ville då blitt endra til 5676,58 pr. mnd.
Men då A valte å ta ut svangerskapspermisjon frå august 2006 blei ein annan tilbydd stillinga som fast brannmannskap."

A ble forespeilet at det ville bli en ledig stilling etter endt foreldrepermisjon, og at han ville få denne.

Til tross for dette fikk A verken stilling som fastkonstabel i 2007 eller 2008 da det ble det ledig slike stillinger.

A fikk opplyst at årsaken til at han ikke fikk stillingene var at han hadde vært borte i permisjon, og at de andre reservene hadde opparbeidet seg mer erfaring.

I løpet av 2008 ble det ledig ytterligere to stillinger som A heller ikke fikk.

A bestrider at de andre reservene har mer erfaring enn ham, og påpeker at han i permisjonsperioden fulgte obligatorisk øvelsesplan og at han også tok enkelte vakter.

Videre viser han til at han sa fra seg en fastkonstabelstilling da han gikk ut i foreldrepermisjon, og slik sett i utgangspunktet hadde tilstrekkelig erfaring til å få fastkonstabelstilling.

A bestrider at det har vært en dialog med ham om ansettelsene.

As oppfatning er at han er tildelt færre vakter enn sine kollegaer.

X kommune har i det vesentlige gjort gjeldende:
Kommunen har vektlagt erfaring når de har tilbudt de andre reservene fastkonstabelstilling framfor A.

Videre viser kommunen til at for å "rykke opp" til fastkonstabel er det et krav at man gjennomgår en opplæring. Opplæringen skjer etter fastlagte normer, og erfaringen tilegner man seg gjennom tjeneste som reservekonstabel.

I den perioden A hadde permisjon opparbeidet de to reservene seg mer erfaring enn A på grunn av mye fravær hos de faste konstablene.

Vedrørende en økonomisk kompensasjon uttaler brannsjefen at A hver måned han var tilsatt som reserve tjente mer enn det en reservebrannkonstabel har i fast avlønning. Han har også tjent mer enn hva som er tilfelle for fast mannskap i tiden han var tilsatt som fast personell.

Ved Y brannvesen er det i gjennomsnitt én person som er sykemeldt hver uke, noe som medfører at reservene blir mye brukt. Dette er likevel vanskelig å dokumentere.

Kommunen har påpekt at brannvesenet har hatt en dialog med A med hensyn til fast tilsetting i perioden han var ansatt.

Nemndas vurderinger
Saken gjelder påstand om diskriminering på grunn av uttak av foreldrepermisjon, ved ansettelse i faste stillinger ved fast vaktlag ved Y brannstasjon i X kommune. Vurdering etter likestillingsloven § 4, jf. § 3.

Nemnda er forelagt saken av Ombudet i medhold av diskrimineringsombudsloven § 6 jf. § 3 tredje ledd.

"*Ombudet kan gi uttalelse om hvorvidt et forhold er i strid med bestemmelser nevnt i § 1 annet ledd. Ombudet skal søke å oppnå at partene frivillig retter seg etter uttalelsen. Dersom frivillig ordning ikke oppnås, kan ombudet forelegge saken for nemnda til behandling etter § 6.*"

Ombudet oppfordret i sin uttalelse kommunen til å betale A erstatning for eventuelt økonomisk tap, og Nemnda har merket seg at Ombudet i etterkant av uttalelsen gjentatte ganger har oppfordret X kommune til å betale A oppreisning for ikke- økonomisk tap. Erstatning og oppreisning kan tilkjennes uavhengig av arbeidsgivers skyld, jf. likestillingsloven § 17. X kommune har avvist at det foreligger et økonomisk tap, og kommunen synes heller ikke villig til å betale oppreisning for ikke- økonomisk tap.

Ansettelse i kommunal sektor er i henhold til forvaltningsloven § 2 et enkeltvedtak, og kan ikke påklages. Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslige bindende pålegg som opphever

eller endrer et slikt vedtak eller på annen måte bestemmer hvordan et enkeltvedtak skal utformes, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd.

Nemnda har imidlertid plikt til å avgi en uttalelse om forholdet er i strid med likestillingsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd annen setning:

"Dersom Nemnda ikke kan treffe vedtak etter § 9, skal Nemnda gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for Nemnda er i strid med bestemmelsene nevnt i § 1 annet ledd."

Uttalelsen er ikke bindende. Nemnda har, i likhet med Ombudet, heller ikke myndighet til å pålegge X kommune å betale erstatning eller oppreisning.

Dersom A ønsker en avklaring på om han kan ha krav på erstatning eller ønsker å kreve oppreisning for ikke-økonomisk tap, må han reise sak om dette for det ordinære domstolsapparatet.

<u>Spørsmålet om forskjellsbehandling avgjøres etter likestillingsloven § 4, jf. § 3.</u>

§ 4 (Likestilling ved ansettelse m.v.)

Såframt det ikke finnes en åpenbar grunn for det, må en stilling ikke lyses ledig for bare det ene kjønn. Utlysningen må heller ikke gi inntrykk av at arbeidsgiveren forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen.

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

I ansettelsesprosessen, herunder under intervju, må ikke arbeidsgiver be om at søker, uavhengig av kjønn, skal gi opplysninger om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte.

Arbeidssøker som ikke har fått en utlyst stilling, kan kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser hvilken utdanning, praksis og andre klart konstaterbare kvalifikasjoner for arbeidet den ansatte av det annet kjønn har.

§ 3. *(Generalklausul)*

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.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Saken gjelder uttak av foreldrepermisjon utover den periode som ifølge loven er forbeholdt mor eller far, i dette tilfelle permisjon utover fedrekvoten.

Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet enn den som etter loven er forbeholdt hver av foreldrene, skal regnes som indirekte forskjellsbehandling og er betinget av en interesseavveining. Forbudet omfatter forskjellsbehandling av både kvinner og menn, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111.

Det kreves ikke noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntrer en diskriminerende virkning. Unnlatelser likestilles med handlinger, jf. Ot. prp. nr 77 (2000-2001) s. 27.

Spørsmålet er således om X kommune har opptrådt i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2, og forbudet mot indirekte diskriminering.

Nemnda har merket seg uttalelse fra brannsjef X der det fremgår at *"Den 01. september 2006 ville han fått tilbod om å begynne fast og såleis følge eit fast vaktlag. Lønna ville då blitt endra til 5676,58 pr mnd.*
Men då A valte å ta ut svangerskapspermisjon frå august 2006 blei ein annan tilbydd stillinga som fast brannmansskap."

Nemnda viser til at vernet mot forskjellsbehandling ved uttak av foreldrepermisjon er styrket gjennom lovendringen i 2002, og ved etterfølgende praksis fra håndhevingsorganene. Lovens forarbeider presiserer at menns behov for vern i denne situasjonen er det samme som for kvinner, jf. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 37.

Nemnda oppfatter uttalelsen fra brannsjefen slik at A var kvalifisert for fastkonstabelstillingen i 2006, og at han ville fått slik stilling da hvis han ikke hadde gått ut i foreldrepermisjon. A fikk heller ikke tilbud om fastkonstabelstilling etter endt foreldrepermisjon, da det ble ledige stillinger i det faste vaktlaget i 2007 og 2008.

Nemnda finner på bakgrunn av sakens opplysninger, med særlig vekt på ovennevnte uttalelse, at A ikke fikk fastkonstabelstilling på grunn av at han benyttet seg av sin rett til å ta foreldrepermisjon. Nemnda finner derfor at det i denne saken foreligger forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3.

Spørsmålet er om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd.

Det kreves for det første at forskjellsbehandlingen har et saklig formål. I dette ligger det et spørsmål om X kommune har gitt en saklig begrunnelse for at A ikke fikk tilbud om fast stilling.

Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen må bygge på reelle behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader og liknende som forskjellsbehandlingen vil innebære.

Videre krever § 3 fjerde ledd at midlet som er valgt for å realisere formålet er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Det skal foretas en interesseavveining. Ved interessevurderingen skal det legges særlig stor vekt på hensynet til likestilling, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112.

Det er X kommune som må sannsynliggjøre at det foreligger et saklig formål, og at midlet som er valgt for å realisere formålet er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.

Nemnda finner at de grunner kommunen anfører ikke er tilstrekkelig saklige og nødvendige i den interesseavveiningen som skal foretas etter unntaksbestemmelsen. Nemnda har merket seg X kommunes argumenter om at de andre reservekonstablene hadde tilegnet seg mer erfaring enn A i den perioden han var i foreldrepermisjon.

Etter Nemndas syn kan det ikke være til hinder for fast stilling for A at andre, i perioden han var i foreldrepermisjon, har opparbeidet seg mer erfaring enn ham.
Ved fravær fra arbeidet er det alltid en risiko for at andre får mer erfaring enn de som er tilstede. For A måtte dette kunne kompenseres ved eventuell ekstra opplæring.
Kommunen har heller ikke dokumentert hvor mye mer erfaring de andre ekstravaktene faktisk opparbeidet seg i denne perioden. Videre synes det som om kommunen før A gikk ut i permisjon fant at han hadde tilstrekkelig erfaring til at han kunne få tilsetting som fastkonstabel.

Nemnda finner med dette at unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse, og at X kommune har opptrådt i strid med forbudet mot indirekte forskjellsbehandling i likestillingslovens § 3.

Uttalelsen er enstemmig.

Sak 19/2010

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har avgitt slik uttalelse:

X kommune ved Y brannvesen har opptrådt i strid med likestillingsloven § 4 jf. forbudet mot indirekte diskriminering i likestillingsloven § 3, da A ikke fikk tilbud om fast stilling i et fast vaktlag.

Oslo den 15. november 2010

Trude Haugli
(leder)

Gudrun Holgersen
(nestleder)

Jan Tøssebro

Sissel Markhus

Thom Arne Hellerslia