

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 35/2009

Sakens parter:

A (friomsorgskontor)

B

Uttalelse av 14. desember 2009

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Thom Arne Hellerslia

Britt Elin Strand

Abid Q. Raja

Anne Margrethe Lund

Saken gjelder

Spørsmål om graviditet ble vektlagt ved tilsetning av førstekonsulent i fast stilling ved A. Vurdering etter likestillingsloven § 4 andre ledd jf. § 3.

Sakens faktiske forhold

A lyste i 2007 ut ett til to årsvikariater som førstekonsulent med søknadsfrist 5. februar 2007. Senere på året ble det utlyst to faste stillinger som førstekonsulenter med søknadsfrist 30. november 2007. Utlysningsteksten for de to faste stillingene var identisk med utlysningsteksten for vikariatet i februar 2007. Utdrag fra utlysningsteksten:

Hovedoppgaver:

- *oppfølging av straffedømte som gjennomfører straff i frihet, dvs. samfunnsstraff, promilleprogram og møteplikt i forbindelse med prøveløslatelse fra forvaring/fengsling*
- *koordinering og formidling av kontakt mellom domfelte og samfunnets hjelpeapparat*
- *utarbeiding av personundersøkelser til bruk i straffesaker*

Kvalifikasjoner:

- *fullført sosialfaglig høgskole eller annen relevant høyskoleutdanning/universitetet*
- *erfaring fra arbeid i fromsorgen eller erfaring med tilsvarende målgruppe vil være en fordel*

Personlige egenskaper:

- *evne til; å ta initiativ, arbeide selvstendig og målrettet*
- *evne til å samarbeide internt og eksternt*
- *god skriftlig og muntlig fremstillingsevne*

Stillingen skulle ikke knyttes til noen bestemt avdeling. A viser til at ansatte ved tilsetninger ikke knyttes til bestemte avdelinger, men at de skal kunne rotere på arbeidsplassen og benyttes ved de avdelinger der behovet til enhver tid er størst.

B søkte ved begge anledninger.

Vikariat med søknadsfrist februar 2007:

B søkte vikariatstillingen med søknadsfrist 5. februar 2007. Det framgår av protokoll fra møte i tilsetningsrådet 7. mars 2007 at rådet i møtet besto av følgende medlemmer:

C	Frimsorgsleder
NN1	Ansattes representant NFF
NN2	Avd.leder
D	Ass.frimsorgsleder, leder avdeling YY1
NN3	Personalkonsulent

NN4 Ansattes representant FO hadde meldt forfall, ingen vara møtte.

Av protokollen følger at det skulle tilsettes i to vikariater. I tillegg skulle det tilsettes i et engasjement. Både vikariatet og engasjementet hadde utløp 31. mars 2008. Det var totalt 35 søkere. Fem eksterne søkere ble innkalt til intervju, tre av dem møtte. I tillegg fikk fire interne søkere tilbud om intervju, men ingen benyttet seg av tilbudet.

I følge protokollen var de fem første kandidater innstilt i følgende rekkefølge:

1. XX1
2. XX2
3. XX3
4. B
5. E

Et mindretall ønsket å endre innstillingen mellom kandidat nr. 4 og nr. 5. Begrunnelser for innstillingen, årsakene til dissens og hvem som dissenterte framkommer ikke av protokollen.

XX1 og XX2 ble tilsatt i vikariatene, XX3 i engasjementet.

Både B og E fikk senere utvidet sine engasjementer fra 31. august 2007 til 31. desember 2007 gjennom administrative tiltak.

Stillinger med søknadsfrist november 2007:

B søkte også på de faste stillingene med søknadsfrist 30. november 2007.

Det framgår av protokoll fra møte i tilsettingsrådet 30. januar 2008 at rådet i møtet besto av følgende medlemmer:

C	Friomsorgsleder
NN5	Ansattes representant NFF
D	Ass.friomsorgsleder, leder avdeling YY1
NN4	Ansattes representant FO
NN3	Administrasjonen

Av protokollen følger at det skulle tilsettes tre førstekonsulenter i faste stillinger og fire førstekonsulenter i vikariater/engasjementer fram til 1. januar 2009. Det var totalt 37 søkere. Ni eksterne søkere ble innkalt til intervju, åtte av dem møtte. I tillegg fikk interne søkere tilbud om intervju, men ingen benyttet seg av tilbudet.

I følge protokollen var de fem første kandidater innstilt i følgende rekkefølge:

1. XX1
2. XX2
3. XX3
4. E
5. B

Et mindretall ønsket å endre innstillingen mellom kandidat nr. 3 og nr. 5. Begrunnelser for innstillingen, årsakene til dissens og hvem som dissenterte framkommer ikke av protokollen.

De tre første kandidatene ble tilbudt stillingene. Kandidat nr. 1 takket nei, slik at stillingene ble besatt av kandidat nr. 2, 3 og 4. Som følge av at B ble innstilt som nr. 5, ble hun ikke

tilbudt fast stilling. I og med at det ble fremmet klage på innstillingen av E, ble tilsettingen av E i fast stilling midlertidig utsatt fram til 1. august 2008.

For vikarstillingene var de fire første kandidater innstilt i følgende rekkefølge:

1. E
2. B
3. XX4
4. XX5

Et mindretall ønsket å endre rekkefølgen mellom kandidat nr. 1 og nr. 2. Kandidat nr. 1 fikk som nevnt ovenfor, tilbud om fast stilling. Kandidat nr. 2 – B – takket 4. februar 2008 ja til vikariat fram til 1. januar 2009.

Tillitsvalgt fra Fellesorganisasjonen ba i møte med arbeidsgiver 1. februar 2008 om en redegjørelse for innstillingen til de faste stillingene, samt en omgjøring av vedtaket. Vedtaket ble ikke endret og arbeidsgiver ønsket ikke å gi noen begrunnelse. B ba så om skriftlig begrunnelse for vedtaket.

A begrunner, i brev av 11. mars 2008 til B, innstillingen på følgende måte:

Som sagt har tilsettingsrådet 2 ganger vurdert søkerne som veldig like. Hva som da blir avgjørende i forhold til rekkefølgen på tilsettinger er forhold som angår organisasjonen og dens behov i forhold til kompetanse, avdelingenes sammensetning samt spesielle oppgaver som skal ivaretas. Dette vil variere fra gang til gang og dermed kan resultatet bli ulikt fra gang til gang. En av avdelingene vektla denne gangen behovet for stabilitet i denne avdelingen.

B var på søknadstidspunktet for de faste stillingene gravid med termin 2. juni 2008. Hun informerte personalansvarlig, D, om dette i desember 2007.

B har ifølge søkerlisten fem års høyskoleutdannelse. Hun var ferdig utdannet vernepleier i 1998. Hun har to års videreutdanning innen organisasjon og ledelse og psykisk helsearbeid. I tillegg har hun diverse kurs innen helsearbeid.

Hun er oppført med arbeidserfaring innen helse- og klientrettet arbeid siden 1998 med unntak av et år da hun var i videreutdanning.

B hadde vært midlertidig ansatt ved A som førstekonsulent siden 14. august 2006, på søknadstidspunktet tilknyttet avdeling YY1.

B er i dag ansatt som teamleder ved Z sykehus.

E har ifølge søkerlisten totalt 6,5 års universitetsutdannelse, blant annet en master i kriminologi fra 2005.

Hun er oppført med arbeidserfaring innen helse- og klientrettet arbeid siden 1999 herav 4 år som miljøterapeut/-arbeider.

E hadde vært midlertidig ansatt ved A som førstekonsulent siden 6. juni 2006, på søknadstidspunktet tilknyttet avdeling YY2.

A består av 46 ansatte fordelt på 3 avdelinger; to for gjennomføring av samfunnsstraff, avdeling YY1 og avdeling YY2, og en avdeling for møteplikt ved prøveløslatelse og straffgjennomføring ved elektronisk kontroll.

De øvrige kandidatene, som ble innstilt foran B og E ved begge anledninger, har høyskole eller universitetsutdannelse, eller en kombinasjon av dette.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 11. mars 2008 henvendte B seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet. Hun ba Ombudet vurdere om hun ble forskjellsbehandlet i forbindelse med tilsetning av de faste stillingene.

Ombudet ga uttalelse i saken den 20. mai 2009. Ombudet konkluderte med at A handlet i strid med likestillingsloven § 4, jf § 3 andre ledd, ved tilsetningen.

Ombudet mente det var grunn til å tro at B ble utsatt for forskjellsbehandling på grunn av graviditet. Bs graviditet var kjent for personer som var involvert i tilsetningen, og rangeringen av E og B var motsatt mindre enn ett år tidligere. Kvalifikasjonskravene var like ved begge tilsetningene. Til sist fant også Ombudet at arbeidsgivers uttalte behov for *stabilitet*, underbygget at graviditeten hadde spilt inn ved vurdering av søkerne.

Ombudet mente A ikke hadde klart å sannsynliggjøre at ulovlig forskjellsbehandling likevel ikke hadde funnet sted. Det forelå ingen skriftlig dokumentasjon for de vurderinger som ble gjort av søkeres personlige egnethet for stillingene.

Ved brev av 15. juni 2009 klaget A på Ombudets uttalelse.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fastholdt sin konklusjon.

Saken ble oversendt til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 16. september 2009.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 14. desember 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Thom Arne Hellerslia, Britt Elin Strand, Abid Q. Raja og Anne Margrethe Lund.

Friomsorgsleder C møtte for A. En representant fra Fellesorganisasjonen møtte for B. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte May Schwartz. Nemndas sekretariat var representert ved Christel Kirkøen og Sonni Schulstad.

Partenes argumenter:

A bestrider at de aktuelle ansettelsene var i strid med likestillingsloven.

Det ble ikke lagt vekt på Bs graviditet verken i innstillingsarbeidet eller i behandlingen i tilsettingsrådet. Vurdering av kandidatene ble utført i henhold til kvalifikasjonsprinsippet, og tilsettingene ble foretatt på bakgrunn av dette, samt organisasjonens behov.

A mente at E var bedre kvalifisert enn B til stillingen ut fra en totalvurdering av utdanning, arbeidspraksis og personlige egenskaper.

På grunn av et økende antall ansatte og mer forskjellige arbeidsoppgaver, var det behov for en bredere kompetanse i organisasjonen. Tradisjonelt har det vært personer med treårig helsefaglig utdanning som har ivarett oppgavene ved kontoret. A ønsket imidlertid en større andel universitetsutdannede blant de ansatte.

A opplyste i Nemndas møte at kontorets eier, Justisdepartementet ved Justisministeren, hadde gitt klare signaler om at kriminalomsorgen skulle prioritere arbeid blant unge kriminelle. E hadde kompetanse og erfaring innen dette området og ville være en viktig ressurs i forhold til å oppfylle målet. Es kompetanse ble derfor vurdert som bedre enn Bs.

Dissensen i tilsettingsrådet var begrunnet i hvilken kompetanse det var størst behov for. Dissenser om rekkefølgen på innstillingene avspeiler ofte utdanningspolitiske interesser.

Kandidatene ble vurdert likt med hensyn til relevant praksis, og begge hadde gode referanser.

Es personlige egenskaper ble vurdert som bedre enn Bs med hensyn til effektivitet, selvstendighet og målrettet arbeid. Dette hadde hun vist gjennom praksis over tid. A viser til at ved innstillingen i mars 2007 hadde kandidatene vært ansatt kort tid og var under opplæring. De hevder forskjellene mellom kandidatene var blitt tydeligere og vurderingsgrunnlaget bedre i januar 2008.

Begrepet *stabilitet*, som ble benyttet som en del av forklaringene til B på innstillingsrekkefølgen ved tilsettingene, var knyttet til behovet for å opprettholde stabil kompetanse i avdeling YY2.

A viser til at saksbehandlingen i tilsettingsrådet ikke ble påklaget, noe de mener den burde blitt om Bs graviditet hadde vært tema ved vurderingen av kandidatene. De framhever at ethvert medlem av tilsettingsrådet har anledning til å fremme mindretallsanke for å få saken fremmet for det sentrale tilsettingsråd, dersom man er uenig i tilsettingen.

A opplyser videre at et ansettelsesvedtak i A etter forvaltningsloven § 3 er unntatt reglene om begrunnelse. Dette er årsaken til at den etterlyste dokumentasjon med begrunnelse av søkerens egnethet ikke finnes.

Under Nemndas møte opplyste A at bakgrunnsinformasjon for møtene i tilsettingsrådet blir makulert når protokoll underskrives og tilsettingene er endelige. Dersom det hadde blitt ankesak, ville det imidlertid eksistert tidsnær, skriftlig dokumentasjon.

Tre dager etter møtet i tilsettingsrådet, ba en representant fra Fellesorganisasjonen om at tilsettingene måtte gjøres om på grunn av Bs graviditet. Under Nemndas møte opplyste C at han personlig først ble kjent med Bs graviditet på dette tidspunktet.

B mener å ha vært utsatt for ulovlig forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3 i forbindelse med ansettelsene i de faste stillingene.

B oppfatter det som svært urimelig at hun ble rangert lavere ved innstilling til de faste stillingene i januar 2008 enn til vikariatet i mars 2007. Hun viser til at det var de samme søkerne som ble innstilt som de fem første i begge ansettelsesprosessene, og at utlysningsteksten var identisk.

B mener hennes videreutdanning i psykisk helsearbeid er svært relevant i forhold til oppfølging av straffedømte, kontakt med domfelte og samfunnets hjelpeapparat. Videre anser hun sin utdanning som vernepleier bedre egnet enn Es akademiske utdanning når man skal utføre direkte klientarbeid.

Hun peker på at As påståtte behov for å ansette personer med bredere kompetanse ved kontoret ikke framgår av stillingens utlysningstekst. Ledelsens ønske om bedre tilsetningsmuligheter for universitetsutdannede framgår heller ikke av noen kompetanseplan for enheten.

I møtet presiserte Bs representant at arbeidsgivers behov for en kompetansevridning blant de ansatte, i sterkere grad burde framkommet av utlysningsteksten

B viser til at hun har lengre arbeidserfaring etter utdanning enn E som ble rangert før henne ved den aktuelle tilsettingen.

Hun viser videre til at hun har mottatt gode tilbakemeldinger fra både klienter, kolleger og stedfortredende for personalansvarlig i den tiden hun har arbeidet ved A.

B peker videre på at hennes kvalifikasjoner ikke har endret seg i perioden mars 2007 til januar 2008. Hun mener årsaken til endringen i rangeringsrekkefølgen, var at hun var gravid da hun søkte på den faste stillingen. Hennes nærmeste leder, D, var informert om graviditeten.

D var med i tilsettingsrådene både i mars 2007 og januar 2008. D endret sin stemmegivning til ugunst for B, ved å rangere B etter E, ved innstillingen i januar 2008.

I Nemndas møte påpekte Bs representant at tillitsvalgtes rolle i tilsettingsrådet er å ivareta alle ansatte. Dette kan være årsaken til at det ikke ble fremmet ankekrav i møtet.

B viser også til at A i brev av 11. mars 2008 anfører at en av avdelingene vektla behov for stabilitet ved tilsettingene. Dette peker etter Bs mening også i retning av forskjellsbehandling av en gravid søker, da en gravid i en periode ikke er så stabil som andre søkere. B påstår at leder for den aktuelle avdelingen, avdeling YY2, også kjente til hennes graviditet.

Nemndas vurderinger

As avgjørelse om tilsetning i stillingen som førstekonsulent 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 likestillingsloven eller ikke*. Uttalelsen vil ikke være bindende.

Likestillingsloven § 4 andre ledd forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn ved ansettelse. Bestemmelsen presiserer forbudet i likestillingsloven § 3. Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen regnes som direkte forskjellsbehandling etter § 3 første og andre ledd.

Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte forskjellsbehandling etter § 3 første og tredje ledd, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36 og 111. Det er fremdeles slik at kvinner tar hoveddelen av alle fødselspermisjoner. En handling som setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært fordi hun utnytter sine rettigheter til fødselspermisjon, vil derfor være indirekte forskjellsbehandling i lovens forstand.

Skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling har kun betydning i forhold til unntaksreglene. Ved direkte forskjellsbehandling gjelder det en ulovfestet unntaksadgang. Ved indirekte forskjellsbehandling gjelder unntaksregelen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Fordi det i denne saken ikke foreligger forhold som kan begrunne unntak – hvilket heller ikke er påberopt av A, har det ikke betydning hvilken av unntaksreglene som gjelder. Nemnda tar derfor utgangspunkt i hele fødselspermisjonen, og behandler spørsmålene om direkte og indirekte forskjellsbehandling under ett.

Nemnda bemerker at det ikke kreves noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntreffer en diskriminerende virkning.

Forbudet mot diskriminering gjelder alle deler av tilsettingsprosessen, ikke bare det endelige valget av hvem som skal tilsettes, jf. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 6/2007. Forbudet gjelder således også innstilling av kandidater før tilsetning. Nemnda trenger derfor ikke ta stilling til hvem som skulle blitt tilsatt i stillingene. Spørsmålet Nemnda skal ta stilling til, er om B ble dårligere stilt enn hun ellers ville blitt i ansettelsesprosessen på grunn av at hun var gravid og skulle ut i fødselspermisjon.

Det følger av likestillingsloven § 16 at bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling ved tilsetningen.

Nemnda har foretatt en konkret vurdering av saken på bakgrunn av de fremlagte dokumentene, partenes argumenter og muntlige forklaringer i Nemndas møte. Nemnda har i den forbindelse lagt til grunn en fri bevisvurdering.

B var gravid på søknadstidspunktet. Dette forholdet alene kan imidlertid ikke begrunne at bevisbyrden går over på arbeidsgiver. Etter Nemndas praksis kreves det i tillegg et eller flere holdepunkter for at graviditeten eller fødselspermisjonen ble vektlagt.

Det er på det rene at Bs nærmeste leder, D, var kjent med Bs graviditet. Ved innstillingen i mars 2007, rangerte hun B foran E. Ved innstillingen i februar 2008, stemte D for at B skulle rangeres bak E.

Søkerne var de samme, søknadsteksten identisk og de samme personene ble innstilt som de tre første i begge prosessene. Det hadde ikke skjedd endring i de aktuelle søkeres formelle kompetanse mellom første og siste utlysning. B hadde lenger arbeidserfaring enn E.

Nemnda finner på denne bakgrunn at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at graviditeten har vært vektlagt i forbindelse med tilsettingen av de faste stillingene. Dermed må A sannsynliggjøre at det kun var andre årsaker enn Bs graviditet som ble lagt til grunn for endringen av innstillingsrekkefølgen.

Forhold som skal oppfylle bevisbyrden, må være etterprøvbare. For at arbeidsgiver skal kunne sannsynliggjøre at Bs graviditet ikke hadde noen betydning ved tilsettingene, må vurderingene framgå av etterviselige dokumenter eller på annen måte være mulig å etterprøve.

Når det gjelder spørsmålet om A har oppfylt sin bevisbyrde, har Nemnda delt seg i et flertall og et mindretall.

Nemndas flertall, medlemmene Syse, Hellerslia, Strand og Raja, finner under noe tvil at A har sannsynliggjort at Bs graviditet ikke hadde noen betydning ved innstillingsrekkefølgen til de faste stillingene.

Det er ikke framlagt noen skriftlig dokumentasjon av vurderingene av kandidatenes kompetanse eller egnethet som ble gjort i forkant av innstillingen.

Nemndas flertall mener at A likevel har sannsynliggjort at kontorets kompetansebehov var endret, at Es universitetsutdannelse ble ansett som mer relevant og at dette ble vektlagt ved innstillingsrekkefølgen. Dette støttes blant annet av at utlysningsteksten var endret de siste årene samt de politiske signaler om at kriminalomsorgen skulle prioritere arbeid blant unge kriminelle.

Nemndas flertall finner det sannsynliggjort at dissensene i tilsettingsrådet ved begge anledninger var begrunnet i utdanningspolitiske interesser.

Nemndas flertall finner videre at begrepet *stabilitet* var knyttet til arbeidsgivers behov for en stabil kompetanse i avdeling YY2 og ikke til Bs graviditet.

Nemndas flertall finner ingen grunn til å tvile på troverdigheten i Cs forklaring om at Bs graviditet verken var kjent for han som leder av tilsettingsrådet eller var et tema i forbindelse med tilsettingene. Nemndas flertall finner det også troverdig at de ansattes representanter umiddelbart ville ha reagert dersom graviditeten hadde vært tatt opp i tilsettingsrådet. Nemnda legger til grunn at det har foreligget tidsnær dokumentasjon, men at denne ble makulert. Nemndas flertall viser også til at det forhold at innstillingsrekkefølgen mellom B og E var endret, ikke ville hatt noen betydning dersom ikke en av de som var tilbudt fast stilling, hadde

takket nei. Videre vises til at en person i fødselspermisjon ved samme tilsetningsrunde ble tildelt fast stilling, samt at B ble tilsatt i et årsvikariat, hvilket uansett ville lede til behov for vikar for henne.

Nemndas mindretall, medlemmet Lund, viser til at noen av de som la premissene for innstillingen, kjente til graviditeten. Det kan dermed ikke ses bort fra at graviditeten kan ha hatt betydning for at innstillingsrekkefølgen fra mars 2007 til januar 2008 ble endret.

Mindretallet viser til at arbeidsgiver tre dager etter møtet i tilsetningsrådet, ble kjent med Bs klage på tilsettingene og at B mente seg forskjellsbehandlet på grunn av graviditet. Arbeidsgiver burde på dette tidspunktet sørget for å framskaffe dokumentasjon for de vurderinger som ble gjort i forkant av tilsettingene. Når de ikke gjorde dette, og heller ikke har kunnet framlegge annen dokumentasjon på vurderingen som lå til grunn, har de ikke sannsynliggjort at graviditeten ikke har hatt betydning.

Mindretallet mener derfor at A ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at graviditeten ikke hadde betydning ved innstillingene.

Nemndas uttalelse er gitt under dissens (4-1).

SAK 35/2009

Likestillings- og diskrimineringsnemnda gir følgende uttalelse:

A handlet ikke i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, i forbindelse med tilsetting av førstekonsulenter i fast stilling.

Oslo, 14. desember 2009

Aslak Syse
leder

Thom Arne Hellerslia

Anne Margrethe Lund

Abid Q. Raja

Britt Elin Strand