

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

Tlf. 24 05 59 70/24 05 59 71

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 11/2006

Sakens parter:

A.

B. Barne-, ungdoms- og familieetaten

Vedtak av 31. mai 2006

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Else Leona McClimans, nestleder

Selma Ilyas

Åsmund Lunde

Saken gjelder

Spørsmål om bortfall av nattevakt var ulovlig forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3. Krav om lik lønn for arbeid av lik verdi etter likestillingsloven § 5 og vurdering av kriterier for lønnsfastsettelse etter likestillingsloven § 3.

De faktiske forholdene i saken

A er ansatt i Barne-, ungdoms- og familieetaten. Hennes arbeidssted er barne- og ungdomshjemmet X, der hun har arbeidet siden januar 2000. Hun har fast deltidsstilling som miljøterapeut, med stillingsprosent 54 %.

A arbeider kun hvilende nattevakter. Arbeidstiden følger en seksukers turnus, der hun uke nr. 1 og 4 arbeider tre netter og i uke nr. 2, 3, 5 og 6 arbeider to netter.

I tillegg til A er det to menn som har hvilende nattevakter; C og D. De mannlige kollegene har i tillegg vakter på dagtid og om ettermiddagen. I vaktene på dagtid og ettermiddagen er C særkontakt for klienter ved barne- og ungdomshjemmet, og D er teamleder og HMS-ansvarlig.

Fram til 1. januar 2004 ble X drevet av fylkeskommunen. Fra og med denne datoen ble ungdomshjemmet overført til staten som ledd i en generell overføring av det institusjonelle ansvaret for barnevernet fra fylkekommunen til staten. Ungdomshjemmet ble en del av den nye Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat).

Ved den statlige overtakelsen ble arbeidsuken endret fra 35,5 timer til 37,5 timer. Arbeidstidsordningen ble underlagt statlig tariffområde, noe som innførte omregningsregler for arbeidstid på natt. Slike omregningsregler var det ikke i det fylkeskommunale avtaleverket. I den forbindelse mistet A en av nattevaktene sine, uten at dette endret hennes stillingsprosent. Denne nattevakten ble gitt til en av de mannlige nattevaktene; C.

På grunn av tillegg, er nattevaktene bedre betalt enn andre vakter.

Bufetat har lagt fram følgende oversikt over lønnplassering og stillingsprosent for A og C:

	2002	2003	2004	2005
C	Ltr. 27 – 61 %	Ltr. 32 – 61% til 51%	Ltr. 34 – 60,14 %	Ltr. 37 – 60,14 %
A	Ltr. 25 – 51 %	Ltr. 32 – 51 %	Ltr. 35 – 51 %	Ltr. 38 – 51 %

Årene 2002 og 2003 gjelder fylkeskommunal virksomhet, mens 2004 og 2005 gjelder virksomhet med statlig arbeidsgiver.

C ble tilsatt ved X ved årsskiftet 2003/2004, slik at opplysningene fra 2002 og deler av 2003 gjelder stilling ved et annet ungdomshjem.

Fra 5. september 2005 ble As stillingsprosent økt til 54 %.

Bufetat opplyser at D fra juli 2002 har hatt en fast stillingsandel på 58 %. Fra 2004 har D økt sin stillingsprosent ved vikariater.

A og C er tilsatt i stillingskode 1489 Miljøterapeut med lønnsramme 15. D er tilsatt som spesialutdannet miljøterapeut i stillingskode 1490, der han er direkteplassert i et gitt lønnstrinn med utgangspunkt i faglig bakgrunn og ansiennitet. Lønnsforholdene er regulert av Hovedtariffavtalen i staten.

I dag har D 100 % stilling (58 % fast og 42 % vikariat) og lønnstrinn 41, C har stillingsandel 61,78 % og lønnstrinn 38 og A stillingsandel 54% og lønnstrinn 38.

D og A har høyere universitetsutdannelse; D hovedsaklig i sosiologi og A i psykologi. Begge mangler hovedoppgave/avslutningseksamen. Både D og A har videreutdanning/etterutdanning med ulike kurs. I tillegg har A ettårig Praktisk-pedagogisk Utdannelse fra Universitet i Oslo (30 studiepoeng) og ettårig utdanning i Engelsk (20 vekttall) fra Stavanger Pedagogiske Lærerhøgskole. C har førskolelærerutdanning og spesialpedagogikk (10 vekttall). I tillegg har han etterutdanning i form av kurs.

Behandlingen hos Likestillingsombudet og Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 14. april 2005, ba A Likestillingsombudet vurdere om bortfall av nattevakt og hennes lønn var en ulovlig forskjellsbehandling i forhold til to mannlige kolleger, C og D.

Likestillingsombudet rakk ikke å ferdigbehandle saken før 1. januar 2006, og saken ble overført til det nye Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Likestillings- og diskrimineringsombudet ga uttalelse i saken 7. mars 2006. Ombudet uttalte at forholdene ikke var i strid med likestillingsloven.

A klaget på ombudets uttalelse i brev av 28. mars 2006.

Likestillings- og diskrimineringsombudet vurderte saken på nytt, men endret ikke sin konklusjon i saken.

Ombudet vurderte situasjonen slik at Barne-, ungdoms- og familieetaten hadde sannsynliggjort at ulik fordeling av vakter og ulik lønnsinnplassering ikke var begrunnet i kjønn. Barne-, ungdoms- og familieetaten handlet dermed ikke i strid med likestillingsloven §§ 3 og 5.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fikk saken tilsendt 6. april 2006, jf. lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda §§ 6 og 18.

Saken ble behandlet i nemndas møte 31. mai 2006 i Oslo. I behandlingen av saken deltok nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Else Leona McClimans (nestleder), Selma Ilyas og Åsmund Lunde.

Videre møtte A og Barne-, ungdoms- og familieetaten. Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte med juridisk rådgiver Anne Kirsti Lunde. Nemndas sekretariat var representert ved Christel Kirkøen og Geir Helgeland.

Partenes argumenter

A mener hun ble ulovlig forskjellsbehandlet på grunn av kjønn ved at én av hennes nattevakter ble overført til C. Bortfallet av nattevakten skjedde i forbindelse med statlig overtakelse av barnevernet. Hun ønsket å beholde denne nattevakten, selv om dette innebar en høyere stillingsprosent.

Hun viser til at begge de mannlige nattevaktene har fått beholde sine nattevakter og at den ene i tillegg har fått en ekstra nattevakt. D fikk redusert sin turnus med en kveldsvakt, en vakt som har mindre økonomisk verdi enn den nattevakten som A mistet.

Hun krever å få økt sin stillingsprosent til 55, 63 %. På denne måten blir hun likestilt med D, som hun mener fikk en økt stillingsprosent i forbindelse med den statlige overtakelsen. Hun krever også etterbetalt lønn.

A viser også til at leder for X skal ha uttalt til C at A har sagt at hun følte seg utrygg på nattevakt på grunn av en voldelig beboer og at han av den grunn har overført en av hennes nattevakter til ham, og således økt Cs stillingsprosent slik han hadde lovet. A benekter både at hun har sagt dette og at det er riktig at hun har følt seg utrygg.

Hun hevder videre at leder for X uttalte i møte med henne og nestlederen at nattevakten blant annet kunne fordeles ut fra faglig kompetanse, kjønn, og om ansatte har barn.

Hun mener også at D som administrasjonsassistent, regnskapssekretær og LO-tillitsvalgt har hatt en dobbeltrolle i forbindelse med endringene knyttet til statlig overtakelse av ungdomshjemmet.

A viser til en annen lignende institusjon der alle nattevaktene beholdt det samme antall vakter etter statlig overtakelse.

Videre hevder A at arbeidsgiver har vektlagt kjønn i lønnsfastsettelsen, herunder at hun ikke får lik lønn for arbeid av lik verdi. Hun sammenligner seg med sine to mannlige kolleger som har nattevakt. Bufetat har, etter hennes oppfatning, ikke sannsynliggjort at lønnsforskjellen ikke skyldes at hun er kvinne.

Hun spør også om hvilken kompetanse arbeidsgiveren mener hun mangler i forhold til C og D, i forhold til å møte ungenes behov om kvelden og natten.

Hun viser til at saken handler om nattevakttimene og at det er denne delen av stillingen som må sammenlignes i forhold til kravet om lik lønn for arbeid av lik verdi. Hun mener også at nattevaktturnus på et barnehjem har sin egen stilling/tittel.

Barne-, ungdoms- og familieetaten (Bufetat) tilbakeviser at A er blitt forskjellsbehandlet på grunn av kjønn. Timetallet for de hvilende nattevaktene måtte reduseres ved overgangen fra fylkeskommunalt til statlig tariffsystem. Hun hadde ikke krav på å få beholde turnus med samme antall nattevakter da hun ble overført til statlig arbeidsgiver. Hun hadde imidlertid krav på å beholde tilsvarende arbeidsoppgaver, lik stillingsprosent, samme lønn og tittel.

Bufetat mener det alltid har vært store forskjeller mellom A, C og D. C og D arbeider, i tillegg til sovende nattevakter, på dagtid og om ettermiddagen. C er særkontakt og D er teamleder. Som særkontakt inngår C i et team som følger opp ett enkelt barn på dagtid. Som teamleder har D ansvar for HMS-arbeidet og koordinering og oppfølging av særkontaktene.

Det var kun C som fikk beholde sine vakter og dermed også utvidet sin stilling. C hadde fram til november 2003 hatt 61 % stilling ved et annet ungdomshjem. Etter dette begynte han i 51 % stilling ved X. Han takket ja til å bytte tjenestested til X under forutsetning av at stillingsprosenten skulle økes ved første mulighet. Avtalen om at stillingsprosenten skulle økes var muntlig, men C sitt ønske om økt stillingsprosent og arbeidsgivers positive holdning til dette fremgår av fremlagt innstilling til tilsetningsrådet i fylkeskommunen av 9. oktober 2003. Avtalen ble fulgt opp ved at C fikk økt sin stillingsprosent med 9 % i 2004.

D fikk ikke økt sin stillingsandel. I hans tilfelle ble turnusen redusert med en kveldsvakt, ikke en nattevakt. Årsaken til forskjellig løsning for A og D var at en annen miljøterapeut ønsket endring i sin turnus, og for å imøtekomme hennes og virksomhetens behov ble denne løsningen valgt. Slik sett fikk A og D samme behandling ved at begge fikk en vakt mindre. Bufetat viser også til at nattevakten som A mistet utgjorde 10,46 timer, mens kveldsvakten som D mistet utgjorde 9,88 timer. Den økonomiske forskjellen på de to vaktene er minimal, ca. kr. 700,- pr. 6 uker turnus.

Ved X er hver turnus spesielt tilrettelagt for den enkelte tilsatte i den grad det er forenlig med oppgavene og faglig kompetanse.

Når det gjelder samtalen A referer til angående hennes utrygghet på arbeidsplassen, var dette ledd i en generell diskusjon om hvordan ansatte forholdt seg til voldelige klienter og hvordan sammensetningen av vaktlagene kunne trygge jobben. Bufetat tilbakeviser at det var noe ensidig fokus på A i denne forbindelse. Også annet personell av begge kjønn ble omtalt ved navn. Bufetat har lagt fram notat fra en kollega av A til leder ved barne- og ungdomshjemmet der det bekreftes at lederen har sagt at "A har gitt uttrykk for at hun er uttrygg på å jobbe med NN (beboer)." Det tilbakevises at samtalen handlet om at en mann er mer egnet som nattevakt enn en kvinne.

Bufetat tilbakeviser også at A får ulik lønn på grunn av kjønn. Bufetat kan ikke se at det er noen reell lønnsforskjell mellom A og hennes mannlige kolleger. D er i en annen lønnskode og er plassert i et gitt lønnstrinn på bakgrunn av faglig kompetanse og ansiennitet. D er også teamleder og har spesielle ansvarsområder knyttet til sin spesialkompetanse. Bufetat viser således til at D har oppgaver av ledende og rådgivende art.

Bufetat viser også til at C har fremmet krav i lokale lønnsforhandlinger på grunnlag av endrede oppgaver. C har fått uttelling for sine krav. A har ikke satt fram krav i lokale forhandlinger. Det er blitt gitt generell informasjon til de ansatte om muligheten for å fremme krav i lokale lønnsforhandlinger. For øvrig er C og A sin lønn fastsatt ut fra ansiennitet.

Når lønnen sammenlignes må turnusen sees som en helhet. Man kan ikke trekke ut deler av turnusen for så å vise til forskjeller mellom delene.

Nemndas vurderinger

Beslutningen om bortfall av nattevakt for A er ikke et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 tredje ledd første punktum: *Avgjørelse som gjelder ansettelse, oppsigelse, suspensjon, avskjed eller forflytting av offentlig tjenestemann, regnes som enkeltvedtak.* Det legges til grunn at beslutningen ikke er en endringsoppsigelse og dermed heller ikke av den grunn et enkeltvedtak. Det vises til at A beholder samme lønn, oppgaver og stillingsprosent, og at antall nattevakter ikke er regulert i arbeidsavtalen.

Beslutningen om lønn er heller ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2.

Beslutningene om bortfall av nattevakt og lønn kommer derfor ikke inn under begrensningene i nemndas kompetanse i forhold til forvaltningens vedtak etter diskrimineringsombudsloven § 9.

Nemnda har vurdert om bortfall av en nattevakt innebærer en ulovlig forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3. Videre har nemnda vurdert om A har rett til samme lønn som sin mannlige kollega D etter likestillingsloven § 5. Nemnda har også vurdert om lønnen til A er fastsatt ut fra kjønnsnøytrale kriterier i forhold til kollega C etter likestillingsloven § 3.

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. Det vil være tilstrekkelig at det er framlagt 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.

Det første spørsmålet er om bortfall av en nattevakt er en form for forskjellsbehandling som omfattes av forbudet mot direkte diskriminering i likestillingsloven § 3 første ledd og andre ledd nr. 1:

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...

Det kreves således at det har skjedd en ulik behandling og at kjønn har medvirket til den ulike behandlingen.

Nemnda legger til grunn at den ulike behandlingen er at C fikk økt sin stillingsprosent og ikke A, og at dette skjedde ved at en nattevakt ble overført fra A til C. Videre ble A og D ulikt behandlet ved at A mistet en nattevakt, mens D mistet en kveldsvakt. Nattevakten har en høyere lønnsmessig verdi enn kveldsvakten.

Nemnda har vurdert den fremlagte dokumentasjonen og partenes skriftlige og muntlige forklaringer. A har i løpet av hele saken fremholdt at lederen for X har uttalt at nattevakten blant annet kunne fordeles ut fra faglig kompetanse, kjønn, og om ansatte har barn. Det fremkom under Nemndas møte at As påstand om at lederen for X har uttalt at kjønn er et relevant kriterium ved fordeling av nattevakt er en misforståelse. Lederen for X mente at det kan legges vekt på *skjønn*, ikke om vedkommende er mann eller kvinne.

Nemnda har ikke funnet holdepunkter for at kjønn har medvirket til den ulike behandlingen av A, C og D hva gjelder vaktfordeling. Den ulike behandlingen innebærer derfor ikke brudd på likestillingsloven § 3.

Det andre spørsmålet er om A har rett til samme lønn som D etter likestillingsloven § 5. I bestemmelsen første ledd står det:

Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn.

Nærmere regler om sammenligningen er gitt i § 5 tredje ledd, som forutsetter en totalvurdering ut fra blant annet den kompetansen som kreves for stillingen, anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold. I tråd med bestemmelsens første ledd er hovedpoenget å *hindre at faktorer som først og fremst favoriserer det ene kjønn blir framherskende...*, jf. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 60 og 114.

Relevante faktorer må være knyttet til selve stillingen. Individuelle forhold skal ikke med i verdivurderingen. For eksempel skal kompetanse ut over det som kreves for stillingen ikke med i totalvurderingen etter § 5 tredje ledd. Det samme gjelder den enkeltes utførelse av arbeidet, arbeidstakerens ansiennitet og markedsverdi mv.

I Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 114 er det vist til retningslinjer for kjønnsnøytral arbeidsvurdering i Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling (NOU 1997: 10). Gjennom arbeidsvurderingen bestemmes verdien av arbeidet som skal utføres. Ifølge innstillingen kan faktoren ansvar omfatte *ansvar for økonomiske/materielle ressurser, personalansvar og arbeidsledelse, ansvar for informasjon, ansvar for mennesker, ansvar for planlegging og organisering.*(s. 148).

D er teamleder for en av klientene. Blant annet koordinerer og følger han opp de særkontaktene som er knyttet til klienten. Som teamleder inngår D i institusjonens utvidede lederstab i en del forhold. D utfører arbeid som medfører lederansvar.

A er verken særkontakt eller teamleder. Hun har ikke lederansvar eller særansvar for en klient. Hennes stilling innebærer mindre ansvar enn D, både hva gjelder ledelse og mennesker.

Det er også rimelig å legge til grunn at Ds stilling som spesialutdannet miljøterapeut krever høyere kompetanse enn A sin stilling som miljøterapeut.

Forskjeller i kompetansekrav og ansvar betyr etter nemndas oppfatning at A og D ikke utfører arbeid av samme verdi. Den ulike avlønningen av A og D er således ikke i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3.

Det tredje spørsmålet er om A og C sin lønn er fastsatt ut fra kjønnsnøytrale bestemmelser etter likestillingsloven § 3.

Ut fra fremlagt dokumentasjon og partenes forklaringer, finner nemnda ingen holdepunkter for at kjønn har medvirket til lønnsfastsettelsen for A og C.

Nemnda har således kommet til at Barne-, ungdoms- og familieetaten ikke har handlet i strid med likestillingsloven §§ 3 og 5.

Nemnda vil like fullt påpeke at arbeidsgiver synes å ha ført en noe uryddig personalpolitikk i forhold til A. Det vises særlig til mangelfull kommunikasjon mellom arbeidsgiver og A i forbindelse med overgang til statlig arbeidsgiver og tariffområde. Blant annet burde arbeidsgiver brukt mer tid på å oppklare misforståelser og informere om hvilke muligheter som forelå for A.

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 11/2006

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

Det forhold at A mistet en nattevakt da driften av X ble overført til staten, er ikke en forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3.

Den ulike avlønningen av A og D er ikke i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3.

A og C sin lønn er fastsatt ut fra kjønnsnøytrale kriterier i samsvar med likestillingsloven § 3.

Oslo, den 31. mai 2006

Aslak Syse
leder

Else Leona McClimans
nestleder

Selma Ilyas

Åsmund Lunde