

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

Tlf. 24 05 59 70/24 05 59 71

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 5/2006

Sakens parter:

A

B (kommune)

Uttalelse av 3. mai 2006

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Else Leona McClimans, nestleder

Thom Arne Hellerslia

Atle Larsen

Arnhild Taksdal

Saken gjelder

Spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av graviditet og nært forestående fødselspermisjon ved ansettelse i midlertidig stilling som sykepleierfaglig ansvarlig ved et sykehjem. Vurdering etter likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

De faktiske forholdene i saken

Etter å ha fullført hjelpepleierutdanning og sykepleierutdanning begynte A å arbeide som sykepleier ved avdeling 2 ved kommunens sykehjem 1. oktober 2001. Etter å ha påpekt overfor sin ledelse at noen burde ivareta avdelingslederoppavene, ble hun konstituert som avdelingsleder ved samme avdeling i september 2002. Konstitueringen varte ett år, frem til september 2003. Hun mottok ingen klager på utførelsen av dette arbeidet. En annen person ble deretter ansatt i fast stilling som avdelingsleder. A ble i stedet konstituert som sykepleierfaglig ansvarlig ved avdeling 2, fra og med oktober 2003 til ut januar 2004.

Den 2. november 2003 ble to 100%-stillinger som sykepleierfaglig ansvarlig utlyst internt ved sykehjemmet, én stilling i avdeling 1 og én stilling i avdeling 2. På grunn av utprøving av ny organisering ble stillingene i første omgang lyst ut som ett års engasjement, med mulighet for forlengelse. Utlysningsteksten var identisk for de to stillingene.

C var eneste søker til stillingen i avdeling 1. A var eneste søker til stillingen i avdeling 2. Begge var konstituert i stillinger som sykepleierfaglig ansvarlig på sin avdeling da stillingene ble lyst ut.

Den 13. januar 2004 varslet A personalkontoret om at hun skulle ut i ett års fødselspermisjon. A gikk ut i fødselspermisjon 15. februar 2004.

C ble konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i avdeling 1 den 8. mars 2004. Kommunen valgte imidlertid å ikke konstituere noen i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i avdeling 2, heller ikke A. Avdelingslederen, som hadde ansvar for begge avdelingene, ivaretok det sykepleierfaglige ansvaret i avdeling 2. Det ble ikke foretatt intervjuer av søkerne. Det ble heller ikke laget innstillinger, men saken var drøftet administrativt før konstitueringen ble foretatt.

Stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved avdeling 2 ble lyst ut internt for andre gang den 8. juni 2004. Denne gangen var det to søkere til stillingen; A og D. D ble konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i avdeling 2 den 21. juni 2004. C var fremdeles konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i avdeling 1. Det ble ikke foretatt intervjuer av søkerne. Det ble ikke laget noen innstilling da D ble konstituert i stillingen.

Kvalifikasjonskravene i stillingsutlysningen 2. november 2003 og 8. juni 2004 var lik for de to stillingene:

- Offentlig godkjent/autorisert sykepleier
- Egnethet

Stillingsbeskrivelsen for stillingene ble først godkjent 24. april 2005. I følge den godkjente stillingsbeskrivelsen er formålet med stillingene i samarbeid med avdelingslederen å sikre at brukerne ved avdelingen får et faglig tilrettelagt tilbud, å utvikle den sykepleiefaglige

standard ved avdelingen, og å sørge for kontinuitet. Sykepleierfaglig ansvarlig er administrativt og faglig underlagt avdelingssykepleier. Sykepleierfaglig ansvarlig har et selvstendig faglig ansvar for den sykepleien som utøves, og er ansvarlig for planlegging og tilrettelegging av tiltak rundt den enkelte bruker i samarbeid med øvrige medarbeidere.

Kvalifikasjonskravet er i følge den godkjente stillingsbeskrivelsen:

- Offentlig godkjent/autorisert sykepleier

Vurderingskriteriene for jobbopplyselse er i følge stillingsbeskrivelsen:

- Dokumenterte oppnådde resultater i forhold til vedtatte planer/mål
- Dokumenterte aktiviteter og tiltak tilpasset brukernes behov
- Være en ressursperson i avdelingen

I følge den skjematiske søkerfortegnelsen kommunen har sendt nemnda hadde søkerne følgende utdanning og praksis:

C (født i 1967):

Utdanning: Godkjent sykepleier juni 2001

Kurs: Kvalitetssikring i sykehjem 2002

Psykososialt arbeidsmiljø

Tverrfaglig akuttmedisin 4 dg 2002

Det nytter 1 dg 2002

Praksis: 01.07.87-01.12.89 Privatperson
05.01.90-01.06.90 Kommune, barnehage, vikar
01.01.95-31.08.98 Drift av privat familiebarnehage
Juli1998-okt.2003 Kommune, vikartimer
01.07.01-31.10.03 Sykehjem, vikar 100%
31.10.03- Sykehjem, sykepleier

D (født i 1971):

Utdanning: Godkjent hjelpepleier august 1993

Godkjent sykepleier juni 2004

Praksis: 27.06.90-26.07.90 Sykehjem
01.01.91-05.04.91 Kommune, hjemmehjelp
1991-1994 (22 mnd) Sykehjem
18.11.92-28.02.93 Sykehus
25.06.93-20.08.93 Sykehus
01.07.94-30.06.95 Sentralsykehus
17.10.95-29.02.04 Sykehjem
01.03.04- Sykehjem, vikartimer

A (født 1978):

Utdanning: Godkjent hjelpepleier juli 1997

Godkjent sykepleier juni 2001

Kurs: Etikk og verdier november 2001

Hjerte-karsykdommer

Kvalitetssikring i sykehjem november 2002

Tverrfaglig akuttmedisinsk samarbeid februar 2002

Praksis: 2 mnd Sykehus, udokumentert
01.10.01-11.09.02 Sykehjem, sykepleier
12.09.02-30.09.03 Sykehjem, konstit. avdelingsleder
01.10.03-31.01.04 Sykehjem, fagansvarlig
31.01.04- Fødselspermisjon

Da A kom tilbake etter permisjonen i midten av februar 2005 begynte hun i stilling som sykepleier ved sykehjemmet. Hun er ansatt i denne stillingen nå.

Behandlingen hos Likestillingsombudet og videre saksgang

I brev av 4. april 2005 ba A Likestillingsombudet å vurdere om B kommune handlet i strid med likestillingsloven ved at hun ikke ble ansatt i midlertidig stilling som sykepleierfaglig ansvarlig ved kommunens sykehjem avdeling 2.

Likestillingsombudet kom med uttalelse i saken 30. november 2005. Ombudet konkluderte med at B kommune ikke hadde handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd.

A klaget på ombudets uttalelse ved brev av 19. desember 2005.

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

Ombudets begrunnelse var at kommunen hadde sannsynliggjort at man ønsket personer med lenger arbeids- og livserfaring i stillingene, og at kommunen dermed hadde sannsynliggjort at A ikke ble forskjellsbehandlet på grunn av sin graviditet eller fødselspermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fikk saken tilsendt 24. februar 2006, jf. lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 18.

Saken ble behandlet i nemndas møte 3. mai 2006 i Oslo. I behandlingen av saken deltok nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Else Leona McClimans (nestleder), Thom Arne Hellerslia, Atle Larsen og Arnhild Taksdal.

Videre møtte B kommune. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Ann-Helen Aarø og Anette Bjørlin Basma. Nemndas sekretariat var representert ved Geir Helgeland og Christel Kirkøen.

Partenes anførsler

A mener seg forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med det utlyste engasjementet for ett år med mulig forlengelse. A var gravid og gikk ut i fødselspermisjon 15. februar 2004. Hun ville dermed ikke kunne tiltre engasjementet som sykepleierfaglig ansvarlig, og mener dette kan ha medvirket til manglende ansettelse i engasjementet.

Hun påpeker at det ikke var noen som satte spørsmålstegn ved hennes arbeids- og livserfaring da hun ble konstituert i stillingen som avdelingsleder i september 2002, eller da hun ble konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig fra oktober 2003. Hun fikk heller ingen negative tilbakemeldinger på den jobben hun gjorde som konstituert avdelingsleder eller konstituert sykepleierfaglig ansvarlig.

A hevder at hun muntlig ble lovet stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i avdeling 2 i møte med pleie- og omsorgssjefen, og at kommunen ikke hadde en alternativ stilling (en vanlig sykepleierstilling) å tilby henne hvis hun ikke hadde gått ut i fødselspermisjon.

A setter spørsmålstegn ved arbeidsgivers begrunnelse om et større søkergrunnlag, og viser til at det ved intern utlysning ikke ville være mange andre enn henne som søkte stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved avdeling 2. I følge hennes opplysninger, ønsket ikke de andre sykepleierne ved sykehjemmet å søke stillingen. D kunne ikke søke stillingen før ved andre gangs utlysning 8. juni 2004. Det var rundt denne tiden hun avsluttet sin sykepleierutdanning og samtidig fikk oppgradert sin stilling ved sykehjemmet fra hjelpepleierstilling til sykepleierstilling. Det var først da hun oppfylte det formelle kvalifikasjonskravet til stillingen.

A mener også at hennes 3 års arbeidserfaring som sykepleier og 1 års erfaring som avdelingsleder bør telle mer enn D sin arbeidserfaring som hjelpepleier når man skal ansettes i en stilling som sykepleierfaglig ansvarlig.

Hun hevder at stillingsbeskrivelsen ble endret ved den andre utlysningen 8. juni 2004. Ved første utlysning hevder hun at det ble krevd minimum 2 års relevant praksis, mens det ved andre utlysning bare ble krevd "egnethet". A har lagt ved en stillingsbeskrivelse, datert januar 2005. I denne stillingsbeskrivelsen er det et krav om at man er offentlig godkjent / autorisert sykepleier, i tillegg til minimum to års "relevant praksis".

B kommune begrunner manglende tilsetting av sykepleierfaglig ansvarlig ved sykehjemsavdeling 2 etter den første utlysningen med at søkergrunnlaget ikke var tilstrekkelig. Kommunen ønsket derfor å se om det var mulig å få et større søkergrunnlag ved ny utlysning av stillingen. Stillingen som sykepleierfaglig leder ved avdeling 2 ble derfor lyst ut internt igjen den 8. juni 2004.

Kommunen utdyper sin begrunnelse om utilstrekkelig søkergrunnlag, med at man ønsket en person i stillingen med noe lengre arbeids- og livserfaring enn A. Derfor valgte man å lyse ut stillingen på nytt for å se om man kunne tiltrekke seg andre interne søkere. Ekstern utlysning var ikke aktuelt på grunn av manglende stillingshjemler.

Kommunen antar at det var tre-fire personer som kunne være aktuelle søkere ved andre gangs utlysning. De tilbakeviser at de ventet med å ansette noen i den midlertidige stillingen i avdeling 2, fordi de ønsket D til stillingen istedenfor A.

Kommunen tilbakeviser at det hadde noe å si for beslutningen at A skulle ut i fødselspermisjon og dermed ikke kunne tiltre stillingen. Kommunen vurderte at D og A sto likt utdanningsmessig. D ble på bakgrunn av sin relevante praksis fra sykehjem og sykehus fra 1991 og sin alder ansett å ha lengre arbeids- og livserfaring enn A, og dermed til å være bedre kvalifisert til stillingen. Kommunen mener det er viktig å vektlegge lengre arbeids- og livserfaring ved en ansettelse i stilling som sykepleierfaglig ansvarlig.

Kommunen uttaler at A ble konstituert i stillingen som avdelingsleder i september 2002 og i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig i oktober 2003 selv om hun hadde lite erfaring fordi hun var det eneste alternativet på det tidspunktet. Kommunen hadde behov for rask tiltredelse i stillingene. Kommunen påpeker at dette har vært stillinger det har vært vanskelig å rekruttere til.

Kommunen vurderer As arbeidsinnsats som avdelingsleder og sykepleierfaglig ansvarlig som tilfredsstillende ut fra hennes erfaring.

Kommunen tilbakeviser at de lover ut stillinger på forhånd, og hevder de hadde en ledig sykepleierstilling å tilby A hvis hun ikke hadde gått ut i permisjon. De har hele tiden hatt ledige sykepleierstillinger.

Nemndas vurderinger

Kommunens avgjørelse om tilsetting i engasjementet er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer vedtaket eller på annen måte bestemmer hvordan et enkeltvedtak skal utformes, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd. Begrensningene i kompetansen gjelder også når kommunen velger å ikke fatte noe vedtak, for eksempel ved å unnlate å besette en utlyst stilling. Nemnda har imidlertid etter § 7 første ledd andre punktum plikt til å *"gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for nemnda er i strid med"* blant annet likestillingsloven. Uttalelsen vil ikke være bindende.

Spørsmålet er om kommunen handlet i strid med likestillingsloven da A ikke ble ansatt i den midlertidige stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved sykehjem avdeling 2. For det første unnlot kommunen å ansette A etter den første utlysningen. For det andre ble D ansatt istedenfor A etter den andre utlysningen.

Likestillingsloven § 4 andre ledd forbyr forskjellsbehandling ved ansettelse eller forfremmelser. Bestemmelsen presiserer forbudet i § 3. Likestillingsloven gjelder ethvert ansettelsesforhold, både kortvarige og langvarige, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974 -75) s. 57.

Etter likestillingsloven § 3 er det i utgangspunktet ikke tillatt å forskjellsbehandle kvinner og menn. Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen er direkte diskriminering, jf. § 3 andre ledd. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering, jf. § 3 tredje ledd og 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.

Nemnda finner det mest hensiktsmessig å ta utgangspunkt i hele fødselspermisjonen, og behandler derfor forholdet under ett. Det vises også til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111, der det uttales at det ikke er nødvendig for håndhevingsorganene å splitte opp argumentasjonen og begrunnelsen hvis handlingen uansett rammes av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling.

Det skal vurderes om A ble stilt dårligere enn hun ellers ville blitt dersom hun ikke hadde vært gravid og tatt ut fødselspermisjon. Vurderingstemaet er derfor hvordan kommunen ville vurdert A sine søknader om hun ikke hadde vært gravid eller i permisjon.

For det første må det tas stilling til om graviditeten og fødselspermisjonen medvirket til at kommunen unnlot å ansette A i den midlertidige stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved sykehjemmet etter den første utlysningen 2. november 2003.

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. Kommunen har da bevisbyrden for å sannsynliggjøre at det ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 116 og 117.

Kommunen lyste ut stillingen da A var konstituert i stillingen. Kommunen var fornøyd med den jobben hun gjorde som konstituert i stillingen. A oppfylte kvalifikasjonskravene for den utlyste stillingen. Kommunen hadde således en kvalifisert søker som allerede var konstituert i stillingen, og det var behov for å få tilsatt en sykepleierfaglig ansvarlig ved avdeling 2.

C var konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved avdeling 1, og den eneste søkeren til stillingen ved samme avdeling. Hun ble ansatt. Hun var ikke gravid og skulle ikke ut i permisjon.

Nemnda finner på denne bakgrunn at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at graviditeten og permisjonen har medvirket til at kommunen ikke ansatte A. Dermed må kommunen sannsynliggjøre at det er andre forhold enn graviditeten og fødselspermisjonen som er årsaken til unnlåtelsen av å ansette A, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112.

Kommunen hevder at de ønsket en person med mer generell arbeidserfaring og livserfaring enn A, og at de ville ha et større søkergrunnlag. Derfor unnlot de å ansette A etter første gangs utlysning.

Kommunen har i utgangspunktet stor frihet til å velge hvilke kvalifikasjoner de ønsker å legge vekt på ved ansettelse. Kommunen har imidlertid ikke dokumentert at det var kun vektleggingen av As manglende generelle arbeids- og livserfaring som gjorde at de unnlot å ansette henne. Vektleggingen av generell arbeids- og livserfaring ble heller ikke kommunisert til A, verken da hun ble konstituert i stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig fra oktober 2003 eller da hun søkte på stillingen etter utlysningen 2. november 2003.

Nemnda finner at kommunen ikke har sannsynliggjort at det kun var andre forhold enn graviditeten og fødselspermisjonen som var årsaken til unnlåtelsen av å ansette A etter den første utlysningen 2. november 2003. Kommunen handlet dermed i strid med likestillingsloven § 3 første til tredje ledd.

Forskjellsbehandling i strid med § 3 første til tredje ledd kan likevel være tillatt i unntakstilfeller. Det skal generelt svært mye til for at forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel kan aksepteres. Vernet skal være særlig strengt innen arbeidsliv og utdanning, da forskjellsbehandling på disse områdene kan true viktige rettigheter for kvinner. I samsvar med EU-domstolens praksis skal det legges til grunn et særdeles strengt vern på

arbeidslivets område, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111. Forbudet er strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen, og dess kortere fravær det er tale om. Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen, er forbudet tilnærmet absolutt. Det er kun adgang til slik forskjellsbehandling så langt dette følger av det ulovfestede unntaket fra § 3 første ledd. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet kan unntaksvis være tillatt dersom det foreligger tungtveiende nok saklige grunner etter § 3 fjerde ledd.

For at forskjellsbehandlingen likevel skal være tillatt, må kommunen for det første ha en saklig grunn uavhengig av kjønn. Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygge på reelle behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære. Videre skal det foretas en interesseavveining. Hensynet til kommunen og dens begrunnelse for handlingen, skal veies mot hensynet til likestilling og de konsekvenser handlingen får for A. En handling kan være i strid med § 3 selv om den i og for seg har en saklig begrunnelse, hvis konsekvensen av handlingen er at A utsettes for ulemper av betydning. Hensynet til likestilling skal tillegges særlig stor vekt i interesseavveiningen, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112.

Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødselspermisjon, må det være tale om fravær eller ulemper over en lengre periode, og arbeidsgiver må ha svært tungtveiende grunner for å forskjellsbehandle. Tungtveiende grunner kan for eksempel være hvis det er tale om forbigående ved ansettelse til en reell midlertidig, kortvarig stilling der søkeren bare kan fungere i stillingen en mindre del av ansettelsesperioden, og det kan påvises betydelige praktiske eller økonomiske problemer knyttet til å ansette og lære opp en vikar, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 111.

Det er kommunen som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen har en tilstrekkelig tungtveiende saklig grunn, jf. likestillingsloven § 16 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 113.

Kommunen har ikke anført at de har en slik saklig grunn, og heller ikke at det ville være praktiske og økonomiske ulemper ved å ansette A.

Følgen av at A ikke ble ansatt er at hun fikk mindre lønn, mindre kompensasjon under permisjonstiden, og at hun mistet muligheten for avansement.

En samlet nemnd finner at kommunen ikke har sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen har en tungtveiende nok saklig grunn. Kommunens unnlattelse av å ansette A etter den første utlysningen var derfor i strid med likestillingsloven § 3.

Når det gjelder kommunens beslutning om å ansette D og ikke A etter den andre utlysningen, finner nemnda at kommunen har sannsynliggjort at det var vektleggingen av lengre generell arbeids- og livserfaring som var årsaken til at A ikke ble ansatt. Situasjonen hadde imidlertid ikke oppstått dersom kommunen hadde ansatt A etter den første utlysningen, og unnlattelsen av dette var i strid med likestillingsloven. Det er derfor ikke nødvendig for nemnda å uttale seg om lovligheten av å tilsette D og ikke A etter andre gangs utlysning.

Uttalelsen er enstemmig.

SAK 5/2006

Likestillings- og diskrimineringsnemnda gir følgende uttalelse:

B kommune handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, ved at A ikke ble tilsatt i den midlertidige stillingen som sykepleierfaglig ansvarlig ved sykehjemmets avdeling 2 etter utlysningen av stillingen den 2. november 2003.

Oslo, den 3. mai 2006

Atle Larsen

Thom Arne Hellerslia

Arnhild Taksdal

Aslak Syse, leder

Else Leona McClimans, nestleder