

Spørsmål om forbigåelse ved ansettelse på grunn av graviditet – ikke brudd

En kvinne hevdet seg forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og foreldrepermisjon da hun ikke ble ansatt i stillingen hun søkte på. Arbeidsgiver avviste at kvinnen ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og foreldrepermisjon i ansettelsesprosessen. Ombudet konkluderte med at arbeidsgiver ikke handlet i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3 da kvinnen ikke ble ansatt i stillingen.

Kvinnen søkte på en vikariatstilling. Hun hadde et ansettelsesforhold i en tilsvarende stilling, og hadde fått forlenget vikariater flere ganger tidligere. Kvinnen ble innkalt til intervju, men en annen søker ble foretrukket. Kvinnen ble heller ikke innstilt til stillingen.

Arbeidsgiver viste til at den best kvalifiserte kandidaten ble innstilt, og til flere bekymringsmeldinger om kvinnens arbeidsutførelse som begrunnelse for at hun ikke ble innstilt til stillingen. Det fremgikk også av ansettelsesdokumenter at kvinnens arbeidsutførelse gjorde at arbeidsgiver ville ta en ny samtale med henne om dette før en eventuell innstilling dersom den som ble innstilt først takket nei til stillingen. Ombudet pekte på at saken kan reise arbeidsrettslige spørsmål vedrørende arbeidsgivers behandling av de mottatte bekymringsmeldingene. Forholdene rundt behandling av bekymringsmeldingen er utenfor det ombudet er satt til å behandle. Ombudet tok derfor ikke stilling til innholdet i bekymringsmeldingen, om arbeidsgiver behandlet den på en god måte, og hvorvidt den kunne være avgjørende i en ansettelsesprosess.

Saksnummer: 11/127

Diskrimineringsgrunnlag: kjønn

Lovanvendelse: likestillingsloven § 4, jf. § 3

Ombudets uttalelse datert 13. september 2011

FRÅSEGN- SPØRSMÅL OM FORBIGÅING PÅ GRUNN AV GRAVIDITET OG FORELDREPERMISJON

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 17. januar 2011 frå B på vegne av A.

B hevdar at A vart forbigått til utlyst vikariatstilling ved Y avdeling på Z på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kome fram til at X ikkje har handla i strid med likestillingslova § 4, jf. § 3 då A ikkje ble innstilt til den utlyste stillinga.

Fråsegna til Likestillings- og diskrimineringsombodet kan bringast inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre veker frå dette brevet er motteke, sjå vedlagte orientering.

FRÅSEGN FRÅ OMBODET

Bakgrunn for saka

Framstillinga av sakens bakgrunn byggjer på den skriftlege utgreiinga frå partane i saka.

A har vore tilsett i X sidan sommaren 2006, og oversikta over hennar vikariat ser slik ut:

- 03.07.2006-30.06.2007: 50 % natt, Y
- 01.07.2007-30.04.2008: svangerskapspermisjon lønna via NAV
- 01.05.2008-18.08.2008: 80 %, medisinsk avd.
- 01.09.2008-28.02.2009: 50 % natt, Y
- 01.03.2009-16.08.2009: 20 % natt, Y
- 17.08.2009-31.12.2009: 20 % natt, Y
- 01.01.2010-27.06.2010: 20 % natt, Y
- 28.06.2010-07.01.2011: 20 % natt, Y

I tillegg til vikariata har A teke ekstravakter på avdelinga, og i 2009 og 2010 med dette omfanget:

- 2009: 23 nattevakter, tilsvarer eit tillegg på 12,85 %
- 2010: 19 nattevakter, tilsvarer eit tillegg på 11,5 %

Den 12. november 2010 vart det på finn.no utlyst vikariat på Y avdeling.

Det var 20 %-stillingen A jobba i, saman med eit anna vikariat vart utlyst med søknadsfrist 3. desember 2010. I utlysingsteksten vart det oppgitt at avdelinga hadde ”to ledige vikariat på henholdsvis 20 og 27 % for sykepleiere”.

Det ble søkt etter følgjande eigenskapar:

- Evne til å arbeide målretta med arbeidsoppgåver
- Er ansvarsbevisst og pasientorientert og gir helhetlig pleie
- Har respekt for den enkelte pasient og kollega
- Har gode evner til å kommunisere
- Bidrar til eit godt arbeidsmiljø
- Er lojal og ein god teamarbeidar

Kontaktperson for stillingane var C, seksjonsleiar.

Verken A eller B oppdaga utlysinga før søknadsfristen gjekk ut. B blei merksam på utlysinga 6. desember og kontakta seksjonsleiar. Seksjonsleiar sendte då brev til A, med utviding av søknadsfristen til 17. desember 2010.

A søkte på 20 %-stillingen 14. desember. Det var 5 søkjarar til stillinga. To av søkjarane ble innkalla til intervju, deriblant A. Det vart halde intervju med A 20. desember 2010, og med D 10. januar 2011. X tilsette D i vikariatet. I grunngjevinga skreiv arbeidsgivar: "På bakgrunn av kandidatenes formelle kvalifikasjoner, intervju og avdelingens kjennskap til de to kandidatene, ble den andre kandidaten innstilt til stillingen".

Partane sitt syn på saka

B for A:

B hevder A vart forbigått ved tilsetjing i 20 % vikariatet på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

B viser til at A har hatt vikariat ved X sidan 2006, og samanhengande sidan september 2008. Ho har fått fornya vikariatet fem gonger, dei tre første gongene blei same vikariat vidareført, og dei to siste gongene fekk ho nye vikariat. B viser vidare til at A openbart er kvalifisert for stillinga, sidan ho var det ved dei tidlige tilsetjingane.

I tillegg til at retningslinene ved X seier at stillingar skal lysast ut, seier dei også at eigne tilsette sine rettar skal sikrast før en tilset eksterne søkjarar. D som vart tilset i stillingen hadde hausten 2010 eit opphald på skule i utlandet, og hadde dermed ikkje et tilsetjingsforhold i X på tilsetjingstidspunktet.

B peiker også på fleire moment i grunngjevinga i innstillinga. Arbeidsgivar viser til D si farmasikompetanse, noko som ikkje er eit krav i utlysingsteksten. Det ville også vore ei uvanleg utlysing. Sjukepleiarutdanninga skal gje den naudsynte basiskunnskapen innan medikamenthandsaming, og ei revmatologisk avdeling er ikkje spesielt krevjande på dette.

Dei viser til at arbeidsgivar i si vurdering skriv at D har jobba både dag, kveld og natt ved avdelinga. Det tyder på at arbeidsgivar meiner dette talar for å tilsette D, ettersom dei vidare skriv at A "har kun jobbet natt i disse vikariatene". Det blir feil om dette skal brukast mot A ettersom det er en stillingen som er utlyst er natt.

X

X viser til at deira praksis er at alle ledige stillingar skal lysast ut, enten internt eller eksternt. Dette gjeld også vikariat. Denne praksisen har ikkje vore følgt heilt konsekvent tidligare, men i august 2010 blei dette tatt opp av føretaksleiinga og presisert på nytt.

X viser til at A ikkje tidligare har fått ei automatisk forlenging av vikariatet sine. Ho har spurt om ledige vikariat når vikariatet ho har gått i har gått ut. Ho har då fått nye vikariat når det har vore noko ledig som har passa inn med vikariat ho har hatt.

Stillingen A søkte på vart lyst ut i samsvar med gjeldande retningslinjer. Då avdelingsleiinga ble merksam på at A ikkje kjende til at stillingen var utlyst, blei søknadsfristen forlenga slik at ho fekk høve til å søkje.

Søklarane vart vurdert ut frå krava i utlysningsteksten, og arbeidsgivar tilsette den kandidaten dei meinte var best kvalifisert. D har lengst ansiennitet, også ved Y avdeling, og ho har dei eigenskapane som er etterspurt i utlysningsteksten.

X viser til at dei meiner A manglar gode rutinar i forhold til sentrale sjukepleiaroppgåver. I januar 2010 blei ein hending i forbindelse med avvik teke opp med henne. Leiinga mottok i oktober 2010 ei bekymringsmelding om hennar jobbutføring. Dette vart ikkje teke opp med henne då, ettersom ho vart sjukemeldt like etter. Forholdet vart i staden teke opp med henne på intervjuet, og dette er også bakgrunnen for at arbeidsgivar ønska å kalle ho inn til annangongsintervju dersom det skulle bli aktuelt å innstille ho til stillinga.

Rettsleg grunnlag

Ombodet kan gje fråsegn om eit forhold er i strid med likestillingslova eller ikkje, jf. diskrimineringsombudslova § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

Likestillingslova

Likestillingslova § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn.

Med direkte forskjellsbehandling meinast handlingar som stiller kvinner og menn ulikt fordi dei er av ulikt kjønn, eller set ei kvinne i ei dårligare stilling enn ho elles ville ha vore på grunn av graviditet eller fødsel, eller set ei kvinne eller mann i ei dårligare stilling enn vedkomande elles ville ha vore på grunn av utnytting av permisjonsrett som er føreheldt det eine kjønn, jf. likestillingsloven § 3 andre ledd nr 2.

Tilgangen til å gjere unntak frå forbodet mot direkte diskriminering er svært avgrensa. Vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærma absolutt. Med indirekte forskjellsbehandling meinast kvar tilsynelatande kjønnsnøytral handling som faktisk verker slik at det eine kjønn blir stilt dårligare enn det andre.

I særlege tilfelle er indirekte forskjellsbehandling likevel tillete dersom handlinga har eit sakleg formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valt er eigna, nødvendig og ikkje uforholdsmessig inngripande i forhold til formålet.

Dersom det føreligg forhold som gir grunn til å tru at det har skjedd diskriminering, skal det leggjast til grunn at diskriminering har funne stad, viss ikkje arbeidsgivar gjer det sannsynleg at det likevel ikkje har skjedd diskriminering, jf. likestillingslova §

16.

Ei påstand om diskriminering er ikkje nok til at ombodet kan konkludera med at det er ”grunn til å tru” at diskriminering har skjedd. Påstanden må støttast av andre opplysningar eller fleire forhold i saka.

Ombodet si vurdering

Ombodet skal ta stilling til om A vart forbigått i strid med likestillingslova § 4, jf. § 3 til den utlyste vikariatstillinga på Y sengepost på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Ombodet vil innleiingsvis gjere merksam på at det ikkje er avgjerande for vurderinga om A skulle vorte tilsatt i stillingen. Forbodet mot å bli behandla annleis på grunn av foreldrepermisjon gjeld alle deler av ein tilsetjingsprosess, og ikkje bare det endelege valet av kven som skal bli tilsatt. Dette gjeld utan omsyn til om vedkommande ville blitt tilsatt i stillingen. Dette er lagt til grunn i fleire av ombodets saker, sjå mellom anna sak nr 10/539 og Likestillings- og diskrimineringsnemnda si sak 19/2006.

Ombodet vil kort slå fast at det å ikkje få ei stilling, eller bli avskore frå ei jobbmoglegheit er å ”bli stilt dårligere”, jf. likestillingslova § 3.

A vart innkalla på intervju til stillinga som sjukepleiar natt 20 % stilling, men vart ikkje innstilt til stillinga. Spørsmålet blir då om det er grunn til å tru at arbeidsgivar la negativ vekt på A sin foreldrepermisjon ved vurderinga av ho som aktuell for stillinga. Dersom ombodet finn at det er grunn til å tru at A sin foreldrepermisjon hadde betydning i tilsetjingsprosessen, går bevisbyrden over på X. X må då sannsynleggjere at diskriminering ikkje har skjedd.

I nemnda si sak 26/2006 er spørsmålet om når bevisbyrden går frå klager over til innklaga oppsummert slik:

”For at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en indirekte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette må bero på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var i fødselspermisjon da tilsettingen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede. Klageren har i utgangspunktet bevisføringsrisikoen.”

Dette er i seinare saker lagt til grunn av ei samla nemnd. Det krevjast altså noko meir enn at den som hevder seg forbigått skal i, eller er i, foreldrepermisjon på tilsetjingstidspunktet. Det må være ytterligare haldepunkt for at graviditeten eller foreldrepermisjonen har blitt vektlagt før bevisbyrden går over på arbeidsgivar. I nemndas praksis er det fleire døme på slike omstende som har gjort at bevisbyrden er gått over.

Ei omstende Likestillings- og diskrimineringsnemnda har vektlagt i sin praksis er at kvinna tidligare har fungert i stillinga, sjå mellom anna sak 25/2006.

A har sidan sommaren 2006 hatt fem ulike vikariat ved avdelinga, og ho har

mellom anna virka i 20 % nattstillinga som nå vart lyst ut. Hun søkte difor i realiteten på den stillinga ho vikarierte i. Tidlegare har A spurt om vidare vikariat når pågåande vikariat har nærma seg slutten, og fått ja utan intervju. Dei tre fyrste gongane blei same vikariat vidareført, og dei to siste gongane fekk ho nye vikariat.

Ombodet vil understreke at om ein arbeidsgivar vel å lyse ut ei stilling *fordi* den som er i vikariatet no blir gravid, vil dette kunne vere brot på likestillingslova.

Arbeidsgivar viser her til retningsliner som seier at ved forlenging av vikariat skal alle ledige stillingar lysast ut, enten internt eller eksternt. Dei har kjennskap til at praksisen ikkje har vore følgt i alle einingar tidligare, men at dette blei presisert og skjerpa inn av føretaksleiinga i august 2010.

Ei anna omstende i saka som kan gi grunn til å tru at graviditeten virka negativt inn i tilsetjingsprosessen er møtet mellom A og arbeidsgivar 11. november 2010. Det følgjer av referat frå møte i brev datert 14. januar 2011 frå seksjonsleiar til B at "det på det tidspunktet fortsatt var uklart om det var aktuelt å utlyse og ansette i stillingen vidare". Dagen etter, 12. november 2010, var det utlyst stillingar ved avdelinga på finn.no.

Ombodet konstaterer at det er noko usemje om kva som blei sagt på møtet med tanke på om det vart gjeve ei oppfordring til å søke, og kven som skal ha kome med ei slik oppfordring. Ombodet meiner likevel det er merkeleg at avdelingsleiar ikkje skulle ha kjennskap til at det dagen etter vil vere lyst ut fleire vikariat ved hennar avdeling.

Det følgjer av arbeidsmiljølova § 14-1 at arbeidsgivar skal informere arbeidstakarar om ledige stillingar i verksemda. Ombodet har ikkje fått opplyst om arbeidsgivar her i tillegg til finn.no hadde informert om utlysinga på for eksempel intranett eller liknande. Ombodet meiner likevel det er merkeleg at arbeidsgivar ikkje opplyser om utlysninga etter direkte spørsmål frå A om ledige vikariat.

På bakgrunn av at A fem gonger tidlegare har fått fornya vikariat, at ho no virka i stillinga som vart utlyst og at arbeidsgivar på direkte spørsmål frå A ikkje opplyste om utlysinga dagen før den låg ute på finn.no, finn ombodet at det er grunn til å tru at arbeidsgivar la negativ vekt på hennar graviditet og foreldrepermisjon i tilsetjingsprosessen.

Det er difor opp til X å sannsynleggjere at det var andre årsaker enn As graviditet som medførte at ho ikkje vart innstilt til stillinga. X har vist til at den best kvalifiserte kandidaten vart innstilt, og til bekymringsmeldingar om As arbeidsutføring som årsak til at ho ikkje vart innstilt.

Arbeidsgivar viser til at søkjarane vart vurdert ut frå krava i utlysningsteksten til utdanning og eigenskapar, og at dei tilsette den søkjaren som var best kvalifisert til stillinga. Arbeidsgivar innstilte berre D til stillinga ettersom dei meinte ho var klart betre kvalifisert enn A, og ville avklare om ho tok imot stillinga. Dersom ho ikkje tok imot stillinga ville dei innkalle A til annengongsintervju for å avklare og presisere forhold ved hennar arbeidsutføring før det eventuelt kunne bli aktuelt å innstille ho til stillinga.

I innstillinga datert 10. januar 2011 vart det gjort ei vurdering av dei to kandidatane.

For D som vart innstilt er det gjort følgjande vurdering:

”Hun er autorisert sykepleier. Er fulltidsstudent innen farmasi (fjerde året). Er kjent i avdelingen. Hun har jobbet som sykepleier ved Y frå 10.04.06-15.08.10 da hun skulle ha 4 måneders praksis i England i forbindelse med studiet. Hun har jobbet både dag, kveld og natt hos oss. Hun har god kjennskap/rutine i forhold til medikamenthåndtering.”

For A blei følgjande vurdering gjort:

”Hun er autorisert sykepleier. Er fulltidsstudent innen markedsføring ved BI. Er kjent i avdelingen. Hun har jobbet som hjelpepleier ved Y i perioden juli-november 2006, og som sykepleier i perioden desember 2006-30.06.07. Hun var sykemeldt frå februar 2007 og ut vikarperioden. Etter dette har hun jobbet som sykepleier i perioden 01.09.08-31.12.2010, ved Y. Hun har kun jobbet natt i disse vikariatene. Til tross for at hun har jobbet lenge i avdelingen så mangler hun fortsatt gode rutiner i forhold til sentrale sykepleieroppgaver.”

Grunngjevinga for å innstille D var at:

D er autorisert sykepleier. Hun holder på å videreutdanne seg til farmasøyt, og dette er svært relevant og til hjelp for avdelingen, i forbindelse med legemiddelhandsaming. Dette er en viktig fagkunnskap ettersom vi bla. gir cytostatika og biologiske medikamenter på avdelingen. Hun har lengst ansiennitet enn de to som var til intervju. Hun er godt kjent i avdelingen. Hun er positiv, pålitelig, pliktoppfyllende, arbeidsom og samarbeider godt med øvrig personell.

Ombodet ser av innstillingsdokumenta at arbeidsgivar nemnar As tidlegare sjukemeldingsperiode tilbake i 2007. Ombodet meiner i utgangspunktet dette ikkje er heldig i innstillinga, og at ein kan spørje om dette er naudsynt ettersom A jobbar ved avdelinga og arbeidsgivar må kjenne til hennar sjukemelding allereie. Ombodet meiner likevel at det her berre beskriv de faktiske forhold, og at det difor står som ei rein saksopplysing.

I innstillinga har arbeidsgivar formulert seg slik at A *kun* har jobba natt, medan D har jobba både dag, kveld og natt ved avdelinga. Ombodet deler B sin oppfatning om at dette ikkje bør ha negativ verknad for A i dette tilfellet, særskild ettersom stillinga som er lyst ut er ei stilling som nattevakt.

Ombodet les innstillinga slik at det tyder på at arbeidsgivar la ei viss vekt på at D har ein fordjupingskompetanse i legemiddelhandsaming, sjølv om ein slik kompetanse ikkje vart etterspurt i utlysingsteksten. Ombodet ser likevel at ein slik kompetanse vil vere relevant, og at arbeidsgivar dessutan i tillegg legg vekt på at D har lengst ansiennitet av dei to, og at ho har positive personlege eigenskapar som var ønska i utlysingsteksten.

Ombodet ser også at arbeidsgivar meiner A manglar gode rutinar i forhold til sentrale sjukepleiaroppgåver. Det er også notert at viss D takker nei til stillinga, vil arbeidsgivar innkalle A til eit annangongsintervju før dei

eventuelt vil innstille ho til stillinga. På eit slikt nytt intervju vil dei avklare og presisere forhold ved hennar arbeidsutføring.

Arbeidsgivar viser i sin utgreiing til ombodet til at manglar ved A si arbeidsutføring er kome frem i bekymringsmeldingar som dei har motteke. Arbeidsgivar viser til at ei hending med avvik vart teke opp med A i januar 2010. B viser til at A ikkje kjende seg igjen i at ho manglar rutinar, og at det vart etterlyst meir dokumentasjon på dette.

Arbeidsgivar viser til at dei i oktober 2010 mottok ei bekymringsmelding om hennar utføring av jobben. Det vart her vist til forhold som sove på vakt, mye feil i med.håndtering, uvennlig behandling av pasienter, og manglende kunnskap om elementere prosedyrer. Grunnen til at dette ikkje vart teke opp med A då, var at ho vart sjukemeldt rett etter. Dette vart i staden teke opp på intervjuet i desember 2010.

Ombodet ser at saka kan reise arbeidsrettslege spørsmål vedrørande bekymringsmeldinga og handsaminga av denne. Ombodet meiner det er kritikkverdig dersom det bare er i ein jobbintervjusituasjon at arbeidsgivar tek opp desse spørsmåla, og særskild der kandidaten ikkje er førebudd på dette.

Dette er likevel spørsmål utanfor dei forhold ombodet er satt til å handsame. Ombodet tek i sitt fråsegn difor ikkje stilling til innhaldet i bekymringsmeldinga, om arbeidsgivar har handsama bekymringsmeldinga på ein god måte, og om denne kunne vere avgjerande i ein tilsetjingsprosess.

Spørsmålet for ombodet er om det er As graviditet og foreldrepermisjon som har vore ei medverkande årsak til at ho ikkje vart innstilt til stillinga. På bakgrunn av at ein samanlikning av dei to kandidatane ikkje tyder på at A vart forbigått på kvalifikasjonar, og X si utgreiing om prosessen og instillingsdokumenta, finn ombodet at X har sannsynleggjort at det var andre årsaker enn graviditet og foreldrepermisjon som førte til at A ikkje blei innstilt til den utlyste stillinga på Y.

Konklusjon

Likestillings- og diskrimineringsombodet finn at X ikkje handla i strid med likestillingslova § 4, jf. § 3 då A ikkje vart innstilt til stillinga på Y.