

Anonymisering - vikariat ikke forlenget

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 12. desember 2010 fra NTL på vegne av A.

NTL ber ombudet vurdere om A ble forskjellsbehandlet på grunn av foreldrepermisjon i strid med likestillingsloven da hun ikke fikk forlenget sitt vikariat hos NAV X utover 31. desember 2010.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har vurdert saken og finner at NAV X handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3 tredje ledd da As vikariat hos NAV X ikke ble forlenget utover 31. desember 2010.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra dette brevet er mottatt, se vedlagte orientering.

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

Likestillings- og diskrimineringsombudets presentasjon av sakens bakgrunn bygger på den skriftlige redegjørelsen fra partene i saken.

A har vært ansatt i NAV Y og NAV X i midlertidige stillinger siden 1. januar 2009. Hun jobbet i NAV X fra 1. januar 2009 - 31. mai 2009. Deretter jobbet hun hos NAV Y fra 2. juni 2009-1. november 2009. Videre fikk hun midlertidig stilling i NAV X fra 2. november 2009- 31. mars 2010, som deretter ble forlenget til 31. desember 2010. A gikk ut i foreldrepermisjon 15. juli 2010, og vil være i permisjon til 12. mars 2011.

A ble av sin tidligere avdelingsleder lovet at hun i løpet av oktober 2010 skulle få tilbakemelding på om hennes vikariat ville bli forlenget utover 31. desember 2010. Da A ikke fikk slik tilbakemelding tok hun kontakt med sin nåværende avdelingsleder for å be om tilbakemelding på sitt vikariat. A fikk da beskjed om at vikariatet hennes ikke ville bli forlenget.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at hun fikk beskjed av sin avdelingsleder om at arbeidsavtalen hennes ikke ville bli forlenget utover 31. desember 2010 på grunn av at hun er i foreldrepermisjon. Hun viser også til at hennes øvrige midlertidige ansatte kollegaer fikk forlenget sine avtaler ut mars 2011. A ønsker å gjenoppta arbeidet fra 12. mars 2011.

A viser også til at hun har oppfattet at det på sikt vil være gode muligheter for en fast stilling i etaten. A mener hun vil falle utenfor vurderingen til en eventuell fast ansettelse hvis hun ikke får forlenget sitt engasjement. Som støtte for sine påstander viser A til korrespondanse mellom avdelingsdirektør B og NTL i brev datert 8. desember 2010. B skriver at:

dersom A hadde vært disponibel for arbeidsgiver ville hun selvsagt bli vurdert på lik linje med de øvrige midlertidige tilsatte i avdelingen.

B skriver videre:

Årsaken til at det ikke ble inngått ny arbeidsavtale med A var ene og alene at hun ikke var disponibel for oss som arbeidsgiver i den aktuelle avtaleperioden.

NAV X:

NAV X viser i sin redegjørelse til at As stilling ble forlenget fra 1. april 2010, på et tidspunkt arbeidsgiver var informert om As graviditet.

NAV X viser videre til at arbeidsgiver fant behov for de midlertidige stillingene utover 31. desember 2010, og forlenget derfor disse ut mars 2011. Arbeidsgiver viser til at A fremdeles da er i foreldrepermisjon, og at hun dermed ikke kan arbeide i den

perioden stillingene ble forlenget. Arbeidsgiver skriver at stillingen hennes heller ikke ville blitt forlenget uavhengig av typen permisjon. De forlenger ikke stillingen hennes fordi hun er i permisjon, og ikke fordi det er foreldrepermisjon.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 4 annet ledd forbyr forskjellsbehandling i strid med § 3 ved ansettelse.

Likestillingsloven § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon, tre uker før fødsel, og seks uker etter fødsel, regnes som direkte diskriminering, jf. § 3 annet ledd. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering, jf. § 3 tredje ledd.

Med indirekte forskjellsbehandling menes ” enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”, jf. § 3 tredje ledd. Fordi det fremdeles er kvinner som tar mesteparten av foreldrepermisjonen, vil vektlegging av slikt fravær derfor ramme kvinner i langt større grad enn menn. Denne saken reiser spørsmål om indirekte diskriminering på grunn av foreldrepermisjon.

Indirekte forskjellsbehandling er likevel tillatt i særlige tilfeller 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, jf. § 3 fjerde ledd. Etter ombudet og nemndas praksis skal det imidlertid mye til for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse i saker om forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av foreldrepermisjon.

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. likestillingsloven § 16.

En påstand om diskriminering er ikke nok til at ombudet kan konkludere med at det er ”grunn til å tro” at diskriminering er skjedd. Påstanden må støttes av andre opplysninger eller sakens omstendigheter for øvrig.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om NAV X handlet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering i likestillingsloven § 4, jf. § 3 tredje ledd da As vikariat ikke ble forlenget utover 31. desember 2010.

Ombudet vil innledningsvis bemerke at vi ser at A har vært ansatt ved ulike kontorer innenfor NAV X og NAV Y, og at det derfor kan stilles spørsmål

ved om dette er samme arbeidsgiver. Redegjørelsen ombudet har mottatt er fra NAV X. Opplysningene gitt der gir uansett ombudet tilstrekkelig informasjon til å kunne konkludere i saken i forhold til forlengelse av hennes siste vikariat.

Det første spørsmålet for ombudet blir om det er "grunn til å tro" at NAV handlet i strid med likestillingsloven da de ikke forlenget vikariatet, jf. likestillingsloven § 16. Bevisbyrden går i så tilfelle over på arbeidsgiver.

A har fortløpende vært ansatt i ulike vikariater i NAV X og NAV Y fra 1. januar 2009 - 31. desember 2010. Både i arbeidsgivers redegjørelse og i korrespondansen mellom B og NTL fremgår det at det var behov for å forlenge de engasjementene avdelingen hadde. De øvrige midlertidige ansatte har fått forlenget sitt arbeidsforhold til ut mars 2011. A mener seg forbigått på grunn av foreldrepermisjon da hun ikke fikk forlenget sitt vikariat. Til støtte for sitt syn viser A til begrunnelsen som ble gitt fra arbeidsgiver i brev av 8. desember 2010, hvor det står:

"årsaken til at det ikke ble inngått ny arbeidsavtale med A var ene og alene at hun ikke var disponibel for oss som arbeidsgiver i den aktuelle avtaleperioden".

Det fremgår også i denne korrespondansen at hvis A hadde vært disponibel for arbeidsgiver i den aktuelle perioden ville hun blitt vurdert på lik linje med de øvrige midlertidige tilsatte i avdelingen. Arbeidsgiver har også ønsket A velkommen til å søke en eventuell stilling etter at permisjonstiden er over.

På bakgrunn av disse uttalelsene finner ombudet at NAV har erkjent at As foreldrepermisjon er årsaken til at vikariatet ikke ble videreført.

Spørsmålet blir dermed om forskjellsbehandlingen likevel må anses som lovlig på bakgrunn av unntaket for saklig forskjellsbehandling. Forskjellsbehandling som følge av uttak av foreldrepermisjon regnes som indirekte diskriminering, og kan i særlige tilfeller være tillatt dersom den er saklig begrunnet, og handlingen er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. I uforholdsmessighetsvurderingen veies hensynet til arbeidstakeren og arbeidsgiveren opp mot hverandre, det vil si at det foretas en interesseavveining.

Forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon er nærmest absolutt. Dette følger av forarbeidene til loven. Likestillingsloven § 3 ble endret i 2002 for å oppnå en harmonisering med EU-retten. Endringen innebar en skjerpelse av vernet mot diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

NAV X skriver i sin redegjørelse at saken ikke er at A er i foreldrepermisjon, men at hun er i permisjon den perioden det hadde vært aktuelt å forlenge avtalen. Stillingen ville ikke blitt forlenget uavhengig av typen permisjon.

Ombudet understreker at i og med at fravær som følge av graviditet og foreldrepermisjon er gitt et særlig sterkt diskrimineringsvern etter likestillingsloven er det ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver behandler graviditetsrelatert fravær på samme måte som annet fravær. Tvert i mot skal slikt fravær behandles ulikt annet fravær, da

det står i en særstilling.

Generelt sett er det viktig for kvinner å opprettholde tilknytningen til arbeidslivet i den livsfasen der man får barn og går ut i permisjon. Kontinuitet i tilknytningen til arbeidslivet er også avgjørende i forhold til fireårsregelen for stillingsvern hjemlet i arbeidsmiljøloven § 14-9 femte ledd og mulighetene for å få dekket differansen mellom 6G etter folketrygdloven og full lønn etter tariffavtaler. Avbrudd fra arbeidslivet kan også få betydning for pensjonsrettigheter.

Disse hensynene gjør seg også gjeldende for midlertidige stillinger, selv om man ikke kan stå i arbeid i hele eller deler av kontraktperioden på grunn av graviditet og foreldrepermisjon. Dersom det skulle gjøres unntak fra diskrimineringsvernet for midlertidige stillinger, ville dette ha stor negativ virkning for kvinner i bransjer der bruken av midlertidige stillinger er vanlig, og for kvinner som ikke har etablert seg i arbeidsmarkedet og derfor er avhengig av vikariater.

For arbeidsgiver kan det være en ulempe å foreta ansettelse i kortere vikariater, i tilfeller der vedkommende som blir tilsatt kun kan tiltre i deler av vikariatet. Arbeidsgiver blir dermed nødt til å operere med vikarer for vikarer, noe som kan skape en lite oversiktlig situasjon. Ombudet kan likevel ikke se at denne ulempen er tilstrekkelig til å begrunne den svært snevre adgangen til å gjøre unntak fra likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling i disse tilfellene. Dette er i samsvar med norsk forvaltningspraksis og praksis fra EF-domstolen som er bindende for Norge gjennom EØS- avtalen.

I en sak for den tidligere klagenemnda for likestilling (sak LKN 2002/7) ble en kvinne tilbudt et års vikariat som lærer i en kommune. På grunn av graviditet og foreldrepermisjon ville ikke kvinnen kunne tiltre vikariatet i det hele tatt. Flertallet kom likevel til at det var i strid med likestillingsloven da kommunen ikke lenger ønsket å ansette kvinnen da de ble klar over at hun var gravid.

EF-domstolen er i Tele-Danmark saken (C-109/00) tydelig på at det sterke vernet også gjelder for midlertidig ansatte. I saken ble forbudet mot oppsigelse av gravide arbeidstakere i midlertidige stillinger stadfestet. Dette gjelder selv om arbeidstakeren, på grunn av graviditeten, ikke kan utføre arbeidet i vesentlige deler av ansettelsesperioden. Det ble også vektlagt at tidsbegrensede ansettelsesavtaler utgjør en ikke ubetydelig del av ansettelsesforholdene, slik at vernet ville være betydelig svekket dersom midlertidige stillinger ikke var omfattet av diskrimineringsvernet.

I Webb-saken (C-32/93) ble en kvinnelig vikar oppsagt fordi hun ble gravid og derfor ikke kunne fungere videre som vikar. I oppsigelsessaken slo EF-domstolen fast at oppsigelsen var ulovlig selv om hun ikke kan oppfylle vesentlige deler av sin forpliktelse etter arbeidskontrakten. Det ble vist til at fravær på grunn av graviditet ikke kan behandles på samme måte som fravær av annen grunn som for eksempel sykdom. Dommen fant også at arbeidsgivers behov for å ha den ansatte til stede på jobb må vike for hensynet til beskyttelse av den gravide.

Av den gjennomgåtte retts- og forvaltningspraksis finner ombudet at selv om det er absolutt nødvendig for arbeidsgiver å ha en ansatt til stede, kan man ikke si opp eller la være å ansette en kvinne som er gravid eller i foreldrepermisjon med den begrunnelse at hun ikke kan være tilstede i den aktuelle perioden. Det forhold at en person ikke er tilgjengelig i hele eller deler av et vikariat slik at man må ansette en vikar for vikaren er derfor ikke en saklig grunn til å unnlate å ansette personen i vikariatet.

A er tilbake fra foreldrepermisjon 12. mars 2010 og kan dermed jobbe i en del av vikariatet. Den generelle betydningen av tilknytning til arbeidslivet som beskrevet overfor vil også gjelde for A. I tillegg mener ombudet at forlengelsen av vikariatet utover 31. desember 2010 vil kunne få betydning for hennes sjanse til ytterlig forlenging av vikariatet etter mars 2011, og ved vurderingen til eventuelle faste stillinger på et senere tidspunkt.

Ombudet finner derfor at det ikke er en saklig grunn til forskjellsbehandling når NAV X skriver at A ikke kan arbeide i hele den perioden stillingene ble forlenget med.

Konklusjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at NAV X handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 tredje ledd da As vikariat ikke ble forlenget utover 31. desember 2010.

Ombudet mener det er kritikkverdig hvis NAV X har en fast praksis som er i strid med rettighetene til personer i foreldrepermisjon. Ombudet ber NAV X være oppmerksom på likestillingslovens regler ved fremtidige ansettelser.

Ombudet viser også til aktivitetsplikten i likestillingsloven § 1a som pålegger arbeidsgivere å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene innenfor sin virksomhet. Ombudet oppfordrer derfor NAV X til å gå gjennom sine rekrutteringsrutiner og sin personalpolitikk, og å endre eventuell diskriminerende praksis.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å legge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. likestillingsloven § 9, jf. § 17.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen **22. februar 2011** om hvordan NAV X foreslår å løse saken, dersom NAV X velger ikke å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.