

**Dok. ref.**

07/2096-23/SF-414, SF-711, SF-821, SF-900//CAS

**Dato:**

05.03.2009

**ANONYMISERT VERSJON AV UTTALELSE I SAK 07/2096**

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til henvendelse av 18. desember 2007 fra en fagorganisasjon på vegne av medlemmet A.

Fagorganisasjonen hevder at et helseforetak har handlet i strid med likestillingsloven ved ansettelse i et 100 % vikariat, en 50 % fast stilling og en 100 % fast stilling som Z ved helseforetaket.

Ombudet konkluderer med at helseforetaket har handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 ved å legge vekt på As foreldrepermisjon ved vurderingen av å tilby henne et vikariat ved helseforetaket. Ombudet har videre kommet fram til at det ikke var i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 å tilby de to faste stillingene til henholdsvis X og Y i stedet for A.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda innen tre uker fra det tidspunkt partene mottar ombudets uttalelse, se vedlagte orientering.

**Sakens bakgrunn**

Framstillingen av sakens bakgrunn bygger på partenes skriftlige redegjørelser.

A er utdannet Z fra en høgskole. Hun har vært ansatt i midlertidige stillinger som Z ved helseforetaket fra oktober 2004 til og med april 2007. A ble gravid og hadde foreldrepermisjon fra 20. august 2006 til 22. juli 2007. Hennes siste midlertidige stilling løp opprinnelig ut 31. oktober 2006. A ble likevel stående i stillingen fram til 6. april 2007 fordi arbeidsgivers varsel om fratreden i samsvar med arbeidsmiljøloven § 14-9 fjerde ledd ikke ble sendt i rett tid. Stillingen ble ikke forlenget etter dette tidspunktet.

I desember 2006 hadde A telefonkontakt med arbeidsgiver angående videre ansettelse. På tidspunktet for kontakten kunne hun ikke si endelig på hvilket tidspunkt hun kunne begynne å arbeide igjen. A kunne heller ikke svare på hvilken stillingsbrøk hun ønsket å ha. I brev av 6. mars 2007 fra helseforetaket ble A underrettet om opphør av sitt vikariat. I brevet er det også skrevet:

*"I disse telefonsamtaler ga du meget uklare signaler om når du planla å komme tilbake i arbeid og i hvilken stillingsbrøk. Du ga klar beskjed om at du helt sikkert ikke kom til å arbeide i 100 % stilling. Du antydet også at du sannsynligvis kom til å søke ytterligere permisjon, muligens 6 mnd.*

*På grunn av disse signaler fant vi at helseforetaket for å sikre rutinedriften ved helseforetaket ikke kunne ledigholde et vikariat frem til du var ferdig med din permisjonstid."*

Deretter lyste helseforetaket ledig tre stillinger som A søkte på. A ble verken innkalt til intervju eller tilbudt stillingene.

Den første stillingen var et 100 % vikariat fra 1. januar 2007 til og med 31. desember 2007 som Z med søknadsfrist 19. desember 2006. NN ble tilsatt i stillingen.

Den andre stillingen var en 100 % fast stilling som Z med søknadsfrist 13. februar og tiltredelse 1. mars 2007. X ble ansatt i stillingen. I utlysningsteksten stod det blant annet:

" ... "

Den tredje stillingen var en 50 % fast stilling som Z med tiltredelse 1. april 2007. Y ble ansatt i stillingen. I utlysningsteksten framgikk følgende krav:

" ...

.... "

Det er avholdt møte mellom partene den 22. mai 2007 hvor partene ikke kom til enighet. Av referatet fra møtet framgår at to andre ble ansett som best kvalifisert til 100 % -stillingene, og at en deltidsansatt fikk fortrinnsrett til 50 % -stillingen.

Fagorganisasjonen ba i brev av 5. juli 2007 om at helseforetaket skulle trekke sitt brev om opphør av As arbeidsforhold og innsette henne i en av de ledige stillingene hun hadde søkt på. Helseforetaket har ikke etterkommet fagorganisasjonens krav.

### **Partenes anførsler**

Fagorganisasjonen hevder at helseforetaket la vekt på As foreldrepermisjon i vurderingen av om de skulle tilby henne forlengelse av vikariatet. Før A ble gravid hadde hun aldri hatt problemer med å få forlenget midlertidige stillinger. Dette skjedde uten ordinær utlysning, noe som er vanlig praksis ved helseforetaket.

Det var ikke problematisk for helseforetaket å ansette en vikar for A slik helseforetaket hevder. Helseforetakets praksis er at flere ansettes i flere kortvarige vikariater som avløser hverandre. Arbeidstakerne opplever dessuten at arbeidsmarkedet er strammere enn for noen år siden. Omlegging til nye helseforetak og påfølgende dårlig økonomi er årsaken til dette.

På det tidspunktet helseforetaket ønsket en avklaring av når A ville komme tilbake, hadde ikke A noen plikt til å melde fra om uttak av permisjon. A hadde da sju måneder igjen av den ordinære permisjonen. Det framgår av arbeidsmiljøloven § 12-7 at arbeidstaker har plikt til å varsle fire uker før permisjonen tar til.

A var svært godt kvalifisert til de tre stillingene hun søkte på. Fagorganisasjonen er derfor skeptisk til helseforetakets påstand om at hun ikke nådde opp blant søkerne. Fagorganisasjonen mener helseforetaket har lagt vekt på tiltredelsesdato, og derav foreldrepermisjon.

Helseforetaket avviser at det har skjedd ulovlig forskjellsbehandling. Helseforetaket vurderte en særordning for A ved at de ønsket å holde ledig et vikariat for A fram til hennes tilbakekomst fra permisjonen. Helseforetaket fant, etter samtale med A, at de ikke kunne ledigholde vikariatet for A fordi det ikke var sannsynlig at hun kom tilbake på dette tidspunkt. Å holde et vikariat ledig innebærer et økt press på de øvrige ansatte, og kan gå utover hensynet til raske og kvalitetssikrede (...) til rekvirenter og pasienter. Det kan samtidig være vanskelig å skaffe kvalifiserte vikarer for kortere vikariater enn ett år. Helseforetaket måtte i stedet sette i gang en ordinær ansettelsesprosess.

A ble vurdert på ordinær måte til de stillinger som hun har søkt på. Årsaken til at A ikke fikk tilbud om de utlyste stillingene var at hun ikke var best kvalifisert. Helseforetaket la verken vekt på at hun var i foreldrepermisjon, at hun kunne komme til å forlenge permisjonen eller at hun kunne komme til å be om redusert stillingsbrøk.

Når det gjelder det utlyste vikariatet A søkte på, ble dette tilbudt en person med spisskompetanse innen (...). Det ble ikke stilt krav om dette i utlysningsteksten fordi man ikke ønsket å detaljere kravene for mye, og dermed få for liten søkermasse. Den faste 50 % -stillingen hun søkte på ble tildelt en person med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. I den faste 100 % -stillingen var det avgjørende med erfaring fra bruk av (...).

De fleste ansatte ved helseforetaket er kvinner. Mange av dem har avviklet foreldrepermisjon, og helseforetaket har tradisjon for å tilrettelegge både arbeidsoppgaver og arbeidstid for gravide medarbeidere, i forbindelse med gjeninntreden etter permisjon og for å imøtekomme ønsker om redusert arbeidstid.

## **Rettslig grunnlag**

Likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn ved ansettelse. Forbudet gjelder både ved kortvarige og langvarige arbeidsforhold, og således også ansettelse i vikariater. Av bestemmelsens andre ledd nr. 2 framgår at med direkte forskjellsbehandling menes blant annet handlinger som *"setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn."* Tre uker før og seks uker etter fødsel er forbeholdt mor.

Det følger av likestillingslovens § 3 tredje ledd at indirekte forskjellsbehandling er *"enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet."* Det er fremdeles slik at langt flere kvinner enn menn tar ut foreldrepermisjon, og vektlegging av slikt fravær vil derfor ramme kvinner i langt større grad enn menn. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet enn den lovforbeholdne, og fraværet det medfører, omfattes dermed av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling i likestillingsloven, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) side 36 og 111.

Forskjellsbehandling ved ansettelse kan i særlige tilfeller være tillatt, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. For at forskjellsbehandlingen skal være tillatt må den ha et saklig formål, handlingen må være egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Det følger av forarbeidene til likestillingsloven at man i vurderingen skal legge særlig vekt på hensynet til likestilling og handlingens konsekvenser.

Likestillingsloven § 16 oppstiller en regel om delt bevisbyrde. Det innebærer at klager i første omgang må peke på forhold som gir grunn til å tro at forskjellsbehandling har skjedd. Klagers påstand må støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dersom det er vist til forhold som *"gir grunn til å tro at det er skjedd forskjellsbehandling"*, er det opp til arbeidsgiver å sannsynliggjøre at det allikevel ikke har skjedd ulovlig forskjellsbehandling.

## **Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering**

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kompetanse til å gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

Fagorganisasjonen har bedt ombudet vurdere om A på grunn av foreldrepermisjon har blitt forbigått ved ansettelsen i et 100 % vikariat, en 100 % fast stilling og en 50 % fast stilling. Ombudet vil innledningsvis bemerke at helseforetaket har dokumentert at 50 % -stillingen ble besatt av en deltidsansatt med fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-3. Fagorganisasjonen har ikke bestridt at vedkommende ble ansatt med bakgrunn i fortrinnsretten. Ombudet vil av den grunn ikke vurdere hvorvidt det ble lagt vekt på at A var i foreldrepermisjon i tilknytning til ansettelsen i denne stillingen.

### Tilsetting i 100 % vikariat som Z

Ombudet vil først ta stilling til om A ble behandlet i strid med likestillingsloven da hun ikke fikk tilbud om et 100 % vikariat som Z med varighet fra 1. januar til 31. desember 2007.

Helseforetaket beskriver i sin korrespondanse med ombudet en praksis hvor vikariater ikke blir forlenget når en kvinne går ut i foreldrepermisjon. Ombudet vil bemerke at en slik praksis etter ombudets vurderinger er klart i strid med likestillingslovens § 3. Det er flere saker fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda som fastslår dette.

Forlengelse av vikariater ved foreldrepermisjon har også vært et tema i EU-retten. EU-domstolens praksis på dette området fremgår i første rekke av den såkalte Webb-saken C32-93 (1994). I denne saken var forholdet at en kvinne skulle være vikar for en annen kvinne under hennes foreldrepermisjon. Vikaren skulle få opplæring av den hun skulle vikariere for. Vikaren ble derfor ansatt i god tid før kvinnen som hun skulle vikariere for skulle gå ut i foreldrepermisjon. Fire uker etter ansettelsen ble det klart at også vikaren var gravid. Dette betydde at hun ikke kunne fungere som vikar for den andre kvinnen. Hun ble derfor oppsagt. I oppsigelsessaken ble det fastslått at oppsigelsen var ulovlig selv om hun ikke kunne utføre det arbeidet som hun opprinnelige var ansatt for å utføre. Det ble blant annet vist til at fravær på grunn av graviditet ikke kunne behandles på samme måte som fravær av annen grunn som for eksempel sykdom. Det ble også fastslått at arbeidsgiverens behov for å ha den ansatte til stede på jobb måtte vike for hensynet til beskyttelse av den gravide.

Ombudet forstår dommen slik 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 gravid person eller en person som er i foreldrepermisjon, av den grunn at hun ikke kan være til stede på arbeidet i den perioden arbeidsgiver har behov for at hun skal være til stede. Det forhold at en person ikke vil være i stand til å tiltre hele eller deler av et vikariat er derfor ikke en saklig grunn til å unnlate å ansette vedkommende i vikariatet.

Ombudet finner det kritikkverdig at helseforetaket har faste rutiner som er i strid med klare rettigheter som kvinner har. Ombudet vil derfor komme tilbake til dette i en egen henvendelse for å få en redegjørelse om helseforetakets generelle rutiner på området.

Helseforetaket sa seg villig til å fravike sin praksis når det gjelder A. De tilbød seg å "ledigholde" et vikariat for 2007 til henne. Forutsetningen var at det var sannsynlig at A ville begynne å jobbe ved permisjonens utløp 22. juli 2007. Det å "holde et vikariat ledig" under forutsetning av en bestemt dato for tilbakekomst istedenfor å tilby henne et nytt vikariat er i utgangspunktet et brudd på loven, jf. over.

Arbeidsgiver tok kontakt med A med spørsmål om eventuell forlenget foreldrepermisjon på et tidspunkt hun ikke hadde en opplysningsplikt etter arbeidsmiljøloven om disse forhold. A kunne ikke svare og ble heller ikke tilbudt vikariatet.

Helseforetaket har hevdet at tidspunktet for As tilbakekomst ikke lenger ble vektlagt i den påfølgende ansettelsesprosessen. Siden ombudet finner at helseforetaket vektla As foreldrepermisjon da de valgte å ikke tilby/holde vikariatet ledig, er det ikke nødvendig for resultatet å vurdere den påfølgende ansettelsesprosessen konkret. Ombudet mener den etterfølgende utlysningen og tilsettingen må sees i sammenheng med den nevnte forskjellsbehandlingen. Den etterfølgende utlysningen av vikariatet fulgte som et direkte resultat av at helseforetaket ikke lenger anså A som aktuell. Ombudet finner at A på tidspunktet for utlysningen allerede var forbigått til stillingen.

Helseforetaket har videre anført at det vil bli et økt press på de øvrige ansatte å holde et vikariat ledig hvis de godtok dette i As tilfelle. I tillegg hevdes det at det kan være vanskelig å skaffe kvalifiserte søkere for vikariater for kortere tid enn ett år. At det må ansettes vikar, er som utgangspunkt ikke å anse som en saklig grunn uavhengig av kjønn for ikke å ansette en person som er i foreldrepermisjon. Ombudet finner dessuten ikke at argumentene er konkretisert eller dokumentert ut over den framsatte påstanden. De angivelige vanskelighetene kan dessuten unngås dersom helseforetaket hadde valgt å tilsette en vikar for A, noe som ville vært det riktige i en slik situasjon. Webb-saken fastslår at arbeidsgiver er forpliktet til å håndtere de utfordringene som oppstår som følge av en kvinnes foreldrepermisjon. Fravær som følge av foreldrepermisjon kan ikke sidestilles med noen annen form for fravær.

Begrunnelsen fra arbeidsgiver gitt i telefonsamtaler og i brev av 6. mars 2007, som er referert ovenfor, dokumenterer etter ombudets mening at helseforetaket handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 ved tilsetting i 100 % vikariat fra 1. januar til 31. desember 2007.

## Tilsetting i 100 % fast stilling som Z

Ombudet finner ut fra helseforetakets praksis beskrevet over, og den konkrete behandlingen av A, at det er ” *grunn til å tro* ” at helseforetaket la vekt på As foreldrepermisjon ved ansettelsen i den faste 100 % -stillingen med søknadsfrist 13. februar og tiltredelse 1. mars 2007. Det er dermed opp til helseforetaket å sannsynliggjøre at det allikevel ikke ble lagt vekt på As foreldrepermisjonen ved tilsettingen, jf. likestillingsloven § 16.

Helseforetaket viser til at det for tilsetting i den faste stillingen var avgjørende med erfaring med bruk av (...). Det er dokumentert gjennom utlysningsteksten at ”(...)”. Av X' CV framgår det at hun har ”(...)”.

Fagorganisasjonen hevder As arbeidserfaring fra helseforetaket er sammenfallende med den ønskede arbeidserfaring som framgikk av utlysningsteksten. Ombudet finner at A utvilsomt er kvalifisert for stillingen. Fagorganisasjonen har imidlertid ikke foretatt en sammenligning av de to kandidatenes kompetanse, og har heller ikke utdypet hvorvidt A har tilsvarende kompetanse innen (...).

Ombudet finner at helseforetaket med dette har sannsynliggjort at de ikke la negativ vekt på As foreldrepermisjon da de ikke ansatte henne i 100 % fast stilling som Z. Helseforetaket handlet dermed ikke i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3.

## **Konklusjon**

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at helseforetaket har handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3 ved at helseforetaket la negativ vekt på As foreldrepermisjon i vurderingen av å tilby henne et 100 % vikariat som Z.

\*\*\*

Likestillingsloven § 17 gir arbeidstaker som har blitt behandlet i strid med likestillingsloven rett til å kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Likestillings- og diskrimineringsombudet håndhever ikke bestemmelsen om erstatning. Dersom A ønsker å kreve erstatning eller oppreisning, må hun reise søksmål for de alminnelige domstoler.

Ombudet vil imidlertid oppfordre helseforetaket til å gi A erstatning for et eventuelt økonomisk tap og tilby henne en stilling ved helseforetaket. Ombudet ber om en tilbakemelding på om helseforetaket vil følge ombudets oppfordring innen **5. mars 2009**.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås  
Likestillings- og diskrimineringsombud

Vedlegg: Orientering om adgang til å bringe en sak inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.  
Kopi: Fagorganisasjonen.  
Saksbehandler: Cathrine Sørлие.