

## Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2007-6

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - uttalelse.
Dato	2007-04-19
Doknr/publisert	LDN-2007-6
Stikkord	Likestillingsloven § 4 annet ledd og § 3.
Sammendrag	Spørsmål om fødselspermisjon var grunnen til forskjellsbehandling ved tilsetning i stilling som sykepleier, jf. likestillingsloven § 4 annet ledd og § 3. Søker som var i fødselspermisjon, ble ikke innkalt til intervju.
Saksgang	Sak nr. 6/2007.
Parter	A (kommune) - B.
Forfatter	Aslak Syse, leder. Else Leona McClimans, nestleder. Kåre Lilleholt. Sissel Markhus. Torkjel Nesheim.

---

## Sakens faktiske forhold

I slutten av mars 2006 ble det lyst ledig en 55 prosent fast stilling som sykepleier i A kommune. Stillingen var knyttet til ett av tre distrikter innen kommunens hjemmesykepleie. I utlysningsteksten opplyses at hovedarbeidsoppgaven er sykepleie i hjemmet. Sykepleieren skulle primært *ivareta hjemmeboende med ulike behov som hjelp til personlig hygiene og medisinerings m.m.* Videre sto det i utlysningsteksten:

*Vi søker autoriserte sykepleiere som er positive, løsningsorientert, kan arbeide selvstendig og i team. Stillingene krever at sykepleier har gode samarbeidsevner.*

Søknadsfrist var 22. april 2006.

Det var 13 søkere til stillingen, deriblant B.

Tre av søkerne ble innkalt til intervju: C, D og E.

C fullførte sykepleierutdannelsen i 2005. B, D og E var ferdig med sykepleierutdannelsen i 2004.

B hadde arbeidet som vikar ved samme distriktet fra hun var ferdigutdannet våren 2004. Fra oktober 2004 til april 2005 hadde hun vikariat i 63,8 prosent stilling i Natt-tjenesten. Vikariatet ble forlenget til 31. august 2006. I tillegg hadde hun ekstravakter ved samme distrikt i hjemmetjenesten.

Under studiet var hun i praksis ved samme distrikt i hjemmetjenesten høsten 2003.

B ble sykmeldt på grunn av svangerskap i januar 2006 og gikk ut i fødselspermisjon 13. mars samme år.

Forut for intervjuene utarbeidet kommunen en utvidet søkerliste. I denne søkerlisten var B feilaktig oppgitt med fullført sykepleierutdanning i 2006 og arbeidserfaring som sykepleier fra 4. april 2006.

C var feilaktig oppført med fullført sykepleierutdanning fra 2006 og arbeidserfaring som sykepleier i A kommune fra 5. mai 2006. I Cs søknad på stillingen var det opplyst at hun fra april 2005 hadde vært tilsatt som hjemmesykepleier i A kommune.

D og E var oppgitt med korrekt sluttid for utdannelsen. D hadde erfaring som sykepleier ved hjemmetjenesten i A kommune fra 2004 til 2006. E hadde vært sykepleier i en annen kommune fra 2004.

I e-post av 9. mai 2006 ble Norsk Sykepleierforbund ved hovedtillitsvalgt underrettet om at kommunen ønsket å innkalle D, E og C til intervju.

Intervjuene ble gjennomført 18. mai 2006 av en intervjugruppe bestående av distriktsleder og avdelingssykepleier fra kommunen og hovedtillitsvalgt fra Norsk Sykepleierforbund.

Etter intervjuene ble det satt opp følgende innstilling:

1. C
2. D
3. E

For tilsettingsprosessen gjaldt kommunens Tilsettings- og arbeidsreglement. I reglementets punkt 1.4.2 står det blant annet følgende:

*Personal og organisasjonsenheten setter opp utvidet søkeroversikt.*

*Oversikten sendes omgående til aktuelle arbeidstakerorganisasjoner, og til likestillingsutvalget der det er søkere av begge kjønn. Arbeidstakerorganisasjonene og likestillingsutvalget kan gi uttalelse som sendes til aktuell enhet.*

*Intervjugruppa vurderer om søkere skal innkalles til intervju.*

## Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 24. juli 2006 ba Norsk Sykepleierforbund om Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering av om medlemmet B hadde blitt forskjellsbehandlet på grunn av fødselspermisjon da hun ikke ble innkalt til intervju i forbindelse med tilsetting av sykepleier i A kommunes hjemmetjeneste. Anmodningen var først rettet til Sivilombudsmannen.

Likestillings- og diskrimineringsombudet ga uttalelse i saken 3. desember 2006. Ombudets konklusjon var at A kommune hadde handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3.

Ombudet viste til at B hadde vært vikar i kommunens hjemmetjeneste fra hun var ferdig utdannet som sykepleier våren 2004. I tillegg hadde hun hatt ekstravakter samme sted. Vikariatet hadde også blitt forlenget en gang, og hjemmetjenesten hadde ikke vist til mangler ved hennes utførelse av arbeidet eller i forhold til ønskede egenskaper. Kommunen hadde ikke vist til konkrete forhold som var avgjørende ved utvelgelsen av hvem som skulle innkalles til intervju. Den formelle kompetanse fremsto som relativt likeverdig for de tre innkalte og B.

Kommunen hadde ikke sannsynliggjort at det var andre forhold enn fødselspermisjonen som lå til grunn for at B ikke ble innkalt til intervju.

Ved brev av 27. desember 2006 klaget A kommune på Ombudets uttalelse.

I klagen anførte kommunen at Ombudet ikke hadde oppfylt utredningsplikten i forvaltningsloven § 17. Kommunen viser til at Ombudet ikke har bedt om nærmere dokumentasjon for at det i de senere årene er blitt tilstilt flere personer som var gravide eller i fødselspermisjon, og derved i tilsvarende situasjon som klager.

Ombudet vurderte omgjøring på bakgrunn av klagen, men fastholdt sin uttalelse i saken. Ombudet mente utredningsplikten var oppfylt, og viste til at Ombudet flere ganger hadde bedt kommunen om konkret begrunnelse for hvorfor B ikke ble innkalt til intervju.

Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 5. februar 2007.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 15. mars 2007 i Oslo. I behandlingen av saken deltok nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Else Leona McClimans (nestleder), Kåre Lilleholt, Torkjel Nesheim og Sissel Markhus.

Distriktsleder fra A kommune forklarte seg pr. telefon. Tilstede fra Likestillings- og diskrimineringsombudet var Anne Kirsti Lunde. Nemndas sekretariat var representert ved Geir Helgeland og Christel Kirkøen.

### Partenes argumenter:

A kommune avviste at likestillingsloven ble brutt da B ikke ble innkalt til intervju ved tilsetting av sykepleier i hjemmehjelpstjenesten. Manglende innkalling var kun begrunnet i hjemmehjelpstjenestens kjennskap til Bs personlige egenskaper som arbeidstaker, og hadde ingen sammenheng med hennes fødselspermisjon.

Kommunens Tilsettings- og arbeidsreglement ble fulgt i tilsettingsprosessen. Dette innebar at aktuelle fagforeninger var med i hele prosessen, herunder ved uttak av intervjukandidater, gjennomføring av intervju og underskrift av tilsettingsdokumentet. Norsk Sykepleierforbund fikk oversendt hjemmetjenestens forslag til utvalg av intervjukandidater, og meldte ikke tilbake at de var uenige i utvalget.

Ansiennitet var et av flere kriterier for utvelgelse av intervjukandidater. Det ble også lagt vekt på en samlet vurdering av egenskaper den ansatte måtte ha for gjøre et godt arbeid innenfor alle deler av hjemmetjenestens ansvarsområde. Intervjukandidatene C og D var kjent for hjemmetjenesten, mens E hadde noe mer praksis.

Ved tilsettingen ble det lagt vekt på om vedkommende var kvalifisert i forhold til utlysningsteksten, erfaring og personlig egnethet. Personlig egnethet var avgjørende ved den endelige beslutningen, fordi kandidatene ellers sto svært likt.

Ifølge kommunen hadde B en formell kompetanse som var relativt likeverdig med kompetansen til de tre søkerne som ble innkalt til intervju.

I klagen av 27. desember 2006 konkretiserte kommunen Bs personlige egenskaper. Det vises til at hun ikke nådde opp i konkurransen ut fra kriteriene god samarbeidsevne, positiv væremåte og evne til å ta initiativ. Kommunen opplyste at hennes personlige egenskaper aldri var blitt tatt opp med B.

Kommunen viser også til at hjemmehjelpstjenesten ved flere tilfeller det siste året har tilsatt søkere som var i samme situasjon som klageren.

Når det gjelder feil i søkerlisten, opplyser kommunen at hjemmetjenesten var klar over tidsrommet for Bs utdanning. Feilene hadde således ikke noen betydning for saken.

B v/Norsk Sykepleierforbund mente hun var blitt forbigått på grunn av fødselspermisjonen. B var en av de søkerne som hadde lengst ansiennitet som sykepleier. Videre hadde hun hatt flere vikariat sammenhengende på de aktuelle arbeidsstedet etter endt utdanning. Likevel ble hun ikke innkalt til intervju.

Hovedtillitsvalgt for Norsk Sykepleierforbund la til grunn at intervjukandidatene ble valgt ut fra hvem av søkerne som hadde lengst ansiennitet. Siden B ikke var innkalt til intervju, trodde den hovedtillitsvalgte at hun hadde trukket søknaden sin.

Sykepleierforbundet understreket at deres hovedtillitsvalgte ikke deltok i utvalget av intervjukandidater i denne saken.

B opplyste at hun aldri fikk noe tilbakemelding fra hjemmetjenesten som skulle tilsi at arbeidsgiver var i tvil om hennes samarbeidsevner, væremåte eller evne til å ta initiativ. Hun ble tvert imot oppfordret av avdelingssykepleieren til å søke sykepleierstilling i Natttjenesten før jul i 2005.

Hovedtillitsvalgte understreket at kommunens opplysninger om Bs personlige egenskaper i klagen av 27. desember 2006, aldri ble tatt opp av arbeidsgiver i forbindelse med tilsetningen.

## Nemndas vurderinger

Kommunens avgjørelse om tilsetting i stillingen som sykepleier er enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer vedtaket, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd. Nemnda har imidlertid etter § 7 første ledd annet punktum plikt til å gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for Nemnda, er i strid med likestillingsloven eller ikke. Uttalelsen vil ikke være bindende.

Spørsmålet er om A kommune handlet i strid med likestillingsloven under behandlingen av Bs søknad om sykepleierstilling.

Likestillingsloven § 4 andre ledd forbyr forskjellsbehandling ved ansettelser. Bestemmelsen presiserer forbudet i § 3.

Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen regnes som direkte forskjellsbehandling etter § 3 første og andre ledd.

Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte forskjellsbehandling etter § 3 første og tredje ledd. Denne inndelingen er også understreket i lovens forarbeider i Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 36 og 111.

B gikk ut i fødselspermisjon 13. mars 2006. Intervjuene ble avholdt 18. mai 2006.

Kommunen kan derfor ikke ha vektlagt permisjonsperioden på seks uker etter fødselen. Spørsmålet blir derfor om kommunen har vektlagt andre deler av fødselspermisjonen, noe som i tilfelle vil være indirekte forskjellsbehandling etter § 3 første og tredje ledd.

Forbudet mot graviditetsdiskriminering gjelder alle deler av tilsettingsprosessen, ikke bare det endelige valget av hvem som skal tilsettes. Dette gjelder uten hensyn til om vedkommende ville blitt tilsatt i stillingen. Se blant annet Klagenemnda for likestilling sin sak 2/2005 (LKN-2005-2) og Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 19/2006 (LDN-2006-19).

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 i forbindelse med tilsetningen. 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.

B ble ikke innkalt til intervju og dermed tatt ut av den videre konkurransen om stillingen. Hun ble således behandlet forskjellig fra de to andre intervjukandidatene (C og D) som var kjent for kommunen. C og D fikk i motsetning til B, anledning til å utdype sin personlige egnethet på intervju.

Nemnda viser til at B hadde hatt flere langvarige vikariater som sykepleier i samme distrikt av hjemmesykepleien i kommunen. B hadde samme utdanning som de tre andre intervjukandidatene, og hun hadde lenger arbeidserfaring som sykepleier enn én av kandidatene. Hun hadde ikke fått negative tilbakemeldinger på utførelsen av arbeidet som vikar, og hun hadde fått forlenget vikariatet sitt ved en tidligere anledning. Kommunen visste om Bs fødselspermisjon på søknadstidspunktet.

Nemnda finner etter dette at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at fødselspermisjonen har medvirket til denne forskjellsbehandlingen.

Dermed må kommunen sannsynliggjøre at det er andre forhold enn fødselspermisjonen som er årsaken til forskjellsbehandlingen av B, jf. likestillingsloven § 16.

Nemndas flertall, medlemmene Syse, McClimans og Lilleholt, mener at kommunen ikke har oppfylt sin bevisbyrde. Kommunen har ikke klart å dokumentere at de utvalgte intervjukandidatene var bedre kvalifisert enn B. B ble derfor urettmessig forbigått ved saksbehandlingen som førte fram til ansettelsen i den aktuelle stillingen.

Som nevnt ovenfor hadde B samme utdanning som de tre som ble innkalt til intervju. B og to av de som ble innkalt til intervju hadde dobbelt så lang arbeidserfaring som den tredje intervjukandidaten (C).

Det er heller ikke lagt fram tilstrekkelig bevis for Bs og intervjukandidatenes personlige egenskaper. Det foreligger ingen tidsnær dokumentasjon, for eksempel i form av skriftlige nedtegninger fra intervjugruppa. Det eneste holdepunktet for at B i mindre grad enn de andre oppfylte kravene til personlig egnethet, er kommunens egen forklaring i klagen av 27. desember 2006, og først etter at Likestillings- og diskrimineringsombudet hadde ferdigbehandlet saken.

Etter flertallets oppfatning vil det være lite i samsvar med hensynene bak bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16, dersom en slik etterfølgende forklaring skulle være tiltrekkelig til å oppfylle arbeidsgivers bevisbyrde. Det vises særlig til at bevisbyrdebestemmelsen skal sikre en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Dette krever at forhold som skal oppfylle bevisbyrden er etterprøvbare. En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdannelse, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har likevel anledning til å legge vekt på personlige egenskaper ved en ansettelse, men i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går fram av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises. På hvilken måte dette gjøres av arbeidsgiveren, må være opp til denne.

Nemndas mindretall, Markhus og Nesheim, har kommet til at kommunen har oppfylt sin bevisbyrde. Etter mindretallets syn stiller flertallet for strenge krav til hva som kreves for å oppfylle bevisbyrden, dvs. i denne saken å sannsynliggjøre at de utvalgte intervjukandidatene ble ansett bedre kvalifisert enn klager. Mindretallet er enige med flertallet i at vurderingen av personlige egenskaper bør være konkretisert og etterprøvbart ut fra saksdokumentene eller på annen måte for at bevisbyrden skal oppfylles. Kommunen kan kritiseres for at det ikke fremkommer noe om vurderingen av personlige egenskaper i saksdokumentene som ligger til grunn for tilsetningen. Dette kan imidlertid ikke uten videre være avgjørende. Nemndas vurdering av om innklagede har oppfylt sin bevisbyrde, må bero på en konkret helhetsvurdering av alle opplysningene som har framkommet, herunder nye eller mer konkrete opplysninger som først framkommer under klagebehandlingen. Det vises til forvaltningsloven § 34 annet ledd hvor det framgår at klageinstansen kan prøve alle sider av saken og «herunder ta hensyn til nye omstendigheter». Etter omstendighetene kan nye eller mer konkrete opplysninger som framkommer under klagebehandlingen, herunder under den muntlige forklaringen for Nemnda, medføre at bevisbyrden er oppfylt. Særlig gjelder dette hvis disse opplysningene underbygges av øvrige forhold i saken. Et krav om at konkrete vurderinger av personlige egenskaper må framgå allerede av saksdokumentene som ligger til grunn for tilsetningen, er etter mindretallets syn ikke i godt samsvar med forvaltningsloven § 34.

Etter mindretallets syn er det to hovedgrunner til at kommunen har sannsynliggjort at det ikke er handlet i strid med likestillingsloven. For det første har kommunen både i klagen og i forklaringen for Nemnda utdypet hvilke utvelgelseskriterier som ble vektlagt, herunder at vurderinger av søkerens personlige egnethet var avgjørende siden de ellers stod kvalifikasjonsmessig likt. Mindretallet fester lit til kommunens opplysninger i klageomgangen, som underbygges av øvrige opplysninger i saken. Allerede i sitt første svar til Ombudet opplyste kommunen at det var vurderingen av søkerens personlige egnethet som var avgjørende da de ellers

stod veldig likt. I den videre korrespondansen med Ombudet konkretiserte kommunen i en viss grad de vurderingene som var gjort av klagers personlige egnethet opp mot de som ble innstilt. Det ble vist til at en kjente til klager og to av de innstilte, herunder hun som ble tilsatt, fra tidligere arbeidsforhold i kommunen. Klager ble ikke vurdert som så godt egnet som de øvrige ut fra egenskapene «god samarbeidsevne, positiv væremåte, initiativsevne». Det ble samtidig presisert at hun ikke ble ansett som uegnet. At det først i klagen til Nemnda ble gitt mer detaljerte opplysninger knyttet til dette, har kommunen forklart med at en ville opptre på en så lite sårende måte som mulig i forhold til klager. Videre er det vist til at kommunen antok, basert på juridiske råd som ble mottatt, at det var tilstrekkelig å opplyse at klager ikke nådde opp basert på en vurdering av de egnethetskriteriene som var angitt. Etter mindretallets syn er dette relevante hensyn som Nemnda som klageinstans må ta i betraktning ved helhetsvurderingen av om bevisbyrden er oppfylt. Manglende kunnskap hos innklagede om hvor konkrete opplysninger som må angis i saksdokumentene og i svarene til Ombudet, må Nemnda ta hensyn til ved sin klagebehandling.

For det andre nevner mindretallet at kommunen, både i korrespondansen med Ombudet og overfor Nemnda, har opplyst at det i flere tilfeller - på samme tidspunkt som den påklagde tilsettingen - ble tilsatt sykepleiere i kommunen som var i svangerskapspermisjon. Mindretallet legger videre til grunn, som opplyst av kommunen under nemndsmøtet, at kommunen er godt kjent med og i en rekke tilfeller gjennom mange år har tilsatt søkere som har vært gravide eller i svangerskapspermisjon, slik klager var i dette tilfellet. Det har formodningen mot seg at kommunen i en slik situasjon, med flere kjente søkere hvor klager ble vurdert å stille svakere ut fra en egnethetsvurdering, la negativ vekt på at klager var i fødselspermisjon.

Uttalelsen er gitt under dissens (3-2).

**SAK 6/2007**

**Likestillings- og diskrimineringsnemnda gir følgende uttalelse:**

A kommune handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, ved saksbehandlingen omkring Bs søknad om sykepleierstilling i kommunen.