

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2008-16

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - uttalelse.
Dato	2008-08-20
Doknr/publisert	LDN-2008-16
Stikkord	Likestillingsloven § 3.
Sammendrag	Spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødselspermisjon i forbindelse med tilsetning i utdanningsstilling for lege i spesialisering ved sykehus. Vurdering etter likestillingsloven § 4 annet ledd og § 3.
Saksgang	Sak nr. 16/2008.
Parter	HF (Helseforetak/Sykehus) - A ved Yngre legers forening (YLF).
Forfatter	Gudrun Holgersen, fung. leder. Hege Skjeie. Jan Tøssebro. Sissel Markhus. Kåre Lilleholt.

Sakens faktiske forhold

A er utdannet lege. Fra april 2005 var hun tilsatt i forskjellige vikariatet ved avdeling for øre-, nese- og halssykdommer ved HF i X. Vikariatene var utdanningsstillinger for lege i spesialisering.

I forbindelse med utløp av vikariat 21. februar 2006 fikk A tilbud om et nytt vikariat for lege i spesialisering. Det nye vikariatet hadde varighet fra 22. februar til 31. august 2006 og var en 100 % stilling som assistentlege II. I arbeidsavtale mellom HF og A datert 8. februar 2006 er begrunnelsen for vikariatet formulert slik:

Ledig stilling: B ut av vaktj./ senere fødselspermisjon.

Da hun ble tilsatt i det nye vikariatet var A gravid med termin tre uker etter 31. august 2006. Dette var tilsettende myndighet kjent med.

A søkte også på en utlyst fireårig stilling som lege i spesialisering ved avdeling for øre-, nese- og halssykdommer. Av alle søkerne hadde A femte kortest tid igjen til fullført spesialisering. Ifølge innstilling fra avdelingsoverlegen av 16. mars 2006 ble Y og Z tilbudt 4-års stillinger. Videre ble to andre søkere - B og C - tilbudt vikariatet. C fikk vikariat fordi B skulle i fødselspermisjon. A fikk ikke jobbtilbud på bakgrunn av denne utlysningen.

B var tilsatt i et vikariat ved øre-, nese- og halsavdelingen fra 1. februar 2006 til 31. mars 2006. På bakgrunn av ovennevnte innstilling fra avdelingsoverlegen ble B tilsatt i et nytt vikariat fra 10. april 2006 til 31. august 2007.

Ifølge permisjonsmelding fra sykehuset av 18. mai 2006 hadde B termin 2. juni 2006. Hun fødte 0.0.2006. Bs permisjon skulle løpe ut 29. april 2007. Senere ble permisjonen forlenget til 10. juni 2007.

Ifølge arbeidsavtale mellom C og sykehuset hadde Cs vikariatet varighet fra 1. juli 2006 til 31. august 2007. Arbeidsavtalen er datert 22. mars 2006. I arbeidsavtalen er begrunnelsen for vikariatet formulert slik:

Ledig st./L. B sv. sk. perm.

I arbeidsavtalen er C oppgitt med ansiennitet fra desember 2002. I uttalelse fra Yngre legers forening av 7. mars 2006 er C oppgitt med 46 måneders tellende tjeneste innenfor spesialiteten kirurgi.

I arbeidsavtalen mellom sykehuset og A av 8. februar 2006 er det oppgitt ansiennitet fra april 2005.

Overenskomsten mellom NAVO-Helse (nå Spekter) og Den norske Legeforening 2006-2008 del A2 inneholdt følgende særlige bestemmelser for leger under spesialisering:

§ 6.1. Utlysning

Alle stillinger med varighet utover 6 måneder skal utlyses.

Ved utlysning skal det opplyses om bl.a. følgende:

- spesialitet
- rotasjonsordninger
- tjenestested

§ 6.2. Rangering og ansettelse

Ansettelse av leger under spesialisering foretas etter rangering basert på faglige kvalifikasjoner. Partene er enige om at dagens ordning og praksis når det gjelder fortrinnsrett, videreføres. Med fortrinnsrett menes at de tre søkere som har minst tellende tjeneste igjen til spesialiteten, skal ha fortrinn til å bli rangert foran øvrige søkere. Helseforetaket velger fritt blant de tre søkerne som mangler minst tellende tjeneste for å bli ferdig spesialist. Tillitsvalgte for Den norske lægeforening har rett til å uttale seg til rangeringen for ansettelse foretas.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Yngre legers forening (YLF) henvendte seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet ved brev av 7. mai 2007. Foreningen mente at medlemmet A var blitt forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og fødselspermisjon da hun ikke fikk forlenget sitt vikariat ved HF.

Ombudet ga uttalelse i saken den 14. april 2008. Ombudet vurderte om A ville fått et vikariat av lengre varighet dersom hun ikke hadde vært gravid.

Ombudet konkluderte at HF hadde handlet i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, da sykehuset unnlot å gi A vikarstilling mens hun var i foreldrepermisjon.

Ombudet mente at bevisbyrden etter likestillingsloven § 16 hadde gått over på sykehuset. Ombudet viste til at sykehuset visste om As graviditet og termindato på det tidspunktet sykehuset valgte å gi A et vikariat som utløp samme dag som forventet startdato for foreldrepermisjonen. Videre viste Ombudet til at vanlig praksis ved sykehuset er at denne typen vikariater forlenges.

HF klarte ikke å oppfylle sin bevisbyrde.

Ved brev av 28. april 2008 klaget HF på Ombudets uttalelse.

Ombudet vurderte saken på nytt men fant ikke å kunne omgjøre sin tidligere uttalelse.

Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 27. mai 2008.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 20. august 2008 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Gudrun Holgersen (fung. leder), Hege Skjeie, Jan Tøssebro, Sissel Markhus og Kåre Lilleholt.

A og Yngre legeres forening (YLF) ved Liv Marit Fagerli møtte under Nemndas forhandlinger. Personalsjefen og avdelingsoverlege NN fra HF og Arnstein Grøtting fra YLF deltok i møtet pr. telefon. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Rannveig Sørskaar. Nemndas sekretariat var representert ved Geir Helgeland.

Partenes argumenter

HF avviser at As graviditet har vært vektlagt. Graviditeten var heller ikke årsaken til at en annen søker ble tilsatt i forlengelsen av As vikariat. Søkerne ble rangert i henhold til overenskomsten mellom NAVO og den norske Legeförening § 6.2. Søkeren som ble tilsatt hadde kortere tid igjen til fullført spesialitet innen øre-, nese- og halssykdommer.

En tilsettingssak kan medføre rokkeringer blant andre vikarstillinger, slik at kandidater med lengst tellende tjenestetid flyttes til det vikariatet som har lengst varighet. Dersom sykehuset hadde forlenget As vikariat ut over 31. august 2006 ville sykehuset samtidig ha forbigått en lege med lenger ansiennitet.

I brev av 6. august 2007 til Ombudet opplyste sykehuset at lengden på As vikariat var tilfeldig, og at lengden ikke hadde noen sammenheng med As termindato.

I mars 2007 informerte sykehuset A om et nytt vikariat ved avdeling for øre-, nese- og halssykdommer.

Under Nemndas forhandlinger opplyste sykehuset at A hadde fått fortsette i utdanningsstilling dersom det hadde vært sannsynlig at hun skulle bli i X. Sykehuset bekreftet også at det ikke var noen konkurrerende kandidater da A ble gitt vikariat fra 22. februar til 31. august 2006.

A ved YLF mener det er grunn til å tro at det har skjedd en lovstridig forskjellsbehandling på bakgrunn av As graviditet.

Det hadde ikke tidligere vært vanskelig for A å få forlenget vikariat. Siden arbeidsgiver ikke dokumenterer noe annet mener YLF at det skal legges til grunn at det er vanlig å få forlenget vikariater.

Videre vises det til at den personen som A vikarierte for fra 22. februar til 31. august 2006 ikke kom tilbake til sin stilling ved utløpet av vikariatet.

YLF hevder at det ble foretatt tilsetting av 4 eller 5 personer i forskjellige vikariater på bakgrunn av utlysningen av vikariatet i 4-årsstillingen. A skulle ha vært tilbudt vikariat i stedet for en av disse personene.

Ifølge YLF var A den av søkerne til 4-årsstillingen som hadde femte kortest tid igjen til spesialiseringen. Siden det ble tilsatt 4 eller 5 kandidater, skulle innstillingslisten ha inneholdt 6 eller 7 søkere.

Når det er ledige vikariat ved avdelingen er det arbeidsgiver som får bevisbyrden for at graviditet ikke er vektlagt dersom vikariatet ikke forlenges.

Det var A selv som tok kontakt med avdelingsledelsen våren 2007 for å få referanser. I den forbindelse nevnte avdelingsoverlegen at det var ledige vikariat ved avdelingen. Det var ikke aktuelt for A å søke noe nytt vikariat ved HF. Hun har imidlertid lidd et økonomisk tap fordi hun ikke har fått foreldrepenger ut over 6 ganger grunnbeløpet.

Nemndas vurderinger

Innledning

Nemnda har under tvil lagt til grunn at ansettelse i et offentlig helseforetak er *vedtak truffet av andre forvaltningsorganer* i henhold til diskrimineringsombudsloven § 9. Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer et slikt vedtak eller på annen måte bestemmer hvordan et slikt vedtak skal utformes, 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 diskrimineringsloven eller ikke*. Uttalelsen vil ikke være bindende.

Nemnda har ikke sett behov for å foreta en omfattende vurdering av spørsmålet om det i denne typen saker skal gis uttalelse eller fattes vedtak. Det vises til at Nemnda uansett ikke kan gi rettslig bindende pålegg om at en forbigått arbeidstaker skal tilsettes eller tilkjennes erstatning. Spørsmålet har derfor liten betydning for partenes rettsstilling. Nemnda har derfor valgt å videreføre tidligere praksis fra sak 2/2008, der det ble gitt en uttalelse om et helseforetaks ansettelse i legestilling.

I denne forbindelse har Nemnda merket seg lov om helseforetak § 5 som unntar ansettelse i et offentlig helseforetak fra forvaltningslovens regler om saksbehandlingen av enkeltvedtak. Bestemmelsen inneholder imidlertid ikke formuleringer som direkte unntar tilsetningsvedtak i helseforetakene fra vedtaksdefinisjonen i forvaltningsloven § 2.

Forbudet mot graviditetsdiskriminering

Likestillingsloven § 4 andre ledd forbyr forskjellsbehandling ved blant annet ansettelse. 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 skal vurderes om A ble stilt dårligere enn hun ellers ville blitt dersom hun ikke hadde vært gravid og tatt ut fødselspermisjon. I denne forbindelse har Nemnda vurdert om graviditeten og fødselspermisjonen har medvirket til at HF ikke ga A tilsetning ut over 31. august 2006. Nemnda bemerker at det ikke kreves noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntreffer en diskriminerende virkning.

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 ved tilsetningen. Arbeidsgiver må da sannsynliggjøre at det ikke har skjedd forskjellsbehandling i strid med loven.

HF valgte i februar 2006 å begrense As vikariat til 31. august 2006. Denne datoen var sammenfallende med forventet oppstart av As fødselspermisjon, noe sykehuset var klar over i februar 2006.

Sykehuset har ikke klart å knytte valget av sluttdato opp mot avslutning av andre arbeidstakeres permisjon. Den personen som det var mest nærliggende at A vikarierte for - B - var forventet tilbake fra fødselspermisjon et godt stykke ut i 2007. Det var således ingen hindring for at A ble gitt et vesentlig lenger vikariat enn fram til 31. august. Ved sykehusets vurderinger i februar 2006 var det heller ingen konkurrerende kandidater. Det var kun A som ble vurdert for vikariatet som startet 22. februar 2006.

Nemnda finner på denne bakgrunn at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at graviditeten og permisjonen har medvirket til at A ikke ble gitt tilsetning ut over 31. august 2006. Dermed må sykehuset sannsynliggjøre at det er andre forhold enn graviditeten og fødselspermisjonen som er årsaken til at vikariatet løp ut 31. august.

Sykehuset har ikke lagt fram noen dokumentasjon for de vurderingene som ble gjort ved valg av sluttdato for As vikariat. Det er uansett ikke oppgitt noen alternativ årsak til den valgte sluttdatoen som kunne underbygge at sluttdatoen ikke skyldtes graviditeten og fødselspermisjonen.

Det forholdet at sluttdatoen for vikariatet ble satt til 31. august 2006 må sammenholdes med at A heller ikke ble tilbudt forlengelse av vikariatet. I møtet innrømte sykehuset at slike vikariater normalt blir forlenget, og det ble hevdet at A ville ha fått tilbud om forlenget vikariat hvis hun hadde hatt til hensikt å bli i X. Det er ikke nødvendig for Nemnda å ta standpunkt til om en slik begrunnelse ville kunne forsvares at fra de arbeidsrettslige og forvaltningsrettslige prinsipper som gjelder for helseforetakene. Det er tilstrekkelig å vise at til at denne begrunnelsen ble fremført første gang i nemndsmøtet, og at den ikke støttes av saksdokumenter eller andre begivenhetsnære beviser. Nemnda finner det allerede av den grunn ikke tilstrekkelig sannsynliggjort at dette var den reelle begrunnelsen for ikke å gi A et mer langvarig vikariat.

Nemnda finner på den bakgrunn at sykehuset ikke har sannsynliggjort at det kun var andre forhold enn graviditeten og fødselspermisjonen som var årsaken til at As vikariat ikke ble gitt varighet ut over 31. august 2006. Sykehuset handlet dermed i strid med likestillingsloven § 3 første til tredje ledd.

Det foreligger ikke forhold som kan begrunne unntak etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd eller etter den ulovfestede unntaksadgangen for tilfeller hvor det foreligger saklig grunn til forskjellsbehandlingen.

Sykehuset handlet således i strid med forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødselspermisjon i likestillingsloven § 3 ved å begrense tilsetningen av A til 31. august 2006.

Uttalelsen er enstemmig.

SAK 16/2008

Likestillings- og diskrimineringsnemnda gir følgende uttalelse:

HF handlet i strid med forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødselspermisjon i likestillingsloven § 3 ved å begrense tilsetningen av A til 31. august 2006.