

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2009-13

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - uttalelse.
Dato	2009-06-11
Doknr/publisert	LDN-2009-13
Stikkord	Likestillingsloven § 3.
Sammendrag	Spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødselspermisjon ved tilsetning i legestillinger ved et sykehus. Vurdering etter likestillingsloven § 3.
Saksgang	Sak nr. 13/2009.
Parter	HF (Helseforetak/Sykehus) - A.
Forfatter	Aslak Syse, leder. Gudrun Holgersen, nestleder. Hege Skjeie. Jan Tøssebro. Kåre Lilleholt.

Sakens faktiske forhold

A er utdannet lege. Hun studerte medisin ved Universitetet i X fra 1999 til 2005 og hadde sin sykehusturnus ved HF.

Sommeren 2007 var A gravid med forventet nedkomst i november.

Etter endt legeturnus i Y kommune 12. august 2007, ønsket A jobb ved Kvinneklinikken, HF. A hadde 5. juli 2007 en samtale om jobbmulighetene med B, som er avdelingsleder ved Kvinneklinikken. Senere samme dag sendte hun skriftlig jobbsøknad til sykehuset. I søknaden opplyste hun om at hun var gravid med forventet nedkomst 9. november 2007 og at hun planla seks måneders permisjon etter fødselen. Kvinneklinikken tilsatte henne deretter i en tomåneders stilling som assistentlege (lege i spesialisering) fra 13. august 2007. Stillingen hadde ikke blitt utlyst.

I e-post av 10. juli 2007, der avdelingsleder B informerte om jobbtilbudet, ble det opplyst at det ville bli utlyst vikariater for assistentleger ved Kvinneklinikken i løpet av august.

Kvinneklinikken ved HF utlyste fire stillinger for lege i spesialisering i gynekologi med søknadsfrist 29. august 2007. Stillingene var to utdanningsstillinger av 4 års varighet og to vikariater med varighet til 31. august 2008.

A og ni andre leger søkte på stillingene. To av søkerne trakk etter hvert søknadene sine.

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 før ansettelse foretas.

Yngre legers forening ved HF sendte rangering av søkerne til sykehuset ved brev av 12. september 2007. A ble rangert som nummer syv. Etter at en av søkerne (C) foran i rangeringen trakk seg, var A rangert som nummer seks. Søkeren D hadde blitt godkjent som spesialist i fødselshjelp og kvinnesykdommer 17. juni 2007, og ble derfor ikke rangert.

De fire som var best rangert ble tilsatt i de to faste stillingene og de to utlyste vikariatene. Alle fire var allerede tilsatt ved Kvinneklinikken i andre stillinger.

Søkerlisten ble også benyttet til tilsetning i to andre ikke utlyste vikariater for lege i spesialisering ved samme avdeling. De to som ble tilsatt i de to vikariatene var søkerne E (1. oktober 2007 til 1. april 2008) og D (24. september 2007 til 7. april 2008). I tillegg fikk C tilbud om vikariat til 1. januar 2008, men hun takket nei til tilbudet.

D skulle vikariere for en av de to som ble tilsatt i de to utlyste vikariatene. Vedkommende hadde foreldrepermisjon til 7. april 2008.

Det var dermed totalt seks av søkerne som fikk jobb i forbindelse med utlysningen. A fikk ikke jobbtilbud.

I brev fra Kvinneklubben av 3. oktober 2007 til foretakstillitsvalgt for Yngre legers forening/Den norske legeforening HF oppsummeres tilsettingene på følgende måte:

Således har alle som søkte stillinger blitt gitt tilbud om stillinger eller vikariater hos oss i aktuelle tidsperioder fått tilbud om dette hvis de fysisk kunne gå inn i vikariatene.

Videre uttaler sykehuset i brev av 12. mars 2008:

Stillingen som D fikk var altså i et midlertidig vikariat for NN, og det ville vært merkelig å ansette enda en person i en uutlyst stilling som skulle ut i svangerskapspermisjon. A hadde heller ikke gått i vakter i den tiden hun var i avdelingen.

...

I disse uutlyste korttidsvikariatene måtte vi ha inn en person som kunne gå inn i stillingene, og det var ikke aktuelt å ansette A da når hun ikke kunne være til stede.

I november 2007 utlyste Kvinneklubben på ny ledig vikariat for lege i spesialisering. Søknadsfristen var 5. desember 2007. Vikariatet hadde varighet ut 2008. A var en av søkerne til vikariatet.

I personalmelding av 18. desember 2007 fra avdelingsleder B framgår at det på bakgrunn av utlysningen ble tilsatt i fire vikariater. Ett av vikariatene ble tilbudt A, med varighet fra 21. april til 31. august 2008. De tre andre vikariatene hadde oppstart i perioden 1. januar til 4. februar 2008.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 29. oktober 2007 henvendte Yngre legers forening/Den norske legeforening ved foretakstillitsvalgt seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet. Foreningen klaget på vegne av sitt medlem A. Foreningen mente A hadde blitt forskjellsbehandlet på grunn av graviditet i forbindelse med at hun ikke fikk videre ansettelse som lege i spesialisering ved HF.

Ombudet ga uttalelse i saken 18. juli 2008, og konkluderte med at Kvinneklubben ved HF hadde handlet i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3. Ombudet la til grunn at sykehuset hadde lagt vekt på graviditet og fødselspermisjon da A ikke fikk tilbud om forlenget eller fornyet vikariat ved avdelingen.

Ombudet la vekt på forskjellige uttalelser fra arbeidsgiver som viste at A ikke var en aktuell kandidat fordi hun skulle ut i fødselspermisjon. Det hadde blant annet vært utslagsgivende for arbeidsgiver at A ikke kunne være til stede i avdelingen i tiden etter fødselen.

Ombudet vurderte også om det var adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot forskjellsbehandling. Ombudet fant imidlertid at ulempen ved at arbeidsgiver måtte tilsette vikar for vikaren ikke kunne begrunne unntak.

HF klaget på Ombudets uttalelse ved brev av 9. september 2008.

I kommentar til klagen tok legeforeningen opp en sak om gjengjeldelse fra sykehusets side overfor A. Påstanden om gjengjeldelse er så langt ikke ferdigbehandlet hos Ombudet, og er derfor ikke en del av saken for Nemnda.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fastholdt sin konklusjon i saken.

Saken ble oversendt til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 10. februar 2009.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 11. juni 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Hege Skjeie, Jan Tøssebro og Kåre Lilleholt.

A møtte sammen med rådgiver Anne-Sofie Daleng og foretakstillitsvalgt fra legeforeningen. HF ved avdelingsleder B deltok i møtet pr. telefon. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Ragnar Lie. Nemndas sekretariat var representert ved Geir Helgeland.

Partenes argumenter

HF avviser at A ble diskriminert på grunn av graviditet eller fødselspermisjon.

Tilsetningen av A ble begrenset til to måneder fra 13. august 2007 fordi sykehuset innen den tid ville ha søkere til de utlyste stillingene ved Kvinneklinikken. Hensikten var å gi A arbeid fram til neste runde tilsetninger. A var tilfreds med tilsettingens lengde. Avdelingen kunne ikke tilsette henne i lengre tid før de så søkerlisten, og besatte de utlyste stillingene. En lenger ansettelse av A ville vært urettferdig i forhold til de andre søkerne til de utlyste stillingene.

Det var ikke aktuelt å tilsette A i vikariatet i stedet for D. Sykehuset viser til at A skulle i svangerskapspermisjon og at hun ikke hadde gått vakter i den tiden hun var i avdelingen.

Sykehuset er kjent med at det ikke er tillatt å tilsette godkjent spesialist i en utlyst utdanningsstilling når dette er til hinder for utdanningskapasiteten for andre søkere. I den aktuelle situasjonen manglet imidlertid sykehuset en lege som kunne delta i vaktordningen. Det var derfor viktig å tilsette spesialisten D i et korttidsvikariat fram til 7. april 2008. Etter sykehusets oppfatning var tilsetningen ikke i strid med gjeldende avtaleverk.

A ved Yngre legers forening/Den norske legeforening (Ylf/Dnf) mener at hun ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet da hun ikke ble gitt mer enn to måneders vikariat fra 13. august 2007. Foreningen viser til at vikariatets sluttdato ble satt til tre uker før termindato. Dette ble gjort til tross for at sykehuset hadde sterkt behov for legearbeidskraft. Sluttdatoen sammenfalt heller ikke med utgangen av permisjonstid for noen andre leger eller med oppstarten til noen av de utlyste vikariatene.

A hadde ønske om en lengre tilsetning. Etter tariffavtalen hadde sykehuset anledning til å tilsette i stillinger med inntil seks måneders varighet uten utlysning eller rangering.

Ylf/Dnf peker også på arbeidsgivers markeringer på A sin opprinnelige søknad av 5. juli 2007. Søknaden med markeringer ble funnet av Ylf/Dnf ved ordinær gjennomgang av alle søknadene i september 2007. Arbeidsgiver hadde sirklet inn termindato og planlagt lengde på fødselspermisjon.

A ble også forbigått på grunn av graviditet og fødselspermisjon ved tilsetning i nye stillinger for leger i spesialisering ved Kvinneklinikken høsten 2007. De eneste av søkerne som ikke fikk tilbud om jobb var to gravide søkere. A skulle fått et vikariat i stedet for søkeren D, som allerede var godkjent spesialist. Ifølge overenskomsten A2 § 6.2 mellom Dnlf og Spekter Helse (tidligere Navo) kan det ikke tilsettes søkere som allerede er ferdig spesialist.

Det var behov for tre leger ut over det utlyste, det vil si totalt syv stillinger. Behovet for flere leger var godt kjent sommeren og høsten 2007.

Foreningen viser også til utlysning av nytt vikariat med søknadsfrist 5. desember 2007. Denne ledigheten må sykehuset ha visst om sommeren 2007. Søkerlisten fra utlysningen med søknadsfrist 29. august 2007 burde ha vært brukt til å tilsette i det nye vikariatet. Videre burde sykehuset sett mer helhetlig på legebehovet, og ansatt både flere og til stillinger av lenger varighet ved tilsetningsrunden i september 2007.

I forbindelse med jobbtilbudet i desember 2007 ble A oppringt av arbeidsgiver. Kvinneavdelingen hadde behov for legearbeidskraft og A ble spurt om når hun kunne komme tilbake i jobb etter fødselspermisjon. Fordi A ønsket å være hjemme med barnet i seks måneder, ble hun tilbudt vikariat med oppstart i april 2008. Ifølge foreningen viser dette igjen at arbeidsgiver gjorde en konkret vurdering av om A fysisk kunne være til stede i avdelingen eller ikke.

A hadde fått gode tilbakemeldinger fra kollegaer og avdelingsoverlegen.

Det er fast praksis ved sykehusene at leger får forlenget ansettelse ved utløp av vikariater.

Nye leger i faget og avdelingen går ikke vakter den første tiden. A ønsket å gå vakter mot slutten av sin arbeidsperiode, men var på det tidspunktet høygravid.

Nemndas vurderinger

Innledning

Nemnda har i tidligere saker 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 likestillingsloven 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 og 16/2008, der det ble gitt uttalelser 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.

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.

Skillet mellom direkte og indirekte forskjellsbehandling har kun betydning i forhold til unntaksreglene. Ved direkte forskjellsbehandling gjelder det en ulovfestet unntaksadgang. Ved indirekte diskriminering gjelder unntaksregelen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Fordi det i denne saken ikke foreligger forhold som kan begrunne unntak, har det ikke betydning hvilken av unntaksreglene som benyttes. Nemnda tar derfor utgangspunkt i hele fødselspermisjonen, og behandler spørsmålene om direkte og indirekte forskjellsbehandling under ett.

Det er understreket i likestillingslovens forarbeider at også forskjellsbehandling på grunn av fravær som igjen er begrunnet i fødsel rammes av forbudet i § 3 andre ledd nr. 2 (se Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 29). Det er ikke tilstrekkelig å behandle denne typen fravær på samme måte som fravær på grunn av sykdom. Fravær på grunn av fødsel er gitt et særskilt vern både i norsk lovgivning og innen EØS-retten.

Nemnda begrenser sin vurdering til spørsmålet om A skulle hatt forlenget eller fornyet sitt vikariat ved den tilsetningsrunden som sykehuset foretok i september 2007. Dermed holder Nemnda seg til den delen av saksforholdet som Ombudet har tatt uttrykkelig stilling til.

Nemnda finner en klar årsakssammenheng mellom A sin fødsel, og det faktum at hun ikke ble tilbudt ytterligere vikariat ved Kvinneklinikken. Sykehuset har skriftlig bekreftet at det ikke var aktuelt å tilsette A når hun ikke kunne være til stede, at alle som fysisk kunne gå inn i vikariatene fikk jobbtilbud, og at *det ville vært merkverdig å ansette enda en person i en uutlyst stilling som skulle ut i svangerskapspermisjon*.

Sykehuset innrømmer således selv at foreldrepermisjonen ble vektlagt når sykehuset valgte å ikke tilsette A.

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 foreldrepermisjon i likestillingsloven § 3 ved å ikke gi A forlenget eller fornyet tilsetting.

Uttalelsen er enstemmig.

SAK 13/2009

Likestillings- og diskrimineringsnemnda gir følgende uttalelse:

HF handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, ved å ikke gi A forlenget eller fornyet vikariat som lege.