

## Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2011-50

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - fråsegn.
Dato	2012-11-07
Doknr/publisert	LDN-2011-50
Stikkord	Likestillingslova § 4, jf. § 3.
Sammendrag	Klage av 17. januar 2011 over fråsegn frå Likestillings- og diskrimineringsombodet av 13. september 2001. Saka gjeld spørsmål om forbigåing i samband med utlysing og tilsetting i vikarstilling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon, jf. likestillingslova § 4 jf. § 3. Nemnda konkluderte med at Helse Y HF ikkje handla i strid med likestillingslova.
Saksgang	Sak nr. 50/2011
Parter	A - Helse Y HF.
Forfatter	Trude Haugli (leiar), Ivar Danielsen, Britt Elin Strand, Christian Fr Wyller, Kåre Lilleholt.

---

## Bakgrunnen for saka

A er utdanna sjukepleiar og har vore tilsett som vikar i Helse Y på ymse avdelingar og med varierende stillingsprosentar sidan sommaren 2006. I tillegg har ho teke ekstravakter. I perioden 2007 til 2008 var A i svangerskapspermisjon.

I samband med jul og nyttår 2009 var A aleine på nattevakt med ansvaret for pasientane, og ho melde frå til leiinga om avvik. I januar 2010 hadde A ein samtale med avdelingssjukepleiaren om dette.

I august 2010 fortalde A til avdelingssjukepleiar på X avdeling at ho var gravid.

A ønskte fast tilsetning. Det blei halde eit møte der avdelingssjukepleiar, rådgjevar, Norsk Sjukepleiarforbund (NSF) og A deltok. Partane er ikkje samde om kva som blei sagt under møtet. A meiner det blei informert om at det var uklart om det var aktuelt å utlyse og tilsette vidare i hennar vikariat. Helse Y HF viser til referat skrive av avdelingssjukepleiar etter møtet: «*Nårdet gjelder krav om fast ansettelse så er vi uenige i hvordan lengden av hennes arbeidsforhold regnes ut på. Saken skal diskuteres og vi kommer tilbake med svar. Hennes nåværende arbeidsforhold opphører 31.12.10. Vikariatet hun har gått i skal lyses ut sammen med 2 andre vikariat. Hun oppfordres til å søke på disse.*»

November 2010 blei det lyst ut to ledige vikariat på Helse Y HF som sjukepleiar på deltid, på 20 % og 27 %. Søknadsfristen blei sett til desember 2010, og kontaktperson var avdelingssjukepleiar. Det er opplyst at den utlyste stillinga på 20 % var den stillinga A arbeidde i.

Det gikk fram av utlysinga at følgjande eigenskapar ville ha vekt:

*«Evne til å arbeide målretta med arbeidsoppgåver.*

*Er ansvarsbevisst og pasientorientert og gir heilhetleg pleie.*

*Har respekt for den enkelte pasient og kollega.*

*Har gode evner til å kommunisere.*

*Bidrar til eit godt arbeidsmiljø.*

*Er lojal og ein god medarbeidar.»*

Korkje A eller NSF oppdaga utlysinga før fristen for å søkje gjekk ut, men A fikk utvida søknadsfristen til fredag 17. desember 2010.

A søkte på stillinga på 20 % innan fristen. Det var 5 søkjarar til stillinga. To av søkjarane blei innkalla til intervju, medrekna A. Det blei halde intervju med A 20. desember 2011, og med B 10. januar 2011. Helse-Y tilsette B i vikariatet.

## Handsaminga hos Likestillings- og diskrimineringsombodet og vidare saksgang

A v/NSF tok i brev av 17. januar 2011 til Likestillings- og diskrimineringsombodet opp spørsmålet om A blei forbigått til vikarstillinga på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

I fråsegn av 13. september 2011 konkluderte ombodet med at Helse-Y ikkje handla i strid med likestillingslova § 4, jf. § 3, då A ikkje blei innstilt til stillinga på X sengepost. Ombodet fann at det var grunn til å tru at Helse Y la negativ vekt på A si graviditet og foreldrepermisjon i samband med tilsettinga, men at Helse Y HF hadde klart å sannsynleggjere at det var andre årsaker enn graviditet og foreldrepermisjon som førte til at A ikkje blei innstilt til den utlyste stillinga.

A v/NFS klaga fråsegn frå ombodet inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda 4. oktober 2011.

Ombodet har vurdert saka på nytt og held fast på sin konklusjon.

Ombodet sendte saka til Likestillings- og diskrimineringsnemnda 7. desember 2011.

Saka blei handsama i nemndas møte 25. september 2012. I handsaminga deltok nemndas medlemmar Trude Haugli (leder), Ivar Danielsen, Britt Elin Strand, Christian Fr Wyller og Kåre Lilleholt.

A deltok på telefon. Frå Norsk Sjukepleiarforbund, Helse Y HF møtte to representantar.

Frå Helse Y HF deltok seksjonsleiar og rådgjevar på telefon.

Ombodet var representert ved Hanne Cecilie Frøland. Nemndas sekretariat var representert ved Else Anette Grannes, Ingeborg Aas, Mari Kjekstad Bugge og Anette Funderud.

## Partane sitt syn på saka

### A v/NSF har i hovudsak vist til:

Helse Y HF har handla i strid med likestillingslova § 3 andre leddet. A blei forbigått ved tilsettinga til vikariatet i stillinga på 20 % på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Heile forholdet til Helse Y forandra seg da ho hausten 2010 fortalde arbeidsgivaren at ho var gravid. I samtale med assisterande avdelingssjukepleiar 28. august 2010 blei det snakka om vikariatet som gjekk ut ved årsskiftet, og assisterande avdelingssjukepleiar viste då til at det var enkelt å melde seg arbeidsledig. Ho oppfatta utsegna som at ho ikkje ville få forlengt vikariatet.

I møte blei ho informert om at det var uklart om det var aktuelt å lyse ut og tilsette vidare i hennar vikariat. Representanten frå NSF oppfatta det på same måte. Likevel blei As stilling og ei anna stilling på 27 % lyst ut som ledig på [www.finn.no](http://www.finn.no) dagen etter møtet. Det er klårt at avdelingssjukepleiaren visste dette dagen før, då ho var utlysar.

A var ikkje førebudd på at intervjuet med A skulle bli ein slags medarbeidarsamtale. Ho kjende seg ikkje igjen i påstandande om dårlig medikamenthandtering etc. Negative omstende knytt til hennar yrkesutøving blei tatt opp med henne etter at ho fortalte at ho var gravid. Dette burde ha vore tatt opp med henne tidlegare, og ho burde hatt høve å ta til motmæle før intervjuet.

At ho har hatt fleire vikariat som sjukepleiar ved Helse Y sidan 2006, viser at Helse Y tydeleg har rekna henne som kvalifisert.

Det følgjer av interne retningsliner at det er tilstrekkeleg med intern utlysing om det finst kvalifiserte søkjarar internt. I personalhandboka går det fram at det berre er vikariat over 6 månader som må lysast ut eksternt. Det aktuelle vikariatet var på 6 månader. Nyleg fekk ein vikar ved sengeposten vidareført eit vikariat på 10 månader, utan å måtte søkje på stillinga.

B, som blei tilsett, hadde ikkje eit arbeidsforhold i Helse Y då ho blei tilsett.

Bs farmasikompetanse er ikkje relevant i samband med utføring sjukepleiaroppgåver og var heller ikkje eit krav i utlysinga. Sjukepleiarutdanninga skal gje den naudsynte basiskunnskapen innan medikamenthandsaming. Sjukehuset har eigen farmasøyt.

Det er ikkje relevant å legge vekt på sjukefråvær i ei innstilling.

NSFs tillitsvald var ikkje samd i at B var best kvalifisert.

Skilnaden i ansiennitet mellom A og B er ikkje så stor at det åleine kan ha avgjerande vekt.

Hendinga i samband med avvik som blei teke opp med A i januar 2010, var på grunnlag av As eiga melding om avvik, ved at fråvær på nattevakt ikkje blei erstatta, slik at ho var åleine med ansvaret for pasientane. Meldinga blei ikkje akseptert som avvik, og i staden brukt mot henne ved at ho var åleine med mange pasientar og ein særleg krevjande pasient.

Sjukepleiarkollega C som har signert klage på A, har nesten ikkje jobba saman med henne, og ikkje vore i situasjonar som kan relaterast til klaga. Det står heller ikkje namn på personen som var omtala. A har vist til at C seinare har opplyst at det ikkje er C sjølv som har sett eller opplevd A, slik det er sagt. Det var avdelingssjukepleiaren som hadde bedt C forhøyre seg blant kollegane og skrive ned det ho fekk tilbakemeldingar om.

### Helse Y HF har i hovudsak vist til:

Helse Y har ikkje brote likestillingslova. Helseføretaket har god erfaring med å tilsette gravide i utlyste stillingar, for så å tilsette vikarar for dei.

Helse Y har ein praksis der alle ledige stillingar skal lysast ut, anten internt eller eksternt. Dette gjeld også vikariat. Praksisen har ikkje blitt følgt heilt konsekvent tidlegare, men i august 2010 blei dette tatt opp av føretaksleiinga og presisert på nytt.

August 2010 fortalde A avdelingssjukepleiar at ho var gravid, og at ho ikkje kunne jobbe tre netter etter kvarandre. Dei vart samde om at A skulle jobbe dag- og kveldsvakter. Avdelingssjukepleiar har ikkje sagt at A skulle melde seg arbeidsledig dersom ho ikkje fekk fornya vikariatet.

I møtet i november 2010 kom det opp spørsmål om kva som ville skje vidare med stillinga som A gjekk i, og avdelingssjukepleiar svarta at det var uvisse i høve til eventuell omgjering av stillinga i samband med ny grunnturnus. Det blei vidare opplyst at det ville bli fleire ledige vikariat. Rådgjevar hadde i forkant av møtet råda A til å søkje ledige vikariat. Etter møtet same dag avgjorde avdelingssjukepleiar og rådgjevar at dei skulle lyse ut dei tre ledige vikariata med varigheit fram til sommaren 2011. Det var mest praktisk å lage ny grunnturnus frå dette tidspunktet. Vikariata blei difor lyst ut i november 2010.

Stillinga A søkte på, blei lyst ut i samsvar med gjeldande retningslinjer og føretaksleiingas avgjerder. Ettersom avdelingssjukepleiaren på dette tidspunktet hadde fått ei melding som ga uttrykk for uro knytt til As yrkesutøving, ville ho skaffe seg meir informasjon frå andre tilsette ved avdelinga før ho tok det opp med A. Fleire kollegaer hadde meldt frå til avdelingssjukepleiaren om at A i mange høve hadde gjort feil i samband med dosett-tillaging.

Da avdelingsleiinga blei merksam på at A ikkje kjende til at stillinga var utlyst, blei søknadsfristen forlengd slik at ho fekk høve til å søkje.

Det var fem søkjarar til stillinga. Både A og B, som begge var fulltidsstudentar, blei innkalla til intervju. Begge søkjarane blei rekna som interne søkjarar. B har vore samanhangande i vikariat frå april 2006 og hadde et opphald på 4 månader hausten 2010 for å gjennomføre praksis i utlandet. A har vore samanhangande tilsett i vikariat frå mai 2008.

Same mal blei brukt for begge intervju. Der As svar ikkje samsvara med det som kom fram i meldinga som ga uttrykk for uro knytt til As yrkesutøving, blei det stilt utdjupande spørsmål for å sjekke om A hadde innsikt i høve til eigne forbettringsområde.

Arbeidsplassstillitsvald (ATV) blei invitert til å vere med i begge intervju, men ATV var berre til stades under intervjuet med A. Etter intervju blei avdelingssjukepleiar og ATV samde om at B var best kvalifisert. ATV ville ikkje skrive under innstillinga før ho hadde snakka med føretaksstillitsvald (FTV). ATV ville ikkje lenger delta i prosessen etter ho hadde snakka med FTV.

A har ikkje tidlegare fått ei automatisk forlenging av vikariata sine. Ho har spurt om ledige vikariat, når vikariatet ho har gått i har gått ut. Ho har då fått nye vikariat når det har vore noko ledig som har passa inn med vikariat ho har hatt.

Kritikkverdige forhold ved As yrkesutøving blei teke opp munnleg med A i januar 2010. Avdelingssjukepleiar påpeika at det å sjå til pasienten etter ringing er ein del av oppgåvene til nattevakta. A godtok det. Avdelinga var ikkje bemanna under det som var planlagt.

I oktober 2010 fekk avdelingssjukepleiar munnleg melding frå ein annan sjukepleiar ved avdelinga om at A hadde sove på vakt, hadde mykje feil i medisinhandteringa, at ho var uvenleg i handsaminga av pasientar og mangla kunnskap om elementære prosedyrar. Avdelingssjukepleiaren er nøydd til å gripe fatt i slike meldingar. I november 2011 skreiv meldaren ned utsegna. Det er ikkje riktig at avdelingssjukepleiaren har bede C om å forhøyre seg blant kollegaene og skrive ned det ho fekk tilbakemeldingar om.

Grunna As sjukefråvær blei ikkje desse forholda teke opp med A før under intervjuet 20. desember 2011. Det blei naturleg i intervjusituasjonen å komme inn på dette. Også sjukefråvær blei teke opp ettersom A har vore tilsett i 20 % stilling. Dette blei nemnt i innstillinga.

Søkjarane blei vurdert ut frå krava i utlysinga og B blei vald fordi ho var best kvalifisert. B har lengst ansiennitet, også ved X avdeling, og ho har dei eigenskapane som er etterspurt i utlysinga. I tillegg kan Bs farmasikompetanse styrke kapasiteten til avdelinga ved medikamentell behandling ut over cytostatika og biologisk handsaming på dagtid.

Helse Y har hatt fokus på å få tilsett den best kvalifiserte kandidaten til stillinga. Helse Y har ikkje teke omsyn til at A var gravid.

Det er ikkje riktig at X avdeling unnlet å lyse ut ledige vikariat, men ei utlysning kan stoppast fordi noen har fortrinnsrett, som til dømes nyutdanna sjukepleiarar i trainee-prosjekt.

## Nemndas merknader

Saka reiser spørsmål om Helse Y HF har handla i strid med likestillingslova § 4 jf. § 3 (lov nr. 45/1978).

Denne saka gjeld tilsetjing i et helseforetak. I forvaltningslova § 2 (lov av 10. februar 1967) er det slått fast at tilsetjing i statleg verksemd er eit enkeltvedtak. I nemndas sak nr. 13/2009 [LDN-2009-13] gjaldt saka tilsetjing ved eit sjukehus. Nemnda la til grunn at kompetansen var avgrensa etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudslova nr. 40/2005) § 9. Nemnda uttalte:

*«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 diskrimineringsombudslova § 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 likestillingslova 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».*

Nemnda vil på denne bakgrunn gje ei fråsegn i saka, jf. diskrimineringsombudslova § 7 første leddet andre punktum. Fråsegna er ikkje bindande.

Likestillingslova § 4 andre leddet forbyr handlingar der blir gjort skilnad på kvinner og menn ved blant anna tilsetjing. Reglane presiserer forbodet i likestillingslova § 3 som forbyr «direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn». Likestillingslova gjeld alle tilsetjingar, både kortvarige og langvarige, jf. Ot.prp.nr.33 (1974-1975) side 57.

Likestillingslova § 3 første til fjerde leddet lyder:

*«Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.*

*Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som*

- 1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,*
- 2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller 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.*

*Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.*

*I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt 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.»*

Dersom nokon blir handsama annleis enn andre på grunn av utnytting av permisjonar som etter lova er knytt direkte til mor eller far, er det «direkte diskriminering». Bli personar handsama annleis enn andre på grunn utnytting av lengre permisjonar, er det «indirekte diskriminering» etter § 3 første og tredje leddet, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 36 og 111. Nemnda finn ingen grunn til å splitte opp argumentasjonen og behandlar saka etter reglane om «indirekte diskriminering».

Om det finst forhold som gir «grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering i strid med lova, skal det leggast til grunn at diskriminering har funne stad, om ikkje den ansvarlege gjer det sannsynleg at det likevel ikkje har skjedd diskriminering, jf. reglane om beviskrav i likestillingslova § 16.

Nemnda skal ta stilling til om A lovstridig blei forbigått i samband med utlysing og tilsetning til vikarstillinga ved X avdeling i Helse Y HF i desember 2012, ved at ho blei stilt dårlegare enn ho elles ville blitt, på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Det krevst ikkje diskriminerande føremål for å konstatere brot på likestillingslova.

Vernet mot diskriminering på grunn av graviditet er særleg strengt innan arbeidsliv og utdanning, da diskriminering på desse områda kan true viktige rettar for kvinner, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 111. Forbodet mot graviditetsdiskriminering gjeld i alle delar av tilsettinga, ikkje bare det endelige valet av kven som skal tilsettast. Dette gjeld utan omsyn til om vedkommande ville blitt tilsett i stillinga, jf. nemndas sak nr. 19/2006 (LDN-2006-19).

Det er i utgangspunktet A som må bevise at det ligg føre omstende som gir «grunn til å tro» at Helse Y HF har handla i strid med likestillingslova. Det er ikkje tilstrekkeleg med ein påstand frå A om dette for at bevisbyrda går over til Helse Y HF. Etter praksis skal det ikkje mykje til for at bevisbyrda går over, men As påstand må bli støtta av andre opplysningar, som til dømes dei ytre omstende i saka. Om vedkommande tidlegare har fungert i stillinga, kan være eit slikt omstende, jf. nemndas sak nr. 25/2006 (LDN-2006-25).

A har i mange år hatt fleire vikariat ved Helse Y HF, også ved X avdeling. Vikariata har blitt fornya fleire gonger, og ho har mellom anna arbeidd i den 20 % stillinga som blei lyst ut. Desse omstende, samt at A var gravid, og at utlysninga ikkje blei nemnt i møte med avdelingssjukepleiaren 11. november 2010, er etter nemndas vurdering omstende som, under noko tvil, gir grunn til å tru at Helse Y handla i strid med likestillingslova i samband med tilsettinga til sjukepleiar i stillinga i 20 %.

Bevisbyrda går dermed over til Helse Y, som må gjere det sannsynleg at det likevel ikkje har skjedd diskriminering.

Helse Y har vist til at det mellom anna var uromeldinga som danna grunnlaget for å innstille B og ikkje A. Sjølv om det ikkje var heldig at uromeldinga blei handsama i samband med jobbintervjuet, kan ikkje nemnda sjå at det er årsakssamband mellom handsaminga og graviditeten.

Helse Y HF har i innstillinga vurdert Bs pågåande utdanning til farmasøyt som relevant og til hjelp for avdelinga i samband med legemiddelhandsaming. Ein slik kompetanse er ikkje noko krav i utlysninga, men vil vere ein styrking av kompetansen i avdelinga. Helse Y HF har også lagt vekt på at B er personleg skikka og har lengst ansiennitet. I innstillinga har Helse Y HF konkludert med at B er den beste kandidaten, men om B takka nei til stillinga, ville dei innkalle A til enda eit nytt intervju.

Nemnda finn etter dette at det var andre grunnar enn graviditet og foreldrepermisjon som var årsaka til at A ikkje var tilsett som sjukepleiar i ledig vikarstilling på 20 % ved X avdeling i Helse Y HF i desember 2012.

Nemnda har konkludert med at Helse Y ikkje har handla i strid med likestillingslova § 4 jf. § 3 overfor A.

Klagen har ikkje ført fram.

Fråsegna er samrøystes.

\*\*\*

## Sak 50/2011

### Likestillings- og diskrimineringsnemnda har gitt slik fråsegn:

Helse Y HF handla ikkje i strid med likestillingslova § 4, jf. § 3 overfor A i samband med utlysing og tilsetning av sjukepleiar i ledig vikarstilling i 20 %.