



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Anonymisert versjon av uttalelse - Forskjellsbehandling på grunn av graviditet ved konstituering som avdelingssykepleier

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage fra A (A) av 29. september 2008.

A mener at sykehuset handlet i strid med likestillingslovens forbud mot diskriminering på grunn av graviditet da hun fikk tilbud om å fungere som konstituert avdelingsleder i en kortere periode enn hennes kollega hadde hatt.

Likestillings- og diskrimineringsombudet finner at sykehuset har handlet i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2 da hun ikke tilbød A fungering som konstituert avdelingsleder frem til 20. august 2008, eller til avdelingssykepleieren kom tilbake etter endt sykemelding.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra mottakelse av dette brevet, jf. vedlagte orientering.

Sakens bakgrunn

Presentasjon av sakens bakgrunn bygger på partenes skriftlige redegjørelse.

A er fast ansatt som assisterende avdelingssykepleier ved medisinsk avdeling ved sykehuset. A fikk redusert sin arbeidstid med 20 % fra og med 11. mars 2008, på grunn av svangerskapsrelaterte problemer. Avdelingsleder ved medisinsk avdeling var blitt langtidssykemeldt fra og med januar 2008. Det ble forespeilet at vedkommende ville være sykemeldt ut august 2008. A ble først spurt om hun ønsket å tiltre stillingen som konstituert avdelingsleder, men avslo dette på grunn av sin helse. Sykehuset utpekte derfor sykepleier B til å fungere i stillingen som avdelingsleder. Bs arbeidskontrakt som konstituert avdelingsleder varte frem til 20. august 2008, med forbehold om at avdelingslederen skulle komme tilbake tidligere enn planlagt.

B gikk ut i permisjon på grunn av adopsjon allerede i april, og stillingen som konstituert avdelingsleder ble igjen ledig. A meddelte sykehuset 21. april 2008 at hun likevel ønsket å fungere som konstituert avdelingsleder. Det ble inngått en kontrakt mellom sykehuset og A om konstituering som avdelingsleder fra 28. april 2008 frem til 30. juni 2008. A skulle i utgangspunktet ut i ferie i tre uker fra og med

23. juni og hun skulle ut i permisjon 18. juli. Dette ble senere forskjøvet til 30. juli 2008. A skulle etter planen være i arbeid fra endt ferie og fram til permisjonen startet 30. juli 2009. A ble 100 % sykemeldt fra 16. juni 2008.

Partenes anførsler:

A hevder at fastsettelsen av konstitueringsperiodens varighet hadde sammenheng med at hun var gravid og skulle gå ut i foreldrepermisjon. A mener at hun, i likhet med B, burde ha fått tilbud om å fungere som konstituert avdelingsleder frem til 20. august 2008, eller frem til avdelingsleder returnerte til sin stilling hvis det skulle skje tidligere enn 20. august 2008. Hun hadde stilt spørsmål ved kontraktens lengde allerede på avtaletidspunktet fordi hun mente at det naturlige ville være at hun fikk tilbud om å være konstituert i stillingen som avdelingsleder like lenge som B. Hun valgte allikevel å akseptere vilkårene da sykehuset insisterte på at kontraktens varighet skulle begrenses til 30. juni. Sykehuset hadde argumentert med at hun allikevel skulle ut i ferie i tre uke fra 23. juni, og at hun etter den opprinnelige planen bare skulle arbeide få dager etter ferien og fram til permisjon.

Sykehuset hadde også vist til at avdelingsleder, før A ble konstituert som avdelingsleder, hadde varslet at hun ville forsøke aktiv sykemelding. A mener at selv om avdelingslederen hadde opplyst om at hun ønsket å prøve aktiv sykemelding, var hun likevel ikke kommet tilbake i jobb 30. juni 2008. A mener det "*naturlige ville være at noen skjøtet*" avdelingsleders oppgaver også etter 30. juni 2008. Hun mener at det mest sannsynlig ville vært henne, dersom hun ikke hadde vært gravid og skulle ut i foreldrepermisjon i løpet av juli. Hun mener at dersom B ikke hadde tatt permisjon på grunn av adopsjon i april, ville konstitueringsperioden vart helt fram til fast avdelingssykepleier var kommet tilbake, altså en god stund etter 30. juni.

Sykehuset avviser at de la vekt på As graviditet og forestående foreldrepermisjon da de vurderte hvor lenge hun skulle fungere som konstituert avdelingsleder.

Sykehuset viser til at det i følge sykehusets rutiner ikke automatisk utpekes en konstituert avdelingsleder ved avdelingsleders fravær men at dette vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I vurderingen legges det blant annet vekt på assisterende avdelingsleders motivasjon/ønske, fraværets lengde og hensynet til rettferdig lønn for vedkommende som skal overta avdelingsleders arbeidsoppgaver.

Sykehuset påpeker at da konstituert avdelingsleder B gikk ut permisjon før kontrakten hennes utløp, mottok sykehuset 21. april 2008 et ønske fra A om at hun ønsket å fungere som konstituert avdelingsleder. Hennes ønske var begrunnet i at hun ønsket å få avlønning for det arbeidet som uansett falt på henne. Arbeidsgiver vurderte As ønske som rimelig og det ble inngått en arbeidskontrakt med henne med varighet fra 28. april 2008 til 30. juni 2008.

Sykehuset fastholder at deres beslutning om å inngå en kortere avtale først og fremst er begrunnet i at A skulle ha ferie i tre uker fra 23. juni, og at avdelingsleder hadde ytret ønske om aktiv sykemelding i løpet av sommeren. Sykehuset vurderte derfor

behovet for videre konstituering som mindre enn da B ble konstituert i stillingen tidligere samme vinter.

Sykehuset viser til at i følge arbeidsplanen skulle A arbeide 4 dager i uke 29, etter ferien, for så å gå ut i foreldrepermisjon fra uke 30. Det var først etter at kontrakten var undertegnet at det ble foretatt endringer i arbeidsplanen slik at hun arbeidet både i uke 29 og uke 30 og 2 dager i uke 31 før hun gikk ut i permisjon 30. juli 2008. Sykehuset ansatte en vikar for A som tiltrådte 5. mai 2008 som skulle fungere i As foreldrepermisjon. A var ansvarlig for opplæringen av vikaren. Da A ikke kom tilbake i jobb etter ferien overtok vikaren stillingen fullt ut, og når det gjaldt oppgaver som fungerende avdelingsleder. Dette fungerte tilfredsstillende etter sykehusets vurdering.

Likestillingsloven

Likestillings- og diskrimineringsombudet håndhever blant annet likestillingsloven.

Direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt, jf. likestillingsloven § 3. Med direkte forskjellsbehandling menes blant annet en handling som setter en person i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller foreldrepermisjon i den perioden som er forbeholdt det ene kjønn (for kvinner 3 uker før fødsel og seks uker etter fødsel)

Forbudet mot direkte diskriminering omfatter forskjellsbehandling som knyttes blant annet til graviditet, fødsel og kvinnens lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før og de første seks uker etter fødselen. Forbudet skal anses som *tilnærmet absolutt*, jf. Ot. prp. nr 77 (2000-2001) side 35 -36. Vernet mot graviditetsdiskriminering er særlig sterkt innenfor arbeidslivet, jf. blant annet Likestillings- og diskrimineringsnemndas uttalelse i sak nr. 5/2006.

Når det gjelder forskjellsbehandling i den øvrige delen av foreldrepermisjonen, regnes dette som indirekte forskjellsbehandling. Det er noe større adgang til å gjøre unntak for forbudet mot forskjellsbehandling i denne perioden, men adgangen er snever, og det må foretas en konkret avveining mellom arbeidsgiver og arbeidstakers interesser.

I saker om diskriminering gjelder det delt bevisbyrde, jf. likestillingsloven § 16. Det betyr at den som hevder å være forskjellsbehandlet, i utgangspunktet må fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at han eller hun er blitt diskriminert. Det er ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Det er tilstrekkelig at det fremlegges opplysninger som gir grunn til å tro at forskjellsbehandling har funnet sted. Dersom opplysningene gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, må den som beskyldes for diskriminering, bevise at slik forskjellsbehandling ikke har funnet sted.

Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering

Ombudet skal først ta stilling til om det foreligger omstendigheter i saken som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3 og forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet.

A hevder at hun ikke fikk fungere som konstituert avdelingsleder like lenge som B ble konstituert, eller frem til avdelingslederen kom tilbake i jobb, fordi hun var gravid og skulle gå ut i foreldrepermisjon kort tid etter ferien.

Sykehuset var kjent med at hun var gravid, og etter planen skulle ut i permisjon den 18. juli, da de tilbød A en kortere konstituering fram til 30. juni 2008.

Nærheten i tid mellom As forestående permisjon, og tidspunktet for utløpet av konstitueringen, gjør at ombudet finner at det er grunn til å tro at As graviditet og/eller forestående foreldrepermisjon har hatt betydning da sykehuset fastsatte kortere periode for konstituering enn det som opprinnelig ble avtalt da B ble konstituert i stillingen.

Bevisbyrden går dermed over på sykehuset som må sannsynliggjøre at det var andre forhold enn hennes graviditet og forestående foreldrepermisjon som var årsaken til at hun ikke fikk fungere som konstituert avdelingsleder like lenge som B eller frem til avdelingsleder kom tilbake i jobb.

Sykehuset hevder at deres beslutning om å tilby A en kortere periode som konstituert avdelingssykepleier, var begrunnet i to forhold. For det første at A allerede før inngåelse av avtalen hadde meddelt at hun skulle ta ferie i uke 26-28 (23. juni 2008 – 13. juli 2008). I følge arbeidsplanen skulle hun videre også jobbe 4 dager i uke 29 for så å gå ut i foreldrepermisjon fra uke 30. Selv om tidspunkt for permisjonsoppstart i ettertid ble endret, ble ikke den opprinnelige arbeidskontrakten justert. For det andre begrunnet sykehuset den kortere konstitueringsperioden med at den faste avdelingssykepleieren hadde meldt at hun ville forsøke aktiv sykemelding. Etter sykehusets vurdering var det derfor ikke behov for at A var konstituert som avdelingssykepleier etter at hun kom tilbake til sykehuset. Ombudet vil kommentere de to begrunnelsene hver for seg.

Når det gjelder forklaringen om at det ikke var behov for å konstituere A som avdelingssykepleier lenger enn til 30. juni på grunn av at hun skulle ta ut ferie fra 23. juni til 13. juli, fremstår sykehusets forklaring som vikarierende. Sykehusets begrunnelse for å korte ned perioden for konstituering er ikke bare relatert til at hun skulle ha ferie i denne perioden, men vel så mye relatert til at A bare ville være til stede svært kort tid etter at hun kom tilbake fra ferie. Den direkte årsaken til at A ville være til stede kort tid etter endt ferie, var, slik ombudet vurderer det, at hun skulle ut i permisjon før fødsel. Ombudet finner på dette grunnlaget alene at A ble forskjellsbehandlet på grunn av sin graviditet og forestående permisjon da sykehuset valgte å korte ned perioden for konstituering.

For det andre viser sykehuset til at arbeidsgiver allerede i mars 2008, altså før A ble tilbudt å konstituere som avdelingsleder, var blitt orientert om at den faste avdelingssykepleieren skulle prøve aktiv sykemelding, og at det derfor ikke ville være behov for at A fungerte i hennes sted etter at hun kom tilbake fra ferie. Slik saken er presentert for ombudet, var den reelle situasjonen etter As ferie at den faste

avdelingssykepleieren fremdeles var sykemeldt. På tidspunktet for inngåelse av avtalen med A, visste sykehuset heller ikke på hvilket tidspunkt den aktive sykemeldingen eventuelt ville tre i kraft. Sett i lys av hvordan avtalen om konstituering for B var utformet, har det formodningen mot seg at sykehuset nå skulle forkorte konstitueringsperioden til et tidspunkt som langt på vei var sammenfallende med når A først hadde planlagt å gå ut i permisjon.

Likestillingsloven § 3 ble endret i 2002 for å oppnå en harmonisering av EU-retten. Endringen innebar en skjerpelse av vernet mot diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon. At en ansatt ikke kan fungere i hele perioden av et tidsbegrenset engasjement, som konstitueringen for den faste avdelingssykepleieren var, har normalt ikke vært anerkjent som saklig grunn til å stille den gravide dårligere enn andre ville vært i tilsvarende situasjon. Forbudet mot direkte diskriminering er nærmest absolutt. Det skal generelt svært mye til for at forskjellsbehandling på grunn av graviditet kan aksepteres. Vernet skal være særlig strengt innen arbeidslivet. Forbudet er strengere jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til selve graviditeten og fødselen.

Ombudet legger til grunn at saken har hatt negative konsekvenser for A. A har utvilsomt lidt et økonomisk tap som følge av at hun ikke ble konstituert for en lenger periode. Avtalen har også hatt en betydning for beregningen av foreldrepenger. Ombudet kan heller ikke se at sykehuset har sannsynliggjort at de hadde saklig grunn til å korte ned konstitueringsperioden da A trådte inn i stillingen, sammenliknet med opprinnelig varighet.

Ombudet er på grunnlag av ovenstående kommet frem til at sykehuset ikke har sannsynliggjort at det var andre forhold enn graviditet og forestående permisjon, som var avgjørende ved fastsettelse av varigheten på As konstituering som avdelingssykepleier.

Konklusjon:

Sykehuset har handlet i strid med likestillingsloven 3 annet ledd nr. 2, da de ikke tilbød A fungering som konstituert avdelingsleder frem til 20. august 2008, eller til avdelingssykepleieren kom tilbake etter endt sykemelding.

* * *

Likestillingsloven § 17 bestemmer at den som forsettlig eller uaktsomt opptrer i strid med blant annet § 3, kan pålegges å betale oppreisning til fornærmede. Oppreisning fastsettes til det beløp som finnes rimelig under hensyn til partenes forhold og omstendighetene for øvrig. Det følger videre at arbeidstaker kan kreve erstatning for overtredelse av § 3 i arbeidslivet, uten hensyn til arbeidsgivers skyld.

Ombudet håndhever ikke lovens bestemmelser om erstatning. Dersom A ønsker å kreve erstatning, må hun reise søksmål for de alminnelige domstolene.

Ombudet vil allikevel oppfordre sykehuset til å komme fram til en minnelig ordning med A om et erstatningsbeløp for den diskriminerende handling i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr.2.

Ombudet ber om en tilbakemelding på om sykehuset vil følge ombudets oppfordring innen **15. juni 2009**.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
Likestillings- og diskrimineringsombud

Vedlegg: Orientering om adgangen til å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda

Kopi: A

Saksbehandler: Serap Helin Hartwig