



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

11/1459

Dato:

16.04.2012

Saksnummer: 11/1459

Lovgrunnlag: Likestillingsloven § 3

Dato for uttalelse: 12. mars 2012

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A ble i august 2009 ansatt i et vikariat som apotektekniker ved B. Vikariatet ble forlenget med ett år i juni 2010.

Høsten 2010 søkte A på en fast stilling. A fikk ikke stillingen. Personen som fikk stillingen var allerede fast ansatt i C, og hadde vært i tilsvarende stilling ved B.

A gikk ut i foreldrepermisjon 31. mai 2011. A søkte på en ny fast stilling i juni 2011, men fikk heller ikke denne stillingen. Stillingen gikk til en person som hadde vært vikar ved B i kortere tid enn A.

A sitt vikariat gikk ut juni 2011, mens hun var i foreldrepermisjon. Vikariatet ble ikke forlenget selv om stillingseier fortsatt var i permisjon. Vedrørende denne avgjørelsen opplyste B i brev til ombudet av 17. august 2011 at A ikke fikk forlenget sitt vikariat i juni 2011 fordi hun selv skulle ut i permisjon i samme periode og derfor ikke ville kunne utføre oppgavene i vikariatet.

Etter korrespondanse i saken opplyste B i brev til ombudet av 16. september 2011 at A kunne få videreført sitt vikariat fra 1. juli 2011 til sluttdato for stillingseiers permisjon. I e-post til ombudet av 10. oktober 2011 opplyste A at hun hadde blitt tilbudt forlengelse av vikariatet med sluttdato 30. juli 2012, og at hun hadde takket ja til dette.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at hun har blitt forbigått ved flere anledninger på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

A opplyser at hun høsten 2010 søkte på fast stilling hos B, men at stillingen gikk til en annen grunnet lengre ansiennitet. Arbeidsgiver oppga ifølge A at de vektla ansiennitet ved ansettelse, og opplyste at vedkommende fikk stillingen basert på alle årene hun tidligere hadde arbeidet i bedriften. A hevder hun ble fortalt at hun var "neste i køen" for fast stilling.

A sitt vikariat gikk ut juni 2011, mens hun var i foreldrepermisjon. A fikk ikke sitt vikariat forlenget, selv om personen A vikarierte for hadde ett år igjen av permisjonen. Vikariatet ble i stedet fylt med en ny ansatt.

A søkte juni 2011 på fast stilling. Hun fikk heller ikke denne gang stillingen. Den

som ble ansatt var en vikar som hadde kortere ansiennitet enn A. Den eneste

begrunnelse B ga for at hun ikke fikk stillingen var i følge A at det hadde vært så mye omstillinger for de ansatte i avdelingen med vikarer. Dersom de ansatte A ville det innebære enda en vikar i hennes sted, siden hun var i permisjon. Selv om den som fikk stillingen hadde god erfaring, viser A til at hun selv hadde vært lengre i bedriften. Hun anfører videre at hun kun har fått gode tilbakemeldinger på arbeidet hun har utført.

B:

B avviser påstander om at A ble utsatt for graviditetsdiskriminering.

B hevder at ansiennitet ikke er et moment som vektlegges i deres tilsettingssaker. Leder kan, innenfor de rammer som gjelder, fritt ansette den kandidat som anses best kvalifisert og egnet. B har ingen kultur for å gjøre ansiennitet alene til en kvalifikasjon. B har heller ikke retningslinjer om dette.

B opplyser at vedkommende som ble ansatt i fast stilling høsten 2010 allerede var fast ansatt i C, og hadde vært i tilsvarende stilling ved B fra 1987. Hun var godt kvalifisert til stillingen, og ville nok også ha kunnet påberopt seg fortrinnsrett, jf. arbeidsreglementets § 2.4. A ble derfor ikke vurdert som aktuell for stillingen.

Årsaken til at A ikke fikk forlenget sitt vikariat i juni 2011 var at hun selv skulle

ut i permisjon i samme periode og derfor ikke ville kunne utføre oppgavene i

vikariatet. I brev fra B til ombudet av 17. august 2011 ble det opplyst at dersom A finner det hensiktsmessig å ha vikariatet selv om hun ikke kan tjenestegjøre i det grunnet permisjon, så er ikke det noe B ønsker å skape konflikt om. B opplyste videre at dersom A ønsket det, ville hun få videreført sitt vikariat fra 1. juli 2011 med anslått sluttdato tilsvarende stillingseiers permisjon.

Når det gjelder den faste stillingen klager søkte på i juni 2011, hevder

B at den som ble ansatt hadde vesentlig bedre fagkompetanse enn A.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, eller setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 1 og 2.

Forbudet mot direkte forskjellsbehandling omfatter forskjellsbehandling som knyttes blant annet til graviditet, fødsel og kvinnens lovbestemte rett til foreldrepermisjon. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling er svært begrenset. Vernet mot graviditetsdiskriminering er særlig sterkt innenfor arbeidslivet, da forskjellsbehandling på dette området kan true viktige rettigheter for kvinner, jf. blant annet Likestillings- og diskrimineringsnemndas uttalelse i sak nr. 5/2006.

Med indirekte forskjellsbehandling menes ” enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”, jf. likestillingsloven § 3 tredje ledd. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet regnes som indirekte forskjellsbehandling, jf. § 3 tredje ledd og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 36 og 111. Fordi det fremdeles er kvinner som tar mesteparten av foreldrepermisjonen, vil vektlegging av slikt fravær derfor ramme kvinner i langt større grad enn menn.

Indirekte forskjellsbehandling er likevel tillatt i særlige tilfeller 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, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Etter ombudet og nemndas praksis skal det

imidlertid mye til for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse i saker om forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av foreldrepermisjon.

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling, skal det legges til grunn at forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd

forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 16.

En påstand om forskjellsbehandling er ikke nok til at ombudet kan konkludere med at det er "grunn til å tro" at forskjellsbehandling er skjedd. Påstanden må støttes av andre opplysninger eller sakens omstendigheter for øvrig.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om A ble utsatt for forskjellsbehandling da hun ikke fikk forlenget sitt vikariat, samt ikke ble tilsatt i en av de to faste stillingene ved B.

Ombudet vil kort slå fast at det å ikke få forlenget et vikariat eller engasjement, eller ikke få en stilling er å stilles dårligere etter likestillingsloven § 3.

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel og kvinnens lovbestemte rett til foreldrepermisjon regnes som direkte forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, og adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling er svært begrenset. Vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.

Denne saken reiser også spørsmål om indirekte forskjellsbehandling etter

likestillingsloven § 3 tredje ledd på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet. Indirekte forskjellsbehandling er tillatt i særlige tilfeller 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, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Etter ombudet og nemndas praksis skal det imidlertid mye til for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse i saker om forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av foreldrepermisjon.

Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at A har blitt forskjellsbehandlet, går bevisbyrden over på B. B må da sannsynliggjøre at forskjellsbehandling ikke har skjedd. En påstand om at A ble utsatt for forskjellsbehandling er ikke tilstrekkelig til at bevisbyrden går over på B. For at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å

Side 5 av 10

tro at forskjellsbehandling har funnet sted, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens omstendigheter for øvrig. En påstand om forskjellsbehandling, eller bare det faktum at klager var gravid og deretter i foreldrepermisjon er ikke tilstrekkelig.

Ombudet vil vurdere prosessen knyttet til ansettelsen av de to faste stillingene, henholdsvis høsten 2010 og juni 2011, samt B sin avgjørelse om ikke å forlenge A sitt vikariat som utløp juni 2011.

Fast stilling høsten 2010:

A søkte på fast stilling høsten 2010, men ble ikke ansatt. A var på dette tidspunktet gravid. A hevder at arbeidsgivers begrunnelse for ansettelsen var at personen som ble ansatt hadde lengre ansiennitet. A hevder at arbeidsgiver fortalte at hun på bakgrunn av sin ansiennitet var "neste i køen" til neste faste stilling som ble utlyst. B hevder imidlertid at ansiennitet ikke er et moment som vektlegges i deres tilsettingsaker.

Ombudet vil bemerke at dersom arbeidsgiver begrunnet avslaget med ansiennitet, men senere opplyser at ansiennitet ikke er et moment som vektlegges i tilsettingsaker, er dette en omstendighet som kan gi grunn til å tro at A ble forbigått på grunn av graviditet. B avviser imidlertid at dette ble gjort. Slik ombudet ser det står påstand mot påstand. Ombudet har ikke ut i fra disse påstandene alene grunn til å tro at A ikke ble ansatt fordi hun var gravid.

Som ledd i vurderingen av om det er grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling, er det relevant å foreta en sammenlikning av kvalifikasjonene til de som ble innkalt til intervju og den som mener seg forbigått. Det følger av ombudets praksis at dersom klager etter en slik sammenlikning fremstår som bedre kvalifisert, er det en omstendighet som kan gi "grunn til å tro" at det har skjedd forbigåelse i strid med diskrimineringslovgivningen. Ombudet vil i den forbindelse bemerke at ombudet ikke foretar en overprøving av arbeidsgivers vurdering av søkeres kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som best egner seg for stillingen. Ombudet ser derimot på om det er noe som tyder på at den vurderingen arbeidsgiver har gjort ikke fremstår som saklig og balansert.

A hadde arbeidet som apotektekniker ved B siden august 2009. Før det hadde hun to års arbeidserfaring som apotektekniker hos D og E. B har opplyst at personen som fikk stillingen allerede var fast ansatt i C, og at hun hadde vært i tilsvarende stilling ved avd.

B fra 1987. Hun hadde således tidligere erfaring i stillingen, samt en fagkompetanse som gjorde henne godt kvalifisert. B viser også til at personen som fikk stillingen ville hatt fortrinnsrett, jf. arbeidsreglementets § 2.4.

Ombudet har etter en sammenligning av de to kandidatene kommet til at det ikke er grunn til å tro at As graviditet ble tillagt negativ vekt i denne i ansettelsesprosessen. Ombudet finner ut i fra dette at B ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, da A ikke ble tilsatt i fast stilling høsten 2010.

Fast stilling juni 2011:

A søkte i juni 2011 på ny fast stilling, etter at hun 31. mai hadde gått ut i foreldrepermisjon. Ombudet skal ta stilling til hvorvidt A ble utsatt for forskjellsbehandling ved at B vektla hennes foreldrepermisjon under ansettelsesprosessen.

Ombudet finner at det er As permisjon utover hennes lovbestemte rett til foreldrepermisjon som i så tilfelle kan ha blitt vektlagt. Forskjellsbehandling som følge av uttak av foreldrepermisjon av lengre varighet regnes som indirekte forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3 tredje ledd.

Ombudet har merket seg at A hevder at B sa at hun var "neste i køen" for fast stilling. Ombudet understreker at dersom A fikk signal om at hun ville få neste stilling, og arbeidsgiver deretter ansatte en annen fordi A var i foreldrepermisjon, er dette en omstendighet som kan gi grunn til å tro at A ble forbigått på grunn av foreldrepermisjonen. B avviser imidlertid at dette ble gjort. Slik ombudet ser det står også her påstand mot påstand. Ombudet har ikke alene ut i fra disse påstandene grunn til å tro at A ikke ble ansatt fordi hun var i foreldrepermisjon.

Ombudet vil imidlertid peke på at A i juni 2011 ikke fikk forlenget sitt vikariat på grunn av sin foreldrepermisjon, se ombudets vurdering nedenfor. Ut i fra dette finner ombudet at det i utgangspunktet er grunn til å tro at As permisjon også var en faktor ved ansettelsen i fast stilling i juni 2011.

Som ledd i vurderingen av om det er grunn til å tro at det har skjedd forskjellsbehandling, er det relevant å foreta en sammenlikning av kvalifikasjonene til

de som ble innkalt til intervju og den som mener seg forbigått. Ombudet foretar ikke en overprøving av arbeidsgivers vurdering av søkerens kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som best egner seg for stillingen. Ombudet ser derimot, som nevnt over, på om det er noe som tyder på at den vurderingen arbeidsgiver har gjort ikke fremstår som saklig og balansert.

Ombudet har i vurderingen sett hen til at personen som fikk stillingen, med unntak av ett års opphold fra august 2009, har arbeidet innen farmasøytisk industri siden september 2003. Hun har videre arbeidet hos B siden februar 2011. A har arbeidet som apotektekniker ved B siden august 2009, i tillegg har hun to års tidligere erfaring som apotektekniker. Ut fra det B opplyser, medfører erfaring med legemiddelproduksjon i F at personen som fikk stillingen har vesentlig bedre fagkompetanse på produksjon enn A. A har kun arbeidet med produksjon en kort periode. Den fagkompetansen personen som ble ansatt innehar, har i følge B også vist seg å ha betydning for oppgaver og videreutvikling i avdelingen. B opplyser at de i sin vurdering la vekt på at selv om A har vært lengre ansatt ved B, så har personen som fikk stillingen lengre og mer relevant arbeidserfaring enn A. B vektla også personens personlige egnethet.

Ombudet finner at B sin vurdering fremstår som saklig og balansert. Ombudet finner videre at B, gjennom sin redegjørelse for hvilke hensyn som ble tillagt vekt ved avgjørelsen av hvem som skulle få stillingen, har sannsynliggjort at det var andre årsaker enn As foreldrepermisjon som førte til at hun ikke fikk stillingen. Ombudet kommer ut i fra dette til at B ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd, da A ikke ble tilsatt i fast stilling juni 2011.

Vikariatet:

I brev til ombudet av 17. august 2011 skriver B følgende om manglende forlengelse av As vikariat: «Årsaken til at A ikke fikk forlenget sitt vikariat i juni 2011 var at hun selv skulle ut i permisjon i samme periode og derfor ikke ville kunne utføre oppgavene i vikariatet. Eier av stillingen er selv ute i omsorgspermisjon og vil være tilbake sommeren 2012. Dette å skulle ha vikar etter vikaren når både stillingseier og vikar har permisjon i samme periode, er en utfordring å håndtere. Dersom A finner det hensiktsmessig å ha et vikariat selv om hun ikke kan tjenestegjøre i det pgr. egen permisjon, så er ikke det noe vi finner grunn til å skape konflikt om».

Det er ut i fra dette uomtvistet at årsaken til at A ikke fikk forlenget sitt vikariat i juni 2011 var at hun skulle ut i foreldrepermisjon i samme periode. Ombudet vil

presisere at det å ikke få forlenget et vikariat eller engasjement, eller ikke få en stilling på grunn av foreldrepermisjon, er å "stilles dårligere" etter likestillingsloven § 3 tredje ledd. Selv om A ikke kunne tiltre, ville det å ikke å få forlenget vikariatet blant annet kunne få betydning for As tilknytning til arbeidslivet, ansiennitet og lønn.

Ombudet finner det ut i fra dette klart at A har blitt utsatt for indirekte forskjellsbehandlet på grunn av foreldrepermisjon.

Spørsmålet blir dermed om forskjellsbehandlingen likevel kan være tillatt. Indirekte forskjellsbehandling kan i særlige tilfeller være 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, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Ved uforholdsmessighetsvurderingen veies hensynet til arbeidstakeren og arbeidsgiveren opp mot hverandre, det vil si at det foretas en interesseavveining.

Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon er nærmest absolutt. Dette følger av forarbeidene til loven. Likestillingsloven § 3 ble endret i 2002 for å oppnå en harmonisering med EU-retten. Endringen innebar en skjerpelse av vernet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon.

Praksis, både nasjonalt og i EU, tilsier også at adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling må tolkes snevert.

I en sak for den tidligere klagenemnda for likestilling (sak LKN 2002/7) ble en kvinne tilbudt et års vikariat som lærer i en kommune. På grunn av graviditet og

foreldrepermisjon ville ikke kvinnen kunne tiltre vikariatet i det hele tatt. Flertallet kom likevel til at det var i strid med likestillingsloven at kommunen ikke lenger ønsket å ansette kvinnen da det ble klart at hun var gravid.

I den såkalte Webb-saken (C-32/93) fra EF-domstolen, ble en kvinnelig vikar oppsagt fordi hun ble gravid og derfor ikke kunne fungere videre som vikar. I

oppsigelsessaken slo EF-domstolen fast at oppsigelsen var ulovlig selv om hun ikke kunne oppfylle vesentlige deler av sin forpliktelse etter arbeidskontrakten. Det ble vist

til at fravær på grunn av graviditet ikke kan behandles på samme måte som fravær av annen grunn som for eksempel sykdom. Domstolen fant også at arbeidsgivers behov for å ha den ansatte til stede på jobb må vike for hensynet til beskyttelse av den gravide.

B har opplyst at det å ha vikar for vikaren, når både stillingseier og vikar har permisjon i samme periode, er en stor utfordring å håndtere. Ombudet ser at det for arbeidsgiver kan være en ulempe å foreta ansettelse i kortere vikariater i tilfeller der personen som blir tilsatt ikke vil kunne tiltre vikariatet eller kun deler av det. Arbeidsgiver blir dermed nødt til å operere med vikarer for vikarer, noe som kan skape en lite oversiktlig situasjon. Ombudet kan likevel ikke se at denne ulempen er tilstrekkelig til å begrunne den svært snevre adgangen til å gjøre unntak fra likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling i disse tilfellene.

I lys av praksis på området finner ombudet at selv om det er absolutt nødvendig for arbeidsgiver å ha en ansatt til stede, kan ikke arbeidsgiver si opp eller la være å ansette en kvinne som er gravid eller i foreldrepermisjon med den begrunnelse at hun ikke kan være tilstede i den aktuelle perioden. Det forhold at A ikke kunne være tilstede i hele eller deler av vikariatet på grunn av foreldrepermisjon, slik at man ville måtte ansette en vikar for vikaren, var derfor ikke en saklig grunn til å unnlate å forlenge vikariatet. Ombudet kommer ut i fra dette til at B handlet i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd, da A ikke fikk forlenget sitt vikariat.

Ombudet har imidlertid merket seg at A i ettertid, etter at saken ble klaget inn for ombudet, har fått videreført sitt vikariat fra 1. juli 2011 med anslått sluttdato tilsvarende stillingseiers permisjon. På bakgrunn av dette mener ombudet at det påklagede forholdet ikke lenger er i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd.

Konklusjon

1. B handlet ikke i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, da A ikke ble tilsatt i fast stilling høsten 2010. B handlet heller ikke i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd, da A ikke ble tilsatt i fast stilling juni 2011.
2. B handlet i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd, da A ikke fikk forlenget sitt vikariat. Ombudet finner imidlertid at det påklagede forholdet ikke lenger er i strid med likestillingsloven, da A etter at saken ble klaget inn for ombudet fikk videreført sitt vikariat.