

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2009-18

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak.
Dato	2009-09-07
Doknr/publisert	LDN-2009-18
Stikkord	Likestillingsloven § 3.
Sammendrag	Spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av graviditet etter likestillingsloven § 3 ved utleie av arbeidskraft fra et bemanningsbyrå.
Saksgang	Sak nr. 18/2009.
Parter	TINE BA, Proffice AS, A. 1
Forfatter	Aslak Syse, leder. Gudrun Holgersen, nestleder. Lena Bendiksen. Thom Arne Hellerslia. Britt Elin Strand.

Sakens faktiske forhold

I april 2007 fikk A jobbtilbud gjennom bemannings- og rekrutteringsbyrået Proffice AS. Hun ble leid ut til TINE BA for perioden 16. april 2007 til 1. juni 2008. Oppdraget var 100 % stilling som kundekonsulent ved TINEs (...).

Proffice AS er et bemannings- og rekrutteringsbyrå med over 60 kontorer i Norden. Virksomheten omfatter blant annet rekruttering og utleie av personale til bedrifter.

Bedrifter leier arbeidskraft fra Proffice. Arbeidstakerne som leies ut er ansatt i Proffice, som dermed har arbeidsgiveransvaret. Arbeidstakeren mottar lønn direkte av Proffice, på grunnlag av timeliste attestert av oppdragsgiver. Arbeidstakeren vil fortsatt være tilsatt i Proffice dersom bedriften avslutter kontrakten med Proffice før oppdragets slutt.

Avtalen mellom Proffice AS og TINE BA er regulert i *Proffice sine generelle vilkår for leie av personell*. I vilkårene står det blant annet:

Proffice er ansvarlig arbeidsgiver for medarbeidere som leies ut til oppdragsgiver og svarer for lønn, sykepenger, feriepenger, forsikringer og samtlige sosiale kostnader for medarbeideren. Proffices medarbeidere skal følge oppdragsgiverens reglement og instruksjoner og arbeide under oppdragsgivers ledelse og kontroll.

...

Oppdragsgiver er ansvarlig for at arbeidsforholdene på arbeidsstedet er i overensstemmelse med arbeidsmiljølovens bestemmelser.

...

Dersom den mottatte arbeidshjelp likevel ikke oppfyller de kvalifikasjonskrav som er oppgitt ved bestilling, skal Proffice så raskt som mulig stille ny kvalifisert erstatning til rådighet.

...

Proffices priser beregnes pr. arbeidstime og dekker alle kostnader forbundet med leie av våre medarbeidere.

...

OPPSIGELSE

Ethvert bekreftet og/eller påbegynt oppdrag er å anse som forpliktende for begge parter og kan normalt ikke avbrytes før den avtalte perioden er utløpt. Oppsigelsestiden er gjensidig 14 dager regnet fra oppsigelsesdato i de første 6 måneder. Etter dette er oppsigelsestiden gjensidig 1 måned fra oppsigelsesdato.

Det ble inngått en arbeidsavtale med A som arbeidstaker og Proffice som arbeidsgiver datert 11. april 2007. Ifølge kontrakten skulle A utføre arbeid hos oppdragsgiver i henhold til oppdragsavtale inngått med Proffice. Arbeidsforholdet skulle starte opp i samsvar med oppdragsbekreftelsen. For tiden mellom oppdrag skulle det ikke utbetales lønn. I kontrakten aksepterte arbeidstaker at hun eller han kunne bli gitt annet arbeid, annen arbeidstid eller annet arbeidssted.

A ble gravid i september/oktober 2007. Hun informerte Proffice om graviditeten pr. e-post 27. november 2007. Da hadde hun først informert TINE.

I e-post av 3. desember 2007 spurte A Proffice om hva som skjer dersom hun ble sykmeldt og TINE valgte å si opp avtalen. Hun viste til at hun må være i jobb 6 av de 10 siste månedene før permisjonen for å få foreldrepenger. Proffice svarte blant annet følgende i e-post av 3. desember 2007:

Siden det er vi som er din arbeidsgiver er det vi som har ansvaret for deg. Dersom det skulle bli sånn at TINE ble helt umulig, noe jeg ikke tror med B ved roret, er det vårt ansvar å finne en annen jobb til deg. Vi finner uansett en løsning, A. Jeg vil bare også opplyse deg om at sykmeldingspenger også gjelder som jobb...

A var hos legen 24. januar 2008. Legen anbefalte at hun ble hjemme en uke og at hun deretter arbeidet 50 % en ukes tid for å se hvordan det gikk.

Rett etter legebesøket ringte A til sin sjef hos TINE og fortalte om sykmeldingen. Deretter ble avtalen om utleie av A mellom TINE og Proffice sagt opp med virkning fra 29. februar 2008. Etter dette var A fortsatt ansatt hos Proffice. I e-post fra Proffice til A av 31. januar 2008 står det blant annet:

For å ha alt på det rene, vil jeg bare bekrefte at oppdraget med Tine avsluttes den 29.02.2008 og at du fortsatt har ansettelsesforhold hos Proffice frem til 01.06.2008.

Hun var sikret lønn fram til 1. juni 2008, noe som ble bekreftet i brev fra Proffice av 8. april 2008. Hun ville bli tilbudt nye oppdrag, eventuelt arbeid internt hos Proffice.

A ble 100 % sykmeldt fra 1. februar 2008. Proffice utbetalte sykepenger til A i arbeidsgiverperioden. Deretter fikk hun utbetalt sykepenger fra NAV etter folketrygdloven. A var sykmeldt 100 % fram til hun gikk ut i foreldrepermisjonen.

I e-post fra Proffice av 27. februar 2008 ble A spurt om hvordan det ligger an med videre jobb i mars og om det er noe Proffice bør forberede seg på i den forbindelse.

I brev av 9. mai 2008 til Likestillings- og diskrimineringsombudet bekreftet Proffice følgende:

Dersom A blir friskmeldt (helt eller delvis) vil hun bli tilbudt arbeid i form av et nytt oppdrag eller internt hos Proffice. Uavhengig av arbeid vil hun ved friskmelding være sikret lønn fra Proffice ut oppdragperioden.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 28. februar 2008 henvendte A seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet. Hun viste til at oppdraget hos TINE (...) hadde opphørt og at dette skyldtes graviditet.

I Ombudets brev til Proffice 14. mars 2008 ble det vist til at kun TINE var klaget inn for Ombudet. Ombudet ba likevel om en redegjørelse fra Proffice AS om praksis vedrørende gravide ansatte og As situasjon spesielt.

Ombudet ga uttalelse i saken 25. februar 2009. Ombudet konkluderte med at TINE BA hadde handlet i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering i likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2. TINE hadde satt A i en dårligere stilling på grunn av graviditet. Videre understreket Ombudet at også andre enn arbeidsgiver kan bli ansvarlig for forskjellsbehandling etter likestillingsloven.

Ombudet konkluderte også med at Proffice AS hadde medvirket til forskjellsbehandlingen i strid med likestillingsloven § 3 syvende ledd. Ombudet viste til at Proffice hadde akseptert TINEs oppsigelse av avtalen, noe de ikke var tvunget til fordi oppsigelsen var ulovlig etter likestillingsloven.

TINE BA klaget på Ombudets uttalelse ved brev av 20. mars 2009 fra advokat Rannveig Arthur.

Proffice AS klaget på uttalelsen ved brev av 20. mars 2009 fra advokat Camilla Bernhoftsen.

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

Saken ble oversendt til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 7. april 2009.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 7. september 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Lena Bendiksen, Thom Arne Hellerslia og Britt Elin Strand.

Proffice møtte ved C og advokat Camilla Bernhoftsen. TINE BA møtte ved D, B og advokat Rannveig Arthur. A deltok i møtet pr. telefon. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Stian Sigurdson. Nemndas sekretariat var representert ved Geir Helgeland.

Partenes argumenter:

TINE BA avviser at de har forskjellsbehandlet A i strid med likestillingsloven § 3. TINEs avtale med Proffice bortfalt ikke på grunn av As graviditet. Avtalen ble brakt til opphør fordi A på grunn av sykefravær ikke lenger kunne arbeide som vikar hos TINE BA.

TINE BA kontaktet Proffice som følge av As sykefravær. TINE hadde akutt behov for arbeidskraft og TINE BA og Proffice ble enige om å avbryte kontraktsforholdet.

TINE BA understreker at A ikke har vært tilsatt eller engasjert av TINE BA. Mens hun utførte arbeid i avdelingen (...) i TINE BA, hadde hun hele tiden sitt ansettelsesforhold hos Proffice. Det var derfor Proffice sitt ansvar å tilrettelegge for As graviditet. A ble derfor heller ikke sagt opp av TINE BA.

A ble heller ikke satt i en dårligere situasjon enn hun ellers ville vært i på grunn av at TINEs kontrakt med Proffice opphørte. Hun hadde fortsatt sine rettigheter som arbeidstaker i behold overfor Proffice.

I likhet med TINE BA mener også Proffice AS at A ikke ble satt i en dårligere stilling. A ble ikke sagt opp, hun var fortsatt ansatt hos Proffice etter at TINE avsluttet kontrakten. A mottok lønn av Proffice ut oppdragstiden, det vil si til 1. juni 2008. Hun har således ikke lidd noe økonomisk tap. Ved eventuell friskmelding ville A blitt tilbudt annet arbeid.

Etter arbeidskontrakten hadde A ikke krav på å forholde seg til en bestemt oppdragsgiver. Det lå i stor grad innenfor arbeidsgivers styringsrett å anvisne arbeidstaker til et annet arbeidssted eller annet arbeid. A ble ikke satt i en annen stilling enn enhver annen ansatt som blir tatt av et oppdrag. A ville heller ikke vært i en annen situasjon dersom hun hadde vært direkte tilsatt i TINE.

Proffice AS tilbakeviser også at de har medvirket til forskjellsbehandling på grunn av graviditet. De viser til hovedregelen om medvirkning i strafferetten. Den som er passivt til stede når en annen begår en straffbar handling, kan ikke straffes for medvirkning. Det har også formodningen mot seg at Proffice skulle ha fjernet A fra oppdraget uten at TINE hadde framsatt krav om dette. Proffice har et økonomisk tap når oppdraget faller bort og har således ingen selvstendig interesse i å avbryte kontraktsforholdet med sine kunder.

A informerte Proffice om 100 % sykmelding i slutten av januar 2008. Videre opplyste A at legen mente hun kunne jobbe 50 % fra 7. februar og fram til fødselen. Proffice informerte samme dag TINE om As sykefravær. TINE gjorde det klart at de trengte en vikar i 100 % stillingen som kundekonsulent, og at de derfor var nødt til å si opp oppdraget overfor Proffice. A ble informert samme dag om at avtalen mellom Proffice og TINE hadde blitt brakt til opphør med virkning fra 29. februar.

Proffice hadde etter kontraktsforholdet med TINE ikke anledning til å tvinge TINE til å beholde A, eller på annen måte nekte TINE å si opp kundekontrakten. Dette gjaldt uansett begrunnelse som ble gitt for å si opp kontrakten. Når TINE sa opp sin kontrakt, var dette et kontraktsrettslig forhold mellom TINE og Proffice.

Et forslag fra Proffice om å sette inn en vikar til i 50 % stilling for å dekke opp As fravær, ble avvist av TINE. A ble under sitt sykefravær tett fulgt opp av Proffice med tanke på å få henne tilbake i arbeid. Dette skjedde gjennom telefonsamtaler, e-post og tilbud om møter med As to nærmeste overordnede. Hun ble gitt samme lønn og økonomiske betingelser etter TINEs oppsigelse av kontrakten. Videre ble hun flere ganger informert om at hennes ansettelsesforhold i Proffice fortsatte til tross for TINEs avslutning av kontrakten. Proffice har således ivaretatt sitt arbeidsgiveransvar overfor A.

Proffice mener også det er feil ved Ombudets saksbehandling. I Ombudets brev av 14. mars 2008 presiseres at det er TINE, og ikke Proffice, som er klaget inn for Ombudet. Dette er også i samsvar med As klage til Ombudet, der hun skriver at *Proffice har prøvd å gjøre det de kan for å følge reglene og tilpasse min situasjon*. Heller ikke på andre stadier i saksbehandlingen ble Proffice informert om at de ble vurdert med tanke på lovbrudd. Dette har medført at Ombudet har lagt et ufullstendig faktum til grunn.

A mener hun ble sagt opp på grunn av graviditet. Selv om A var tilsatt hos Proffice, ble hun sagt opp av TINE BA. Grunnen til TINEs oppsigelse av kontrakten var As sykmelding som skyldtes graviditet.

Hun ønsket å fullføre engasjementet hos TINE med 50 % arbeidstid. Verken Proffice eller TINE ønsket å tilrettelegge arbeidssituasjonen til hennes graviditet. Da hun ble sykmeldt fikk hun beskjed om at hun ville miste 50 % av sin inntekt om ikke Proffice fant et nytt oppdrag til henne. Det ble heller ikke opplyst at hun kunne jobbe internt hos Proffice.

Bortfallet av arbeidsforholdet hos TINE og spørsmålet om å finne nytt oppdrag til henne, satte henne uansett i en utrygg situasjon. Som gravid var ikke ny jobb med nye kollegaer en ønskelig situasjon.

A oppfattet det slik at hun ikke ville få noe nytt oppdrag fordi hun var gravid, og følte seg tvunget til 100 % sykmelding.

Hun bekrefter at hun ikke har lidd noe økonomisk tap på grunn av oppsigelsen. Det har imidlertid vært en stor belastning for henne at kontrakten ble sagt opp.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder private virksomheters beslutninger eller handlinger. Nemnda har derfor kompetanse til å fatte bindende vedtak om det foreligger brudd på likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 7.

Saken vurderes etter forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet i likestillingsloven § 3. I likestillingsloven § 3 første og andre ledd står det:

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.*

Det er understreket i likestillingslovens forarbeider at også forskjellsbehandling på grunn av fravær som igjen er begrunnet i graviditet eller fødsel rammes av forbudet i § 3 andre ledd nr. 2 (se Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 29, 32 og 36).

Likestillingsloven stiller vilkår om at den gravide kvinnen settes i en dårligere stilling. Om dette er det sagt følgende i Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 27:

Hvorvidt det foreligger forskjellsbehandling etter gjeldende rett avhenger av om det foreligger en handling i lovens forstand, jf pkt. 6.1.2 nedenfor. Videre vil det være spørsmål om handlingen faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Med stilling menes rettsstilling i vid forstand. Gjennom praksis er det fastslått at ikke bare de handlinger som har medført at noen har kommet i en dårligere stilling, men også de som er egnet til å medføre at noen kommer i en dårligere stilling, kan rammes av loven. I sak nr. 10/92 (LKN-1992-10) uttalte Klagenemnda for likestilling at en handling kunne være i strid med loven dersom den var egnet til å ramme det ene kjønn på en urimelig måte, uansett om det er mulig å påvise direkte skadevirkninger i det konkrete tilfellet.

Spørsmålet er om A ble satt i en dårligere stilling ved at oppdraget hos TINE BA falt bort. I utgangspunktet må det legges til grunn en objektiv målestokk. Det må legges vekt på hva som vanligvis vil regnes som negative endringer. Det vises i denne sammenhengen til Nemndas saker 7/2006 og 22/2006.

På bakgrunn av framlagte e-poster og brev fra Proffice i perioden rundt bortfallet av oppdraget, legger Nemnda til grunn at Proffice ville forsøke å finne annet arbeid til A fram til 1. juni 2008. Dette ville bestå av arbeid hos en annen oppdragsgiver eller arbeid internt hos Proffice. I alle tilfeller ville hun beholde lønn og sitt ansettelsesforhold hos Proffice.

Nemndas flertall, medlemmene Syse, Holgersen og Bendiksen, finner at A ikke kom i en dårligere stilling etter at oppdraget hos TINE BA ble avsluttet. Flertallet viser særlig til at hun beholdt samme arbeidsgiver og de samme økonomiske ytelsene. Flertallet har også lagt vekt på at A fikk oppdraget gjennom ansettelse i et vikarbyrå. Et særpreg ved denne typen arbeidsforhold er forholdsvis hyppig skifte av oppdrag og arbeidssted. Hun kunne ikke ha den samme forventningen om stabilt arbeidssted som personer med et direkte arbeidstakerforhold til TINE.

Flertallet kommer dermed til at verken TINE BA eller Proffice AS handlet i strid med likestillingsloven § 3 i forbindelse med bortfallet av As oppdrag hos TINE.

Nemndas mindretall, medlemmene Hellerslia og Strand, mener avslutningen av oppdraget hos TINE var egnet til å stille A i en dårligere stilling enn hun ville vært uten graviditeten.

Mindretallet viser til at A var nødt til å skifte arbeidssted og arbeidsoppgaver dersom hun ble friskmeldt. Hun var ikke sikret likeverdige arbeidsoppgaver som ga samme yrkeserfaring, og kompetanseheving gjennom relevant yrkeserfaring er en viktig motivasjon for å gå inn i denne typen arbeidsforhold. Selv om arbeidsleie innebærer en risiko for å måtte skifte oppdrag, setter diskrimineringsvernet begrensninger for hva som kan utløse et oppdragsskifte. Mindretallet kan videre ikke se at det ulovfestede unntaket kommer til anvendelse, og det vises i den forbindelse til at det synes å ha vært en mulig løsning med 50 % arbeidstid for A og 50 % for en annen arbeidstaker hos Proffice.

Mindretallet finner derfor at A ble forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven på grunn av sin graviditet. Mindretallet legger til grunn at det var TINE BA som foretok oppsigelsen av oppdraget, og derfor står ansvarlig for den diskriminerende handlingen. Proffice AS kan likevel bli ansvarlig som medvirker. I og med at flertallet har kommet til at det ikke foreligger en diskriminerende handling, finner imidlertid mindretallet ikke grunn til å ta stilling til om vilkårene for medvirkningsansvar er oppfylt i dette tilfellet.

En samlet Nemnd finner grunn til å understreke at graviditetsvernet i likestillingsloven § 3 gjelder alle typer handlinger, uansett om det er arbeidsgiver eller andre som står bak handlingen. Dette innebærer at både Proffice AS som arbeidsgiver og TINE BA som oppdragsgiver må ivareta sitt ansvar for å hindre at oppdragstakere settes i en dårligere stilling på grunn av graviditet, fødsel eller foreldrepermisjon.

Nemnda understreker også at det avtalerettslige forholdet mellom vikarbyrået og oppdragsgiver ikke setter til side ansvaret, herunder medvirkeransvaret, etter likestillingsloven.

Når det gjelder forskjellsbehandling på grunn av blant annet seksuell orientering og alder, er det presisert at diskrimineringsvernet også gjelder arbeidsgivers behandling av innleide arbeidstakere. Dette følger av arbeidsmiljøloven § 13-2 andre ledd. Likestillingsloven kan ikke være ment å gi et dårligere vern til gravide kvinner.

Proffice AS har også klaget på saksbehandlingen hos Ombudet. Siden Nemnda konkluderer med at Proffice AS ikke har brutt likestillingsloven, finner Nemnda ikke grunn til å vurdere denne delen av klagen.

Nemndas vedtak er avgitt under dissens (3-2).

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 12 om overprøving av Nemndas vedtak, kan vedtaket bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Søksmål til overprøving av Nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av Nemndas vedtak rettes mot staten ved Nemnda.

SAK 18/2009

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

Proffice AS og TINE BA handlet ikke i strid med graviditetsvernet i likestillingsloven § 3 da As oppdrag som utleid konsulent hos TINE BA ble avsluttet.