

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2015-15

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak.
Dato	2016-02-01
Doknr/publisert	LDN-2015-15
Stikkord	Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 31. oktober 2014.
Sammendrag	Spørsmålet i saken er om B handlet i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering overfor A, jf. likestillingsloven § 3 (lov nr. 45/1978).
Saksgang	Sak nr. 15/2015
Parter	A - B .
Forfatter	Ivar Danielsen (møteleder), Usman Ivar Shakar, Astrid Merethe Svele, Anne Lise Rønneberg, Anniken Sørli.

Sakens bakgrunn

X Bemanning AS er et bemanningsselskap med konsulenter innen administrative og tekniske fagområder. B er distributør av norsk laks og fjordørret.

X Bemanning utlyste et engasjement som salgsassistent hos kunde B. Det følger av utlysningen at ønsket tiltredelse var 14. oktober 2013. Det er ikke oppgitt varighet for engasjementet. Videre følger det av utlysningsteksten at kunden ønsker en kandidat som behersker «spansk flytende», både muntlig og skriftlig. Oppdraget gikk ut på å avlaste og samarbeide med salgsapparatet i bedriften, utarbeide salgsdokumenter og være ansvarlig for formidling/utsendelse til kunde samt diverse forefallende arbeid (for eksempel kontakt med pakkeri og transportører og noe kontakt med kunde).

A tok på bakgrunn av utlysningen kontakt med C i X Bemanning 26. september 2013. Den 27. september 2013 ga C følgende tilbakemelding per e-post:

«Hei A - Det er et engasjement hvor kunden håper å få inn en kandidat de kan satse på videre til fast stilling - De holder til i Y og driver med fiske eksport. Det er selvfølgelig konfidensielt, men du kan kikke på www.B.no»

Den 23. oktober 2013 ble B forelagt et utkast til oppdragsavtale mellom X Bemanning og A. I utkastet ble lengden på oppdraget angitt til seks måneder. B endret oppdagsperioden til tre måneder med mulighet til å forlenge oppdragsperioden med ytterligere tre måneder. B hadde ingen rettslig forpliktelse til å forlenge oppdragsperioden. Innleieperioden skulle vare fra 1. november 2013 til 31. januar 2014, og det gjaldt en 100 prosent stilling som salgsassistent.

Det ble inngått arbeidsavtale mellom A som arbeidstaker og X bemanning som arbeidsgiver 23. oktober 2013. Ifølge avtalen skulle A utføre arbeid som angitt i oppdragsbekreftelsen hos de oppdragsgivere som skal leie inn personell i henhold til oppdragsavtalen inngått med X bemanning. For perioden mellom oppdrag skulle det ikke utbetales lønn. Den 24. oktober 2013 ble oppdraget hos B bekreftet.

A ble leid inn av B fra og med 1. november 2013. Den 25. november 2013 opplyste A til X Bemanning og til nærmeste leder i B, D, at hun var gravid. Hun hadde termin 8. juli 2014.

Den 2. desember 2013 ble A innkalt til møte og orientert av D om at hun trolig ikke ville få forlenget oppdraget utover de avtalte tre månedene. Den 3. desember 2013 ble A 100 prosent sykmeldt. A var deretter sykmeldt ut den avtalte innleieperioden. Graviditeten var ikke årsaken til sykmeldingen.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

A klaget B og X Bemanning inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet (ombudet) ved brev av 2. januar 2014.

I uttalelse av 31. oktober 2014 konkluderte ombudet med at:

«B handlet ikke i strid med likestillingsloven § 3 første og andre ledd nr. 2 ved ikke å forlenge As oppdragsperiode som innleid salgsassistent med tre måneder.»

I en annen uttalelse av samme dato konkluderte ombudet med at X Bemanning ikke hadde handlet i strid med likestillingsloven § 3 overfor A.

A klaget over ombudets uttalelse i foreliggende sak ved brev datert 14. november 2014. Ombudet vurderte saken på nytt og fastholdt sin konklusjon. Saken ble oversendt til Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved ombudets brev av 19. februar 2015.

Saken ble behandlet i nemndas møte tirsdag 19. januar 2016. I behandlingen deltok nemndas medlemmer Ivar Danielsen (møteleder), Usman Ivar Shakar, Astrid Merethe Svele, Anne Lise Rønneberg og Anniken Sørli. A deltok på telefon sammen med sin ektefelle. B deltok på telefon, representert ved daglig leder. Fra ombudet møtte Shorish Azari som observatør. Nemndas sekretariat var representert ved Anette Klem Funderud og Ingeborg Aas.

Partenes argumenter

A har i hovedsak anført

Hennes graviditet var grunnen til at hun ikke fikk forlenget innleieperioden hos B.

Hun var forespeilet en fast jobb på sikt forut for og under signeringsmøtet med C i X Bemanning. B hadde behov for en som kunne ta over for eksisterende salgsassistent E, på grunn av språkkompetanse (hovedsakelig spansk). E skulle fortsette som salgsassistent for andre selgere og markeder, mens hun skulle bidra til å forsterke samarbeidet med det spansktalende markedet, i tillegg til å bistå E overfor det israelske markedet. Hun skulle også avlaste salgs- og markedsdirektøren og innkjøpsjefen. Etter at hun hadde begynt hos B, ble hun av nærmeste leder forespeilet besøksreise til fiskeanleggene og fremtidige utenlandsturer til messer/seminarer, samt at hun ble tatt med på diskusjoner vedrørende fremtidige rutiner i salgsorganisasjonen. Den som sto for opplæringen var en som hadde jobbet som salgsassistent i ca. 1 år og som om kort tid skulle slutte. Det var ingen tvil om at B ønsket en som kunne tre inn i en fast stilling.

Hun hadde aldri takket ja til engasjementet dersom det ikke var aktuelt med fast stilling. Riktignok var det kun X Bemanning som sa direkte at det var aktuelt med fast jobb på sikt, men B kommuniserte det samme indirekte til henne. Hennes ektefelle kan bekrefte at hun ble forespeilet besøksreise til fiskeanlegg og fremtidige utenlandsturer. Besøksreise til fiskeanlegg var også foranledningen til at hun fortalte om graviditeten.

B uttrykte at selskapet var fornøyd med henne helt til hun fortalte at hun var gravid 25. november 2013. Da snudde stemningen totalt. Hun fikk ikke være med på daglige gjøremål som møter og oppfølging av kunder, og hun fikk færre bestillinger å utføre. D innkalte ledergruppen til et møte rett etter at hun fortalte om graviditeten, der hennes fremtid i firmaet ble diskutert.

Hun ble innkalt til et møte med nærmeste leder, D, om veien videre onsdag 2. desember 2013. Dette var tre arbeidsdager etter at hun opplyste om graviditeten. I møtet ble hun fortalt at selskapet ikke lenger ønsket hennes tjenester og ikke ville forlenge kontrakten. Hun spurte om selskapet ikke var fornøyd med henne, men fikk ikke noe konkret svar på dette. Til slutt innrømmet D, gjennom kroppsspråk og nikking, at det var hennes graviditet som var årsaken.

Salgsassistent E, som hun skulle bistå, leverte sin oppsigelse med en måneds oppsigelsesfrist omtrent samtidig med at hun fortalte om sin graviditet. Dette bekrefter at B hadde behov for hennes arbeidskraft.

B har i hovedsak anført:

Det avvises at As graviditet er årsaken til at hun ikke fikk forlenget innleieperioden. Det foreligger ikke noe brudd på likestillingsloven.

Det som var behovet da avtalen ble inngått og A startet sitt arbeid, var et engasjement på tre måneder. Mulig fast ansettelse var ikke et tema. Kontraktsforslaget fra X Bemanning var et engasjement på seks måneder. Dette ble endret etter ønske fra B som ville ha et engasjement på tre måneder. Opsjonen var kun aktuell hvis det senere skulle oppstå et behov. Etter en drøy måned hadde det ikke oppstått behov som endret virksomhetens behov for kun et tre måneders engasjement. Hva X Bemanning eventuelt har forespeilet A kan ikke B holdes ansvarlig for.

Den opplæringen A fikk skiller seg ikke fra opplæringen gitt andre salgsassistenter. Verken opplæringen eller annet skulle tilsi at A kunne ha en forventning om fast ansettelse. Selv om oppdraget skulle blitt forlenget med tre måneder ville As graviditet vært irrelevant for bedriften, da hun først ville gått ut i permisjon etter dette.

Grunnen til at det ble inngått en kontrakt med en oppdragsperiode på tre måneder er at B har store sesongsvingninger som medfører at bemanningsbehovet kan variere, og at omsetningen i november og desember normalt vil være mer enn 50 prosent høyere enn andre måneder i året. Oppdragsperioden i kontrakten med X Bemanning er satt nettopp for å øke kapasiteten i denne perioden. Muligheten til å utvide engasjementet med tre måneder ble satt for å ta høyde for en eventuell økt oppdragsmengde etter As oppdragsperiode og/eller hvis det i perioden skulle skje endringer i organisasjonen. Opsjonen ble ikke aktuell for denne kontrakten av flere grunner, men også fordi A ble sykmeldt i desember og ikke kom tilbake i oppdragsperioden. Kontrakten med X Bemanning som gjaldt A ble ikke sagt opp eller avsluttet av B.

Spørsmålet om forlengelse av As kontrakt ble tatt opp i en ordinær samtale med nærmeste leder. Det ble da meddelt at slik det lå an med oppdragsmengde og organisasjonen for øvrig, ikke ville være aktuelt å benytte seg

av opsjonen for forlengelse. Det som ble sagt i samtalen med A i desember, var at bedriften på dette tidspunktet ikke så for seg et behov som ga grunnlag for forlengelse og at det trolig ikke ville bli aktuelt å forlenge innleieperioden. Med bakgrunn i tiden som hadde gått, og at det var mindre enn to måneder igjen av engasjementet, var vurderingen at det ikke var unaturlig og ingenting påfallende med en slik avklaring. Dette også for at hennes arbeidsgiver skulle ha god tid til å finne et nytt engasjement for henne, noe etter virksomhetens forståelse X Bemanning også hadde ordnet.

As graviditet var ikke tema i samtalen, og var ikke med i vurderingen av spørsmålet om benyttelse av opsjonen. Idet oppdragsperioden var satt til maksimalt tre pluss tre måneder, ville As graviditet uansett vært uten betydning for oppdragsgiver. Da oppdragsgiver ble kjent med graviditeten ble hun gratulert både av nærmeste overordnede og resten av organisasjonen. Ingen har ment å uttrykke at det var negativt at hun var gravid. Vurderingen av forlengelse gikk på helt andre forhold enn de personlige hos A, og det var lite å utsette på jobben hun utførte de ukene hun var der.

I den aktuelle perioden var det kun en fast ansatt salgsassistent E, som sluttet. Han sa opp sin stilling i desember 2013. Oppsigelsestiden falt seg slik at den normale «toppen» sesongmessig/arbeidsmessig var over før han sluttet i bedriften. E hadde italiensk som språk, og hadde blant annet erfaringsbakgrunn med å organisere flyforsendelser. Dette var andre oppgaver enn A var tiltenkt, som hovedsakelig var å avlaste salgsansvarlig på Spania i de travle månedene november og desember. Det nærmeste man kommer en erstatter for Es stilling var en som ble leid inn periodevis mellom 6. februar 2014 og 1. september 2014. Vedkommende hadde tilsvarende kompetanse som E hadde på flyfrakt, og han snakket fem språk. A hadde ikke riktig kompetanse for stillingen.

Det har blitt ansatt nye medarbeidere også etter desember 2013, men kun til erstatning for personer som har sluttet. A ble ikke erstattet, og oppgavene hun utførte har og blir utført av flere ansatte. Bøker også regelmessig kapasiteten rundt nyttår da bransjen som sådan har et betydelig økt omsetningsvolum knyttet til denne perioden.

Graviditet og foreldrepermisjon har ikke betydning når det gjelder eventuell forlengelse av oppdraget. A var etter det opplyste nylig blitt gravid og det var neppe aktuelt med foreldrepermisjon i løpet av oppdragsperioden enten denne var tre eller seks måneder. Ettersom ansettelsesforholdet er mellom X Bemanning og A vil oppdragsgiver ikke ha kostnader eller særlige ulemper ved en eventuell sykmelding.

Det legges til grunn prinsipielt sett at man ved innleie av personell ikke behøver å begrunne hvorfor en kontrakt med innleid personell ikke forlenges opp mot hva som er bedriftens behov. Hva som er bedriftens behov ligger klart innenfor arbeidsgivers styringsrett, og er ikke opp til andre å bedømme.

Fra tid til annen forekommer det tilfeller der innleid personell senere blir ansatt. Som regel gjelder dette tilfeller der noen er innleid for å erstatte en ansatt, og det viser seg at personen det er vikariert for ikke kommer tilbake. Det har aldri forekommet at en person som har vært innleid i tre måneder har blitt tilbudt ansettelse i bedriften. Dette har både med forholdet til bemanningsselskapet å gjøre og av hensyn til behovet for prosesser ved ansettelser.

Nemndas vurdering

Nemnda skal ta stilling til om B handlet i strid med likestillingsloven overfor A.

Nemnda har kompetanse til å føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av likestillingsloven. Dette følger av lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda § 1 andre ledd nr. 1 (diskrimineringsombudsloven nr. 40/2005).

Per 1. januar 2014 trådte det i kraft en ny likestillingslov (lov nr. 59/2013). Foreliggende sak gjelder forhold før den nye loven trådte i kraft, og det legges derfor til grunn at den tidligere likestillingsloven er utgangspunktet for nemndas behandling.

Likestillingsloven § 3 fastsetter forbud mot direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Bestemmelsens første til fjerde ledd har denne ordlyden:

«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 mor eller far. Tilsvarende skal spørsmål om graviditet, adopsjon eller familieplanlegging i ansettelsesprosessen, uavhengig av søkerens kjønn, regnes som direkte forskjellsbehandling.

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.»

Forskjellsbehandling på grunn av graviditet og fødsel, og en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter en fødsel, regnes som direkte diskriminering. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering. Denne inndelingen er også understreket i lovens forarbeider i Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 36 og 111.

Vernet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet skal tolkes strengt. Forbudet mot graviditetsdiskriminering gjelder alle deler av tilsettingsprosessen, ikke bare det endelige valget av hvem som skal tilsettes. Dette gjelder uten hensyn til om vedkommende ville blitt tilsatt i stillingen. Likestillingshensyn tilsier at vernet mot graviditetsdiskriminering er særlig strengt innen arbeidslivet, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 111.

Likestillingsloven § 16 første ledd bestemmer følgende om bevisbyrden:

«Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.»

Bestemmelsen fastsetter såkalt delt bevisbyrde. Det er i utgangspunktet den som klager som må vise til omstendigheter som gir grunn til å tro at det foreligger diskriminering. Nemnda har i en rekke saker vurdert om bevisbyrden har gått over på innklagede. En påstand fra klager, har ikke i seg selv vært nok til at bevisbyrden har gått over på innklagede.

I tilfeller der bevisbyrden snus, har nemnda vurdert om innklagede likevel har klart å sannsynliggjøre at diskriminering ikke har funnet sted. Nemnda har i de fleste tilfeller foretatt en totalvurdering ut fra den framlagte dokumentasjonen og partenes skriftlige og muntlige forklaringer. Det har således ikke vært ett enkelt dokument eller vitneutsagn som har gjort at bevisbyrden anses oppfylt. Nemnda har normalt krevd at dokumentasjonen er etterprøvable og ikke utarbeidet i ettertid (tidsnær dokumentasjon).

Nemnda vil først ta stilling til om B handlet i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering ved ikke å tilby A fast ansettelse.

A anfører at hun i forkant av og under signeringsmøtet med X Bemanning ble forespeilet fast stilling i B etter endt engasjement. Videre anfører A at hun ble forespeilet av D i B at hun skulle få delta på utenlandsmesser og besøke fiskerianlegg.

Under nemndas møte kom det klart frem at A aldri har blitt forespeilet fast ansettelse av B. Hva X Bemanning eventuelt har forespeilet A, kan, etter nemndas vurdering, ikke B bli holdt ansvarlig for. I utgangspunktet utarbeidet X Bemanning et utkast til oppdragsavtale som anga at lengden på oppdraget skulle være seks måneder. Lengden på oppdraget ble deretter endret til tre måneder med mulighet til forlengelse. Etter nemndas vurdering er dette et uttrykk for at B ville se an selskapets behov etter de første tre månedene. At en fast ansatt salgsassistent slutter innebærer heller ikke at en innleid har krav på en fast stilling. Nemndas konklusjon er dermed at A ikke ble diskriminert på grunn av graviditet da hun ikke fikk tilbud om fast stilling.

Nemnda går så over til å vurdere om B handlet i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering ved ikke å forlenge engasjementet.

Det følger av nemndas tidligere praksis at tap av muligheten til å bli ansatt i et vikariat på grunn av graviditet er å bli satt i en «*dårligere stilling*» i likestillingslovens forstand.

At det gikk kort tid mellom tidspunktet da A opplyste om graviditeten og til hun fikk beskjed om at oppdraget trolig ikke ville bli forlenget, kan ha mange grunner. Sammenfall i tidspunktene er, etter nemndas syn, uansett en omstendig som gir grunn til å tro at A ble forskjellsbehandlet.

Spørsmålet for nemnda er dermed om B har sannsynliggjort at det var andre årsaker enn graviditeten som medførte at oppdraget ikke ble forlenget.

Det foreligger ingen dokumentasjon av de vurderinger B har gjort i forbindelse med beslutningen om ikke å forlenge oppdragsperioden til A. Det er imidlertid opplyst at oppdragsperioden til A ikke ble forlenget fordi selskapet kun hadde et sesongmessig behov for As stilling. Bs omsetning er 50 prosent høyere i november og desember enn ellers i året, og innleieperioden til A er sammenfallende med denne høysesongen. B har videre opplyst at selskapet ikke har erstattet A med en annen innleid oppdragstaker, og at de oppgavene A utførte har blitt og blir utført av mange personer. Nemnda legger dette til grunn.

Videre er det opplyst at A hadde termin 8. juli 2014. Dette innebærer at A først ville ha gått ut i permisjon etter den perioden det var aktuelt å forlenge med. X Bemanning ville som arbeidsgiver også vært ansvarlig for sykepenger ved sykdom og for å skaffe en eventuell vikar. Etter nemndas syn ville A graviditet derfor ikke ha stor betydning for B.

Siden As engasjement var sesongbasert og at As graviditet ville hatt liten betydning for selskapet, har nemnda kommet til at B har sannsynliggjort at det var andre grunner enn As graviditet som gjorde at oppdraget ikke ble forlenget.

Nemndas konklusjon er at B ikke har handlet i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering overfor A ved ikke å forlenge oppdragsperioden.

As klage til nemnda har ikke ført frem.

Uttalelsen er enstemmig.

Sak 15/2015

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har gitt følgende uttalelse:

B handlet ikke i strid med forbudet mot graviditetsdiskriminering overfor A, jf. likestillingsloven § 3 (lov nr. 45/1978).