

## **Ikke fått forlenget vikariat på grunn av graviditet**

Kvinne hevder at arbeidsgiver forskjellsbehandlet henne på grunn av graviditet, da hun ikke fikk forlenget vikariat, til tross for at det var usikkert når personen hun vikarierte for kom tilbake til stillingen.

Arbeidsgiver valgte å ansatte en trainee istedenfor å la vikaren fortsette i stillingen. Ettersom stillingen som hun vikarierte i fortsatt var ledig og arbeidsoppgavene var de samme som lå til stillingen, var det etter ombudets vurdering mest nærliggende å utvide kvinnens vikariat. Selv om også var usikkert når personen hun vikarierte for kom tilbake, så var det etter ombudets vurdering naturlig at også klager kunne fungert i en stilling hvor stillingens lengde er uviss. Etter ombudets vurdering har arbeidsgiver ikke sannsynliggjort at graviditet ikke har hatt betydning for at X ikke fikk forlenget vikariatet. Likestillings- og diskrimineringsombudet kom til at arbeidsgiver handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved å ikke forlenge Xs vikariat.

Saksnummer 10/211

Lovanvendelse: LDO.

Ombudets uttalelse: 21. februar 2011.

## **Ombudets uttalelse**

### **Sakens bakgrunn**

Kvinne X har vært ansatt som butikksjef i arbeidsgiver i to år, i to ulike vikariater. X begynte som butikksjef i januar 2008 ved avdeling A, i vikariat for C. Fra 1. februar 2009 ble hun ansatt ved avdeling Y, i vikariat for Z. Z ble da ansatt som butikksjef ved kjøpesenter B fra 1. januar 2009 til oktober 2009. Xs vikariat varte i utgangspunktet frem til 15. oktober 2009, men ble utvidet til 31. desember 2009. I Xs kontrakt står det uttrykkelig at X vikarierer for Z, som igjen vikarierer for F under hennes foreldrepermisjon.

F fikk innvilget forlengt foreldrepermisjon til 31. desember 2009, noe som førte til at både C og X fikk forlengt sine vikariater tilsvarende. F fikk deretter forlengt vikariat frem til 28. mai 2010. I oktober 2009 ble C sykemeldt.

X ble varslet om utløpet av vikariatet hun gikk i, og signerte varselet 24. november 2009. Det er ikke bestridt at arbeidsgiver kjente til Xs graviditet da varselet ble signert. Da Xs vikariat utløp 31. desember 2009, var C ventet tilbake 15. januar 2010. C fikk imidlertid forlengt sykemelding for én måned av gangen. C forble sykemeldt frem til hun fødte i april 2010. I den perioden C var sykemeldt og ikke kunne være tilstede fra 31. desember 2009, satte Arbeidsgiver inn en ny assisterende butikksjef som ansvarshavende i arbeidsgiver. Den assisterende butikksjefen er med i et internt traineeprogram.

I arbeidsgiver på avdeling Y jobbet det for øvrig en deltidsansatt, med kvelds- og helgevakter på tre timer i uken etter 1. januar 2010. I tillegg er det ansatt en deltidsvikar med åtte timer per uke for tidsrommet 3. februar 2010 til 20. april 2010 grunnet ferieavvikling.

X var ca. fem måneder på vei da vikariatet gikk ut, og fødte den 19. april 2010.

## Partenes syn på saken

### X:

X hevder at hun har blitt diskriminert på grunn av graviditet og kommende foreldrepermisjon da hun ikke fikk forlengt vikariat som butikksjef, til tross for at personen hun vikarierte for ikke kom tilbake til stillingen.

X viser til at arbeidsgiver visste at hun var interessert i videre vikariat, men at de likevel valgte ikke å forlenge hennes vikariat. Hun påpeker at arbeidsgiver var kjent med at hun var gravid, og hun mener dette er årsaken til at de ikke forlenget vikariatet.

Stillingen ble besatt av en trainee. Personen som fikk trainee stillingen hadde i følge X ikke formelt ansvar for arbeidsgiver, og arbeidsgiver sto derfor uten butikksjef. X stiller spørsmålsteget ved at de har ansatt en trainee i den stillingen X hadde, særlig når traineen ikke har myndighet til å ansette nye personer.

X påpeker at arbeidsgiver var kjent med at C var sykemeldt frem til april. Hun viser videre til at hun var i dialog med C om å ansette to deltidsansatte, og at C da fortalte at hun ikke kom tilbake til stillingen fordi hun ventet barn i april.

Videre viser X til at hun før utløpet av vikariatet hadde gitt to ansatte permisjon, slik at det var to ledige kontrakter på åtte og ni timer i uken. Etersom det ikke var ansatt noen nye i deres stilling, var det flere ledige timer som kunne besettes. X påpeker at hun ga uttrykk for at hun selv kunne fylle disse kontraktene, men fikk da beskjed om at hun ikke kunne ansette seg selv i stillingen. Det ble heller ikke da kommunisert at hun ikke var ønsket i firma på grunn av tidligere uoverensstemmelser.

X har ikke fått tilbakemelding fra Arbeidsgiver på hvorfor hun ikke er kvalifisert til jobben. Hun påpeker at hun heller ikke har fått negativ tilbakemelding på sitt arbeid som butikksjef i arbeidsgiver. Hun mener tvert om at hun i oktober 2009 ble lovet muntlig av dagligleder at arbeidsgiver skulle gjøre alt de kunne for å beholde henne i firmaet.

Hun viser til at hun er inneforstått med at det tidligere har vært en del misnøye fra ansatte, men at hun den siste tiden har hatt en svært velfungerende butikk. Hun har heller ikke fått noen tilbakemeldinger på at hun ikke har gjort en god nok jobb. Hun mener derimot at hun har fått mye ros for å ha ryddet opp i tidligere uoverensstemmelser, og for måten det ble håndtert på. X viser til at hun har hatt en åpen dialog med sine overordnede i Arbeidsgiver. Det har ikke blitt kommunisert til henne at det var uoverensstemmelser som var årsaken til at hun ikke fikk forlengelse av vikariatet.

X påpeker at hun selv tok initiativ til møte med D på e-post i begynnelsen av desember for å få tilbakemelding på hvorfor hun ikke fikk forlenget vikariat. X ble invitert til møte den 21. desember. Møtet ble imidlertid avlyst. Hun hevder de hadde en kort og ubehagelig samtale under påhør av

andre, hvor det ble uttalt at ingenting var bestemt. X følte hun ble avfeid og at det ikke var rom for videre diskusjon om hennes ansettelsesforhold. X har tatt initiativ tre ganger for å få en skriftlig redegjørelse/attest av Arbeidsgiver, men dette har hun ikke fått.

I telefonsamtale med saksbehandler i LDO den 14. februar 2011, har X hevdet at hun informerte arbeidsgiver om sin graviditet da hun var ca. åtte uker på vei. Arbeidsgiver var derfor kjent med hennes graviditet i god tid før hun mottok varselet om at hennes vikariat opphørte 31. desember 2009.

### **Arbeidsgiver:**

Arbeidsgiver avviser Xs påstand om at hennes graviditet var årsaken til at hun ikke fikk forlenget vikariat utover 31. desember 2009.

Arbeidsgiver viser til at Xs vikariat hele tiden var ment å opphøre 31. desember 2009. Arbeidsgiver anfører at man ikke har noe rettskrav på å få forlenget kontrakt når en midlertidig kontrakt utløper. Man får heller ikke automatisk rett til å fortsette i den midlertidige stillingen fordi man er gravid, selv om personen man vikarierer for ikke kommer tilbake til stillingen. De påpeker at X signerte varslingen som ble gitt den 24. november 2009 om at hennes vikariat opphører 31. desember 2009. De viser til at hun fikk forlenget vikariat i oktober 2009, da hun var gravid, og mener at dette taler i mot at de har lagt vekt på graviditet i vurderingen av om vikariatet skulle forlenges utover 31. desember 2009.

Arbeidsgiver viser til at C, som X vikarierte for, var sykemeldt og forventet tilbake 15. januar 2010. De mener at det ikke på noe tidspunkt var klart at hun ikke kom tilbake. De trodde etter dialog med C, samt den kortvarige sykemeldingen, at hun ville være raskt på plass. De forholdt seg kun til sykemeldingsdatoene. Det var uansett klart at C ville komme tilbake i mai 2010. På grunn av den uforutsigbare situasjonen som oppstod ved at C ble sykemeldt i fire nye uker, mener arbeidsgiver at det var naturlig å sette inn en assisterende butikksjef som enkelt og greit kunne gå tilbake til sin ordinære stilling da C kom tilbake. Arbeidsgiver viser videre til at siden det er lavsesong på den tiden av året, så var det den mest fornuftige måten å løse bemanningssituasjonen på.

Det avvises at butikksjefstillingen ble omgjort til en trainee stilling. Personen som ble ansatt i stillingen er ansatt som assisterende butikksjef, som er med i et internt trainee program i bedriften.

Til Xs påstand om at Arbeidsgiver ikke har gitt begrunnelse på hvorfor hun ikke har fått tilbud om ny kontrakt, har Arbeidsgiver anført at X flere ganger har takket nei til møter med sin nærmeste sjef. De påpeker at deforeslo møte både den 15. februar 2010 og den 24. februar 2010, men at X avslo møtet fordi tidspunktene ikke passet.

Arbeidsgiver skrev i første tilbakemelding til ombudet at de ikke har vurdert å tilby X andre stillinger, og at årsaken til dette er at det ligger i et tidligere konfliktforhold ved avdelingen. Det påpekes at X er kjent med dette. De viser likevel til at ledelsen har gitt henne beskjed om at hun fritt kan søke på utlyste stillinger.

I senere redegjørelse presiserer imidlertid arbeidsgiver at konfliktforholdet som de viste til i første redegjørelse ikke har hatt noen betydning for Xs rolle i stillingen som butikksjef.

Arbeidsgiver avviser Xs anførsel om at hun ble lovet at arbeidsgiver skulle gjøre alt de kunne for å beholde henne i firmaet.

Til Xs anførsel om at hun kunne ansettes i de ledige kontraktene på åtte og ni timer etter de som var i permisjon, opplyser arbeidsgiver at de på grunn av synkende omsetning og lavsesong, ikke hadde behov for å fylle opp disse kontraktene.

Arbeidsgiver hevder at det var X som selv måtte avlyse møtet den 21. desember på grunn av sykdom og bemanningsproblemer i arbeidsgiver. De påpeker at det er X som har avlyst tre møter med arbeidsgiver. De viser videre til at det var X som tok opp temaet om at de ikke hadde noen jobb til henne fremover.. De beklager at X følte seg avvist. De beklager videre at de ikke har skrevet attest, men at det skyldes stor arbeidsmengde.

Arbeidsgiver fremhever at de har overvekt av kvinnelige ansatte og at de har en kultur for å inkludere og ivareta deres gravide arbeidstakere.

## 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 2. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er svært begrenset. Vernet mot graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, dersom ikke arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. likestillingsloven § 16.

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

## Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om arbeidsgiver handlet i strid med forbudet mot direkte diskriminering i likestillingsloven § 4 (2), jf. § 3 (2), da Xs vikariat ikke ble forlenget utover 31. desember 2009, til tross for at personen hun vikarierte for ikke kom tilbake til stillingen.

Av ombudets praksis følger det at det er i strid med likestillingsloven dersom et vikariat som ellers ville blitt forlenget, ikke blir det på grunn av graviditet. I dette ligger det at man blir stilt dårligere ved at et vikariat ikke blir forlenget.

Spørsmålet for ombudet er etter dette om det foreligger omstendigheter som gir *grunn til å tro* at vikariatet ville blitt forlenget dersom X ikke var gravid. Dersom ombudet finner at det er *grunn til å*

tro at graviditet har hatt betydning for at X ikke fikk forlenget vikariat, går bevisbyrden over på arbeidsgiver som må sannsynliggjøre at graviditeten likevel ikke er vektlagt.

For at det skal foreligge omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted en direkte forskjellsbehandling på grunn av graviditet, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette beror på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var gravid på det tidspunktet en eventuell forskjellsbehandling skal ha funnet sted, er i seg selv ikke nok til at bevisbyrden går over på innklagede. Klageren har i utgangspunktet bevisføringsrisikoen, jf. mindretallets uttalelse i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2006, som senere er lagt til grunn av en samlet nemnd i lignende saker.

X hadde først et vikariat som butikksjef fra januar 2008. Deretter ble hun flyttet til avdeling Y hvor hun vikarierte i ca. ett år frem til 31. desember 2009. Vikariatet ble i denne perioden forlenget en gang i oktober 2009. Til sammen har X vikariert under den samme ledelsen i to år.

Arbeidsgiver har anført at de forlenget Xs vikariat i oktober 2009, og mener at dette taler i mot at de har lagt vekt på graviditet i vurderingen av om vikariatet skulle forlenges utover 31. desember 2009. X har i telefonsamtale med ombudet opplyst at hun opplyste om graviditeten allerede etter åtte uker. Ombudet legger derfor til grunn at arbeidsgiver kjente til hennes graviditet da vikariatet ble forlenget. Ombudet er enig med arbeidsgiver at dette trekker i retning av at det ikke er grunn til å tro at det har blitt lagt vekt på graviditet ved vurderingen av om vikariatet skulle forlenges.

Arbeidsgiver var i god tid før vikariatet opphørte kjent med at X var gravid. Arbeidsgiver var også kjent med at hun var interessert i å fortsette i stillingen. Likevel valgte Arbeidsgiver å ansette en ny trainee i stillingen som butikksjef, på ubestemt tidspunkt, istedenfor å la X fortsette i vikariatet. Ettersom arbeidsoppgavene var de samme som lå til stillingen vil det etter ombudets vurdering vært mest nærliggende å utvide vikariatet, når stillingen som hun vikarierte i fortsatt var ledig.

Utgangspunktet er at man ikke har rett til å fortsette i et vikariat, selv om personen man vikarierer for ikke kommer tilbake i stillingen som forventet. I vurderingen av om vikariatet skal forlenges, når stillingen likevel skal besettes, har man imidlertid ikke lov til å legge vekt på graviditet.

Arbeidsgiver har i første redegjørelse trukket frem at de ikke har vurdert å tilby X andre stillinger, og at årsaken til dette er et tidligere konfliktforhold i avdelingen der X var ansatt. I sin siste redegjørelse

har arbeidsgiver derimot uttalt at de tidligere uoverensstemmelsene som var i Xs avdeling, ikke har hatt noen betydning for Xs rolle i hennes vikariat. X anfører at hun ikke har fått noen negative tilbakemeldinger på sin arbeidsinnsats, men hevder at Arbeidsgiver var fornøyd med Xs arbeidsinnsats. Arbeidsgiver har heller ikke bestridt Xs anførsel om at de var fornøyd med hennes arbeidsinnsats. Dette tyder på at det ikke var Xs arbeidsutførelse som var årsaken til at hun ikke fikk forlenget vikariat.

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 25/2006 kom en samlet nemnd frem til at det var grunn til å tro at det hadde skjedd diskriminering, fordi kvinnen hadde fungert i den utlyste stillingen og arbeidsgiver ikke hadde gitt noen klare tilbakemeldinger på at de var misfornøyde med den jobben hun hadde utført. I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 06/2006 fant flertallets i nemnda at bevisbyrden hadde gått over på arbeidsgiver fordi kvinnen var i foreldrepermisjon på tilsetningstidspunktet, kvinnen hadde fungert i den aktuelle stillingen mellom to og tre år forut for utlysningen og hun hadde ikke fått noen klare tilbakemeldinger på at arbeidsgiver var misfornøyd med hennes arbeidsutførelse.

Etter ombudets vurdering er begge sakene sammenlignbar med denne saken.

Ombudet mener at dette gir *grunn til å tro* at X ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet da hun ikke fikk forlenget vikariatet. Bevisbyrden går dermed over på arbeidsgiver, som må *sannsynliggjøre* at forskjellsbehandlingen skyldes andre omstendigheter enn graviditet.

Arbeidsgiver anfører at det hele veien var forventet at C skulle komme tilbake 15. januar 2010. Videre viser arbeidsgiver til at det var naturlig å sette inn en assisterende butikksjef som enkelt og greit kunne gå tilbake til sin ordinære stilling da C kom tilbake, på grunn av den uforutsigbare situasjonen som oppstod, ved at C ble sykemeldt med en måned av gangen etter 15. januar 2010.

Ettersom det i sakens dokumenter ikke er oppgitt noen varighet på den assisterende butikksjefen som er med i en traineeordning, legger ombudet til grunn at stillingens varighet var ubestemt, men at den uansett var ment å vare helt til C eventuelt kom tilbake, eller til utløpet av hennes vikariat den 28. mai 2010. Selv om sykemeldingen til C var usikker og den varte i en måned av gangen, så er det etter ombudets vurdering naturlig at også X kunne fungert i en slik stilling hvor stillingens lengde er uvis. X var også kjent med forholdene rundt Cs situasjon, og kunne derfor forutse situasjonen. Ombudet er på denne bakgrunn kommet til at det faktum at stillingens varighet ikke var klarlagt ikke kan gis avgjørende betydning i saken.



Arbeidsgiver har ikke anført andre grunner som årsak til at X ikke fikk forlenget vikariat.

Etter ombudets vurdering har arbeidsgiver ikke sannsynliggjort at graviditet ikke har hatt betydning for at X ikke fikk forlenget vikariat i arbeidsgiver.

Spørsmålet blir om arbeidsgiver hadde saklige grunner for å legge vekt på graviditet i vurderingen av spørsmålet om forlengelse av vikariatet.

Forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet er tilnærmet 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 diskriminering på grunn av graviditet og foreldrepermisjon. Det fremgår også tydelig i EF domstolens praksis at det sterke vernet mot graviditetsdiskriminering også gjelder for midlertidig ansatte jf. Tele-Danmark saken (C-109/00).

Etter ombudets vurdering har arbeidsgiver ikke sannsynliggjort at det var saklige grunner for å legge vekt på graviditet ved vurdering av forlengelse av vikariatet.

## Konklusjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet frem til at butikken har handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved å ikke tilby X forlenget vikariat utover 31. desember 2009, når personen hun vikarierte for ikke kom tilbake til stillingen slik som forventet.

\*\*\*

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. likestillingsloven § 9, jf. § 17.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen *14. mars 2011* om hvordan Arbeidsgiver foreslår å løse saken, dersom Arbeidsgiver velger ikke å bringe saken inn for Ligestillings- og diskrimineringsnemnda.