

NOTAT

Til:

Fra:

Dan Frøskeland

Vår ref.

Dato:

11/325-26 /SF-414, SF-512.1, SF-821, SF-902 /

03.10.2011

M

En kvinne anførte at hun hadde blitt diskriminert av et vikarbyrå, da et tilbud falt bort etter at hun informerte oppdragsgiver om at hun var gravid. Ombudet kom til at det ikke var mulig for ombudet å ta stilling til om det var en årsakssammenheng mellom graviditeten og kanselleringen av oppdraget, og at det derfor var vanskelig å vurdere et eventuelt medvirkeransvar for vikarbyrået.

Ombudet vurderte videre om vikarbyrået hadde diskriminert klageren direkte ved å unnlate å foreta seg noe i hennes sak, det vil si at vikarbyrået hadde plikt til å handle for å hindre en eventuell diskriminering av henne. Ombudet kom til at det ut fra dagens lov, forarbeider og praksis, var uklart hvorvidt det kan utledes en slik handlingsplikt for arbeidsgiver. Av denne grunn fant ombudet at det ikke kunne sies at vikarbyrået hadde brutt likestillingsloven på selvstendig grunnlag i denne saken.

Saksnummer: 11/325

Diskrimineringsgrunnlag: kjønn

Lovanvendelse: likestillingsloven § 3

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A klaget den 18. mars 2011 vikarbyrået B inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Bakgrunnen for dette var at hun opplevde seg diskriminert grunnet graviditet. A søkte barnehagestilling hos B 15. desember 2010. Etter å ha vært inne på intervju, ble hun 6. januar 2011 fast tilsatt ved B, og hun har utført barnehageoppdrag i perioden januar – mars 2011. Hun ble 100 % sykmeldt 18. mars 2011.

Den 20. januar 2011 ble A intervjuet til stilling som dokumentkontrollør ved C ASA. Den 28. januar 2011 fikk B beskjed av D¹ at C ønsket å ansette A fra 1. mars 2011. Den 4. februar 2011 informerte A C om at hun var gravid. Den 7. februar fikk B beskjed fra D om at As kontrakt med C var kansellert, og at kontraktsmøtet dagen etter utgikk.

B opplyser at når et oppdrag blir kansellert av en kunde, opprettholder arbeidstakeren sitt krav på lønn fra B for resten av oppdragsperioden, men vedkommende er da forpliktet til å utføre annet passende arbeid for andre oppdragsgivere/kunder i den resterende del av oppdragsperioden. A beholder dermed sin lønn som dokumentkontrollør frem til 1. februar 2012, mot at hun stiller sin arbeidskraft til disposisjon som barnehageassistent. B vil lansere henne til oppdrag som dokumentkontrollør etter at permisjonen er over, og B vil starte arbeidet med dette 1-1,5 måned før permisjonstidens utløp.

Partenes syn på saken

A:

A mener at C har kansellert hennes oppdrag grunnet hennes graviditet. Selv om hun beholder lønnen som dokumentkontrollør, medfører det at hun, for å få dette, må stille sin arbeidskraft til disposisjon for stillinger som barnehageassistent, at hun blir stilt i en dårligere stilling enn hun ville vært hvis hun ikke var gravid. Stillinger som barnehageassistent er tyngre fysisk enn stillinger som dokumentkontrollør, og hun mister muligheten til å få erfaring som dokumentkontrollør. Som ringevikar må hun videre bytte arbeidsplass og dermed kollegaer hver dag.

¹ B og E [et annet vikarbyrå] har gått sammen om å levere bemanningstjenester til C. Samarbeidet kalles D og har en koordinator som er knutepunktet inn til C. Denne personen arbeider i E.

Hun mener at B må lansere henne til stillinger som dokumentkontrollør eller tilsvarende, men det er ikke en god løsning at hun blir lansert før permisjonen hennes er over, da hun i et slikt tilfelle vil ha problemer med å finne barnepass til sitt barn. Hennes forslag til løsning er følgende:

- Hun gir selv beskjed til B når hun kan begynne å arbeide igjen.
- Hun får lønn som dokumentkontrollør fra første dag permisjonen er over.
- Dersom det ikke er noen ledige stillinger som dokumentkontrollør eller tilsvarende fra første dag permisjonen er over, beholder hun lønnen som dokumentkontrollør uten å måtte arbeide som barnehageassistent.

B:

B viser i sin redegjørelse til at det at en stilling blir kansellert, utgår eller blir utsatt, skjer fra tid til annen mellom bemanningsselskaper og oppdragsgivere. Det kan være mange årsaker til at oppdrag blir kansellert; det kan være personmessige forhold hos oppdragsgiver, utsettelse eller bortfall av prosjekter, økonomi m.v. B ble først kjent med at A var gravid 7. februar, da D ringte for å informere henne om at C hadde kansellert oppdraget. B vet ikke hvorfor C kansellerte dette oppdraget.

B mener at A ikke er satt i en dårligere stilling ved at oppdraget ble kansellert. Hun beholder samme arbeidsgiver og de samme økonomiske ytelsene som dokumentkontrollør frem til oppdraget hos C skulle opphøre. Hun søkte seg selv til B som barnehageassistent, og for at hun skal beholde sine betingelser er det en forutsetning at hun stiller sin arbeidskraft til disposisjon. I den tiden A har arbeidet som barnehageassistent, har hun kun arbeidet når det passet henne.

B har for øyeblikket ingen ledige stillinger i den kategorien som A vil ha, men de vil lansere henne for slike stillinger etter permisjonstiden hvis slike blir ledig. Det vil være opp til henne å gå på intervju på disse stillingene, og det vil være opp til oppdragstaker om hun blir valgt. Bakgrunnen for at B ønsket intervju med A før permisjonstidens utløp, var for å hindre at hun fikk en periode uten lønn etter endt permisjon.

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, hvis ikke den som er ansvarlig for *handlingen, unnlatsen eller ytringen* 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 påpeker innledningsvis at det i utgangspunktet vil være i strid med likestillingsloven om en oppdragsgiver skifter ut en vikar som er gravid med en annen vikar. For å konstatere diskriminering i et slikt tilfelle må det være en årsakssammenheng mellom graviditeten og kanselleringen av oppdraget, og kanselleringen må ha ført til at vikaren er blitt satt i en dårligere stilling.

Likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2, jf. første ledd oppstiller ikke vilkår om at det er *arbeidsgiver* som må ha stått for forskjellsbehandlingen. Spørsmålet om forskjellsbehandling er derfor aktuelt både i forhold til oppdragsgiver C og vikarbyrået B, uavhengig av hvilket av selskapene som anses å være arbeidsgiver. Utgangspunktet i slike saker vil være at oppdragsgiver som kansellerer oppdrag er den som er ansvarlig for eventuell diskriminering, og at det kan vurderes om vikarbyrået/bemanningsbyrået har medvirket til diskrimineringen, jf. likestillingsloven § 3 siste ledd. A har ikke ønsket å klage C inn for ombudet, og ombudet skal da kun vurdere om B har handlet i strid med likestillingsloven i denne saken.

Ombudet skal ta stilling til om A har blitt behandlet dårligere enn hun ellers ville ha blitt grunnet graviditet. Dersom ombudet finner at det er *grunn til å tro* at graviditet har hatt betydning for at hun har blitt stilt dårligere, går bevisbyrden over på B. B må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

B uttaler at forholdet mellom B og kunden (her: C) reguleres av en kundekontrakt. Kunden kjøper en tjeneste av B og har mulighet til å si opp oppdraget med den oppsigelsesfrist som er nedfelt i kundekontrakten. Kunden kan også kansellere oppdraget. En eventuell oppsigelse av kontrakten eller kansellering er et rent kontraktsrettslig forhold mellom B og kunden. B har ikke anledning til å påtvinge kunden å beholde den innleide arbeidstakeren. Dette gjelder uavhengig av bakgrunnen for oppsigelsen av kontrakten/kanselleringen.

I sak 18/2009 understreker imidlertid nemnda at det avtalerettslige forholdet mellom vikarbyrået og oppdragsgiver ikke setter til side ansvaret, herunder medvirkeransvaret, etter likestillingsloven.

Ombudet siterer fra nemndas sak 18/2009:

”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.”

Dette innebærer at vikarbyråer kan pådra seg medvirkeransvar i slike tilfeller.

B uttaler at selskapet ikke var kjent med grunnen til at C kansellerte vikaroppdraget til A, og at B fikk vite av A at hun var gravid samme dag oppdraget ble kansellert. Ombudet kan ikke se at det er opplysninger i saken som tilsier at Bs forklaring på dette punktet er uriktig.

Tidsmessig skjedde kanselleringen bare noen få dager etter at A varslet C om at hun var gravid. Det er et faktum som gjør det naturlig å stille spørsmål om graviditet var årsaken til at oppdraget bortfalt. A har imidlertid ikke ønsket å klage inn C for ombudet fordi hun ønsker å opprettholde gode forbindelser til C med tanke på eventuelt arbeid der i fremtiden. Ombudet har tolket henne slik at hun heller ikke har ønsket at ombudet skulle ta kontakt med C for å få en redegjørelse for hvorfor oppdraget ble kansellert. Dette gjør at det ikke er mulig for ombudet å ta stilling til om det var en årsakssammenheng mellom graviditeten og kanselleringen av oppdraget. Av samme årsak blir det derfor vanskelig for ombudet å vurdere Bs eventuelle medvirkeransvar.

Slik ombudet har kunnet opplyse saken foreligger det ikke opplysninger eller holdepunkter som gir grunn til å tro at B har medvirket til brudd på likestillingsloven i dette tilfellet.

Spørsmålet er om B ved å unnlate å undersøke bakgrunnen for kanselleringen idet B ble kjent med at A var gravid er et selvstendig brudd på likestillingsloven. En generell praksis der alle kanselleringer/oppdragsbortfall blir effektivert uten nærmere undersøkelser vil kunne være egnet til å stille visse grupper dårligere, og kan derfor i utgangspunktet vurderes som et utslag av indirekte diskriminering. Der det foreligger opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering kan ha skjedd, kunne man tenke seg en plikt for arbeidsgiver til å foreta seg noe aktivt for å avklare situasjonen og eventuelt hindre slik diskriminering.

I dette tilfellet kunne man dessuten vurdere om B hadde diskriminert A direkte ved å unnlate å foreta seg noe i hennes sak, det vil si at B hadde plikt til å handle for å hindre en eventuell diskriminering av henne.

Ut fra dagens lov, forarbeider og praksis er det imidlertid uklart hvorvidt det kan utledes en slik handlingsplikt for arbeidsgiver. Plikt til å forebygge og søke å hindre diskriminering er uttrykkelig fastsatt i likestillingsloven § 8a når det gjelder trakassering på grunn av kjønn og seksuell trakassering. Det fremgår ikke av forarbeidene til vernebestemmelsen at denne plikten direkte kan utledes av generalklausulen i § 3. Ombudet tolker forarbeidene slik at det er en ny plikt som lovfestes, med de behov for avklaringer med hensyn til innhold, anvendelsesområde, ansvarsforhold og håndheving som følger av det.

I et trepartsforhold som i vår sak, kan det være vanskelig å skille en selvstendig handlingsplikt fra et eventuelt medvirkningsansvar. Når grunnlaget for en slik plikt dessuten kan synes uklar, er ombudet kommet til at B ikke kan sies å ha brutt likestillingsloven på selvstendig grunnlag i denne saken.

Som arbeidsgiver har B uansett plikt til å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene innenfor sin virksomhet, jf. likestillingsloven § 1a annet ledd. Hvorvidt man kan utlede en plikt til å følge opp kanselleringer der det oppstår mistanke om graviditet eller foreldrepermisjon er årsaken til kanselleringen, kan være en relevant problemstilling i denne forbindelse. Brudd på aktivitetsplikten er imidlertid ikke sanksjonert, og ombudet ser derfor ikke grunn til å gå nærmere inn på dette. På generelt grunnlag vil ombudet likevel si at arbeidsgiver i slike tilfeller bør kontakte sin kontraktspart for å avklare situasjonen, slik at diskriminering eventuelt kan avverges.

Konklusjon

B har ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3.

Oslo, 19.09.2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud

