

NOTAT

Til:

Fra:
Monica Andresen

Vår ref.
10/1912-19 /SF-414, SF-514.9, SF-
711, SF-821, SF-902 /

Dato:
15.04.2011

OMBUDETS UTTALELSE

SAKENS BAKGRUNN

Den kvinnelige arbeidstaker A ble ansatt som produktkoordinator hos arbeidsgiver B. 1. februar 2007. Arbeidsgiver B, er eiet av selskap C. Arbeidsgiver B er ansvarlig for utvikling, innkjøp og markedsføring av produkter under selskap Cs egne merker innen dagligvarehandelen. Produktkoordinatorene bistår produktsjefene.

A har vært gravid fem ganger de siste fem årene, og har abortert i alle fem graviditeter. De fire siste spontanabortene har skjedd mens hun har vært ansatt i selskap B. Det er høyest risiko for spontanabort, såkalt habituell abort, i begynnelsen av et svangerskap, og A har derfor vært sykemeldt 100 % i begynnelsen av svangerskapene.

Partene har forskjellig oppfatning av hvor omfattende fraværet til A har vært, men de er enige i at fraværet har vært relativt omfattende.

Arbeidsgiver B har på grunn av As fravær foreslått en endring i hennes arbeidsoppgaver. Endringene innebærer at hun i en midlertidig periode tar hovedansvar for fortolling.

PARTENES SYN PÅ SAKEN

Klager A:

A hevder arbeidsgiver ulovlig har endret arbeidsoppgavene hennes på grunn av hennes graviditet.

A viser til en personalsamtale holdt 27. september 2010 vedrørende sykefravær og arbeidsoppgaver, hvor hun ble konfrontert med at hennes sykefravær skapte store problemer og at arbeidsgiver B derfor ønsket å endre hennes arbeidsoppgaver.

Arbeidsgiver foreslo at hun skal ta mer ansvar i fortollingsoppgaver og være med å avlaste andre produktkoordinatorer etter behov. A oppfatter de foreslåtte endringene i arbeidsoppgavene som en degradering. De nye arbeidsoppgavene er etter hennes vurdering mye mindre attraktive og har betydelige større rutinepreg.

Til støtte for dette viser A til dokumentasjon på oppgaver som hører til stillingen produktkoordinator, og stillingen innen "fortolling". Hun viser til at endringene som foreslås er så vesentlige og at de derfor bare kan foretas etter reglene for endringsoppsigelse.

Etter møtet sendte A to forslag til hvordan situasjonen kunne løses for å sikre at arbeidsgiver B ikke skulle bli så skadelidende ved eventuelle fremtidige fravær. Det ene forslaget går ut på at produktkoordinatorene blir samlet under en teamleder som fordeler oppgaver ut ifra kapasitet hos hver enkelt. Vikaren kan læres opp i de fleste daglige arbeidsoppgavene slik at de andre produktkoordinatorene kan avlastes på disse og heller ta de mer kompliserte oppgavene. Det andre forslaget innebærer at vikaren går inn og tar de enklere oppgavene til den fraværende produktkoordinatoren. I tillegg avlaster vikaren en annen produktkoordinator med oppgavene hun er opplært i, slik at den produktkoordinatoren kan ta de mer tekniske oppgavene for den fraværende produktkoordinator.

A viser også til at det er usikkert om og eventuelt når hun blir gravid igjen. Det har tidligere gått alt fra fire/fem måneder til ett/to år mellom hver gang hun har lyktes å bli gravid. Det vil derfor ikke være riktig å forskuttere fremtidig fravær.

Innklagede arbeidsgiver B:

Arbeidsgiver B bestrider at en midlertidig endring av As arbeidsoppgaver er i strid med likestillingsloven. Først og fremst mener arbeidsgiver B at endringene gjøres for å tilrettelegge for A, slik at hun skal kunne fungere i arbeidet til tross for stort sykefravær. Uansett vil arbeidsgiver B hevde at endringene har et saklig formål, og at endringene er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende overfor A i forhold til arbeidsgiver Bs behov for å ivareta løpende oppgaver på en tilfredsstillende måte.

Upåregnelighet og høyt sykefravær er til hinder for at A kan ivareta alle sine arbeidsoppgaver. Arbeidsoppgavene A har som produktkoordinator forutsetter en daglig og tett oppfølging. Dette har sammenheng med at dokumentasjon til datasystemet må holdes løpende oppdatert, blant annet ut fra hensynet til nødvendig økonomisk kontroll, herunder kravet om at regnskapet må være a jour og korrekt til enhver tid. Det er fraværet over flere år som gir arbeidsgiver B særlige utfordringer. B mener det graviditetsrelaterte fraværet det her er snakk om ikke er "vanlig", men at det derimot er en ekstraordinær situasjon som må likestilles med sykefravær generelt. Det vises her til at sykefraværet er betydelig, og at fortsatt fravær må påregnes.

Arbeidsgiver B hevder saken dreier seg om tilrettelegging av arbeidsoppgaver for en arbeidstaker som har hatt mye sykefravær. Det har ingen betydning at store deler av fraværet faktisk har hatt sammenheng med flere forsøk på å bli gravid.

Når en arbeidstaker får problemer med å ivareta sine ordinære arbeidsoppgaver foreligger det et tilretteleggingsbehov, jf. arbeidsmiljølovens regler. I den forbindelse pekes det på at det ikke er et krav til at tilrettelagt arbeid oppleves likeverdig eller er av samme karakter som arbeidstakerens opprinnelige stilling. Behovet for tilrettelegging av oppgavene er kjønnsnøytralt, og ville oppstått ved ethvert sammenlignbart sykefravær fra produktkoordinatorstillingene hos arbeidsgiver B, og uavhengig om produktkoordinatoren var mann eller kvinne.

Arbeidsgiver B viser til at de plikter å sørge for at *alle* medarbeidere har et fullt ut forsvarlig arbeidsmiljø. I As fravær må hasteoppgaver ivaretas av kollegaer som i tillegg til egne oppgaver får en ytterligere økt arbeidsbelastning. Arbeidsgiver B må i vurderingen av tilretteleggingsmuligheter også ta hensyn til mer belastning for øvrige medarbeidere.

Arbeidsgiver B mener en hensiktsmessig vikarløsning ikke er mulig, og heller ikke kan planlegges ettersom sykefraværet er uforutsigbart. B foreslår derfor endringene i As arbeidsoppgaver for å få til en rimelig og fornuftig back-up i forbindelse med hennes fravær.

Arbeidsgiver B viser også til punkt 2 i As arbeidsavtale som åpner for at "*Arbeidsområde kan endres av Arbeidsgiver B*".

Arbeidsgiver B understreker at endringene er *midlertidige* til situasjonen er avklart, og at A beholder gjeldende lønnsbetingelser.

RETTLIG 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.

Sykefravær knyttet til graviditet er vernet av forbudet mot direkte diskriminering, jf. ot.prp.nr 77 (2000-2001) s. 36. Denne saken reiser spørsmål om direkte diskriminering. 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 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 det vil være i strid med forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet hvis Arbeidsgiver B foretar en midlertidig endring i A sine arbeidsoppgaver.

Ombudet vil innledningsvis kommentere at større endringer i en arbeidsavtale bare kan skje der partene er enige om dette, eller der arbeidsgiver gjennomfører en endringsoppsigelse. For en endringsoppsigelse gjelder de samme regler som for en ordinær oppsigelse. Ombudet håndhever ikke reglene om endringsoppsigelser eller arbeidsgivers styringsrett i ansettelsesforhold.

Ombudet vil deretter kommentere Bs henvisning til As arbeidsavtale punkt 2- arbeidsoppgaver. Arbeidsgiver har en styringsrett som innebærer at arbeidsgiver kan foreta mindre endringer i det avtalte arbeidsforholdet. Styringsretten begrenses imidlertid av likestillingsloven. Punkt 2 i arbeidsavtalen gir dermed ikke arbeidsgiver rett til å foreta endringer i arbeidsoppgavene i strid med vernet mot graviditetsdiskriminering i likestillingsloven § 3.

Arbeidsgiver B har anført at de foreslåtte endringene ikke er i strid med likestillingsloven fordi de må oppfattes som tiltak for å tilrettelegge arbeidssituasjonen for A. Ombudet mener partenes redegjørelser viser at A ivaretar sine oppgaver tilfredsstillende når hun er til stede på jobb, og at det er fraværet som medfører ulempe.

Ettersom A nå ikke er gravid, og er til stede og kan utføre sine arbeidsoppgaver vil det ikke være behov for tilrettelegging på nåværende tidspunkt.

Det første spørsmålet blir om A settes i en dårligere stilling dersom arbeidsoppgavene hennes endres slik arbeidsgiver ønsker.

Ved vurderingen av om en person er satt i en dårligere stilling, skal det i utgangspunktet legges til grunn en objektiv målestokk. I saker der det etter en objektiv målestokk er tvil om endringene setter den ansatte i en dårligere stilling, kan den ansattes subjektive oppfatning være av betydning, jf. Likestillings- og diskrimineringsnemnda i sak 7/2006.

Partene er enige om at det er foreslått reelle endringer i As oppgaver. Partene er derimot uenige om hvor vesentlige endringene er, og hvor mye av de opprinnelige arbeidsoppgavene hun blir fratatt. A har lagt ved beskrivelse av sine oppgaver som produktkoordinator i dag, samt de oppgavene hun har oppfattet at arbeidsgiver B ønsker at hun skal ha. B hevder oversikten ikke er dekkende for endringene de har skissert. De viser til at hun ikke skal jobbe med "fortolling" alene, men at A fortsatt skal ha en produktkoordinatorstilling. Hun vil fortsatt utføre oppgaver knyttet til dialog med leverandører og speditører, men de vil ikke lenger være faste og hun skal ikke ha porteføljeansvar for konkrete produkter.

Arbeidsgiver B har ikke fremlagt konkret oversikt over de nye oppgavene, eller hvordan de ser for seg fordelingen av As stillingsprosent på de aktuelle oppgavene. A opplever de nye oppgavene som en degradering på grunn av et betydelig større rutinepreg. Ombudet oppfatter den planlagte endringen som at A ikke lenger skal ha de mer "kompliserte" oppgavene, men flere enkle og mer rutinepregede oppgaver. Hun skal ikke ha fast porteføljeansvar for konkrete produkter, og vil, i stedet for dette, bistå de andre produktkoordinatorene når de har behov.

Slik ombudet ser det, innebærer de foreslåtte endringene en betydelig endring av arbeidsoppgavene for A, i negativ retning, med mindre selvstendig arbeid, mer bistand til formelt likestilte kolleger, og mer rutinepreget arbeid. Det kan ikke tillegges noen betydning at A beholder tittel og lønn. Når arbeidsgiver B ikke har lagt frem konkret dokumentasjon for at A ikke settes i en dårligere situasjon ved gjennomføring av endringene, legger ombudet til grunn at A settes i en dårligere stilling enn ved nåværende oppgaver.

Det neste spørsmålet for ombudet blir om det er grunn til å tro at A sine arbeidsoppgaver blir endret som følge av fravær på grunn av graviditet, jf. likestillingsloven § 16. Bevisbyrden går i så tilfelle over på arbeidsgiver.

A ble 27. september 2010 innkalt til et møte med sine overordnede der hennes sykefravær ble tatt opp, og arbeidsgiver ønsket å endre hennes arbeidsoppgaver som følge av dette. I referatet etter møte skriver arbeidsgiver:

Sykmeldingen knytter seg til graviditet som har gått galt. (...) Dette er en situasjon som vanskeliggjør vår daglige drift. Vi ønsker å justere arbeidsoppgavene, slik at vi som arbeidsgiver blir mindre skadelidende av det omfattende fraværet.

Arbeidsgiver B hevder at behovet for endringer er på grunn av et omfattende sykefravær. Det at store deler av fraværet faktisk har sammenheng med flere forsøk på å bli gravid er i denne sammenheng helt uten betydning. Ombudet understreker at ettersom graviditetsrelatert fravær er gitt et særlig sterkt diskrimineringsvern etter likestillingsloven er det ikke tilstrekkelig at arbeidsgiver behandler graviditetsrelatert fravær på samme måte som annet fravær. Tvert imot skal slikt fravær behandles ulikt annet fravær, da det står i en særstilling.

Ombudet finner derfor at det er uomtvistet at det er As fravær som følge av graviditetene som er årsaken til endringen i arbeidsoppgavene.

Spørsmålet blir dermed om forskjellsbehandlingen likevel må anses som lovlig på bakgrunn av unntaksadgangen etter ulovfestede saklighetsprinsipper, jf. ot.prp nr. 77 (2000-2001) s. 27, 36 og 111. Etter forarbeider og fast forvaltningspraksis skal det svært mye til før forskjellsbehandling på grunn av graviditet anses lovlig. Det fremgår også av langvarig praksis i EF-domstolen.

Norge har også inkorporert kvinnekonvensjonen (FN's internasjonale konvensjon av 18. desember 1979 om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner) I konvensjonens fortale, og flere artikler fremgår det at konvensjonen har fokus på beskyttelse av kvinners reproduktivitet. Dette uttrykkes i fortalen ved at *kvinnens rolle i forplantningen ikke bør gi grunnlag for diskriminering*. Kvinners behov for beskyttelse i forbindelse med graviditet uttrykkes også i konvensjonens artikkel 11.

Det følger av ombudets og nemndas praksis at jo nærmere forskjellsbehandlingen er knyttet til graviditet og fødsel, jo sterkere er vernet.

I saker der forskjellsbehandlingen har vært begrunnet direkte i graviditeten viser ombudet og nemndas saker en streng praksis. I for eksempel kontaktlærersaken (den tidligere klagenemnda for likestillings 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 da kommunen ikke lenger ønsket å ansette kvinnen da da ble klar over at hun var gravid. Dette er lagt til grunn i etterfølgende praksis.

Det er ikke blitt åpnet for unntak der det har vært store ulemper for arbeidsgiver som for eksempel problemer med å skaffe vikar, eller der kvinnen ikke har hatt mulighet til å være i arbeid mesteparten av et midlertidig ansettelsesforhold.

Ombudet ser at det oppstår ulemper for arbeidsgiver B med blant annet merbelastning for andre ansatte som følge av relativt omfattende og uberegnelig fravær i A sin stilling som produktkoordinator. I tråd med gjennomgått praksis mener ombudet likevel at denne ulempen ikke kan begrunne et unntak fra likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling i disse tilfellene.

Av EF-domstolens praksis kan blant annet Dekker-dommen (C-177/88) nevnes. Saken gjaldt ansettelse i en lærerstilling. Den best kvalifiserte søkeren var en gravid kvinne, og hun fikk ikke stillingen begrunnet i graviditeten. Arbeidsgiver viste i sin begrunnelse til de økonomiske konsekvensene det ville få for virksomheten å ansette henne. Arbeidsgiver ble ikke hørt med mulige kostnader og ulemper knyttet til å ansette en gravid kvinne, og domstolen fant at forbigåelsen var i strid med vernet mot direkte diskriminering. Domstolen har senere opprettholdt dette i flere saker, blant annet Habermann-Beltermann (C-421/92), Webb (C-32/93) og Tele-Danmark (C-109/00).

Den hittil nevnte EU-rettspraksisen har omhandlet ansettelse og oppsigelse av gravide søkere eller søkere/ansatte i foreldrepermisjon. EF-domstolen har også behandlet en sak som gjaldt sykefravær på grunn av fertilitetsbehandling, C-506/06.

Saken gjaldt en kvinne som ble sagt opp fra sin stilling da hun var sykemeldt på grunn av fertilitetsbehandling. Da hun fikk beskjed om oppsigelsen, var det tatt ut egg som var befruktet, men de var ikke satt opp i livmoren hennes.

Svangerskapsdirektivet (92/85/EØF) skal sikre arbeidsmiljøet til gravide arbeidstakere, de som nettopp har født, og de som ammer. Domstolen mente kvinnen ikke var vernet etter dette direktivet fordi graviditeten ikke kunne sies å være påbegynt ettersom eggene ikke var satt opp i livmoren hennes.

Domstolen fant imidlertid at kvinnen var vernet etter likebehandlingsdirektivet (76/207/EØF) artikkel 2 nr 1 og artikkel 5 nr 1. Domstolen skrev at begge kjønn kan være midlertidig forhindret fra å utføre sine arbeidsoppgaver på grunn av legebehandlinger. Imidlertid ville det omhandlede inngrep, fertilitetsbehandling med egg som blir satt opp i livmoren, bare berøre kvinner. Dette medførte at oppsigelsen var direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

EU-domstolens praksis er kodifisert i likebehandlingsdirektivet 76/207/EØF og svangerskapsdirektivet 92/85/EØF. Likebehandlingsdirektivet er nå sammen med flere andre direktiver nå samlet i 2006/54/EF.

A er slik ombudet forstår det ikke gravid på nåværende tidspunkt. Det er likevel ikke omtvistet at endringene i arbeidsoppgavene hennes skyldes en eventuell fremtidig graviditet, og at hun har hatt lengre fravær på grunn av risiko for habituell abort i den forbindelse.

I forarbeidene (ot.prp.nr. 77 2000-2001 s. 36) fremgår det at skjerpelsen av graviditetsvernet gjelder særlig den delen av permisjonen som er direkte knyttet til beskyttelsen av moren og barnets helse. A opplever vanskeligheter knyttet til habituell abort, der det er stor risiko for å miste barnet. As fravær er derfor i kjernen av skjerpelsen av graviditetsvernet.

Ombudet ser ulempene bedriften peker på i forbindelse med eventuelt sykefravær, men ombudet mener bedriften må finne en annen løsning for å sikre seg mot ulemper ved lenger fravær enn å endre As oppgaver. Det er opp til arbeidsgiver B å finne frem til en hensiktsmessig løsning som ikke medfører brudd på diskrimineringsforbudet i

likestillingsloven. Slik ombudet ser det, har arbeidsgiver B ikke sannsynliggjort at de foreslåtte endringene er den eneste mulige løsningen for å sikre at nødvendige oppgaver blir utført dersom A skulle bli fraværende i forbindelse med en framtidig graviditet.

På bakgrunn av den gjennomgåtte retts- og forvaltningspraksis finner ombudet at selv om arbeidsgiver B har et behov for en annen løsning på organiseringen av arbeidet ved lenger fravær, vil det være i strid med likestillingsloven å endre A sine arbeidsoppgaver med begrunnelse i en eventuell fremtidig graviditet.

KONKLUSJON

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at arbeidsgiver B handler i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd ved den planlagte endringen av A sine arbeidsoppgaver.

Oslo, 06.04.2011

Sunniva Ørstavik
Likestillings- og diskrimineringsombud