

Saksnr.: 10/760

Lovanvendelse: diskrimineringsloven § 4

Dato: 08.02.2011

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

X har vært fast ansatt som sivilarkitekt hos Y siden 1. august 2007. Han ble permittert fra arbeid f.o.m. 11. mai 2010. Arbeidsgiveren oppga som grunn for permitteringen at arbeidsmengden har minsket betydelig og at kontoret hadde så dårlig økonomi at man også vurderte oppsigelser.

Samtidig med X permitterte Y 2 andre arkitekter, alle av utenlandsk opprinnelse. Det er ikke bestridt av partene at samtlige av de permitterte arbeidstakere ikke var etnisk norske.

Følgende arbeidstakere ble permittert den 11.5.2010:

A, sivilarkitekt, ansatt siden 1.2.2007, 100 % stilling

B, arkitekt, ansatt siden 14.5.2007, 100 % stilling, sluttet 25.5.2010

X, sivilarkitekt, ansatt siden 1.8.2007, 100 % stilling

Ingen av disse har prosjektansvar eller annen nøkkelrolle ved kontoret. Det var to andre ansatte av etnisk norsk opprinnelse ved permitteringstidspunktet, som heller ikke hadde noe nøkkelrolle eller prosjektansvar, disse er B og D.

Det er ansatt en rekke arbeidstakere (alle sivilarkitekter i 100 % stilling) etter at X ble ansatt. Disse har følgelig lavere ansiennitet.

D, ansatt siden 7.11.2007

E, ansatt siden 1.1.2008, prosjektleder, ansvarlig for kontorets kvalitetssystem

F, ansatt siden 1.8.2008, modellbygger

G, ansatt siden 1.12.2009 (som praktikant i studietiden fra 18.6.2007 til 30.6.2008), nøkkelkompetanse innen bærekraft og miljø, medansvarlig for drifting av kontorets tegneprogram

H, ansatt siden 1.1.2010, prosjektleder, medansvarlig for kontorets kvalitetssystem

I tillegg har en sivilarkitekt, B, ansatt siden 1.6.2007 i 100 % stilling, sluttet ved Y den 31.7.2010. Det er opplyst at A, som ble permittert samtidig med X, har funnet seg en ny jobb og sluttet ved Y. Opplysningene om sluttdato foreligger ikke.

Partenes syn på saken

X:

X hevder at hans etnisitet lå til grunn for Ys utvalg av hvem arbeidsgiveren skulle permittere da firmaet kom i en vanskelig økonomisk situasjon.

X er av tysk opprinnelse og har hatt fast stilling hos Y siden 1. august 2007. Han har en funksjonsnedsettelse i form av stamming.

X opplyser at miljøvennlig bygging er ett av satsingsområdene til Y. I den perioden X jobbet som arkitekt hos Y, ønsket han å ta kurs i miljøvennlig bygg, nærmere bestemt passivhusbygging. Han fikk først ingen tilbakemelding på sitt initiativ, selv om han var villig til å betale deler av kurset selv og bruke sin ferie på dette. Da han etterspurte en tilbakemelding, var svaret fra arbeidsgiver negativt. X viser til at arbeidsgiveren senere ansatte en nyutdannet arkitekt med den begrunnelse at vedkommende har kompetanse innen miljøvennlig bygg. X stiller seg uforstående til at arbeidsgiveren ikke er villig til å heve kompetansen til de ansatte, men foretrekker å ansette nye folk med denne kompetansen istedenfor. Først senere, mens X allerede var permittert, ble arbeidsgiveren villig til å betale en del av det ovennevnte kurset.

En annen gang (22. februar 2010) tilbød X å holde et foredrag på en faglig fredag om standard programvare innen miljøvennlig bygging. Han har ikke fått svar fra ledelsen på dette.

X viser til at han sitter på en kompetanse som Y etterlyser, for eksempel lysplanlegging, landskapsarkitektur, scenografi, 3D modellering og modellbygging. Arbeidsgiveren bruker ikke denne kompetansen, til tross for at X flere ganger har forsøkt å bringe den inn. X blir stort sett brukt som teknisk tegner.

X opplyser at to andre kolleger også er permittert. Alle de tre permitterte er av utenlandsk opprinnelse. X tror at nasjonal opprinnelse kan ha spilt inn ved utvelgelsen av hvem som skulle permitteres. Han skriver at de tre permitterte hadde en samtale med de to eierne av Y med en tillitsvalgt til stede etter kontormøtet den 26. april 2010, hvor permitteringene ble varslet. Eierne opplyste da at ansiennitet ble ikke tatt i betraktning ved permitteringene, fordi noen av de med kortere ansiennitet var involvert i prosjekter som var i gang, samt at noen av de nyansatte hadde mer kompetanse.

X mener en arkitekt alltid vil være i stand til å fort sette seg inn i et nytt prosjekt, slik at argumentet om større involvering kan ikke gjøres gjeldende. Han mener samtidig at det blir uriktig å ansette og beholde nyutdannede med den begrunnelse at de innehar nødvendig kompetanse, samtidig som arbeidstakerne som allerede har jobbet på kontoret i flere år avskjæres fra å videreutdanne seg for å skaffe den kompetansen som kontoret er ute etter.

X anfører at han arbeidet med prosjektet W i 2 år da prosjektet plutselig ble overført til en nyansatt arkitekt på slutten av 2009. Dette mener han bekrefter at det er mulig å bytte arkitekter på forskjellige prosjekter underveis uten at det medfører uforholdsmessig ulempe for kontoret.

X har hatt bruk for bl.a. sin lysplanleggingskompetanse på kontoret minst ved ett tilfelle, da kontoret valgte å samarbeide med en lysplanlegger som ikke var kompetent nok (ved I).

X ble i ettertid tilbudt en sluttpakke fra arbeidsgiveren etter at daglig leder av Y ved en tilfeldighet fikk vite at X var i kontakt med sin fagforening. X er ikke interessert i en sluttpakke, men vil heller fortsette å jobbe hos Y.

Y:

Y bekrefter i sin redegjørelse for ombudet at alle de permitterte arbeidstakerne var av utenlandsk opprinnelse. Y mener imidlertid at dette er tilfeldig. De viser til at tre av de 13 arbeidstakere som ikke ble permittert har utenlandsk opprinnelse.

Y bekrefter også at ansiennitet ikke ble tatt i betraktning ved permitteringene. Den aktuelle permitteringen gjaldt ansatte som hadde ansiennitet ved kontoret på ca tre år og mindre ved permitteringstidspunktet. Samtidig er det tilføyd at mange andre ansatte ved kontoret, i likhet med de permitterte, har nokså kort ansiennitet. Y mener det ikke gjelder noe ubetinget ansiennitetsprinsipp i norsk rett og at ansiennitet ved permittering primært ville være vurdert i tilfeller med nært 10 års ansiennitet.

Arbeidsgiveren anfører at han valgte ut hvem som skulle permitteres på bakgrunn av arbeidstakernes tilknytning til løpende prosjekter og hvem som innehar nøkkelroller og nøkkelkompetanse ved kontoret. Arbeidsgiveren vurderte det som svært vanskelig å endre bemanning på de løpende prosjektene i den økonomiske situasjonen kontoret var i. Prosjektene krevde intensiv oppfølging fra Ys side, og noen av dem var helt i slutfasen.

Y understreker at nedsettelse i Xs talefunksjon (stamming) ikke har virket inn på arbeidsgiverens avgjørelser. De viser i den forbindelse til at kontoret var kjent med Xs stamming da han ble ansatt.

Y fremholder i sin redegjørelse at X ble ansatt ved kontoret uten hensyn til noen spesiell kompetanse. Arbeidsgiveren poengterer at det ikke var noen forutsetning at X skulle ha en nøkkelrolle. Y hevder samtidig at Xs spesialkompetanse enten ligger utenfor kontorets arbeidsfelt, eller at andre ved kontoret besitter kompetansen i større grad. Kontoret påberoper seg styringsrett når det gjelder arbeidstakernes adgang til å opparbeide seg nøkkelkompetanse ut ifra hva kontoret anser som formålstjenlig.

Y anfører at kontoret hadde et sterkt ønske om å knytte til seg spesielt G som medarbeide, da han var ferdig utdannet høsten 2009. Arbeidsgiveren så derfor at forskuttering av arbeid i fase 3 av prosjektet W kunne gi G beskjeftigelse i en startfase, og overførte derfor dette prosjektet fra X til G.

Arbeidsgiveren opplyser at de to andre permitterte har sluttet ved Y. I tillegg har ytterligere en arkitekt sluttet ved kontoret etter permitteringene. I telefonsamtale med ombudet opplyste Ys advokat at X var den person som stod høyest på rangeringsliste ved utvalg av hvem som var en aktuell erstatning for manglende arbeidskraft ved kontoret. Samtidig mente advokaten at klagesaken hos ombudet var i veien for at X kunne få arbeid hos Y igjen, og at klagesaken kunne påvirke Xs omdømme i arkitektmiljøet generelt.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med diskrimineringsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 2.

Diskrimineringsloven:

Diskrimineringsloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, jf. loven § 4 første ledd.

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnløtelse har som formål eller virkning at personer eller foretak pÅ grunnlag som nevnt over blir behandlet dÅrligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon.

Med indirekte diskriminering i arbeidslivet menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnløtelse som faktisk virker slik at en arbeidssøker eller arbeidstaker stilles dÅrligere enn andre arbeidssøkere eller arbeidstakere pÅ grunn av forhold som nevnt over.

Forskjellsbehandling som er ”nødvendig for Å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, jf. § 4 fjerde ledd, er tillatt.

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. diskrimineringsloven § 10.

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 Y la vekt pÅ etnisitet/nasjonal opprinnelse da X ble permittert.

Dersom ombudet finner at det er *grunn til Å tro* at etnisitet/nasjonal opprinnelse har hatt betydning for permitteringen, går bevisbyrden over pÅ Y. Y må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

Adgang til å permittere arbeidstakere ligger til arbeidsgiverens styringsrett. Selv om adgangen ikke er direkte hjemlet i lovgivningen, er den forutsatt i permitteringslønnsloven, sysselsettingsloven og i folketrygdloven. Det gjelder dessuten et generelt krav om saklig utøvelse av styringsretten, jf. Rt. 2001 s. 427.

Arbeidsgivers rett til å velge hvem av de ansatte som skal permitteres begrenses også av lovfestede diskrimineringsforbud, herunder diskrimineringslovens § 4.

Ombudet skal ikke vurdere om de arbeidsrettslige reglene om permittering er brutt. I vurderingen av om etnisitet/nasjonal opprinnelse er vektlagt, vil det imidlertid være av betydning om kriteriene for permittering er saklig begrunnet.

I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak nr. 34/2009 fremholdes det at når det ikke foreligger andre utvalgsriterier, som for eksempel spesialkompetanse hos de enkelte arbeidstakere, vil et utgangspunkt være at ansiennitetsprinsippet legges til grunn ved permitteringer, også i de tilfeller der forskjellene i ansiennitet synes å være mindre vesentlige.

Det kreves ikke noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet i diskrimineringsloven § 4 skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntrer en diskriminerende virkning.

Permitteringen har skjedd i nokså stort omfang (3 av 16 ansatte, det vil si en femtedel). Arbeidsgiver har ikke anført noen andre grunner for prioriteringen ved permitteringen enn tilknytning til prosjekter og nøkkelrolle.

X argumenterer med at han innehar en særskilt kompetanse. Dessuten mener han at prosjekter enkelt kan overføres fra en ansatt til en annen. Det er vanskelig for ombudet å overprøve arbeidsgivers faglige vurderinger av hvilke ansatte som hadde en nøkkelrolle, samt behovet for å beholde enkelte arkitekter på ulike prosjekter. Ombudet legger derfor til grunn at kriteriene knyttet til nøkkelkompetanse og tilknytning til prosjekter er saklige, og at nasjonal opprinnelse ikke har spilt inn i denne utvelgelsen.

Ved permitteringstidspunktet var det ansatt til sammen 5 arkitekter som ifølge arbeidsgiverens oversikt ikke hadde noen nøkkelrolle eller nøkkelkompetanse. Spørsmålet blir om nasjonal opprinnelse/etnisitet spilte inn i vurderingen av hvem av disse fem som skulle permitteres.

Samtlige av de fem ble ansatt i firmaet i 2007. Det er dermed ikke store forskjeller i deres ansiennitet. Dersom et ansiennitetsprinsipp hadde vært lagt til grunn, har B, X og D kortere ansiennitet enn A og B. Arbeidsgiver har imidlertid ikke brukt ansiennitet som kriterium.

De tre som faktisk ble permittert, X, A og B, har alle en annen nasjonal opprinnelse enn norsk. Y bestrider ikke å ha permittert kun utenlandske arbeidstakere, men mener dette er tilfeldig. Y har ikke argumentert med at det forelå mangler ved Xs arbeidsutførelse, eller påpekt andre forhold som skulle tilsi at han ble permittert.

Den omstendighet at samtlige av de permitterte er av utenlandsk opprinnelse, uten at dette faller sammen med en rangering etter ansiennitet, kan gi grunn til å stille spørsmål ved om etnisitet/nasjonal opprinnelse spilte inn i vurderingen av hvem som skulle permitteres. Etter ombudets mening er dette likevel ikke tilstrekkelig til å slå fast at det er "grunn til å tro" at nasjonal opprinnelse er vektlagt. Det foreligger heller ingen andre holdepunkter i saken som tilsier at arbeidsgiver har lagt vekt på etnisitet/nasjonal opprinnelse.

Permitteringen av X er derfor ikke i strid med diskrimineringsloven § 4.

Under telefonsamtalen med Ys advokat ble ombudet informert om at kontoret allerede i november hadde fått økt behov for arbeidskraft og at X var den mest aktuelle kandidaten. Ombudet ble imidlertid gjort oppmerksom på at klagesaken for ombudet var i veien for at X skal kunne få arbeid hos Y igjen. X var også blitt tilbudt

en sluttpakke av Y uten at dette kan knyttes til noe annet enn hans klage til ombudet og ønske om å få klarhet i eget arbeidsforhold.

Ombudet har ikke godt nok grunnlag til å ta stilling til spørsmål om eventuell gjengjeldelse, men finner likevel grunn til å vise til bestemmelsen i diskrimineringsloven § 9, som forbyr gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på bestemmelsen i § 4. Ombudet presiserer at forbud mot gjengjeldelse beskytter enkeltpersonens behov til å prøve sin sak i de uavhengige instanser som Ligestillings- og diskrimineringsombudet, Ligestillings- og diskrimineringsnemnda og rettsapparatet. Forbudet mot gjengjeldelse gjelder uavhengig av ombudets konklusjon i diskrimineringsspørsmålet.

Konklusjon

Y handlet ikke i strid med diskrimineringsloven § 4 ved permittering av X.