

Saksnr: 11/878

Lovgrunnlag: diskrimineringsloven § 5 og § 9,
likestillingsloven § 8a og § 3.

Dato: 23. januar 2012

Vår ref.:

11/878 - 42 / HJE

Arkivkode:

SF-LDO:

Dato:

31.01.2012

Fillipinsk kvinne utsatt for etnisk trakassering. Arbeidsgiver bryter plikten til å forebygge og søke å hindre trakassering

Likestillings- og diskrimineringsombudet har tatt stilling til om en filippinsk kvinne er utsatt for etnisk trakassering og trakassering på grunn av kjønn av sin arbeidsleder i Uloba. Ombudet har videre vurdert om kvinnen er utsatt for ulovlig gjengjeldelse. Avslutningsvis har ombudet vurdert om Uloba som formell a

rbeidsgiver har manglende rutiner for å forebygge etnisk- og seksuell trakassering, og om kvinnens varsling er håndtert på en tilfredsstillende måte.

Ombudet er kommet til at arbeidslederen har utsatt den filippinske kvinnen for etnisk trakassering. Arbeidslederen har innrømt at han har sagt at han ikke vil ha bakteriene fra Filippinene og at det filippinske folkeslaget ikke er særlig renslige. Ombudet begrunnelse for brudd er at disse utsagnene er av en av en slik alvorlighetsgrad og et slikt omfang at det må anses som etnisk trakassering. Ombudet er derimot kommet til at det ikke er grunn til å tro at klager er utsatt for ulovlig gjengjeldelse.

Ombudet har videre kommet til at Uloba har håndtert varselet på en tilfredsstillende måte. Det er særlig lagt vekt på at Uloba tok saken raskt på alvor, og at de kom til enighet om en tilfredsstillende løsning for klager. Ombudet har imidlertid kommet til at Ulobas rutiner for håndtering av trakassering ikke er tilfredsstillende. I vurderingen har ombudet lagt vekt på at det ikke er angitt i rutinen hvem man skal varsle til, og at rutinen mangler en prosessbeskrivelse for varsling og håndtering. I tillegg er det vektlagt at det er særlig viktig med gode rutiner på en arbeidsplass som Uloba representerer med den størrelsen, utformingen og sammensetningen.

Anonymisert versjon av ombudets uttalelse

Sakens bakgrunn

Klager X er fra Filippinene og jobber 17 timer per uke som assistent for sin arbeidsleder gjennom Uloba. Uloba er et andelslag for borgerstyrt personlig assistanse (BPA). Arbeidsleder er andelseier i Uloba etter vedtak om brukerstyrt personlig assistent fattet av Y kommune.

BPA er en ordning for mennesker med nedsatt funksjonsevne, der den enkelte arbeidsleder er ansvarlig for å lede sine assistenter. Arbeidsleder er arbeidsleder for åtte ansatte assistenter som gir han døgkontinuerlig bistand. Arbeidsleder bestemmer hvem som skal være assistent, hvilke oppgaver assistenten skal utføre, og hvor og når assistansen skal skje. A bistår arbeidsleder med å lage arbeidsplaner, finne vikar ved sykdom og godkjenne timelister ved månedsslutt. Uloba har det formelle arbeidsgiveransvaret mellom Uloba, arbeidsleder og assistenten. Uloba har også ansvar for lederopplæring av arbeidslederen.

Den 19. april 2011 sendte klager en avviksmelding til arbeidsleder med kopi til Uloba. I avviksmeldingen står følgende: *"Natt til tirsdag 19. april arbeidet jeg nattevakt. Når pasienten skulle legge seg uttalte han en rekke svært ubehagelige uttalelser mot meg og rundt min person. Han sa bl.a. at det var bra at jeg brukte hansker fordi han hadde lest at det fantes en form for kjønnssykdom på Filippinene som ikke var helbredelig, og han ville ikke bli smittet av meg. Jeg spurte da om han mente at jeg hadde denne kjønnssykdommen, hvorpå han ikke svarte. Jeg informerte videre pasienten om at det er lousatt å bruke hansker i alt helsearbeid, noe pasienten sa var tullsnakk fra min side. Pasienten hevder videre at det Filippinske folkeslaget ikke var særskilt renslige noe som jeg finner krenkende ovenfor min person.*

Jeg finner denne uttalelsen fra pasienten svært upassende, diskriminerende og rasistisk motivert, og ser på dette som et svært alvorlig brudd på HMS reglene. Subjektivt føler jeg også disse uttalelsene direkte rettet mot min person, og ser herved på disse som seksuell trakassering.

Jeg finner meg ikke i å bli stigmatisert på denne måten, og krever herved en formell unnskyldning fra pasienten".

A diskuterte meldingen med BPA rådgiver i Uloba den 20. april 2011. A og BPA rådgiver besluttet at avviksmeldingen skulle leses opp for arbeidsleder slik at han fikk anledning til å komme med sitt syn på saken. Arbeidsleders forklaring ble nedskrevet av A og tilsendt klager per post.

I brevet av 20.april 2011 skriver arbeidsleder blant annet: ”Jeg sa at det er vondt når X bruker hansker på hodet og når hun retter ut øreflippen når hun skal legge meg i senga på nattevakt. Ingen andre assistenter gjør som henne på nattevakten. Jeg sa at jeg har lest at det fantes en kjønnssykdom på Filippinene som ikke var helbredelig. Jeg sa til henne at jeg tror ikke hun har en kjønnssykdom. Jeg sa at jeg vil ikke ha bakterien fra Filippinene. Jeg bekrefter herved å ha hevdet at det Filippinske folkeslaget ikke var særlig renslige...Det er jeg og A som er arbeidsledere som gir retningslinjer/arbeidsinstruks i hvilke regler som gjelder hos meg.....».”

På bakgrunn av klagers varsling ble det avholdt et møte mellom Uloba og klager den ... 2011. Den ... 2011 hadde Uloba et møte med arbeidsleder. Det ble holdt et nytt møte mellom klager og Uloba den

I referatet fremgår det at klager ble forespurt av Uloba om hun var villig til å arbeide videre som personlig assistent for arbeidsleder frem til fungerende arbeidsleder kom tilbake fra ferie, dvs. frem til medio juni 2011. Det ble opplyst at klager etter dette tidspunkt vil være formelt ansatt i Uloba selv om man ikke skulle lykkes med å overføre henne til en annen arbeidsleder. Uloba har foreløpig ikke funnet noen ny arbeidsleder til X. Klager x mottok lønn fra Uloba frem til hun ble sykemeldt. Hun mottar nå sykepenger fra NAV.

Klager X har fremsatt en rekke påstander om seksuell trakassering, ulovlig arbeidstid, manglende overtidsbetaling, brudd på fortrinnsretten, manglende HMS rutiner og bedriftshelsetjeneste for assistentene. Disse forholdene ligger utenfor ombudets mandat. Ombudet ser derfor bort i fra klagers anførsler knyttet til dette.

Partenes syn på saken

Klager X sitt syn på saken:

X hevder for det første at hun har blitt utsatt for trakassering på grunn av etnisitet og seksuell trakassering av arbeidsleder.

Klager viser til at arbeidsleder har innrømmet at han har uttalt at det er bra at hun bruker hansker fordi han har lest at det finnes en kjønnssykdom på Filippinene som ikke er helbredelig og som han ikke vil bli smittet av. Han har også innrømt at han har sagt at det filippinske folkeslaget ikke er særskilt renslig, jf. sakens bakgrunn. Klager mener at uttalelsene til arbeidsleder er grovere enn det han innrømmer. På spørsmål om han trodde at hun har gonoré, skal arbeidsleder ha smilt. Hun anfører at han også har kommet med seksuelle tilnærmelser til henne og stilt spørsmål om hennes privatliv og seksuelle vaner. Videre opplyser hun at han har spurt henne om masturbasjon og om hun kan kjøpe en

håndpumpe til han og bruke den på han. Klager hevder også at arbeidsleder har spurt om hun kan ordne en prostituert av filippinsk opprinnelse og om hun kan være tilstede når hun arbeider med han. Hun mener også at han har bedt om kyss av henne.

For det andre hevder hun at arbeidsleder har utsatt henne for lovstridig gjengjeldelse ved at han har redusert hennes helgevakter, nattevakter og helligdagsvakter i mai 2011 etter at hun klaget til ombudet. Hun hevder at hun kun har blitt satt opp på dagvakter og et minimum av kvelds- og helgevakter slik som tidligere. Til støtte for dette har klager vist til timelister som viser at hun jobbet flere vakter i mai 2010, og at hun gjennom året 2010 og begynnelsen av 2011 har fått færre vakter i 2011. Hun påpeker at hun i mai 2010 tjente 12 000 kroner mer enn i mai 2011. Hun ble for eksempel ikke satt opp på vakt den 1. mai til tross for at hun hadde gitt beskjed om at hun kunne jobbe. A valgte i stedet å innkalle en tilkallingsvakt. Klager hevder også at en kollega, som ble ansatt i februar 2011, fikk en stilling på 25,5 timer per uke, til tross for at hun har kortere ansiennitet enn klager.

Hun mener også at arbeidsleder har truet med at hun ikke vil få ny arbeidskontrakt og at han vil ha husnøkene sine tilbake etter at hun varslet om trakassering. Hun mener at arbeidsleder i etterkant av hennes varsel bevisst har forsøkt å fremprovosere en negativ reaksjon hos henne. Klager tror at arbeidslederen forsøker å bygge en personalsak mot henne slik at hennes kontrakt kan avsluttes med gyldig grunn. Hun viser særlig til sin dagvakt den 4-5. juni 2011 hvor hun mener arbeidsleder bevisst leker med maten slik at hun må foreta nytt morgenstell som er svært fysisk krevende. Klager hevder også at A som fungerer for arbeidsleder er hans tidligere samboer, og at det derfor er problematisk at hun bistår arbeidsleder i et profesjonelt arbeidsforhold.

For det tredje hevder hun at Uloba ikke har håndtert saken på en tilfredsstillende måte. Hun mener at arbeidsleder blir saksbehandlete ledd da han fikk anledning til å motsi hennes påstander i avviksmeldingen. Hun mener også at Uloba ikke tok saken på alvor før saken ble klaget inn for ombudet. På dette grunnlag mener hun at Uloba mangler et tilfredsstillende system for å håndtere varsel om trakassering. Klager ble først kjent med varslingsrutinene to måneder etter at hun ble ansatt. Hun har ikke hatt tid til å gjøre seg kjent med innholdet i permene under arbeidstiden på grunn av hektiske arbeidshverdager. Klager har ikke bestridt at hun i sin arbeidskontrakt har underskrevet på at hun er kjent med trakasseringsrutinen.

Arbeidsleders syn på saken:

Arbeidsleder bistås av advokat B. Arbeidsleder avviser klagers påstander om etnisk og seksuell trakassering. Han er lei seg for det han har sagt jf. sakens bakgrunn, men han har ikke hatt til hensikt å trakassere. Arbeidsleder avviser klagers påstander om at han skal ha spurt henne om masturbasjon og om hun kan handle inn en håndpumpe. Arbeidsleder

bestrider at han har bedt henne ordne en prostituert til han. Han viser til at det var et tv-program om prostitusjon og at han derfor kommenterte programmet.

Arbeidsleder tror at denne konflikten startet da klager ikke fikk utvidet sin 17 timers kontrakt. Han viser til at han i februar 2011 skal ha sagt at klager kunne få 23 timers kontrakt ved neste kontraktinngåelse fordi noen av hans assistenter hadde sluttet. Da hun likevel ikke fikk utvidet kontrakt oppsto konflikten. Arbeidsleder viser til at det ble gitt en advarsel til klager den 12. mars 2011 fordi han hadde meldt fra om at klager var sint fordi hun hele tiden måtte hjelpe han med hodet, og at hun var irritert fordi han har blitt dårligere i nakken og trenger mer hjelp. Klager beklaget dette i ettertid. Klagers oppførsel har forverret seg etter dette varselet.

Arbeidsleder bestrider at de har redusert hennes kveldsvakter, helgevakter og helligdagsvakter etter at han ble kjent med varselet. Arbeidsleder mener at det er helt tilfeldig at x ikke ble satt opp på flere nattevakter og kveldsvakter. A har gjennomgått alle arbeidsplanene og sett at klager jobbet mange ekstravakter i 2010. De røde dagene kommer i tillegg til timene i hennes arbeidskontrakt. Det er A som utarbeider arbeidsplanene, og hun setter opp flere assistenter på de røde dagene slik at de kan velge. Det er åtte assistenter som jobber for arbeidsleder på ulike kontrakter, noen på fulltid og andre på deltid. Blant disse er det to tilkallingsvakter. Det er stadig utfordringer ved å få nok assistenter til enhver tid. Det er flere hensyn å ta ved tildeling av timer, slik som ferie og sykefravær og det er litt tilfeldig hvem som har fått vakter. Det viktigste er at assistentene får de timene de har krav på kontraktmessig. I arbeidsplanen for juni står det at klager har vært på vakt to røde dager våren 2011. Arbeidsleder opplyser at de hadde to assistenter i mai 2011 som arbeidet full stilling, altså 37,5 timer per uke. Det var de to som arbeidet de fleste nattevaktene.

Når det gjelder episoden som klager viser til i juni, hevder arbeidsleder at det er vanlig at assistenten må tørke bort matrester når han spiser fordi det er en del av maten som kommer ut av munnen igjen.

Arbeidsleder viser til at saken har vært en belastning for han, og at klager kommer stadige med kommentarer etter at denne saken kom opp.

Uloba sitt syn på saken:

Uloba understreker at uttalelsene som er beskrevet i avviksmeldingen er uakseptable. Uloba hevder at de har gode rutiner for behandling av saker om kritikkverdige forhold, og at denne saken har blitt håndtert på en god måte sett i forhold til sakens alvorlige karakter.

Uloba viser til at saken fikk høy prioritet da avviksmeldingen ble kjent. Saken ble behandlet internt i administrasjonen av en gruppe som er oppnevnt til å behandle varslingssaker. Uloba hadde møter med klager den 8. juni 2011. Klager uttalte i møtet at hun var fornøyd med Ulobas håndtering av saken og at hun ønsket å fortsette som arbeidsleders personlige assistent. Uloba besluttet derimot at klager ikke fikk lov å fortsette som assistent for arbeidsleder. Uloba innvilget permisjon med lønn frem til de finner en ny stilling til klager. Uloba har iverksatt konkrete tiltak for å finne andelseiere som søker etter personlige assistenter, for deretter å tilrettelegge for jobbintervju og støtte opp under rekrutteringsfasen hos mulige andelseiere. Uloba hevder at klager har forandret oppfatning av saksforløpet etter møtet den 8. juni 2011.

Når det gjelder arbeidsleders svarbrev til på avviksmeldingen, har Uloba vist til at arbeidsleder måtte konfronteres med varslingen. Uloba anså det som mest hensiktsmessig for sakens opplysning å innhente hans syn på saken ettersom handlingen hadde funnet sted i hans hjem.

Uloba mener at det ikke kan anses som ulovlig gjengjeldelse at arbeidsleder ønsket nøklene tilbake. Uloba viser til at det må være opp til den enkelte å bestemme hvem som skal ha nøkler til egen bolig. Uloba mener reaksjonen var rimelig, sett hen til måten varslingen ble gjort på. Uloba reagerer både på måten varslingen ble gjort på og på hvor stort omfang saken fikk før Uloba fikk anledning til å reagere på avviksmeldingen. Uloba viser til at klager beklaget dette i møtet samtidig som hun påpekte at dette skyldtes at hennes ektemann hadde dårlige erfaringer med behandling av en tidligere sak i forvaltningen.

Uloba opplyser at de har rutiner for varsling av kritikkverdige forhold/trakassering. I rutinen har Uloba vist til følgende definisjon av kritikkverdige forhold: "Alle forhold en arbeidstaker blir kjent med gjennom sitt arbeidsforhold som er eller kan være i strid med lover og regler, virksomhetens retningslinjer, alminnelig oppfatning av hva som er forsvarlig eller etisk akseptabelt". Det vises til at kritikkverdige forhold for eksempel kan være trakassering, diskriminering eller økonomisk utroskap.

I rutinen siteres arbeidsmiljølovens bestemmelser om varsling, herunder § 2-4, 2-5. Det er også henvist til arbeidstilsynets nettsider for mer informasjon om kritikkverdige forhold. Uloba har i rutinen gitt følgende eksempler på kritikkverdige forhold i forholdet mellom arbeidsleder og assistent:

- *Arbeidsleder driver systematisk trakassering/diskriminering av assistenten.*

I rutinen fremgår det videre at kritikkverdige forhold kan meldes inn enten på e-post, per telefon eller per post. Det er ikke oppgitt kontaktopplysninger på hvem man skal henvende

seg til. Det opplyses også at de vil aldri avsløre identiteten til en varsler uten at varsler selv har akseptert at dette gjøres.

Uloba viser til at assistentene er gjort kjent med rutinen via en assistentperm som er tilgjengelig på arbeidsstedet for alle assistentene. Det er arbeidsleder som er ansvarlig for å gjennomgå permene med nyansatte assistenter før stillingen tiltres. Uloba viser til at klager har underskrevet ansettelsesavtalen hvor hun bekrefter at hun er kjent med innholdet i permene og at hun er inne forstått med at bestemmelsene inntatt i permene er å anse som en del av arbeidsavtalen. Det er ukjent for dem at klager ikke var kjent med assistentpermene før to måneder etter ansettelsen.

Uloba mener at de har etablert gode rutiner som sikrer god opplæring og oppfølging av assistentene. Det er til sammen 22 BPA rådgivere som skal bistå arbeidslederen og som er kontaktperson for assistentene.

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. Trakassering på grunnlag av etnisitet er forbudt, jf. diskrimineringsloven § 5. Med trakassering menes handlinger, unnlater eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende. Forbudet mot trakassering er absolutt.

Det følger av diskrimineringslovens forarbeider Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208 at det i arbeidslivet ikke stilles krav om at trakasseringen må være gjentatt eller vedvarende. I arbeidslivet er det tilstrekkelig med enkeltstående handlinger.

Arbeidsgiver har ansvar for å forebygge og søke å hindre trakassering på grunn av etnisitet, jf. diskrimineringsloven § 5 tredje ledd. Bestemmelsen omfatter både en plikt til å forebygge at trakassering skjer, og en plikt til å søke å hindre at trakasseringen fortsetter hvor det foreligger en påstand om at trakassering har funnet sted.

Forbudet mot trakassering i likestillingsloven § 8a

Trakassering på bakgrunn av kjønn, og seksuell trakassering, er ikke tillatt. Med trakassering på grunn av kjønn menes uønsket adferd som er knyttet til en persons kjønn og som virker eller har til formål å krenke en annens verdighet.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke adgang til å vurdere om det har funnet sted seksuell trakassering. Dette må vurderes av domstolene jf. likestillingsloven § 8a. Ombudet har derimot adgang til å undersøke om arbeidsgiver har gjort nok for å forebygge og søke å hindre slik trakassering, jf. likestillingsloven § 8a. I likhet med diskrimineringsloven har arbeidsgiver etter likestillingsloven § 8a et ansvar for å forebygge og søke å hindre trakassering.

Diskrimineringsloven og likestillingsloven har like regler om delt bevisbyrde. Delt bevisbyrde innebærer at dersom det er grunn til å tro at det har funnet sted trakassering, skal det legges til grunn at brudd har funnet sted, hvis ikke den som er ansvarlig sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd.

Gjengjeldelse

Diskrimineringsloven § 9 og likestillingsloven § 3 sjette ledd forbyr bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage over brudd på bestemmelser i loven, eller som har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet.

Ombudets vurdering

Innledning

Likestillings- og diskrimineringsombudet har vurdert saken på bakgrunn av partenes skriftlige redegjørelser.

Ombudet skal for det første ta stilling til om klager er utsatt for trakassering. For det andre skal ombudet ta stilling til om det har skjedd ulovlig gjengjeldelse i strid med diskrimineringsloven § 3 tredje ledd og likestillingsloven § 3 sjette ledd. For det tredje skal ombudet ta stilling til om Uloba som formell arbeidsgiver har oppfylt sin plikt til å forebygge og søke å hindre etnisk- og seksuell trakassering, jf. diskrimineringsloven § 5 og likestillingsloven § 8a.

Trakassering

Forbudet mot seksuell trakassering håndheves av domstolene, jf. likestillingsloven § 8a femte ledd. Ombudet er således avskåret fra å gi uttalelse om seksuell trakassering har skjedd eller ikke.

Klager x hevder at arbeidsleder har spurt om hun kan ordne en prostituert til han med filippinsk bakgrunn. Hun hevder videre at han har spurt henne om masturbasjon og om hun kan ordne en håndpumpe til han. Arbeidsleder avviser dette. Disse påstandene ligger i grenseland mellom trakassering på grunn av kjønn og etnisitet og seksuell trakassering.

Det er i utgangspunktet klager som har bevisbyrden og som må fremlegge opplysninger som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering/trakassering, jf. Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2006. I Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak av 19/2009, følger det at en påstand ikke er tilstrekkelig for å kunne si at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at man er utsatt for diskriminering på grunn av etnisitet.

Her står det altså påstand mot påstand, og ombudet kan ikke legge den ene versjonen til grunn som mer sannsynlig enn den andre. Ombudet finner etter dette at det ikke er sannsynliggjort at arbeidsleder har fremsatt uttalelser om prostitusjon.

Arbeidsleder har imidlertid erkjent at han har uttalt følgende til Klager: *”jeg sa at jeg har lest at det fantes en form for kjønnssykdom på Filippinene som ikke var helbredelig. Jeg sa til henne at jeg tror ikke hun har en kjønnssykdom. Jeg sa jeg ikke vil ha bakteriene fra Filippinene. Jeg bekrefter å ha hevdet at det Filippinske folkeslaget ikke var særlig renslige”,* se sakens bakgrunn.

Arbeidsleder anfører derimot at han ikke hadde til hensikt å trakassere. I henhold til diskrimineringsloven § 5 første ledd omfatter trakasseringsforbudet handlinger eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlige, nedverdiggende eller ydmykende. Det stilles dermed ikke krav til at den som påstås å ha trakassert har hatt til hensikt å trakassere. Det er ikke enhver plagsom handling som omfattes av begrepet. Det understrekes i forarbeidene, Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208 at det skal legges betydelig vekt på fornærmedes egen oppfatning av den aktuelle adferden/uttalelsen i vurderingen av om trakassering har skjedd. Den subjektive oppfatningen må imidlertid ses opp mot en objektiv vurdering. Uttalelsene må være av en viss alvorlighetsgrad, og av et visst omfang for å kunne rammes av trakasseringsforbudet i diskrimineringsloven § 5.

Det er ikke tvilsomt at klager oppfattet uttalelsene som krenkende. Selv om arbeidsleder ikke hadde til hensikt å trakassere, har han uttrykt seg på en måte som viser at han har en stereotyp oppfatning av at personer fra Filippinene er skitne og at de kan ha kjønnssykdommer. På denne bakgrunn finner ombudet at uttalelsen må anses som krenkende på grunn av etnisitet. I forarbeidene til diskrimineringsloven fremgår det at enkelttilfeller av uønsket adferd vil kunne defineres som trakassering etter loven. I engangstilfeller vil det imidlertid kreves mer av handlingen for at den skal kunne anses som trakassering, jf. samme proposisjon s. 85. Relasjonen og maktforholdet mellom partene er et moment som kan ha betydning for om adferden er trakasserende eller ikke. Selv om arbeidsleder er hjelpetrequende og således i en sårbar posisjon, mener ombudet at det likevel må vektlegges at arbeidsleder er arbeidsgiver i arbeidsforholdet mellom

arbeidsleder og assistenten. Arbeidslederen står i et maktforhold vis a vis de som er ansatt som assistenter.

Ombudet er etter en helhetsvurdering kommet til at uttalelsen er av en slik alvorlighetsgrad og et slikt omfang at det må anses som trakassering. Ombudets konklusjon er at arbeidsleder har utsatt x for trakasserende uttalelser i strid med forbudet mot etnisk trakassering.

Selv om x ikke har anført at hun mener seg trakassert på grunn av kjønn, så mener ombudet at det er lite sannsynlig at arbeidsleder ville fremsatt et slikt utsagn mot en mann fra Filippinene. Ombudet finner imidlertid ikke tilstrekkelige holdepunkter som underbygger at arbeidsleder har utsatt klager for trakassering på grunn av kjønn.

Ombudet konkluderer derfor med at arbeidsleder ikke har utsatt klager for trakassering på grunn av kjønn.

Ulovlig gjengjeldelse

Ombudet skal videre ta stilling til om det er iverksatt gjengjeldelse overfor x på grunn av hennes varsling om etnisk og seksuell trakassering. Selv om det ligger utenfor ombudets mandat å ta stilling til om seksuell trakassering har skjedd eller ikke, kan ombudet likevel gi uttalelse om det har skjedd gjengjeldelse ved varsel om trakassering, jf. likestillingsloven § 3 femte ledd.

Klager hevder at hun har fått færre helgevakter, nattevakter og kveldsvakter og derfor lavere inntekt etter at hun varslet om trakassering. Hun hevder videre at arbeidsleder har fratatt henne husnøkene og truet med at hun ikke får forlenget kontrakt. Klager hevder også at ansatte med lavere ansiennitet har fått utvidet stilling før henne.

Spørsmålet er om det er grunn til å tro at det har skjedd ulovlig gjengjeldelse.

Hvilke handlinger som regnes som gjengjeldelse beror på en konkret vurdering. Generelt kan man si at handlinger og uttalelser som medfører skade eller ubehag for den enkelte på bakgrunn av at man har varslet og trakassering eller klaget til ombudet, regnes som gjengjeldelse. Typetilfeller som vil kunne rammes av forbudet kan være oppsigelse, degradering, mindre spennende arbeidsoppgaver, omplassering, økt arbeidsbelastning, urimelig krav til overtid med mer, jf. likestillingslovens forarbeider Ot.prp. nr. 35 (2004-2005) pkt. 4.6.2.

Hvorvidt arbeidsleder har utsatt klager for ulovlig gjengjeldelse beror på om klagers arbeidsforhold er forverret etter klagen.

Til støtte for sin påstand om at hun har fått færre røde vakter etter at hun varslet om trakassering, har klager vist til endringer i inntekt løpet av 2010 og begynnelsen av 2011 fra januar til mars.

For at en handling skal anses som gjengjeldelse er det et krav om årsakssammenheng, altså at gjengjeldelsen må være en følge av at saken ble klaget til ombudet, eller som følge av at man har gitt uttrykk for at klage kan bli fremmet. Slik ombudet ser det ble klagers timelister redusert gjennom hele 2010. Timene ble altså redusert før klager hadde varslet om trakassering. Det fremstår ikke som klart at timene faktisk er reduserte etter at det ble varslet om trakassering. Ombudet finner derfor at det ikke er årsakssammenheng mellom eventuelle reduserte timer og klagen, men at det kan være andre grunner til at timene ble redusert. Det står ellers påstand mot påstand når det gjelder årsaken til hvorfor en annen person fikk utvidet stilling. Dette skjedde også før klager varslet om trakassering. Ombudet finner derfor ikke årsakssammenheng mellom varslingen og manglende utvidet stilling.

Uloba og arbeidsleder har erkjent at arbeidsleder krevde å få nøklene sine tilbake etter at det ble en klagesak for ombudet. Ombudet finner det ikke tvilsomt at klagesaken for ombudet kan ha tilspisset konflikten mellom arbeidsleder og x, og at dette er grunnen til at han ønsket nøklene tilbake. Etter ombudets vurdering har klager ikke vist til at fratakelsen av nøklene faktisk har forverret hennes arbeidssituasjon. Fratakelsen av nøklene kan gjøre arbeidssituasjonen for klager vanskeligere fordi det gjenspeiler manglende tillit fra arbeidslederen. Ombudet understreker likevel at dette ikke faktisk har gått utover klagers arbeidsoppgaver. Ombudet er på denne bakgrunn kommet til at klager ikke har sannsynliggjort at hun er dårligere stilt ved at hun måtte gi tilbake nøklene.

Klager hevder avslutningsvis at arbeidsleder har truet med at hun ikke vil få forlenget kontrakt. Arbeidsleder bestrider dette. Ombudet kan ikke legge den ene parts påstand til grunn som mer sannsynlig enn den andre.

Ombudets konklusjon er at arbeidsleder ikke har utsatt klager for ulovlig gjengjeldelse.

Ombudet kan ikke se at det blir aktuelt å vurdere gjengjeldelsesspørsmålet mot Uloba, ettersom det er arbeidsleder og fungerende arbeidsleder som tildeler timer til assistentene, bestemmer hvem som skal ha husnøkkel og om kontrakten skal forlenges.

Plikten til å forebygge og søke å hindre seksuell trakassering og trakassering på grunn av etnisitet

Ombudet skal ta stilling til om *Uloba* har oppfylt sin plikt til å forebygge og søke å hindre trakassering, jf. likestillingsloven § 8a og diskrimineringsloven § 5 tredje ledd.

Bestemmelsen er todelt. For det første oppstiller bestemmelsen en plikt til å forebygge at trakassering skjer i fremtidige tilfeller. For det andre oppstiller den en plikt til å søke å hindre at trakasseringen fortsetter hvor det foreligger en påstand om trakassering. Bevistemaet skal være om den ansvarlige har gjort nok for å forebygge og søke å hindre trakassering innenfor sitt ansvarsområde, jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208. Det betyr at den som hevder seg trakassert ikke trenger å bevise at en eventuell trakassering har skjedd.

Første spørsmål er om Uloba har gjort nok for å "forebygge" at trakassering skjer i fremtiden. Med plikten til å forebygge trakassering menes "tiltak av preventiv karakter, som for eksempel utforming av retningslinjer og holdningskampanjer", jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208.

Vernebestemmelsen i diskrimineringsloven § 5 tredje ledd har lik utforming og bygget opp på samme måte som likestillingslovens § 8a. Ombudet siterer derfor fra likestillingsloven forarbeider Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 75 når det gjelder beskrivelsen av innholdet i plikten.

"Relevante forebyggingstiltak vil blant annet kunne være å organisere virksomheten på en bestemt måte, opprette internt klageorgan eller kontrollsystem, iverksette holdningskampanjer, utarbeide retningslinjer og informasjonsmaterieell, eller foreta helt konkrete handlinger...Den ansvarlige bør gjøre det klart at seksuell trakassering ikke tolereres i virksomheten, og opplyse hvilke negative konsekvenser dette kan ha både for den som rammes direkte, for miljøet rundt. Hvilken strategi man velger vil kunne variere etter de ulike typer virksomheter og etter omstendighetene i det enkelte tilfelle. Hva som vil være av betydning er for eksempel den påståtte trakasseringens art og omfang, organisasjonens eller arbeidsplassens størrelse og utforming, og arbeidsstyrkens sammensetning."

Formuleringer i lovens forarbeider som "blant annet", "bør", og "for eksempel" tyder på at lovgiver åpner for at virksomhetene har en viss grad av frihet til å utarbeide retningslinjer og tiltak for å forebygge trakassering. I praksis fra ombudets klagesaker har ombudet for det første lagt til grunn at arbeidsgiver bør ha en klar og uttalt holdning om at trakassering ikke aksepteres. Dette må gjøres kjent for alle ansatte, for eksempel på fellesmøter, på intranett, eller lignende. For det andre bør de ansatte gis opplæring i forbudet mot trakassering. Ombudet anbefaler at en slik opplæring tas inn i den ordinære HMS-opplæringen. For det tredje bør det etableres rutiner for registrering og behandling av saker om trakassering.

Uloba har dokumentert at de har retningslinjer for å søke å forebygge trakassering. Spørsmålet for ombudet er om retningslinjene tilfredsstillende de kravene som fremgår av lovens forarbeider og ombudets praksis.

Rutinen viser at Uloba har en uttalt holdning mot trakassering. Uloba har forklart at rutinen for varsling om trakassering inngår som en del av arbeidskontrakten og assistentene må underskrive på at de er kjent med rutinen i forbindelse med kontraktsinngåelsen. Ombudet mener dette er i tråd med kravet om at rutinen må gjøres kjent for de ansatte.

Når det gjelder ansvarsforhold for håndtering av trakassering, fremstår det for ombudet som om det er uklart hvem som har ansvar for å behandle saken. Rutinen oppgir ikke kontaktopplysninger til navngitte personer som er ansvarlig for å håndtere trakassering, men angir kun et nummer, en e-post adresse og en postadresse som varselet kan sendes til. Ombudet mener at det må angis konkret hvem man skal kontakte ved varsel om trakassering og hvem som håndterer saker om trakassering. Ombudet har også merket seg at Uloba mangler en beskrivelse av fremgangsmåten for hvordan et varsel om trakassering skal håndteres. Dette skaper lite forutsigbarhet for både arbeidsgiver og arbeidstaker. Det er nær sammenheng mellom adekvate retningslinjer for å forebygge trakassering og håndtering av et slikt varsel.

Ombudet har også merket seg at det i rutinene står at det vil anses som kritikkverdige forhold dersom arbeidsleder "driver systematisk trakassering/diskriminering av assistenten". I forarbeidene til både likestillingsloven og diskrimineringsloven er det presisert at det i arbeidslivet er tilstrekkelig at trakasseringen har skjedd en gang for å rammes av loven. Etter ombudets vurdering er rutinene noe misvisende når den viser til systematisk trakassering som et eksempel på trakassering, da det kan gi et inntrykk av at enkeltstående hendelser ikke omfattes. Uloba har heller ikke opplyst om arbeidslederne gis opplæring om anti-diskriminering og trakassering.

Forarbeidene angir at det kan legges vekt på arbeidsplassens størrelse og utforming, og arbeidsstyrkens sammensetning. Uloba har i sin redegjørelse oppgitt at de har ca. 930 BPA ordninger i landet. En arbeidsleder kan ha flere assistenter, som for eksempel arbeidsleder som har åtte assistenter. Dette betyr at Uloba er formell arbeidsgiver for mange ansatte, og må anses som en stor arbeidsplass. Et arbeidsforhold som BPA ordningen representerer skiller seg også fra ordinære arbeidsplasser ved at assistenten oftest arbeider alene i et tett forhold til sin arbeidsleder (reelle arbeidsgiver), i vedkommende sitt hjem og private sfære. I slike arbeidsforhold vil det være vanskeligere å holde avstand til en person som eventuelt trakasserer, og det kan oppleves som mer truende når man arbeider alene med personen. Risikoen for gjengjeldelse vil også være ekstra stor dersom det oppstår en

konflikt i et slikt arbeidsforhold. Etter ombudets vurdering er det på en arbeidsplass som Uloba i størrelse, utforming og sammensetning, særlig viktig med gode rutiner for å søke å forebygge trakassering.

Ombudet er etter en helhetsvurdering av Ulobas rutiner for varsling og fremgangsmåte for behandling av varsel, kommet til at Uloba ikke har gode nok rutiner for å søke å forebygge trakassering.

Plikten til å søke å hindre trakassering:

Ombudet skal videre ta stilling til om Uloba har oppfylt sin plikt til å ”søke å hindre trakassering”, jf. diskrimineringsloven § 5 tredje ledd, jf. likestillingsloven § 8a tredje ledd.

Plikten til å søke å hindre trakassering innebærer at arbeidsgiver «må gripe fatt i aktuelle problemer og utrede hva som har skjedd og komme fram til en løsning. Det er tilstrekkelig at den ansvarlige har forsøkt å hindre trakasseringen, det kreves ikke at trakasseringen faktisk er forhindret», jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 208.

Uloba hevder at de har håndtert saken på en tilfredsstillende måte ved at saken fikk høy prioritet så raskt de kunne. Ombudet finner det ikke tvilsomt at Uloba har fulgt opp klagers påstander om trakassering, men spørsmålet er om oppfølgingen er tilstrekkelig. Klager hevder at Ulobas håndtering av saken er kritikkverdig fordi Uloba først tok tak i saken etter at hun hadde klaget til ombudet. Klager mener også at arbeidsleder fremstår som saksbehandler i saken når han fikk anledning til å motsi klagers varsel.

For å kunne ta stilling til om Uloba har håndtert saken i tilstrekkelig grad, må det tas utgangspunkt i hva Uloba faktisk gjorde da de ble kjent med innholdet i varsel. På det tidspunktet saken ble klaget inn til ombudet var det foreløpig ikke avholdt noen formelle møter mellom Uloba, klager og/eller arbeidsleder. Relevant for vurderingen er om Uloba reelt sett hadde fått tilstrekkelig tid til å faktisk utrede saken før det ble en klagesak for ombudet.

Saken ble tatt opp med BPA rådgiveren i Uloba samme dag som meldingen ble sendt. Som vist til under sakens bakgrunn ble arbeidsleder konfrontert med avviksmeldingen og fikk anledning til å komme med sitt syn på saken kort tid etter at den ble inngitt av klager. Etter ombudets vurdering bør saker som dette løses på lavest mulig nivå dersom det er mulig. Det at arbeidsleder fikk anledning til å komme med sitt syn på saken så tidlig i prosessen synes å være en god løsning. En slik fremgangsmåte forutsetter selvsagt at arbeidsleder selv ikke blir saksbehandler i saken, noe som ikke synes å være tilfelle. Det første møte med klager og deretter arbeidsleder ble avholdt ca. en måned etter at klager sendte inn avviksmeldingen. jf. sakens bakgrunn. Det er ikke skrevet referat fra møtene hvor saken

har blitt utredet, men det ser ut til at Uloba har lagt klagers og arbeidsleders skriftlige forklaringer til grunn. Det ble deretter avholdt en oppfølgingsmøte med klager den I dette møtet kom de frem til en løsning for Klager. Uloba besluttet etter hvert at Uloba skulle forsøke å finne en ny bruker til klager. Klager ble deretter sykemeldt med lønn.

Selv om det gikk noe tid før saken ble løftet til et overordnet organ er ombudet etter en helhetsvurdering kommet til at Uloba har håndtert saken på en tilfredsstillende måte. Uloba har tatt saken på alvor, og kommet til enighet om en tilfredsstillende løsning for klager. Det at klager ikke mottar tillegg utover sin arbeidskontrakt når hun mottar penger fra NAV er noe klager ikke har rettslig krav på.

Konklusjon

1. Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at arbeidsleder har utsatt x for trakasserende uttalelser på grunn av etnisitet i strid med diskrimineringsloven § 5 første ledd. Ombudet er derimot kommet til at det ikke er grunn til å tro at arbeidsleder har utsatt klager for ulovlig gjengjeldelse i strid med diskrimineringsloven § 9 første ledd jf. likestillingsloven § 5 sjette ledd.
2. Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer videre med at Uloba har håndtert saken på en tilfredsstillende måte, men at de ikke har oppfylt sin plikt til å forebygge trakassering i diskrimineringsloven § 5 og likestillingsloven § 8a.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. diskrimineringsloven § 13, jf. § 14.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme frem til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen 23. februar 2012 om hvordan arbeidsleder foreslår å løse saken, dersom arbeidsleder ikke velger å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Ombudet anbefaler følgende endringer i Uloba sine retningslinjer for å forebygge trakassering/diskriminering:

- Det bør defineres hva som menes med trakassering, og gis gode konkrete eksempler. Det bør også gå frem av rutinen at det i arbeidslivet er tilstrekkelig med enkelttilfeller.

- Det bør angis konkret hvem man skal varsle om trakassering til, og presiseres hvordan man skal gå frem ved varsling slik at man sikrer at varslingen inngis på en forsvarlig måte.
- Det bør utarbeides et skjema for varsling.
- Det bør lages en detaljert prosessbeskrivelse med klare ansvarsforhold og tidsfrister for håndtering av varsel om trakassering og oppfølging av varsler.
- Det bør sikres at varslingssystemet fungerer hos hver enkelt BPA ordning.
- Rutinene for varsel om trakassering/diskriminering bør gjennomgås ved kontraktinngåelse mellom Uloba, arbeidsleder og assistent.

Vi ber om tilbakemelding innen *23. februar 2012* om hvordan *Uloba* foreslår å forbedre sine rutiner for å forebygge og søke å hindre trakassering, dersom *Uloba* ikke velger å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Dersom *Uloba* ønsker veiledning om hvordan de kan forbedre sine rutiner, er dere velkomne til å ta kontakt med Likestillings- og diskrimineringsombudet.

Sunniva Ørstavik
likestillings- og diskrimineringsombud
Oslo, 23.01.2012