



Likestillings- og  
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

12/1819

Dato:

01.10.2013

**Saksnummer: 12/1819**

**Lovgrunnlag: diskrimineringsloven §§ 4 og 9**

**Dato for uttalelse: 24.07.2013**

**Klager hevdet at rekrutteringsselskap diskriminerte henne på grunn av nasjonal opprinnelse ved fastsettelse av hennes lønn, og at rekrutteringsselskapet avsluttet hennes arbeidsforhold som følge av at hun klaget på diskriminerende lønnsforskjell til ombudet.**

Ombudet kom til at det ikke var holdepunkter for at klagerens lønnsfastsettelse hos rekrutteringsfirmaet var påvirket negativt av at hun hadde en annen nasjonal bakgrunn enn norsk. Ombudet fant heller ikke grunn til å tro at det var årsakssammenheng mellom klagen til ombudet og det forhold at klagerens arbeidsforhold hos rekrutteringsselskapet ble avsluttet.

## **OMBUDETS UTTALELSE**

### **Sakens bakgrunn**

Klager (A) har vært ansatt i rekrutteringsselskap (B) i flere perioder siden 2008, innen pleie og omsorg i kommunal sektor. A klaget i brev til ombudet av 28. september 2012 på at etnisk norske pleiere med mindre kompetanse enn henne får betydelig mer i lønn, og ba ombudet vurdere om dette utgjør ulovlig forskjellsbehandling av henne.

B ga i redegjørelse til ombudet av 23. november 2012 blant annet uttrykk for at virksomheten var grunnleggende uenig med klagerens påstand om etnisk norske medarbeidere lønnes bedre enn medarbeidere med annen etnisk bakgrunn.

I brev til ombudet av 26. januar 2013 hevdet A at B hadde avsluttet hennes arbeidsforhold. Hun mente det hadde sammenheng med at hun klaget på det hun mener er diskriminerende lønnsfastsettelse. Ombudet ba i den forbindelse om virksomheten redegjøre for sitt syn på klagers fremstilling, med henvisning til forbudet i diskrimineringsloven § 9 mot gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage for om brudd på bestemmelsene i lovens §§ 4, 5, 6 eller 7.

B viste i brev til ombudet av 22. februar 2013 til A hadde sitt siste oppdrag for B den 15. august 2012, og at det ikke var registrert

kontakt mellom partene etter denne dato, hvilket innebar at A stod meldt som slutført deres systemer fra 11. desember 2012.

### **Partenes syn på saken**

Ombudets fremstilling av partenes syn på saken bygger på det skriftlige materialet ombudet har mottatt, og som forutsettes kjent av partene. Innholdet gjengis nedenfor kun i den utstrekning ombudet anser at det er av betydning for resultatet i saken.

#### **A:**

A forklarer i klagen til ombudet at hun har vært ansatt i B periodevis siden 2008, og at hun har vært nødt å si opp når det har vært stille perioder for å få feriepengene utbetalt. Konsekvensen av stille perioder i vikarbyrå, kombinert med små deltidsstillinger i kommunen har vært at hun har slitt med å betale løpende utgifter.

Våren 2012 snakket A med en kollega om arbeidsforholdet i B, herunder lønnsnivå. Kollegaen er etnisk norsk og heter X. A husker ikke etternavnet. A forklarer at kollegaen tjente 270 kroner i timen, mens A tjente 170 kroner i timen. A kollegaen hadde forklart at timelønnen var fastsatt på grunn av henne tidligere sykepleierstudier, selv om hun hadde avbrutt studiene.

A drøftet saken med sin konsulent i B, som etter mye om

og men øket timelønnen til 180 kroner. A viser til at hun er autorisert hjelpepleier og har i tillegg:

- Studenteksamen
- 60 stp i bioanalytikk fra X høyskole
- Grunnfaget i sosialpsykologi fra X
- Grunnstudiet- og fordypningsfasen i helseledelse fra X
- 1/2 parten av vernepleierstudiet fra X høyskole

I brev av 15. november 2012 har A vist til hovedtariffavtalen for KS-område 2012-2014, og legger til grunn at riktig tariff lønn er 368 800 kroner per år, 30 733,33 per måned og 199,78 kroner per time.

I brev til ombudet av 26. januar 2013 opplyste A hevder videre at hun er blitt ulovlig oppsagt. Det framgår av lønns- trekkoppgave for 2012 at arbeidsforholdet i B ble avsluttet i november 2012. A viser til at klagen til likestillings- og diskrimineringsombudet ble gitt i november 2012. Hun mener at oppsigelsen har sammenheng med at hun klaget på lønnsnivået. As

**Bs syn på saken:**

B avviser at A har vært lønnet lavere enn etnisk norske kolleger som det er naturlig å sammenlikne seg med.

B er grunnleggende uenig med påstanden til A om at etnisk norske medarbeidere lønnes bedre enn medarbeidere med annen etnisk bakgrunn. Hovedprinsippene i virksomhetens lønnsfastsettelse er at medarbeidere skal lønnes utfra kompetanse, erfaring og personlig egnethet, uavhengig av etnisk, religiøs, kulturell tilhørighet eller seksuell orientering. Da den nevnte forskriften trådte i kraft, endret B på dette prinsippet for noen offentlige kunder, da

Side 3 av 9

det er avtalt at det skal lønnes i henhold til tariff. B viser til at de fleste tariffavtaler i offentlig sektor baserer lønnsfastsettelse på ansiennitet fremfor kompetanse, erfaring og personlig egnethet. A har hele tiden vært lønnet i henhold til gjeldende tariff.

Alle oppdrag som A har utført for B har vært innen pleie og omsorg i kommunal sektor, med unntak av ett dagsoppdrag for et helseforetak. A har dokumentert utdanning som hjelpepleier og norsk autorisasjon.

Ut fra den innleverte dokumentasjonen hadde A i perioden 1986 til 2001 opparbeidet seg en lønnsansiennitet på 7 år og 9 mnd. A startet sitt første oppdrag for B 23. mai 2008 og hun fikk da en timelønn på 165 kroner.

B viser til at gjeldende minstetariff i KS hovedavtale pr 23. mai 2008 var kr 143,60 pr time. Pr 1. mai 2009 var minste timelønn for ansiennitet 4-8 år kr 148,48 og kr 151,35 for ansiennitet A fikk på samme tidspunkt 170 kroner per time av B. Per 1. august 2010 var minste timelønn for ansiennitet 4-8 år kr 152,32 og for ansiennitet over 8 år kr 155,20. A fikk på samme tidspunkt kr 180,00 pr time av B.

B opplyser at de har gjennomgått lønnsnivået for aktive medarbeidere med samme fagkompetanse som A, og der fremkommer det at gjennomsnittlig timelønn for norske medarbeidere (registrert på statsborgerskap – kan ha annen etnisk bakgrunn) er kr 175,28, mens gjennomsnittlig timelønn for utenlandske medarbeidere er kr 183,62.

B avviser også at arbeidsforholdet til A er avsluttet som følge av at hun klaget til ombudet på ulovlig forskjellsbehandling ved lønnsfastsettelse. B viser til at A har signert til sammen seks arbeidsavtaler med B i perioden 19. mai 2008 til 17. januar 2012. Det har blitt skrevet flere arbeidsavtaler fordi A har sagt opp sin stilling i B eller fordi det har gått mer enn 3 måneder siden forrige oppdrag. B opplyser at en arbeidsavtale med B gjelder fra første arbeidsdagen i et oppdrag og inntil tre måneder etter siste kontakt mellom partene. B viser i den forbindelse arbeidskontrakten punkt 2.5:

*«Arbeidstaker står fritt til å akseptere eller takke nei til nye oppdrag eller forlengelser av oppdrag som tilbys. Arbeidstakeren skal selv holde B løpende informert om sine ønsker om nye oppdrag. Hvis arbeidstakeren ikke lar høre fra seg på tre måneder i en oppdragsfri*

*periode, vil B legge til grunn at arbeidstakeren ikke ønsker flere oppdrag og at arbeidstakeren selv ønsker arbeidsforholdet avsluttet.»*

B anfører at A hadde sitt siste oppdrag for B 15. august 2012, og at virksomheten ikke har registrert noen kontakt mellom partene etter denne dato. A er derfor meldt som slutført i deres systemer fra og med 11. desember 2012. En sluttmelding må gjennomføres manuelt av ansvarlig konsulent, for å avklare om vedkommende faktisk ønsker å slutte. Den aktuelle konsulenten, X, har sluttet i B og virksomhetens svar er derfor basert på den dokumentasjon som foreligger elektronisk i B system. B er av den oppfatning at A har forstått at det må være en gjensidig kontakt mellom partene etter siste oppdrag, særlig med tanke på at hun har signert flere arbeidsavtaler i sine ansettelsesperioder, både på grunn av opphold på mer enn 3 måneder mellom oppdrag og fordi hun har levert oppsigelse fire ganger.

### **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 unnlattelse 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.

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**

### **Ulovlig forskjellsbehandling ved avlønning?**

Ombudet skal ta stilling til om A er blitt behandlet dårligere enn andre i en tilsvarende situasjon, og om forskjellsbehandlingen i så fall hadde sammenheng med etnisitet eller nasjonal bakgrunn, jf. diskrimineringsloven

§ 4.

Det betyr at dersom ombudet kommer til at A er blitt behandlet dårligere enn andre ved lønnsfastsettelsen, må ombudet vurdere om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at B har lagt vekt på As etniske bakgrunn eller nasjonalitet ved avlønningen av henne.

A hevder at hun er blitt lønnet under gjeldende tariff i B. B opplyser at de benytter KS sin tariff ved ansiennitetsberegning og avlønning av medarbeidere innen pleie – og omsorg i kommunal sektor. Det følger av As brev til ombudet av 15. november 2012, samt virksomhetens redegjørelse av 23. november 2012, at timelønnen skal beregnes med 35,5 timer per uke. As timelønn på 180 kroner per time tilsvarer da ca. 332 000 kroner per år. Ettersom A kun husker fornavnet, er opplysningen dessuten vanskelig å imøtegå for B. Ombudet understreker uansett at et eventuelt enkeltstående tilfelle av lønnsforskjell mellom en person med norsk og utenlandsk bakgrunn alene vanskelig kan gi grunn til å tro at lønnsforskjellen er begrunnet i etnisitet eller nasjonal bakgrunn. Ombudet kan ikke se at det foreligger ytre omstendigheter i saken som kan underbygge en slik konklusjon i dette tilfellet.

Minstelønnen for fagarbeiderstillinger per 1. mai 2011 293 500 kroner per år ved minst 8 års ansiennitet og 342 300 kroner per år ved minst 10 års ansiennitet. Tarifflønnen tilsvarer en timelønn på henholdsvis 158,99 og 185,43 kroner per time. Fra 6. juni 2012 var tilsvarende tall 310 200 ved minst 8 års ansiennitet og 358 800 ved minst 10 års ansiennitet. Dette tilsvarer en timelønn på henholdsvis 168,04 og 194,37 per time.

Spørsmålet om hvorvidt As lønn er lavere enn tarifflønnen avhenger således av hvilken ansiennitet som legges til grunn. Ombudet finner det imidlertid ikke nødvendig å gå nærmere

inn på hvorvidt Bs beregning av As lønnsansiennitet er riktig, ettersom det ikke er lagt frem noen opplysninger som gir indikasjon på forskjellsbehandling på grunn av etnisitet eller nasjonal opprinnelse. Det er i utgangspunktet klageren som har bevisføringsrisikoen for at arbeidsgiver har tatt diskriminerende hensyn, og ombudet kan ikke se at en eventuell feilberegning av ansiennitet i denne saken tilfredsstillende kravet om en viss grad av sannsynlighet for at diskriminering foreligger, jf. Ot.prp.nr.33 (2004-2005) side 130

Ombudet vurderer på denne bakgrunn det ikke er holdepunkter for at As lønnsfastsettelse er påvirket negativt av at hun har nasjonal bakgrunn fra X.

### **Spørsmål om gjengjeldelse**

A hevder også at hun ble ulovlig oppsagt som følge av at hun klaget på diskriminering ved lønnsfastsettelsen. Det framgår av lønns- og trekkoppgave for 2012 at arbeidsforholdet ble avsluttet i november 2012. A viser til at klagen til likestillings- og diskrimineringsombudet ble gitt i november 2012.

Etter diskrimineringsloven § 9 er det forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på bestemmelsene i §§ 4, 5, 6 eller 7. Med gjengjeldelse menes enhver form for negativ behandling, dersom det er årsakssammenheng mellom den ugunstige behandlingen og at det er fremmet klage.

Arbeidsgivers avslutning av et arbeidsforhold mot arbeidstakers vilje, etter at vedkommende har klaget inn virksomheten for brudd på diskriminerings-lovgivningen, er en omstendighet som i seg selv kan gi grunn til å tro at det er skjedd gjengjeldelse i strid med diskrimineringsloven § 9. Om det er grunn til å tro at arbeidsgiver har gjort bruk av gjengjeldelse etter klage på diskriminering, beror likevel på en konkret vurdering av omstendighetene i det enkelte tilfellet.

Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at A var utsatt for gjengjeldelse, er det opp til B å sannsynliggjøre at det var andre årsaker til at arbeidsforholdet ble avsluttet.

Det fremgår av arbeidsavtalen som er fremlagt, at arbeidstakeren skal holde B løpende informert om sine ønsker om nye oppdrag. Hvis arbeidstakeren ikke lar høre fra seg på tre

måneder i en oppdragsfri periode vil B legge til grunn at arbeidstakeren ikke ønsker flere oppdrag og at arbeidstakeren selv ønsker arbeidsforholdet avsluttet.

Partene er enige om at As siste oppdrag var 15. august 2012. B opplyser at virksomheten ikke har registrert noen kontakt mellom partene etter denne dato. A på sin side hevder at hun både telefonisk og pr. epost den 21. august til X fremmet ønske om å få ekstravakter i Oslo. A viser videre til at hun i sommeren 2012 drøftet lønnsnivået flere ganger med X, som lovte å ta saken opp med sin sjef, spørsmålet om lønn også er nevnt i eposten av 21. august. A sier at hun ikke har fått svar på noen disse forespørslene.

B har ikke imøtegått As fremstilling når det gjelder manglende svar på disse henvendelsene. Det er heller ikke dokumentert noen sluttmelding, hvor det etter Bs opplysninger skal foretas en konkret og reell vurdering av om vedkommende faktisk ønsker å slutte. Dette fremstår i sum som dårlig personalhåndtering.

Ombudet kan imidlertid ikke se at manglende svar til A i perioden fra august til november gir grunn til å tro at avslutningen av arbeidsforholdet var en gjengjeldelse for klage på diskriminering. B ble først kjent med klagen fra A i ombudets brev av 1. november 2012. Det foreligger ikke opplysninger som tilsier at virksomheten var kjent med at A ønsket å klage på diskriminering før dette.

Arbeidsforholdet mellom A og B ble imidlertid avsluttet den 11. desember 2012, bare kort tid etter at B ble kjent med at hun hadde klaget til ombudet; i begynnelsen av november; deres første redegjørelse til ombudet kom den 23. november. Det er svært kort tid mellom klagen på diskriminerende lønnsfastsettelse og avslutning av arbeidsforholdet. Dette kan isolert sett gi grunn til å tro at det er sammenheng mellom klagen på diskriminering og avslutning av arbeidsforholdet. Det er derfor opp til B å sannsynliggjøre at avslutningen av arbeidsforholdet likevel ikke har sammenheng med klagen til ombudet.

B forklarer for det første at det var gått mer enn 3 måneder siden sist oppdrag. Det var dessuten gått mer enn tre måneder siden sist A ba om vakter. Etter arbeidsavtalen, opphører i slike tilfeller arbeidsforholdet, og man inngår ny kontrakt for nye oppdrag. I redegjørelse til ombudet av 4. juli 2013 opplyser B at A vil bli tilbudt nye oppdrag i fremtiden, dersom hun



ønsker det, men at virksomheten ikke kan forutse hvilke forespørsler som kommer inn, eller garantere for nye oppdrag.

For det andre viser B til at fra 1. august 2012 var A ansatt i

100 % stilling i X kommune. B viser videre til at virksomheten per dags kun har avtale om oppdrag for hjelpepleiere med X kommune. Ettersom A arbeider i 100 % fast stilling som hjelpepleier i kommunen, kan ikke B engasjere henne i oppdrag dit. I tillegg viser B til arbeidsmiljøloven § 4, og at det er utfordringer ved å tilby en arbeidstaker som jobber fulltid ekstravakter med tanke på helse, miljø og sikkerhet (HMS).

Etter en samlet vurdering legger ombudet til grunn at avslutningen av arbeidsforholdet ikke var begrunnet i As klage på diskriminering. Ombudet legger vekt på at også tidligere arbeidsavtaler mellom partene var blitt avsluttet når det var gått 3 måneder mellom oppdrag, og at arbeidsavtalen ikke innebar noen garanti for oppdrag. As 100 % stilling fra 1. august begrenser åpenbart også mulighetene for å kunne bli tilbudt nye oppdrag.

Ombudet har ikke kompetanse til å vurdere til andre arbeidsrettslige spørsmål i saken enn spørsmålet om diskriminering, jf. diskrimineringsloven § 4 og gjengjeldelse, jf. diskrimineringsloven § 9. Ombudet kan derfor ikke ta stilling til om det er forhold ved lønnsfastsettelsen eller arbeidsforholdet ellers som er i strid med lov eller avtaleverk.

## **Konklusjon**

B har ikke handlet i strid med diskrimineringsloven §§ 4 og 9, ved fastsettelse av lønn, eller ved avslutning av arbeidsforholdet til A.