

UTTALELSE I KLAGESAK OM GRAVIDITETSDISKRIMINERING

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage fra A og B av 27. januar 2009.

A og B hevder de ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet da de ikke fikk tilbud om stilling i C.

Ombudet har kommet til at C ikke har sannsynliggjort at det er andre årsaker enn A og Bs graviditet som er grunnen til at de ikke fikk tilbud om stilling. C handlet derfor i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3 første ledd og annet ledd nr. 2 da de ikke tilbød A og B stilling i det nyopprettede selskapet.

Ombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda for full overprøving innen tre uker fra mottakelsen av dette brevet, se vedlagt orientering.

BEGRUNNELSE FOR OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

23. desember 2008 informerte arbeidsgiver de ansatte i D at virksomheten var blitt sendt til skifteretten. I samme brev fremgår det at eierne av D arbeidet med en løsning for å overta hele eller deler av boet for å drive videre under navnet C. Brevet avsluttes med følgende:

”For dere rent praktisk er det slik at dere møter på jobb som vanlig, med mindre en annen beskjed skulle komme fra bobestyrer.”

Personalstrukturen i D var på dette tidspunktet:

- E – butikksjef, fast fulltid
- A – fast fulltid
- F – fast deltid
- B – fast deltid
- G – ekstrahjelp
- H – ekstrahjelp
- I – ekstrahjelp

I brev av 23. desember 2008 mottok A og B, i likhet med alle ansatte i D, oppsigelse fra bobestyrer. A og B var på dette tidspunktet gravide.

Åtte av Ds 14 butikker, herunder butikken på X, ble kjøpt opp av J og drives i dag under navnet C. J var også eier av D.

De ansatte i C på X er:

- E – butikksjef, fast fulltid
- K – assisterende butikksjef, fast fulltid
- F – fast deltid
- G – ekstrahjelp
- H – ekstrahjelp
- L – ekstrahjelp

Det er med andre ord A og B, som begge var gravide, og I (langtidssykemeldt) som ikke er blitt ansatt i C.

I e-post av 27. januar 2009 klager A og B saken inn for ombudet.

Partenes anførsler

C:

C anfører at konseptet, og krav til kompetanse og organisering, er betraktelig endret i forhold til D. Konseptforskjellen medførte at det var flere tidligere ansatte i D som ikke ble ansett som kvalifiserte til stilling i C, og derfor ikke ble tilbudt ansettelse, herunder A og B.

I redegjørelse fra advokatfirmaet M er kvalifikasjonskravene for stillingene i C angitt på følgende måte:

- *”At den ansatte har interiør både som ”lidenskap” og jobb. Dette er viktige suksessfaktorer C konseptet. De skal ha meget gode produktkunnskap (herunder også m.h.t. hva som skjer i bransjen), stor interesse og god sans for det de driver med.*
- *Evnen til å gi den beste kundeservice, kundeveiledning, sette kunden i sentrum og være faglig dyktig.*
- *Fleksibilitet i forhold til butikkens behov.*
- *Være del av et godt arbeidsteam, opptre lojalt og engasjert ut fra vedtatte beslutninger.*
- *Beherske alle administrative rutiner (butikkdatasystem m.v.).*
- *God farge- og interiørkunnskap.*
- *God kunnskap og kompetanse innen vareplassering, dekorasjon og evnen til å skape og vedlikeholde kjedens ønskede butikkuttrykk.*
- *Produktkunnskap innen hovedvaregruppene møbel, sengetøy/dyner/puter, gardin og solavskjerming, tepper og tapeter.”*

C anfører at A ikke oppfylte kompetansekravene/kravene til personlig egnethet og viser særlig til at:

- hun lett ble stresset og at dette gikk utover kundebehandlingen
- hennes ryggproblemer og migrene hindret henne i utførelsen av de fysiske oppgavene som ligger til stillingen (løfting av varer, møbler m.v.)
- hun var lite fleksibel når det gjaldt arbeidstid

C har i denne sammenheng lagt ved erklæring fra butikksjef i D, datert 17. august 2009. Erklæringen har følgende ordlyd:

”Fleksibilitet: Da A kom tilbake til jobb (50%) etter endt svangerskapspermisjon, fikk hun etter eget ønske tilbud om arbeidstid kun på dagtid de første to månedene som en gradvis overgang til arbeidslivet. Hun aksepterte at hun også måtte ta kvelds- og lørdagsvakter etter denne perioden av hensyn til at det skulle være en rettferdig fordeling blant de ansatte. Hun ga imidlertid uttrykk for at hun ønsket så få kvelds- og lørdagsvakter som mulig.

Helse: A hadde problemer med rygg/nakke og migrene. Dette ga begrensninger i forhold til hvilke arbeidsoppgaver hun kunne utføre.”

C anfører at B heller ikke oppfylte kompetansekravene/ kravene til personlig egnethet og viser særlig til at hun:

- er dårlig på kundeservice, særlig når det gjelder reklamasjoner. Dette er tatt opp med B
- hadde en negativ innvirkning på arbeidsmiljøet ved at hun ofte var ”humørsyk”. Også dette er tatt opp med B flere ganger uten at det medførte bedring
- takler stress på en dårlig måte
- har manglende forståelse for kjedens administrative rutiner
- mangler kompetanse innen dekorasjon og vareplassering i henhold til C sitt konsept

C har også lagt ved erklæring fra butikksjef i D, datert 17. august 2009. Erklæringen har følgende ordlyd:

”Kundeservice: Ved en rekke anledninger mottok undertegnede og øvrige kolleger klager fra kunder på behandlingen de hadde fått av B, både i form av utsagn i butikken, samt telefonhenvendelser i ettertid. Kommentaren "hun burde aldri ha jobbet i butikk" var ikke sjelden. Ved flere av tilfellene ble kundene tilbudt prisavslag eller gavekort i et forsøk på å beholde kunderelasjonen. Mange av disse situasjonene snakket vi om, men på grunn av feighet fra min side ordnet jeg ofte opp med kundene uten hennes viten, og utviste med dette unnvikende lederskap som jeg i ettertid beklager på det sterkeste.

Arbeidsmiljø: Vi som jobbet sammen med B valgte dessverre samme tilnærming til hennes ustadige humør - å trå varsomt og "gå med" for å unngå konfrontasjon. I perioder gikk det fint, men hele tiden lå frykten for neste konflikt eller ubehagelige situasjon under overflaten.

Kollegene snakket henne etter munnen for å bevare et godt arbeidsmiljø, og B hadde nok selv inntrykk av at hun var godt likt. Jeg snakket flere ganger med henne om enkeltepisoder som oppstod, og også generelt. Hele tiden hadde jeg tro på at hun skulle klare å jobbe med hva hun skulle la seg provosere av eller irritere seg over. Fordi hun hadde en stoffskiftesykdom som jeg trodde kunne være medvirkende til humørsvingningene, håpet jeg på bedring på sikt.

Stress: B ga ved flere anledninger selv uttrykk for at hun ikke trivdes når det var mange kunder i butikken om gangen. Da hun ble stresset, var hun ofte veldig lite imøtekommende og kort overfor kundene, samt lite koselig overfor kolleger. Hun ble "tverr", og gikk i "vranglås".”

C anfører også at det hører inn under arbeidsgivers styringsrett å organisere virksomheten, herunder å bestemme hvilke stillinger man skal ha og hvilke kvalifikasjonskrav som stilles til den enkelte stillingen. Det er helt legitimt for arbeidsgiver å stille som vilkår at stillingsinnehaveren må være fleksibel med hensyn til arbeidstider, når formålet med dette vilkåret er saklig.

C fastholder etter dette at det ikke foreligger graviditetsdiskriminering, verken overfor A eller B.

A:

A hevder hun er utsatt for forskjellsbehandling på grunn av graviditet i strid med likestillingslovens bestemmelser. A mener det er påfallende at verken hun eller B, som begge var gravide, ble tilbudt jobb i C.

A viser til at hun var den fast ansatte butikkselgeren med lengst ansiennitet. Hun ble ansatt i D 1. mars 2004. Før dette var hun ansatt i N fra 2000. N gikk konkurs i 2004 og driften ble videreført under navnet D.

Når det gjelder kompetansekravene for stilling i C anfører A at hun har hatt interiør "som lidenskap og jobb" i alle år. Hun anfører videre at hun har fått gode tilbakemeldinger fra overordnede og kunder. Hun har meget gode produktkunnskaper, samt stor interesse og god sans for interiørarbeid. De nye produktene i Cs konsept må alle ansatte kurses i, også hun dersom hun hadde vært ansatt.

A har vedlagt attest fra butikksjef i N, datert 30. januar 2006. Fra attesten siteres følgende:

Ved mitt fravær overtar hun også butikksjef sitt ansvar. Denne jobben blir korrekt utført.

Hun er ellers arbeidsom og fleksibel i forhold til arbeidstid og oppgaver. A er godt likt og respektert av kunder og sine medarbeidere.

I forhold til C sin påstand om *manglende fleksibilitet* anfører A at hun frem til 2006 var meget fleksibel. Hun har jobbet mye overtid/tatt ekstravakter, samt jobbet ekstra uten betaling. Ønsket om å få slippe kvelds- og helgevakter hang sammen med at hun var gravid og var i tråd med anbefaling fra lege. Dette var imidlertid kun ment for en begrenset periode. Omtrent seks uker før D gikk konkurs begynte hun å jobbe helger og kveld på vanlig måte.

Når det gjelder påstanden om at hun ikke kunne utføre arbeidsoppgavene på grunn av *ryggplager og migrene* anføres følgende: Hun informerte sine overordnede, O og

E, om at hun var gravid. A har tidligere mistet et ufødt barn og hun ønsket derfor å få tilrettelagt arbeid for å unngå tunge fysiske løft. Siden det var tidlig i graviditeten, og hun ikke ønsket å involvere sine kollegaer, ble O, E og A enige om tilretteleggingen skulle forklares med at hun hadde vondt i ryggen. Migreneplagene kan holdes i sjakk ved hjelp av medisiner. Disse medisinene kunne hun imidlertid ikke bruke mens hun var gravid.

Påstanden om at hun ikke takler stress i jobben stiller hun seg uforstående til.

B:

I likhet med A hevder B at hun er utsatt for forskjellsbehandling på grunn av graviditet i strid med likestillingslovens bestemmelser. Det er påfallende at verken hun eller A, som begge var gravide, ble tilbudt jobb i C.

Når det gjelder påstanden om at hun mangler kompetanse innen dekorasjon og vareplassering viser hun til at hun har fullført to år heltidsstudie på MIs utdanning for Interiørdesignere/konsulenter. Det første året var tilrettelagt det private hjem, mens andre året var forbeholdt det offentlige rom. Stilhistorie, interiør, fargelære, trendprognoser, fotostyling/dekorering, service - og kundebehandling var noen av fagene. B fullførte med meget gode karakterer.

Hva angår administrative oppgaver (butikkdatasystem) anfører B at hun ofte ble spurt om hjelp fra kollegaer da de ikke visste hvordan dette skulle utføres. Det var i tillegg også alltid henne, og ingen av hennes kolleger som fikk spørsmålet om å steppe inn som butikksjef, enten i forbindelse med sykdom eller perioden hvor det ikke var ansatt en egen butikksjef. B anfører at hun aldri fikk tilbakemelding fra driftsjef O om at kompetansen hennes ikke var bra nok på dette området. Tvert imot ble hennes opprinnelige vikariat omgjort til en fast deltidsstilling under henvisning til at han ønsket å beholde "flinke folk" i bedriften.

B hevder E aldri, verken muntlig eller skriftlig, tok opp kundeklager relatert til henne, hennes negative innvirkning på arbeidsmiljøet eller at hun har vært humørsyk og tverr. B krever at det fremlegges dokumentasjon på at dette er tatt opp med henne.

B har også lagt ved attester fra tidligere arbeidsgivere, som tegner et positivt bilde av henne. I den første, som er fra P politidistrikt, heter det blant annet:

[B] har et meget behagelig vesen. Hun er pliktoppfyllende, punktlig og fleksibel. Hun er lærevillig og lærenem. Hun har en positiv fremtreden overfor publikum og kollegaer.

Fra attesten fra Q siteres følgende:

B har vært en meget god ressurs for Q både på hovedkontoret, og under utviklingen av R. Hun er meget kunnskapsrik og utviser stor glede og entusiasme i sitt kreative arbeid både selvstendig og i team. Til stor glede for oss som jobber sammen med henne, deler hun generøst denne kunnskapen

med alle som trenger det. B er også meget ryddig og pliktoppfyllende. Hun leverer sine oppgaver punktlig og til alles tilfredshet, og hun følger alltid opp kunder og forbindelser på beste måte. I tillegg er hun løsningsorientert, og tar initiativ til å gjøre både arbeidsrutiner og arbeidsplassen bedre.

Det har vært en udelt glede å få arbeide med B. Med sin sprudlende humor og sin inkluderende personlighet har hun vært en sentral del av vårt lille team.

B kan ikke se at andre er bedre kvalifisert enn henne, og anfører at det ikke foreligger andre grunner enn graviditet for at hun ikke ble tilbudt stilling i C.

Rettslig utgangspunkt

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingslovens, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd første punktum, jf. § 1 annet ledd nr. 1.

Etter likestillingsloven § 4 annet ledd er det forbudt å gjøre forskjell på kvinner og menn ved blant annet ansettelse og oppsigelse. Bestemmelsen viser til likestillingsloven § 3 som forbyr direkte forskjellsbehandling av kvinner og menn, jf. første ledd.

Direkte forskjellsbehandling defineres som handlinger som setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2.

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at A og/eller B er utsatt for direkte forskjellsbehandling, er det opp til C å sannsynliggjøre at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted, jf. likestillingsloven § 16.

Ombudets vurdering

I kraft av styringsretten står private arbeidsgivere i utgangspunktet fritt til å ansette hvem man vil. Styringsretten begrenses imidlertid av blant annet likestillingslovens forbud mot direkte forskjellsbehandling av gravide arbeidssøkere, jf. likestillingsloven §§ 4 og 3.

Spørsmålet for ombudet er om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at A og/eller B ikke ble ansatt i C fordi de var gravide.

For at det skal foreligge *omstendigheter som gir grunn til å tro* at det har funnet sted en direkte forskjellsbehandling i saken, må klagers påstand støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter. Dette må bero på en konkret vurdering. En påstand fra klager, eller den omstendighet at hun var gravid da tilsetningen skjedde, er ikke i seg selv nok til at bevisbyrden går over på innklagede, jf.

mindretallets uttalelse i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 26/2006, som en samlet nemnd i senere uttalelser har sluttet seg til.

Både A og B var gravide da tilsettingene i C fant sted. Både D og C var/er 100 % eid av N. Selv om konseptene for D og C er noe ulike, synes det for ombudet at en stor del av konseptene er sammenfallende. Både A og B har vært ansatte i D i en lengre periode. Begge har fungert i butikksjefstillingen når det har vært behov. Det er ikke fremlagt skriftlig materiale som viser at arbeidsgiver var misfornøyd med hvordan de utførte jobbene. Tvert imot viser attest fra tidligere butikksjef at A utførte jobben som butikksjef på en korrekt måte, samt at hun var arbeidsom, fleksibel og godt likt av kunder og sine medarbeidere. For Bs del ble det opprinnelige vikariatet gjort om til en fast deltidstilling. For ombudet tyder dette på at man var fornøyd med hvordan B utførte arbeidet og fungerte sammen med kollegaene.

Ombudet finner på denne bakgrunn at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at graviditet har medvirket til at verken A eller B ble ansatt i C. Når det foreligger omstendigheter som nevnt ovenfor, tilsier hensynet til effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet at arbeidsgiver må dokumentere og sannsynliggjøre at det er andre forhold enn graviditeten som begrunnet tilsettingen. Ombudet viser i denne sammenheng til EU-rettens krav til effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Dette kravet er et av hovedhensynene bak bevisbyrderregelen i likestillingsloven § 16.

Spørsmålet videre er om C har sannsynliggjort at det er andre grunner enn graviditeten som er årsaken til at A og B ikke ble tilbudt stilling.

C viser til at det dels var manglende kvalifikasjoner og dels personlig egnethet som var årsaken til at de ikke ble tilbudt stilling.

Når det gjelder påstandene om manglende faglige kvalifikasjonene vil ombudet bemerke at begge har lang arbeidserfaring innenfor feltet. B har i tillegg utdannelse innen interiør og design. Ser man på de som ble ansatt i Home & Cottage er det fra klagerne opplyst at H, som er ansatt som ekstrahjelp, til daglig studerer ved Y. Ombudet har vanskelig for å se at for eksempel H er bedre faglig kvalifisert enn A og B. At H kun er ansatt som ekstrahjelp kan etter ombudets mening ikke tillegges vekt. Dette fordi verken A eller B har blitt spurt om de kunne tenke seg å arbeide som ekstrahjelper.

C sin vurdering av A og Bs personlige egnethet fremgår i hovedsak av erklæringer fra butikksjef E. Til dette vil ombudet bemerke at erklæringene fra E er utferdiget etter at ombudet startet sin klagebehandling. Det foreligger ingen tidsnær dokumentasjon, for eksempel i form av skriftlige advarsler fra perioden A og B var ansatt i D.

Etter ombudets oppfatning vil det være lite i samsvar med hensynene bak bevisbyrdebestemmelsen i likestillingsloven § 16, dersom en slik etterfølgende erklæring skulle være tiltrekkelig til å oppfylle arbeidsgivers bevisbyrde. Det vises særlig til at bevisbyrdebestemmelsen skal sikre en effektiv gjennomføring av diskrimineringsforbudet. Dette krever at forhold som skal oppfylle bevisbyrden er etterprøvbare. En vurdering av personlige egenskaper er etter sin karakter vanskeligere å etterprøve enn en vurdering av utdanning, yrkeserfaring og lignende kvalifikasjoner. En arbeidsgiver har likevel anledning til å legge vekt på personlige egenskaper ved en ansettelse, men i forhold til bevisbyrden må kravet være at vurderingen av slike egenskaper i noen grad er konkretisert, og at denne konkretiseringen går fram av saksdokumenter eller på annen måte som kan ettervises. Ombudet viser i denne sammenheng til Likestillings- og diskrimineringsnemndas uttalelser i sak 06/2007.

Ombudet er etter dette kommet til at C ikke har sannsynliggjort at det er andre årsaker enn A og Bs graviditet som er grunnen til at de ikke ble tilbudt stilling.

Konklusjon

C handlet i strid med likestillingsloven § 4 annet ledd, jf. § 3 første ledd og annet ledd nr. 2, da verken A eller B ble tilbudt stilling.

Etter likestillingsloven § 17 kan en arbeidssøker eller arbeidstaker som er blitt behandlet i strid med likestillingsloven krev erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld. Ombudet håndhever ikke reglene om erstatning og oppreisning. Slikt krav må eventuelt fremsettes for de ordinære domstolene.

Ombudet oppfordrer imidlertid partene til å gå i dialog for å komme frem til en frivillig løsning. Ombudet ber om en tilbakemelding på dette innen tre uker fra mottakelsen av dette brevet.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
Likestillings- og diskrimineringsombud