

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

tlf. 95 19 68 00/01

e-post: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 25/2010

Sakens parter:

A. A

B. X Forsikring ASA

Vedtak av 16. desember 2010

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Trude Haugli, leder

Gudrun Holgersen, nestleder

Jan Tøssebro

Thom Arne Hellerslia

Sissel Markhus

Saken gjelder

Klage på Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 27. mai 2010. Spørsmål om X Forsikring ASA handler i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder i arbeidsmiljøloven § 13-1, ved at innleide arbeidstakere og fast ansatte har ulike arbeidsvilkår.

Sakens bakgrunn

A var ansatt hos Y AS. Dette er et vikarbyrå som er 85 prosent eid av B Bank ASA og 15 prosent av C. A arbeidet som innleid vikar hos X Forsikring ASA, som er heleid av B-konsernet.

B-konsernet benytter innleid arbeidskraft fra C, gjennom D AS. Antall vikarer varierer fra uke til uke, fra område til område. Gjennomsnittstallet for midlertidige ansatte i 2008 var 146. Gjennomsnittsalderen for innleid arbeidskraft var 29,4 år. Gjennomsnittsalderen for de fast ansatte var betydelig høyere.

Ombudets behandling og den videre saksgang

A henvendte seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet ved e-post av 10. november 2008. Det ble opprettet klagesak hos Ombudet den 24. november 2008.

I uttalelse av 27. mai 2010 konkluderte Ombudet med at X ikke handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1.

A klaget på Ombudets avgjørelse i brev mottatt av Ombudet den 3. juni 2010.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fant ikke grunn til å endre sin tidligere uttalelse.

Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 22. juni 2010.

Saken ble behandlet i Nemndas møte den 16. desember 2010 i Oslo. I behandlingen deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Thom Arne Hellerslia, Jan Tøssebro og Sissel Markhus.

A møtte. Fra X Forsikring ASA møtte E. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Cathrine Sørлие.

Nemndas sekretariat var representert ved Mariann H. Olsen og Synnøve Leikvoll.

Partenes argumenter:

A har i det vesentlige gjort gjeldende:

X Forsikring ASA diskriminerer unge og uerfarne arbeidstakere ved bruk av vikarer fra Finanspersonell AS. B har eierinteresser i C AS, men eierstrukturen er slik at man unngår at de ansatte i C AS samtidig formelt sett er ansatt i B konsernet.

Vikarene har dårligere arbeidsvilkår enn de fast ansatte. De har ikke tariff lønn, og i lønnsforhandlinger blir de møtt med at lønnen er begrenset av overordnede avtaler mellom C AS og B.

I henhold til kontraktene er vikarene i realiteten midlertidig ansatt i B-konsernet.

Tallet på vikarer er høyt. Ca. 7 prosent av de fast ansatte er mellom 20 og 29 år. 65, 8 prosent av vikarene er i samme aldersgruppe.

B betaler ikke merverdiavgift for de innleide vikarene. Dette i tillegg til driftsinntekter og utbytte fra C AS, innebærer en betydelig økonomisk gevinst for X/B.

Timelønn er ikke egnet som et sammenligningsgrunnlag da vikarene ikke får betalt mange helligdager, som de fast ansatte får betalt. Vikarene har en startlønn på 128 kroner i timen. Lønnen stiger med tre kroner i timen hver tredje måned opp til et tak på 141 kroner i timen. Som ansatt i C AS får man utbetalt 10, 2 prosent av lønnen i feriepenger, mens man som ansatt i B får utbetalt 12 prosent av lønnen i feriepenger. De fast ansatte får utbetalt en halv ekstra månedslønn i desember. Ansatte i B får også flere fordeler enn de som er ansatt i C, dette gjelder blant annet oppsigelsesvern, pensjon, tillitsmannsordning, verneombud, kortere arbeidstid i sommertiden, ekstra ferie og fridager, reiseforsikring, rabatterte tjenester fra konsernet og gode sluttpakker.

Stillingsinnholdet bestemmer hvilken pris X vil betale for arbeidskraften, men i realiteten gjør fast ansatte og vikarer den samme jobben, men til ulik lønn og betingelser. Dersom X mener vikarene er i en opplæringsituasjon, må dette fremgå tydeligere av kontrakt/stillingsbeskrivelse.

Ved at B har sitt eget vikarbyrå, hindrer man at vikarene går over til oppdrag hos andre arbeidsgivere. Dette er en stor ulempe for vikarene.

X ASA har i det vesentlige gjort gjeldende:

X leier inn arbeidskraft ved sykefravær og permisjoner og når fast ansatte må settes i prosjekter for å løse problemer i kjølvannet av endringer i lovgivningen og markedet. De siste års endringer har skapt et midlertidig behov for mer arbeidskraft i X. Xs visjon er at i den grad de finner det forsvarlig skal turnover erstattes i tillegg til at det opprettes nye faste stillinger. På grunn av svingninger i markedet er det en vanskelig balansegang. Arbeidsgivers primære målsetting er å sikre trygge arbeidsplasser for fast ansatte.

X bestiller ikke midlertidig arbeidskraft ut fra alder eller kjønn, men med utgangspunkt i hvilke arbeidsoppgaver som skal dekkes. Stillingsinnholdet og utførelsen av arbeidet bestemmer prisen.

Aksjeklassen som B eier, gir en begrenset utbytterett. Påstanden om at B høster økonomiske fordeler i form av utbytte for C er ikke riktig.

X er underlagt tariffavtalen mellom Finansforbundet og Finansnæringens Arbeidsgiverforening. Satsene i avtalen avviker ikke dramatisk fra det C betaler, når man sammenligner medarbeidere med samme utdanningsnivå og erfaring.

Det er ikke en intensjon å unngå arbeidsmiljøloven eller underbetale ansatte gjennom bruk av vikarer. Arbeidsmarkedet har til tider vært stramt, og klager fikk ikke forlenget sin kontrakt fra september 2008, på bakgrunn av at ordremengden avtok, slik at det var mindre behov for ekstra arbeidskraft.

B har en viss forståelse for at en arbeidstaker som er ansatt i et selskap så nært knyttet opp til B som C AS, kan føle større tilhørighet til B enn i andre innleieforhold, og dermed lettere vil kunne oppfatte seg som å være fast ansatt i konsernet. For å motvirke en slik oppfatning, har B vært påpasselig med kun å leie arbeidstakere når det er tale om reelle vikariater og/eller arbeidsoppgaver hvor arbeidets karakter tilsier midlertidig ansettelse.

Når ansatte får utbetalt en halv månedslønn i desember, er det en valgt utbetalingsform i tariffavtalen. Ordningen har kun betydning for likviditeten og ikke for størrelsen på lønnen på årsbasis.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder påstand om indirekte diskriminering på grunn av alder hos privat arbeidsgiver.

Nemnda har kompetanse til å fatte rettslig bindende vedtak etter diskrimineringsombudsloven § 7.

Lovligheten av arbeidsgivers handlinger eller unnlatelser vurderes etter arbeidsmiljøloven § 13-1:

”Direkte og indirekte diskriminering på grunn av politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, seksuell orientering eller alder er forbudt.”

Bestemmelsen gjelder også for innleide arbeidstakere, jf. arbeidsmiljøloven § 13-2 (2). Merknad til bestemmelsen fremgår av Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) side 326:

” Bestemmelsen innebærer en videreføring av §54 A nr. 3 som fastsetter at diskrimineringskapitlet gjelder tilsvarende for arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere. Bestemmelsen innebærer at innleide arbeidstakere og selvstendig næringsdrivende er vernet av diskrimineringsforbudet, på linje med arbeidstakerne i en virksomhet. Bestemmelsen betyr ikke at innleide og selvstendig næringsdrivende skal behandles tilsvarende fast ansatte, men at innleide og selvstendig næringsdrivende kan påberope seg diskrimineringsbestemmelsene på lik linje med arbeidstakere dersom de blir diskriminert på grunnlag av noen av diskrimineringsgrunnene nevnt i §13-1 første ledd. ”

Det er altså tillatt i henhold til arbeidsmiljøloven å ha ulike arbeidsvilkår for fast ansatte og innleid arbeidskraft, men begge grupper kan påberope seg diskrimineringsbestemmelsene.

Videre gjelder loven alle sider av arbeidsforholdet, herunder lønns- og arbeidsvilkår, jf. arbeidsmiljøloven § 13-2 første ledd, bokstav c.

Slik saken fremstår for Nemnda, dreier den seg i stor grad om at innleide ansatte har dårligere arbeidsvilkår enn de fast ansatte, at det er uforholdsmessig stor bruk av innleid arbeidskraft, og det stilles spørsmål ved hvordan vikarordningen er organisert innenfor B konsernet. Alle disse forholdene faller utenfor det Nemnda har anledning til å ta stilling til. Nemnda har ikke anledning til å vurdere om vikarordningen medfører ulovlig bruk av midlertidige ansettelser, jf. arbeidsmiljøloven § 13-1 tredje ledd, jf. diskrimineringsombudsloven § 1 nr. 4. Spørsmålet for Nemnda er om X Forsikring ASAs vilkår faktisk virker slik at innleide arbeidstakere stilles dårligere enn andre på grunn av alder.

Det er klager som i utgangspunktet har bevisføringsrisikoen, jf. arbeidsmiljøloven § 13-8.

At innleide arbeidstakere har dårligere arbeidsvilkår enn fast ansatte, er i utgangspunktet ikke i strid med arbeidsmiljøloven. Opplysningen i saken tyder på at de innleide arbeidstakerne er yngre enn de fast ansatte, også om man bare sammenligner de stillingskategorier der det er mest aktuelt med innleid arbeidskraft. At de innleide arbeidstakerne gjennomgående er yngre enn de fast ansatte, kan medføre at systemet får en indirekte ”aldersskjev” effekt.

Det er adgang til å forskjellsbehandle på grunn av alder når dette er nødvendig for å oppnå et saklig formål og dette ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den/de det gjelder, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3 andre ledd. Etter bestemmelsen kreves det ikke at forskjellsbehandlingen skal være nødvendig for utøvelse av arbeid eller yrke. Det skal således mindre til for at en forskjellsbehandling på grunn av alder skal være saklig, enn på grunn av øvrige diskrimineringsgrunnlag, jf. arbeidsmiljøloven § 13-3(2).

Selv om yngre og innleide ansatte i X Forsikring ASA har dårligere arbeidsvilkår enn fast ansatte, finner Nemnda at dette er saklig begrunnet i måten arbeidslivet er innrettet på og en konsekvens av arbeidsmarkedet. Det er en nødvendig konsekvens av at det benyttes saklige kriterier ved ansettelser, at fast ansatte gjennomsnittlig er eldre enn innleide arbeidstakere. Nemnda antar også at gjennomsnittlig ansettelsestid som fast ansatt direkte hos oppdragsgiver, er lengre enn gjennomsnittlig ansettelsestid i et vikarselskap. Et vikarselskap vil ofte fungere som en vei inn i et fast arbeidsforhold, og de ansatte vil naturlig ha en lavere gjennomsnittsalder. Nemnda kan derfor ikke se at en aldersskjev effekt av at innleide arbeidstakere har dårligere arbeidsvilkår enn fast ansatte, er i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1.

Nemnda er på denne bakgrunn kommet til at X Forsikring ASA ikke har handlet i strid med arbeidsmiljøloven § 13-1.

Nemnda er etter dette kommet til at klagen ikke kan føre frem.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Ligestillings- og diskrimineringsombudet og Ligestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 12 om overprøving av Nemndas vedtak, kan vedtaket bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Søksmål til overprøving av Nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av Nemndas vedtak rettes mot staten ved Nemnda.

SAK 25/2010

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

X Forsikring ASA har ikke handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av alder i arbeidsmiljøloven § 13-1, ved at innleide arbeidstakere og fast ansatte har ulike arbeidsvilkår.

Oslo, 16. desember 2010

Trude Haugli
leder

Gudrun Holgersen
nestleder

Jan Tøssebro

Thom Arne Hellerslia

Sissel Markhus