

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 34/2009

Sakens parter:

A

B (transportfirma)

Vedtak av 18. november 2009

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Aslak Syse, leder

Gudrun Holgersen, nestleder

Hege Skjeie

Jan Tøssebro

Lena R. Bendiksen

Saken gjelder

Spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av kjønn ved permittering av kvinnelig sjåfør.

Sakens faktiske forhold

A har arbeidet som sjåfør i firmaet B fra hun ble ansatt 11. mai 2006.

Fire av de ansatte i firmaet ble ansatt etter A. De fire har ansiennitet fra henholdsvis 28. november 2006 (C), 2. januar 2007 (D), 2. oktober 2007 (E) og 1. november 2007 (F).

A pådro seg en skade under arbeidet i mai 2008. Hun fikk hånden i en hydraulisk renne og ble i den forbindelse sykmeldt fra 6. mai til august 2008.

Ved brev av 19. januar 2009 fra arbeidsgiver ble hun varslet om permittering. Brevet viste til møte mellom daglig leder i B og A tidligere samme dag, der A ble informert om permisjonsbehovet. Videre stod det i brevet:

Årsaken til permitteringen er omsetningssvikt i selskapet, de 2 siste måneder, samt forventet ordresvikt også for det kommende året.

Du varsles med dette om at du vil bli permittert 100 % fra din stilling som sjåfør hos oss med virkning fra arbeidstidens slutt 2. februar 2009.

Du vil bli permittert på ubestemt tid men vi vil forsøke å holde deg løpende orientert om når arbeidet kan gjenopptas.

Lønn utbetales i en arbeidsgiverperiode etter lov om lønnsplikt under permittering f.o.m. 03.02.2009 t.o.m. 16.2.2009. (10 arbeidsdager og i hensyn tatt lørdager/søndager i perioden) For perioden fra 17.02.2009 kan du i permitteringstiden søke arbeidsledighetstrygd fra NAV.

Brevet var undertegnet av daglig leder i B.

A var den eneste som ble permittert.

A søkte advokatbistand gjennom Yrkestrafikkforbundet der hun er medlem. Ved brev av 30. januar 2009 fra advokatfullmektig Aili S. Vatvedt ble B bedt om å gi en begrunnelse for hvorfor A ble valgt ut for permisjon fremfor flere andre ansatte med kortere ansiennitet.

B svarte i brev av 2. februar 2009. I brevet viste bedriften til at de hadde fått veiledning fra NAV om hva de skulle gjøre ved behov for permitteringer. NAV opplyste at de måtte beholde de ansatte som bedriften var mest tjent med å beholde siden det ikke var noen vesentlig forskjell på ansiennitet blant de ansatte. Bedriften valgte A fordi hun var minst produktiv og viste minst initiativ på jobben.

I brev fra advokatfullmektig Aili S. Vatvedt av 5. februar (feildatert januar) 2009 ble B bedt om en nærmere forklaring. Det ble vist til at A ikke på noe tidspunkt hadde fått tilbakemelding om at hun var lite produktiv eller viste lite initiativ. I brevet ble det hevdet at det kunne være utenforliggende årsaker til permitteringen av A.

B ga nærmere forklaring i brev av 16. februar 2009.

Inntil A ble permittert hadde B totalt åtte sjåførere. A var den eneste kvinnelige sjåføren.

B har lagt fram en avtale om oppsigelse av avtale med et annet firma om betongtransport. I punkt 4 i avtalen bestemmes at B overtar arbeidsgiveransvaret for D, og at D skulle beholde sin ansiennitet fra det andre firmaet.

NAV ved X har bekreftet overfor Ombudet og Nemnda at han ga råd til bedriften i forbindelse med permitteringen.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 26. januar 2009 henvendte A seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet. Hun mente hun var blitt permittert på grunn av at hun er kvinne og alenemor.

Ombudet ga uttalelse i saken 31. mars 2009. Ombudet konkluderte med at B ikke hadde brutt likestillingsloven § 3 da A ble permittert.

Fordi A var den eneste kvinnen i bedriften, fordi hun var den eneste som ble permittert og fordi hun hadde lengre ansiennitet enn flere av sine mannlige kolleger, mente Ombudet det var grunn til å tro at kjønn var blitt vektlagt. Bevisbyrden gikk dermed over på arbeidsgiver etter likestillingsloven § 16.

Videre viste Ombudet til at ansiennitetsprinsippet kan fravikes ved permitteringer når det foreligger andre saklige grunner. Ombudet mente at B hadde sannsynliggjort at det forelå slike saklige grunner og at bedriften således hadde oppfylt sin bevisbyrde.

A klaget på Ombudets uttalelse ved brev fra advokatfullmektig Aili S. Vatvedt av 21. april 2009.

Ombudet vurderte saken på nytt, men fastholdt sin uttalelse.

Saken ble oversendt til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 7. september 2009.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 18. november 2009 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Hege Skjeie, Jan Tøssebro og Lena R. Bendiksen.

Stedfortreder for daglig leder i B svarte på spørsmål fra Nemnda per telefon. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Stian Sigurdsen. Nemndas sekretariat var representert ved Christel Kirkøen og Sonni Schulstad.

Partenes argumenter:

A mener B permitterte henne fordi hun er kvinne. Omstendigheter i saken gir grunn til å tro at kjønn er blitt vektlagt, og B har ikke oppfylt sin bevisbyrde etter likestillingsloven § 16. Hun viser til at hun er den eneste kvinnelige ansatte i firmaet og at hun var den eneste som ble permittert.

A hadde også vesentlig lengre ansiennitet enn den av kollegaene som hadde kortest ansiennitet, F. Da hun ble permittert, hadde A vært ansatt i 2 år og 9 måneder, mens F hadde vært tilsatt i ett år og tre måneder. Forskjellen i ansiennitet utgjorde således ett år og seks måneder. Permitteringen av A var således ulovlig også rent arbeidsrettslig.

Videre vises det til at sosiale hensyn skal tillegges vekt ved valg av hvem som skal permitteres. A er alenemor og ville derfor bli satt i en vanskeligere situasjon som følge av permisjon enn sine kollegaer.

A mener selv hun har vært pliktoppfyllende og gjort det hun ble bedt om i firmaet. Hun har heller ikke mottatt noen negative tilbakemeldinger fra arbeidsgiver om manglende initiativ eller produktivitet.

B sine påstander om manglende produktivitet og initiativ er lite konkrete. Påstandene er heller ikke mulig å etterprøve.

B mener det var andre grunner enn kjønn som avgjorde at A skulle permitteres. Selskapet hadde omsetningssvikt. Permitteringen ble gjort ut fra en totalvurdering. De viser til As manglende produktivitet og initiativ i jobbsituasjonen. Ut fra driftshensyn så bedriften seg best tjent med at A ble permittert.

Det vises også til at bedriften ansatte A til tross for at hun var kvinne. Dette taler etter deres mening imot at bedriften la vekt på As kjønn i forbindelse med permitteringen.

Firmaet mener således det er saklige grunner til at A ble permittert, selv om det var fire personer som ble tilsatt etter henne. To av dem (C og E) kjører betongpumpe, noe A ikke har kompetanse til. For en av dem (D) var det forutsatt ved tilsettingen at han fikk beholde sin ansiennitet fra 1998. Han hadde også vært tilsatt i firmaet tidligere i en periode på 70-tallet.

Når det gjelder den fjerde av de tilsatte med kortere ansiennitet, F, viser bedriften til at A har vist mye mindre initiativ enn vedkommende arbeidstaker.

På spørsmål fra Nemnda under møtet opplyste B at F, i motsetning til A, utførte arbeidsoppgaver uten å ha fått konkret beskjed om dette. F lærte seg også mye hurtigere nye arbeidsoppgaver enn A, til tross for at han hadde vært ansatt i bedriften over kortere tidsrom enn A. De andre av firmaets ansatte mente også at A var den av de ansatte som bidro minst utover de arbeidsoppgaver hun konkret ble pålagt. Spørsmålet om As manglende produktivitet og initiativ i jobbsituasjonen ble tatt opp med A muntlig, på fellesmøter og ved at arbeidsleder purret på henne. Det ble ikke gitt noen skriftlig advarsel til A.

Uansett mener bedriften at forskjellen i ansiennitet ikke er vesentlig, og ikke stor nok til at den alene skulle være avgjørende for valget av hvem som skulle permitteres. Det er heller ikke gitt at vektlegging av sosiale hensyn ville slått ut i As favør. F er 64 år gammel, og det ville derfor være like vanskelig for ham å bli permittert.

B viser også til at A har vært sykmeldt i hele permitteringsperioden. Hun har derfor ikke hatt noe økonomisk tap som følge av permitteringen. De arbeidstakerne som ikke ble permittert har på den annen side måtte godta en turnusordning der de etter tur ikke har arbeidet når bedriften ikke har hatt bruk for deres arbeidskraft. Det dreier seg om ett par dager per arbeidstaker.

Bedriften mener på denne bakgrunnen at likestillingsloven § 3 ikke ble brutt ved permitteringen.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder påstand om diskriminering på grunn av kjønn, foretatt av en privat arbeidsgiver. Nemndas kompetanse er derfor ikke begrenset etter diskrimineringsombudsloven § 9. Nemnda har etter diskrimineringsombudsloven § 7 kompetanse til å fatte bindende vedtak om at det foreligger brudd på likestillingsloven eller ikke.

Arbeidsgivers adgang til å permittere arbeidstakere er ikke direkte hjemlet i lovgivningen, men slik adgang er forutsatt i permitteringslønnsloven, i sysselsettingsloven og i folketryktdloven. Adgangen til å permittere arbeidstakere er en del av arbeidsgivers styringsrett. I rettspraksis er det fastslått at det gjelder et generelt krav om saklig utøvelse av styringsretten, jf. Rt. 2001 s. 427 (Kårstø-dommen). Arbeidsgivers rett til å velge hvem av de ansatte som skal permitteres begrenses også av lovfestede diskrimineringsforbud, herunder forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn i likestillingsloven.

Nemnda skal ikke vurdere om de arbeidsrettslige reglene om permittering er brutt. Nemnda skal ta stilling til om forholdet er i strid med likestillingsloven eller ikke. I den forbindelse er det imidlertid av betydning om permitteringen anses saklig eller ikke.

Nemnda har vurdert saken i forhold til likestillingsloven § 4 andre ledd, som forbyr forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn ved permitteringer. Bestemmelsen presiserer forbudet i likestillingsloven § 3.

Nemnda bemerker at det ikke kreves noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntreffer en diskriminerende virkning.

Det følger av likestillingsloven § 16 at bevisbyrden går over på arbeidsgiver hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted ulovlig forskjellsbehandling ved permitteringen.

Nemnda har foretatt en konkret vurdering av saken på bakgrunn av de fremlagte dokumentene, partenes argumenter og Bs muntlige forklaring i Nemndas møte. Nemnda har i den forbindelse lagt en fri bevisvurdering til grunn.

Nemnda viser til at A er den eneste kvinnelige ansatte i bedriften. Hun er videre den eneste ansatte som ble permittert. A har også lengre ansiennitet enn tre av hennes mannlige kolleger som ikke ble permittert. Det vises til at hovedregelen er at ansiennitetsprinsippet skal legges til grunn ved permitteringer. Nemnda mener på denne bakgrunn at det foreligger

omstendigheter som gir grunn til å tro at As kjønn ble vektlagt til hennes ugunst i forbindelse med permitteringen.

Ansiennitetsprinsippet kan fravikes når det foreligger saklig grunn for dette. I vurderingen av om det foreligger saklige grunner for å fravike ansiennitetsprinsippet vil faglige kvalifikasjoner, sosiale og andre hensyn være momenter ved siden av ansettelsestid.

Når det gjelder D og E, har arbeidsgiver opplyst at disse, i motsetning til A, er kvalifiserte til å kjøre betongpumpe. Dette er heller ikke bestridt av A. Nemnda legger til grunn at B dermed hadde saklig grunn til å fravike ansiennitetsprinsippet i forhold til disse arbeidstakerne, og at utvelgelsen av A kun var begrunnet i andre forhold enn As kjønn.

Nemnda finner ikke at B tilstrekkelig har sannsynliggjort at det kun er andre forhold enn kjønn som er årsaken til at A, og ikke F, ble permittert.

Både A og F har forholdsvis kort ansiennitet i bedriften. F hadde arbeidet i bedriften i ett år og tre måneder da permitteringen skjedde. A hadde på sin side arbeidet i bedriften i to år og ni måneder da permitteringen skjedde.

Kort ansiennitet vil i alminnelighet ha mindre vekt enn mer langvarig tjenestetid ved vurderingen av hvilke arbeidstakere som skal permitteres. Det framgår imidlertid av ARD 2009 s. 5 at den relative forskjellen i tjenestetid mellom den permitterte og den ikke-permitterte er relevant i vurderingen av om det foreligger saklig grunn for fravikelse av ansiennitetsprinsippet. As ett og et halvt år lengre ansiennitet enn F må anses markant lengre, sett i sammenheng med den forholdsvis korte tjenestetiden begge de aktuelle arbeidstakerne hadde i bedriften da permitteringen skjedde.

Når det gjelder årsaken til at A, og ikke F, ble permittert, viser arbeidsgiver videre til at A hadde lavere produktivitet og at hun viste mindre initiativ i arbeidssituasjonen enn F. A bestrider dette, og det står således påstand mot påstand om dette forholdet. Nemnda finner ikke at arbeidsgiver tilstrekkelig har godtgjort at dette forhold var avgjørende ved utvelgelsen av hvem som skulle permitteres. Nemnda viser i den forbindelse til at arbeidsgivers argumentasjon er lite konkretisert, og at det ikke er fremlagt noen samtidig og etterprøvable dokumentasjon som underbygger påstanden. Arbeidsgiver ga for eksempel ingen skriftlig advarsel til A angående hennes utførelse av arbeidet i forkant av permitteringen.

B handlet dermed i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, ved permitteringen av A.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- 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 34/2009

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

B handlet i strid med likestillingsloven § 4 andre ledd, jf. § 3, ved permitteringen av A.

Oslo, 18. november 2009

Aslak Syse
leder

Gudrun Holgersen

Lena R. Bendiksen

Hege Skjeie

Jan Tøssebro