



DISKRIMINERINGSNEMNDA

Sak 18/168

A

mot

B

v/advokat Anne-Lise H. Rolland

Vedtak av 3. juli 2019 fra Diskrimineringsnemnda, sammensatt av følgende medlemmer:

**Ivar Danielsen (nemndleder)
Gislaug Øygarden
Thorkil H. Aschehoug**

Saken gjelder påstand om diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel ved at i) arbeidsgiver spurte klager om hun var gravid; ii) arbeidskontrakten kun ble forlenget frem til hun skulle ut i permisjon og iii) klager ikke fikk returnere til samme eller tilsvarende stilling etter endt permisjon.

Sakens bakgrunn

A var fra 31.08.2015 til 31.08.2016 ansatt i midlertidig 100% stilling som faglærer ved [navn skole] (heretter [forkortet navn skole] / skolen). [Skole] er en del av B. Det ble ikke inngått skriftlig arbeidsavtale for denne perioden. I juni 2016 ble arbeidsavtalen forlenget og skriftliggjort for perioden 01.09.2016 til 31.12.2016. I henhold til denne avtalen var A engasjert som «faglærer teknikk» i midlertidig 100% stilling.

A gikk ut i foreldrepermisjon fra 28.12.2016 til 30.11.2017. Da permisjonen var over fikk hun ikke returnere til stillingen som faglærer eller tilsvarende stilling ved skolen.

Partene er enige om at arbeidsgiver ved kontraktsforlengelsen i juni 2016 var kjent med at A var gravid. Opplysningen om graviditeten fremkom i et møte mellom A og kreativ leder v/[skole], C, i mai 2016. Det er videre enighet om at C mer eller mindre direkte spurte A om hun var gravid. Det er imidlertid uenighet mellom partene om bakgrunnen for spørsmålet, og karakteren av samtalen for øvrig. Det er også strid mellom partene om den forestående foreldrepermisjonen var årsaken til at det kun ble skrevet kontrakt frem til 31.12.2016.

Videre er partene uenige om det var avtalt eller klart forutsatt at A skulle tre inn igjen i stillingen som faglærer etter permisjonen, eller ha en løsere tilknytning som frilanser. Det er også uenighet om vilkårene for midlertidighet etter arbeidsmiljøloven var oppfylt, herunder om As arbeidsoppgaver i perioden 31.08.15 til 31.12.16 primært var knyttet opp mot et midlertidig behov for digitalisering av undervisningen ved skolen, eller ordinær undervisningsvirksomhet. Også betydningen av eventuelle brudd på arbeidsmiljølovens midlertidighetsbestemmelser for de påstått diskriminerende forholdene i saken, er omstridt.

I juni 2017 tok A kontakt med C for å informere om at hun kunne starte i jobb igjen fra januar 2018, og det ble avtalt at partene skulle drøfte dette nærmere etter sommeren. I september 2017 var det på ny kontakt mellom partene vedrørende As tilknytning til [skole] etter permisjonen, uten at dette ble nærmere avklart. A engasjerte deretter advokat, men partene kom ikke til enighet.

I klage datert 20. april 2018 brakte A saken inn for Diskrimineringsnemnda.

Etter vanlig saksforberedelse ble saken behandlet i nemndas møte 05.06.2019 i Statens Hus i Bergen. I behandlingen deltok Ivar Danielsen, Gislaug Øygarden og

Thorkil H. Aschehoug. Sekretariatet var representert ved Andrea Süssmann, Ingelin Gammersvik, Tonje Taranger og Ruth Øijordsbakken.

Partenes anførsler

A har i hovedsak anført:

B handlet i strid med forbudet mot innhenting av opplysninger i ansettelsesprosesser, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 30 første ledd bokstav a).

Arbeidsgiver v/C spurte under kontraktsmøte i mai 2016 om A var gravid. Det vises til at C ved møtets avslutning og uten foranledning spurte: «Du er ikke blitt gravid da?» A var på dette tidspunkt noen få uker gravid, og følte seg tvunget til å svare bekreftende. Opplysningen fikk direkte betydning for det videre arbeidsforholdet, herunder forlengelse av stillingen som faglærer.

B handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av permisjon ved fødsel, jf. likestillings- og diskrimineringsloven §§ 6, 10 og 33 første ledd bokstav a).

Arbeidsforholdet ble avsluttet samtidig som A skulle ut i foreldrepermisjon. A fikk heller ikke returnere til samme eller tilsvarende stilling etter endt permisjon, til tross for at dette var klart forutsatt mellom partene.

Det er ikke korrekt at A ønsket en løsere tilknytning som frilanser etter den første kontraktsperioden (31.08.2015-31.08.2016), og heller ikke etter endt foreldrepermisjon. Det er videre ikke riktig at dette var et tema i møtet mellom A og C i mai 2016. Tvert imot var det klart forutsatt at A skulle fortsette i samme stilling etter permisjonen, men slik at partene skulle komme tilbake til nøyaktig stillingsbeskrivelse på et senere tidspunkt. Det at A per e-post etterspurte indikasjon på stillingsprosent og arbeidstid bekrefter dette.

Også vikarene som ble ansatt som lærere i fagene A underviste i da hun gikk ut i permisjon, var av den oppfatning at de var ansatt midlertidig i hennes fravær, og at hun skulle returnere som faglærer etter endt foreldrepermisjon.

Det er ikke riktig at de frilansfotografene som A overtok arbeidet for da hun hadde en midlertidig arbeidsavtale, er det samme som utfører undervisningen i dag.

Det forhold at A var gravid – en fra arbeidsgiver ulovlig innhentet opplysning – fikk direkte og avgjørende betydning for at arbeidsforholdet ble avsluttet. C bekreftet selv i kontraktsmøtet i mai 2016 at graviditeten var til hinder for kontraktsforlengelse, dersom det forhold at A var gravid ble videreformidlet til ledelsen ved skolen. Da A kort tid etter møtet kontaktet C for å avklare om

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

kontrakten ble forlenget, svarte han per SMS at «siden vi kan skrive på kortere basis – frem til du skal ut i permisjon – så gjør vi bare d[et] direkte i løpet av uka». Tekstmeldingen fra C viser tydelig at det var permisjonen som var årsaken til at kontrakten kun ble forlenget med fire måneder, og ikke – slik innklagede hevder – det forhold at stillingen A innehadde dekket et midlertidig behov for digitalisering.

Vilkårene for midlertidighet i henhold til arbeidsmiljøloven var uansett ikke oppfylt. For ikke å handle i strid med diskrimineringslovgivningen skulle [skole] ha ansatt A i fast stilling. Det vises til at A var ansatt som faglærer i to av skolens mest sentrale fag, og som utvilsomt er en del av skolens kjernevirksomhet. At undervisning utgjorde hoveddelen av As arbeidsoppgaver, fremgår av både arbeidsavtale og sluttattest, som ikke under noe punkt angir at As arbeidsoppgaver primært var å besørge digitalisering av eksisterende kompendier. At vilkårene for midlertidighet ikke var til stede støttes også av at det ble innhentet vikarer til å utføre As arbeidsoppgaver i hennes fravær.

Selv om midlertidighetsbegrensningen skulle være gyldig, har det uansett skjedd diskriminering, ettersom kontrakten utløp samtidig som A gikk ut i permisjon. Det fremstår som underlig ikke å gi kontrakt for et helt skoleår i en undervisningsstilling for to av skolens mest sentrale fag. Dette er fag som har eksistert siden skolens oppstart. Etter det A erfarer, innehar vikarene som overtok for henne i permisjonstiden fortsatt samme stilling.

Etter først rettstridig å ha innhentet opplysninger om at A var gravid, avsluttet altså [skole] arbeidsforholdet samtidig med og på grunn av at A gikk ut i foreldrepermisjon, og slik at A ikke fikk vende tilbake til stillingen som faglærer etter at permisjonen var over. Dette er i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel.

B har i hovedsak anført:

B har ikke handlet i strid med diskrimineringslovgivningen. Samtlige av klagers påstander bestrides.

Arbeidsgiver har ikke handlet i strid med forbudet mot innhenting av opplysninger om graviditet i ansettelsesprosesser i likestillings- og diskrimineringsloven § 30.

Møtet mellom A og C i månedsskiftet mai/juni 2016 var ikke del av en ansettelsesprosess, men et møte hvor partene skulle drøfte videre frilansoppdrag mv. Hele situasjonen faller derfor utenfor bestemmelsens ordlyd.

Det var dessuten A som tok opp at hennes situasjon var endret og at hun ønsket en forlengelse av den midlertidige arbeidskontrakten. Det bemerkes at

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

bestemmelsen i § 30 ikke er til hinder for at partene kan diskutere graviditet dersom det er søker selv som tar dette opp med arbeidsgiver. Sett hen til dette synes det anstrengt å skulle legge til grunn at C, da han sa noe i retning av «har dere fått det til nå», brøt diskrimineringsloven. Særlig må dette gjelde når As ønske om en endret kontraktssituasjon som følge av graviditeten ble etterkommet av arbeidsgiver. Slik C oppfattet A, ville det være fordelaktig for henne å forlenge den midlertidige stillingen frem til hun gikk ut i permisjon, primært grunnet usikkerhet knyttet til foreldrepengerettigheter som frilansere.

A fikk følgelig en bedre rettslig situasjon etter samtalen med C, i det han etterkom hennes ønske om å forlenge det midlertidige ansettelsesforholdet. Dette kan klart ikke anses som diskriminering.

B har ikke handlet i strid med likestillings- og diskrimineringsloven § 10 tredje ledd. Bestemmelsen må forstås slik at den regulerer de tilfellene hvor man ikke får forlenget kontrakt som følge av for eksempel graviditet. Dette er ikke tilfellet her, hvor A etter eget ønske fikk utvidet arbeidskontrakten med tre [fire] måneder på grunn av graviditeten. Det kan følgelig ikke foreligge brudd på denne bestemmelsen.

Det foreligger ikke brudd på likestillings- og diskrimineringsloven § 33 første ledd bokstav a).

Det er klart at bestemmelsen ikke kommer til anvendelse i det A ikke var i permisjon fra noen stilling hos [skole]. Kontrakten løp først til 31.08.2016, før den – etter As eget ønske – ble forlenget til 31.12.2016. Etter dette hadde hun ingen kontrakt. A var således ikke i permisjon fra noen stilling og det kan da heller ikke foreligge noe brudd på bestemmelsen som nettopp kun regulerer tilfeller der man kommer «tilbake på jobb» etter endt foreldrepermisjon.

Det var altså ikke graviditet/foreldrepermisjon som var årsaken til at A ikke fortsatte i sin stilling, men det faktum at hun kun var ansatt midlertidig.

Det bemerkes at det i store deler av undervisningssektoren – herunder ved [skole] – er tradisjon for utstrakt bruk av innleide oppdragstakere/frilansere til å forestå undervisningen. Dette er ment å sikre at lærere ved skolen er faglig oppdaterte og har en praktisk tilnærming til undervisningen, samt nødvendig fleksibilitet. [Skole] har derfor ingen fast ansatte lærere, men leier inn selvstendige oppdragstakere til å forestå undervisningen.

As argumentasjon synes å bygge på en grunnleggende feil forutsetning om at hun var fast ansatt og at hun derfor hadde rett til å vende tilbake til en fast stilling etter å ha avviklet foreldrepermisjon. Dette er overraskende da partene gjennom hele kontraktsperioden forholdt seg til hverandre som om det forelå en lovlig midlertidig ansettelse. Stillingen A innehadde fra 31.08.2015 til 31.08.2016

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

var en 1-årig prosjektstilling knyttet til digitalisering av virksomheten ved skolen, herunder undervisning. Omfanget av arbeidet tilsa at det ikke ville være økonomisk forsvarlig å sette dette arbeidet bort til en innleid oppdragstaker. Dette var bakgrunnen for at virksomheten opprettet en midlertidig prosjektstilling. Arbeidet gikk i hovedsak ut på å digitalisere eksisterende analoge kompendier og å legge inn undervisningsmaterieell på den elektroniske læringsplattformen Canvas i fagene «Digitalt Mørkerom», «Kamerabruk» og «Lyssetting». Det var dette som utgjorde kjernen i As arbeidsoppgaver. For å kunne forsvare en 100% stilling og sikre at A hadde nødvendig innsikt i fagene hun digitaliserte, ble hun også tildelt undervisningsoppgaver i fagene «Kamera og kamerabruk» og «Digitalt Mørkerom». Dette endrer imidlertid ikke arbeidets midlertidige karakter.

For så vidt gjelder undervisningsoppgavene er det ikke riktig at A tok over stillingen til noen, da arbeidet alltid har vært utført av innleide oppdragstakere/frilansere. Det ble altså aldri opprettet noen varig undervisningsstilling, men en midlertidig stilling hvor formålet var å digitalisere undervisningen. Undervisningen utføres i dag av de samme frilans-fotografene som A under sin midlertidige arbeidsavtale, for en begrenset periode overtok arbeidet for.

Nemndas vurdering

Nemnda skal ta stilling til om A ble diskriminert på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel ved at i) arbeidsgiver spurte om hun var gravid; ii) arbeidskontrakten kun ble forlenget frem til hun skulle ut i permisjon og iii) hun ikke fikk returnere til samme eller tilsvarende stilling etter endt permisjon.

Punkt i) og ii) av de påklagede forhold fant sted før 1. januar 2018, og behandles etter lov om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven, lov nr. 59/2013). Punkt iii) gjelder forhold etter 1. januar 2018, og behandles etter lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven, lov nr. 51/2017).

Reglene i likestillingsloven er videreført og presisert i likestillings- og diskrimineringsloven. Det skal etter begge regelsett legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis det foreligger omstendigheter som gir «*grunn til å tro*» at det har skjedd diskriminering, og den ansvarlige ikke sannsynliggjør at diskriminering likevel ikke har funnet sted, jf. likestillingsloven § 27 og likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

Nemnda vil først ta stilling til om B handlet i strid med forbudet mot innhenting av opplysninger om graviditet i ansettelsesprosessen, jf. likestillingsloven § 18:

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

«En arbeidsgiver må ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om graviditet, adopsjon eller planer om å få barn.»

Bestemmelsen regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente opplysninger i ansettelsesprosesser, og er en presisering av det generelle forbudet mot diskriminering på grunn av graviditet mv. i likestillingsloven § 5, hvor det i første ledd fremgår:

«Diskriminering på grunn av kjønn er forbudt. Diskriminering på grunn av graviditet og permisjon ved fødsel eller adopsjon regnes som diskriminering på grunn av kjønn [...].»

Forbudet i § 18 innebærer at spørsmål om graviditet er lovstridig, og gjelder for hele ansettelsesprosessen. Overtredelse av forbudet utgjør et selvstendig brudd på loven. Det er ikke et vilkår at den som har blitt spurt om for eksempel graviditet, også har blitt forbigått til en stilling i strid med loven. Forbudet er videre absolutt. Bestemmelsen er imidlertid ikke til hinder for at forhold som nevnt i § 18 – herunder graviditet – diskuteres, dersom det er søker selv som tar dette opp med arbeidsgiver.

Bevisregelen likestillingsloven § 27 innebærer at nemnda skal legge til grunn at forbudet er brutt dersom det foreligger omstendigheter som gir «grunn til å tro» at C innhentet opplysninger om graviditet og arbeidsgiver ikke har sannsynliggjort at dette likevel ikke er tilfellet.

B har erkjent at C på møtet med A stilte spørsmål ved om hun var gravid. Det er etter dette «grunn til å tro» at det ble innhentet opplysninger om graviditet.

Spørsmålet blir videre om arbeidsgiver har sannsynliggjort at dette forholdet ble tatt opp av A selv, slik at opplysningene likevel ikke kan sies å være «innhentet» av C.

Når det gjelder situasjoner hvor jobbsøkeren selv tar opp spørsmål om graviditet mv. under et jobbintervju, presiseres det i forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven, som i § 30 viderefører bestemmelsen i likestillingsloven § 18, at det lett kan oppstå bevismessige spørsmål i etterkant, og at det derfor er viktig at arbeidsgiverne innarbeider gode rutiner for å sikre seg mot eventuell etterfølgende klage, jf. prop 81 L, side 331.

Det finnes ikke referat fra møtet mellom C og A. Etter nemndas vurdering har arbeidsgiver heller ikke på annen måte sannsynliggjort i tilstrekkelig grad at graviditeten ble tatt opp av A selv.

Møtet ble holdt da arbeidsforholdet nærmet seg slutten. Kort etter møtet ble det

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	post@diskrimineringsnemnda.no	www.diskrimineringsnemnda.no

inngått ny arbeidskontrakt, denne gangen skriftlig. Nemnda finner grunn til å tro at dette var et møte i tilknytning til en ansettelsesprosess. Arbeidsgiver har ikke sannsynliggjort at dette er uriktig.

Nemnda har etter dette kommet til at B handlet i strid med forbudet mot innhenting av opplysninger om graviditet i ansettelsesprosessen.

Nemnda går så over til å vurdere om A ble diskriminert på grunn av permisjon ved fødsel, ved at arbeidskontrakten kun ble forlenget frem til hun skulle ut i foreldrepermisjon.

Forbud mot diskriminering på grunn av kjønn i likestillingsloven § 5 gjelder alle sider av et ansettelsesforhold, jf. likestillingsloven § 17 første ledd første punktum. Unntaksbestemmelsen for lovlig forskjellsbehandling fremgår av likestillingsloven § 6. Bestemmelsen er videreført og presisert i likestillings- og diskrimineringsloven § 10, som fastslår at det ved ansettelse og oppsigelse ikke er tillatt å forskjellsbehandle på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon i forbindelse med fødsel og adopsjon. Ved slik forskjellsbehandling er diskrimineringsvernet absolutt. Bestemmelsen presiserer også at forbudet er absolutt ved forlengelse av midlertidige stillinger, jf. tredje ledd:

«Ved ansettelse og oppsigelse er forskjellsbehandling på grunn av graviditet, fødsel, amming og permisjon ved fødsel eller adopsjon aldri tillatt. Dette gjelder også ved forlengelse av midlertidig stilling.»

Verken arbeidsavtalen eller sluttattesten tilsier at As stilling som faglærer i fagteknikk i hovedsak var en prosjektstilling av midlertidig karakter. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon i saken, kan ikke nemnda se at vilkårene for midlertidig ansettelse i henhold til arbeidsmiljøloven er oppfylt.

Nemnda mener derfor at A hadde krav på fast stilling allerede ved inngåelsen av den skriftlige kontrakten som gjaldt fra og med 01.09.2016.

På denne bakgrunn legger nemnda videre til grunn at A ble diskriminert ved at arbeidskontrakten hennes kun ble forlenget frem til hun skulle ut i foreldrepermisjon.

Nemnda vurderer endelig om A ble diskriminert ved at hun ikke fikk returnere til samme eller tilsvarende stilling da permisjonen var over.

Det følger av likestillings- og diskrimineringsloven § 33 første ledd bokstav a at:

«Arbeidstakere som er eller har vært i foreldrepermisjon etter arbeidsmiljøloven § 12-5, har rett til å

a) vende tilbake til samme, eventuelt tilsvarende, stilling»

Ettersom nemnda ovenfor har vurdert det slik at A hadde krav på fast stilling, må denne forutsetningen også legges til grunn for nemndas vurdering av dette spørsmålet.

Forutsatt at A var fast ansatt, ville hun også hatt rett til å returnere til samme eller tilsvarende stilling etter endt permisjon. På denne bakgrunn fremstår det klart for nemnda at det dermed er «grunn til å tro» at A ble diskriminert da hun ikke fikk returnere til stillingen.

Spørsmålet blir videre om B har sannsynliggjort at dette likevel ikke er tilfellet, ettersom det ikke finnes noen stilling å vende tilbake til.

På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon, fremstår undervisningsoppgavene som lå til As stilling som faste oppgaver som ble videreført av to vikarer da hun gikk ut i permisjon. Etter nemndas syn har arbeidsgiver verken sannsynliggjort at stillingen til A er borte, eller at skolen ikke har tilsvarende fagstillinger med likeverdige oppgaver.

A ble følgelig diskriminert ved at hun ikke fikk vende tilbake til samme, eventuelt en tilsvarende stilling ved [skole] da permisjonen var over.

Konklusjon:

Klagen fra A har ført frem.

Nemndas vedtak er enstemmig.

Sak 18/168

Diskrimineringsnemnda har fattet følgende vedtak:

1. B har handlet i strid med forbudet mot å innhente opplysninger om graviditet.
2. B har handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av permisjon ved fødsel.

Ivar Danielsen

Gislaug Øygarden

Thorkil H. Aschehoug