



DISKRIMINERINGSNEMNDA

Sak 136/2018

Sakens parter:

A – B kommune

Uttalelse av 24. mai 2018 fra Diskrimineringsnemndas medlemmer:

Jon Østensvig (møteleder)

Kirsti Coward

Usman Ivar Shakar

Postadresse

Postboks 208 Sentrum
5804 Bergen

Telefon:

(+47) 90933125

E-post

post@diskrimineringsnemnda.no

Hjemmeside:

www.diskrimineringsnemnda.no

Saken gjelder spørsmålet om en kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av foreldrepermisjon, fordi en ansatt ikke fikk utbetalt full lønn i medhold av tariffavtale, under en foreldrepermisjon hun var i på det tidspunktet hun ble tilsatt i kommunen.

Sakens bakgrunn

A ble tilbudt et vikariat i halv stilling som lærer ved Z skole av B kommune. I arbeidsavtalen av 4.4.2014 fremgår det at ansettelsen gjaldt fra 1.8.2014 til 31.7.2015, hvis ikke noe annet ble avtalt. A aksepterte stillingen skriftlig, og hun opplyste samtidig:

«Grunna foreldrepermisjon kan eg ikkje ta til i stillinga før 19.12.2014.»

A hadde opparbeidet rett til foreldrepenger fra NAV fra 25.2 til 25.11.2014 hos en annen arbeidsgiver, jf. folketrygdloven § 14-6.

Hovedtariffavtalen (HTA), som B kommune er bundet av, gir på visse betingelser ansatte rett til full lønn under foreldrepermisjon:

«Opptjeningstid

Arbeidstaker som har vært i inntektsgivende arbeid i 6 av de siste 10 måneder før permisjonen tar til, har rett til full lønn under permisjon ved svangerskap, fødsel og adopsjon, jf. folketrygdloven kap. 14, når vedkommende har tiltrådt stillingen.»

Partene ble uenige om avtalt ansettelsestidspunkt den 1.8.2014 eller første arbeidsdag etter foreldrepermisjonen skulle regnes som det tidspunktet den ansatte «har tiltrådt» etter denne bestemmelsen. Partene ble etter hvert enige om at ansettelsesdatoen var 1.8.2014 med tanke på tjenesteansiennitet og innmelding i kommunens kollektive pensjonsordning. Kommunen fastholdt at A ikke hadde rett til full lønn fra dette tidspunktet, fordi hun ikke hadde tiltrådt stillingen.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

A klaget den 21.5.2015 til Likestillings- og diskrimineringsombudet (ombudet), som i uttalelse den 3.5.2016 konkluderte slik:

«B kommune handlet ikke i strid med likestillingsloven § 5 første ledd, jf. § 17, ved ikke å utbetale full lønn til A i perioden 1. august til 25. november 2014.»

A påklaget ombudets uttalelse. Ombudet fastholdt sin uttalelse og oversendte saken til Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Saken ble så overført til Diskrimineringsnemnda, jf. diskrimineringsombudsloven § 24.

Saken ble behandlet skriftlig av nemnda den 2.5.2018. I behandlingen deltok nemndas medlemmer Jon Østensvig (møteleder), Kirsti Coward og Usman Ivar Shakar. Sekretariatet var representert ved Ruth Øijordsbakken, Andrea Süssman, Ingrid Teistung og Tonje Taranger.

Partenes syn på saken

A v/ advokat X har i hovedsak anført:

Kommunens krav om fysisk tiltredelse innebærer ulovlig forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Kommunen er bundet av likestillingsloven, uavhengig av hvordan HTA skal forstås. Det er den individuelle arbeidsavtalen, og manglende etterlevelse av den, som her rammes av likestillingslovens diskrimineringsforbud.

I henhold til arbeidsavtalen må kommunen betale lønn fra 1.8.2014 etter gjeldende tariffavtale. Kommunen må derfor betale differansen mellom foreldrepenger fra NAV og lønn og feriepenge, med tillegg av eventuelle lønnsøkninger fra arbeidsgiver, i perioden fra 1.8.2014 til 25.11.2014. Det vises i denne sammenheng til vedtak fra NAV der hun er innvilget foreldrepenger fra 25.2.2014 til 25.11.2014.

Vilkåret i HTA om fysisk tiltredelse for å få utbetalt lønn utgjør en forskjellsbehandling i likestillingslovens forstand. Det er høyere fravær blant kvinner enn menn i forbindelse med foreldrepermisjon, og vilkåret om fysisk tiltredelse for å få lønn rammer dermed flere kvinner enn menn. Kravet om fysisk tiltredelse stiller derfor kvinner dårligere.

A ble dermed stilt dårligere enn andre som følge av sin foreldrepermisjon. Det er årsakssammenheng mellom manglende lønnsutbetaling og at hun var ute i foreldrepermisjon jf. likestillingsloven § 5. For øvrig har ikke kommunen bevist at denne forskjellsbehandlingen er saklig jf. likestillingsloven § 6 jf. § 27.

Det er ikke korrekt slik kommunen anfører at hun ikke fysisk kunne tiltre i stillingen 1.8.2014. Før hun mottok tilbudet fra B kommune, hadde hun fått et tilbud fra en annen kommune om å starte i et vikariat med oppstart den 1.8.2014. Barnefaren hadde i den forbindelse allerede varslet sin arbeidsgiver om at han sannsynligvis ville ta ut fedrekvoten, slik at hun kunne starte i jobb 1.8.2014.

Det er underlig at ombudet hevder at kravet om fysisk tiltredelse stiller seg annerledes enn andre eventuelle inngangsvilkår fordi kravet er så nært knyttet

opp til ordningen den er ment å regulere. Krav om forutgående ansettelse av en viss varighet/stillingsbrøk er i like stor grad knyttet opp til ordningen den er ment å regulere, og er på samme måte som kravet om fysisk tiltredelse ment å begrense arbeidsgivers lønnsplikt. Spørsmålet om fysisk tiltredelse som vilkår for full lønn må vurderes annerledes enn kravet om fysisk tiltredelse som vilkår for andre rettigheter som følger av arbeidsforholdet.

B kommune v/ advokat Y har i hovedsak anført:

B kommune avviser at de har diskriminert A ved ikke å utbetale full lønn og feriepenger under foreldrepermisjonen.

Hun hadde ikke opparbeidet seg rettigheter hos dem i forkant av foreldrepermisjonen jf. også tilsvarende regel i folketrygdloven § 14-6. Derimot var hun ansatt hos en annen arbeidsgiver ved permisjonsstart. Hun hadde derfor ikke rett til full lønn av sin nye arbeidsgiver under den gjenværende permisjonen. Klageren ble imidlertid innmeldt i pensjonskassen og startet opptjening av ansiennitet fra tiltredelsesdatoen 1.8.2014. Det var dermed ikke tale om noen formell utsettelse av tiltredelsen til dato for endt foreldrepermisjon.

Kommunen har en tariffmessig forpliktelse til å følge HTA. Bestemmelsene er fremforhandlet med arbeidstakerorganisasjonene og har ingen diskriminerende hensikt, siden de er utformet på generelt grunnlag og uten hensyn til kjønn. Virkningen er den samme også i tilfeller der sykdom medfører at en arbeidstaker ikke fysisk kan gå inn i stillingen på tiltredelsesdato.

Opplysningene fra klageren om at hun kunne tiltre fysisk 1.8.2014, er uten rettslig betydning i saken ettersom hun uansett ikke tiltrådte fysisk i sin stilling i B kommune før etter endt permisjon 19.12.2014. Dette var i henhold til det hun selv informerte kommunen om i telefonsamtale med en personalkonsulent 25.4.2014.

Nemndas vurdering

Nemnda skal ta stilling til om B kommune handlet i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av foreldrepermisjon og dermed kjønn, ved å ikke utbetale full lønn og feriepenger til A i perioden 1.8.2014 til 25.11.2014.

Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven nr. 51/2017) trådte i kraft 1. januar 2018. Siden denne saken gjelder forhold før ikrafttredelsen, vurderer nemnda saken etter likestillingsloven av 2013 (lov nr. 59/2013).

Det følger av likestillingsloven § 5 at:

«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 (...) Med diskriminering menes direkte og indirekte

forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter §6 eller § 7. Med direkte forskjellsbehandling menes en handling eller unnlatelse som har som formål eller virkning at en person blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon, og at dette skyldes kjønn (...)»

Det følger av likestillingsloven § 6 at forskjellsbehandling i noen tilfeller kan være lovlig. Forskjellsbehandlingen er ikke i strid med forbudet i § 5 dersom:

a) den har et saklig formål

b) den er nødvendig for å oppnå formålet og

c) det er et rimelig forhold mellom det man ønsker å oppnå og hvor inngripende forskjellsbehandling er for den eller de som stilles dårligere

Kommunens beslutning om ikke å betale full lønn og feriepenger før A kunne tiltre stilling, var en konsekvens av kommunens anvendelse av vilkårene i HTA § 8.3.1 – nærmere bestemt at den ansatte må ha vært i inntektsgivende arbeid i seks av de siste ti månedene før permisjon og må ha tiltrådt stillingen. Spørsmålet for nemnda er om en slik praktisering av HTAs bestemmelse innebærer diskriminering på grunn av foreldrepermisjon og kjønn over A.

Nemnda blir stående ved at kommunens praktisering ikke var i strid med likestillingsloven § 5.

Det er «*på grunn av*» foreldrepermisjon at A i dette tilfellet ikke tiltrådte og dermed ikke fikk full lønn fra 1.8.2014 i medhold av HTA § 8.3.1. Nemnda har imidlertid kommet til at unnlatelsen av å gi full lønn i den aktuelle situasjonen ikke var å bli «*behandlet dårligere*» i lovens forstand.

En arbeidsgiver har som utgangspunkt ikke lønnsplikt overfor en ansatt under foreldrepermisjon. Dette er en konsekvens av det avtalerettslige prinsippet om ytelse mot ytelse i et arbeidsforhold. At lønnsplikten bortfaller som følge av en foreldrepermisjon, innebærer som følge av det nevnte prinsippet ikke at vedkommende behandles dårligere av arbeidsgiveren enn øvrige ansatte, i diskrimineringsrettslig forstand. Vilkåret om forutgående arbeid og inntekt for å opptjene rett til foreldrepenger fra NAV etter folketrygdloven baserer seg også på og anerkjenner det samme prinsippet. At en person på grunn av foreldrepermisjon ikke har krav på lønn eller lønnskompensasjon fra arbeidsgiveren under foreldrepermisjon, er etter gjeldende rett ikke å bli behandlet dårligere i lovens forstand, selv om dette er en konsekvens av foreldrepermisjon som statistisk sett i størst omfang tas ut av kvinner.

Den aktuelle tariffestede ordningen i HTA - med rett til full lønn for de ansatte under foreldrepermisjon - er nært knyttet til folketrygdlovens bestemmelser om foreldrepenger. Ordningen har dermed også nær sammenheng med prinsippet

om ytelse mot ytelse som grunnlag for å motta et gode i form av lønn eller foreldrepenger, jf. ovenfor.

I lys av dette mener nemnda at det å stille et inngangsvilkår – også for personer i foreldrepermisjon - om å ha tiltrådt en stilling og begynt å opptjene lønn for å få rett til lønnskompensasjon under permisjonen, heller ikke kan anses å bli «behandlet dårligere» i likestillingslovens forstand. Dette må gjelde selv om kvinner i større grad enn menn har foreldrepermisjon og dermed kan bli rammet negativt av et slikt inngangsvilkår i større utstrekning enn menn.

En ansatt som – uavhengig av årsak - ikke har tiltrådt stillingen, har etter nemndas syn ikke opparbeidet seg en berettiget forventning om en motytelse i form av en slik lønnskompensasjon under foreldrepermisjonen. I As tilfelle hadde hun opptjent rett til foreldrepermisjon og foreldrepenger i et tidligere arbeidsforhold. Hennes forventbare økonomiske situasjon under foreldrepermisjonen fra 25.2.2014 måtte være basert på dette og ikke på de betingelsene som fulgte av arbeidsavtalen med kommunen som ble inngått etter oppstart av permisjonen, og som ikke kunne tiltres før i november 2014.

I ombudets uttalelse og i ombudets brev 28. september 2016 er lovligheten av andre vilkår for lønnsplikt, og tiltredelse som vilkår for andre typer rettigheter enn lønn, berørt. I denne saken finner ikke nemnda grunn til å vurdere dette nærmere.

Nemnda er for øvrig enig med kommunen i at As opplysninger under klagebehandlingen om at hun kunne tiltre i august 2014, ikke får betydning. Det vises her til opplysningene om at hun først tiltrådte i desember samme år, noe som nemnda oppfatter var i tråd med det hun i april hadde opplyst til kommunen.

Nemndas konklusjon er at kommunens praktisering av HTA § 8.3.1 i As tilfelle, ikke innebar at hun ble behandlet dårligere på grunn av foreldrepermisjon, jf. likestillingsloven § 5. B kommune handlet derfor ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn.

A har ikke fått medhold i sin klage.

Nemndas uttalelse er enstemmig.

Sak 136/2018

Diskrimineringsnemnda har gitt følgende uttalelse:

B kommune handlet ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn overfor A.

Jon Østensvig
Møteleder

Usman Ivar Shakar

Kirsti Coward