



# DISKRIMINERINGSNEMNDA

**Sak 101/2018**

**A**

**v/Norsk Sykepleierforbund**

**mot**

**Helse Fonna HF**

**Vedtak av 12. februar 2019 fra Diskrimineringsnemnda, sammensatt av følgende medlemmer:**

**Jon Østensvig (nemndleder)**

**Kirsti Coward**

**Birthe M. Eriksen**

---

**Postadresse**  
Diskrimineringsnemnda  
Postboks 208 Sentrum  
5804 Bergen

**Telefon**  
(+47) 90933125

**E-post**  
[post@diskrimineringsnemnda.no](mailto:post@diskrimineringsnemnda.no)

**Hjemmeside**  
[www.diskrimineringsnemnda.no](http://www.diskrimineringsnemnda.no)

Saken gjelder spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av kjønn (permisjon ved fødsel), jf. likestillingsloven av 2013 § 5, i forbindelse med avslag på krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

## **Sakens bakgrunn**

Den 5. oktober 2016 mottok Helse Fonna krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a fra A. Bestemmelsen gir deltidsansatte rett til utvidet stilling dersom det i ett år er arbeidet jevnlig utover avtalt arbeidstid.

Helse Fonna avsto kravet fordi klageren ikke jevnlig hadde jobbet utover avtalt arbeidstid i tolv månedersperioden, og viste til at hun var i permisjoner etter arbeidsmiljøloven knyttet til fødsel i seks og en halv måned.

Klageren har vært ansatt i Helse Fonna siden 2011 og har arbeidet en del ekstravakter. Hun ble ansatt i 50% fast stilling i april 2013. I september 2015 søkte hun og påberopte seg fortrinnsrett til en 50% fast stilling, men fikk den ikke. Hun gikk ut i fødselspermisjon den 16. mars 2016. I perioden mars 2015 til februar 2016 jobbet hun 520,25 timer ekstra. I perioden oktober 2015 til september 2016 jobbet hun 347,25 timer ekstra.

I 2011, fra ansettelse i juni, jobbet hun 93,5 timer merarbeid og 43,75 timer overtid, i 2012 jobbet hun 216,75 timer merarbeid og 43,0 timer overtid, i 2013 jobbet hun 195 timer merarbeid og 62,5 timer overtid. Fra august 2013 til juni 2014 var hun i 30% studiepermisjon. I perioden jobbet hun fast hver 4. helg. I 2014 jobbet klageren 283,5 timer merarbeid og 44,75 timer overtid, i 2015 jobbet hun 427 timer merarbeid og 121,4 timer overtid og i 2016 frem til svangerskapspermisjon 16. mars jobbet hun 141 timer merarbeid og 56,25 timer overtid.

I klage av 8. mai 2018 klaget Norsk sykepleierforbund, på vegne av A, saken inn for Diskrimineringsnemnda. Saken ble behandlet i nemndas møte 15. januar 2019 i Statens Hus i Bergen. I behandlingen deltok Jon Østensvig (møteleder), Kirsti Coward og Birthe Eriksen. Sekretariatet var representert ved saksbehandler Sunniva Schultze-Florey og Tonje Taranger.

## **Partenes anførsler**

Norsk Sykepleierforbund har i hovedsak anført:

Helse Fonna har diskriminert klageren ved å avslå krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, jf. likestillingsloven av 2013 § 5, jf. § 17.

---

<b>Postadresse</b>	<b>Telefon</b>	<b>E-post</b>	<b>Hjemmeside</b>
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>

Det er i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering i likestillingsloven å trekke fra hele eller deler av foreldrepermisjonen ved beregning av referanseperiode for å avgjøre rett til utvidet stilling etter faktisk arbeidet tid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Klageren er stilt dårligere enn personer som ikke avviker permisjon ved fødsel. Det er en klar årsakssammenheng mellom permisjonen og avslaget. Klageren jobbet utover avtalt arbeidstid årene før permisjonen. Det er bare permisjonen som endret dette arbeidsmønsteret.

Klageren er utsatt for både direkte og indirekte diskriminering. Den lovfestede delen av permisjonen som er forbeholdt mor, tre uker svangerskapspermisjon og 10 uker mødrekvote, er omfattet av forbudet mot direkte diskriminering. Dette utgjør halvparten av permisjonen, 13 av 26 uker.

De resterende 13 ukene, fellesperioden, er omfattet av forbudet mot indirekte diskriminering, og vilkårene for lovlig forskjellsbehandling er ikke oppfylt.

Helse Fonna har ikke påvist et saklig formål for å vektlegge fraværet som skyldes permisjon ved fødsel. Det er heller ikke nødvendig å vektlegge fraværet. Det er vanskelig å se at Helse Fonna har et reelt behov for å avslå klagerens krav om utvidet stilling all den tid hun har jobbet ekstravakter regelmessig siden 2011.

Forskjellsbehandlingen er uansett urimelig inngripende. Klageren har behov for økonomisk trygghet og en forutsigbar arbeidstid i en ny omsorgssituasjon. Hun blir stilt svært ugunstig både økonomisk og når det gjelder å fremme et eventuelt nytt krav om utvidet stilling etter faktisk arbeidet tid. Helse Fonna på sin side har behov for arbeidskraft, men har fordel av tilgang på dette gjennom nettopp å ha ansatte i (ufrivillig) deltidsstillinger. Helse Fonna er en stor virksomhet og vil ikke få en urimelig ulempe ved å se bort fra foreldrepermisjonen ved vurderingen av kravet om utvidet stilling.

#### Helse Fonna HF har i hovedsak anført:

Det er ikke i strid med likestillingsloven av 2013 å avslå krav om utvidet stilling når langvarig foreldrepermisjon medfører at det ikke er grunnlag for å gjøre jevnlighetsvurderingen som kreves i arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Helse Fonna vurderer alle krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a likt. Der den ansatte har hatt lange fraværsperioder, påvirkes muligheten til å gjøre jevnlighetsvurderingen. Dette er uavhengig av årsaken til fraværet, for eksempel sykdom, ferie eller permisjon. Klageren er sammenlignet med andre i tilsvarende situasjon, og er ikke stilt dårligere enn de andre ansatte i Helse Fonna som krever utvidet stilling og har lengre fraværsperioder. Det foreligger ikke

---

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>

årsakssammenheng mellom permisjonen og avslaget på utvidet stilling. Det er ikke permisjonen i seg selv som har ført til at hun fikk avslag, men det faktum at den var på fem måneder, altså nesten halve referanseperioden.

Forskjellsbehandlingen er uansett lovlig, da den er saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende. Praksisen har et saklig formål fordi den skal sikre at det foreligger et grunnlag for å vurdere jevnlighetskriteriet som følger av arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Praksisen er nødvendig for å oppnå formålet, fordi lovgiver har bestemt at retten til utvidet stilling skal følge av at det har vært et faktisk arbeid som taler for et jevnlige behov over en tolv månedersperiode.

Praksisen er ikke uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles. Først og fremst fordi arbeidsgiveren uten denne praksisen kan risikere å få krav fra to deltidsansatte som gjør rett på utvidet stilling på grunn av de samme vaktene; den ansatte som har vært i foreldrepermisjon, og en ansatt som har tatt de faktiske vaktene mens førstnevnte var ute i permisjon. For det andre fordi vurderingen av opphold i ekstraarbeid gjøres for alle arbeidstakere som fremmer krav, uavhengig av årsaken til fraværet. Dessuten kan deltidsansatte benytte seg av fortrinnsretten etter arbeidsmiljøloven § 14-3, som de også kan benytte seg av når de er i foreldrepermisjon.

## Nemndas vurdering

Nemnda skal avgjøre om Helse Fonna ulovlig forskjellsbehandlet klageren på grunn av kjønn (permisjon ved fødsel), jf. likestillingsloven § 5, ved å avslå hennes krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, fordi hun hadde hatt fravær i form av permisjon ved fødsel i seks og en halv av de siste 12 månedene før kravet ble fremsatt. Den påståtte ulovlige forskjellsbehandlingen fant sted i 2016, slik at spørsmålet vurderes på bakgrunn av likestillingsloven av 21. juni 2013 nr. 59.

I arbeidsmiljøloven § 14-4 a første ledd heter det:

**«§ 14-4 a. Rett til stilling for deltidsansatte tilsvarende faktisk arbeidstid**

Deltidsansatte som de siste 12 måneder jevnlig har arbeidet utover avtalt arbeidstid, har rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid i denne perioden, med mindre arbeidsgiver kan dokumentere at behovet for merarbeidet ikke lenger foreligger. Tolv månedersperioden skal beregnes med utgangspunkt i det tidspunkt arbeidstaker fremmet sitt krav.»

En tvist om et slikt krav må partene bringe inn for Tvisteløsningsnemnda og deretter eventuelt for domstolene, jf. arbeidsmiljøloven § 17-2 og § 17-2 a - innen fastsatte frister. Arbeidsmiljøloven § 14-4 a angir ikke om og i hvilke

---

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>

tilfeller ulike typer fravær – som sykefravær, ferie eller permisjoner - medfører at kravet om jevnlig arbeid utover avtalt arbeidstid ikke kan anses oppfylt. Det følger av lovens forarbeider at det skal foretas en helhetlig vurdering av merarbeidets hyppighet, omfang og stabilitet. Fravær av lengre varighet – også permisjon ved fødsel - vil etter Tvisteløsningsnemndas praksis kunne medføre at arbeidsgiveren mangler grunnlag for å vurdere om det foreligger et jevnlig behov for merarbeidet. Blant annet i Tvisteløsningsnemndas avgjørelse i sak TLN-2016-109 er det imidlertid understreket at det må foretas en konkret vurdering:

«Der arbeidstaker har lengre permisjoner vil nemnda ofte mangle det nødvendige grunnlaget. Det understrekes imidlertid at vurderingen alltid må være konkret. Der ekstraarbeidet er særlig hyppig og stabilt utenfor periodene med permisjoner, kan det oppveie for noe lengre permisjoner.»

Slik nemnda forstår Tvisteløsningsnemndas praksis, kan også grunnlaget for fraværet eller permisjonen ha en viss betydning for den konkrete helhetsvurderingen etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Dette må også gjelde for permisjon ved fødsel, som er et vernet diskrimineringsgrunnlag, jf. nedenfor.

Diskrimineringsnemnda har etter loven ikke anledning til å avgjøre selve kravet om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda kan dermed ikke foreta den konkrete helhetsvurderingen som er nevnt ovenfor, blant annet om ekstraarbeid utenfor permisjonstiden kan veie opp for betydningen av fraværet i vurderingen av «jevnlig». Dette er derfor vurderinger som arbeidsgiveren, og eventuelt Tvisteløsningsnemnda, må foreta.

Diskrimineringsnemnda kan likevel ta stilling til om Helse Fonna – da klagerens krav ble avslått – forskjellsbehandlet henne i strid med diskrimineringslovgivningen, jf. diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd, jf. § 24. Dersom det konstateres brudd på diskrimineringslovgivningen, er det opp til partene å vurdere hvilke konsekvenser dette eventuelt har for Helse Fonnas avgjørelse.

Helse Fonnas avslag er etter nemndas syn et forvaltningsvedtak, jf. forvaltningsloven § 2. Siden avgjørelsen her gjelder utøvelse av arbeidsgiverfunksjon, har nemnda likevel vedtaksmyndighet, jf. diskrimineringsombudsloven § 14 første ledd.

Likestillingsloven § 5 forbyr diskriminering på grunn av kjønn. Diskriminering på grunn av permisjon ved fødsel regnes som diskriminering på grunn av kjønn. Begrepet «permisjon ved fødsel» omfatter etter hva nemnda forstår alle lovfestede permisjoner med tilknytning til det å få barn, som angitt i arbeidsmiljøloven §§ 12-1 til 12-6 m.v. Med diskriminering menes direkte og indirekte forskjellsbehandling som ikke er lovlig etter § 6 eller § 7. Direkte forskjellsbehandling innebærer at en person «blir behandlet dårligere enn andre i

---

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>

tilsvarende situasjon, og at dette skyldes kjønn.» Indirekte forskjellsbehandling innebærer at en tilsynelatende nøytral bestemmelse eller handlemåte fører til at noen stilles dårligere enn andre på grunn av kjønn.

Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted dersom 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.

Helse Fonnas avslag den 25. oktober 2016 på klagerens krav i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-4 a var begrunnet slik:

«Sidan du har vore i foreldrepermisjon sidan 16.3.2016 er det 6 ½ månader (16.3.2016 – 4.10.2016) av dei siste 12 månedene som du ikkje har arbeida ekstravakter.

For at vilkåret «jevnlig» skal vere oppfylt må bruken av meirarbeid i det store og heile framstå som ein etablert praksis i den aktuelle referanseperioden. Tvisteløsningsnemnda har uttalt at i dei tilfella kor arbeidstakar har lengre fråværsperioder, så vil ein mangle det nødvendige grunnlaget til vurderinga av om ekstraarbeidet er uttrykk for eit stabilt og varig behov hos arbeidsgjevar fordi arbeidsmønsteret er falt bort.»

Slik nemnda oppfatter dette, har Helse Fonna lagt til grunn at klagerens fravær i 12-månedersperioden i seg selv innebar at kravet til jevnlig merarbeid ikke var oppfylt. Det synes som om Helse Fonna derfor ikke har foretatt en nærmere konkret vurdering som nevnt ovenfor. Det virker ikke som det er vurdert om det til tross for den langvarige permisjonen kunne foreligge andre omstendigheter som her ga grunnlag for å slå fast at det foreligger et jevnlig behov for merarbeid hos arbeidsgiveren, blant annet om merarbeid utenfor permisjonstiden - og eventuelt også før og etter 12-månedersperioden – kunne få betydning. Nemnda kan heller ikke se at Helse Fonna vurderte om grunnlaget for fraværet – nemlig at det her dreide seg om permisjon ved fødsel som er et beskyttet diskrimineringsgrunnlag – kunne ha betydning. Nemnda legger denne forståelsen av Helse Fonnas avgjørelse til grunn for sin videre vurdering.

Nemnda ser det slik at klageren i lovens forstand ble «behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon» på grunn av kjønn – altså som følge av permisjon ved fødsel, jf. § 5.

Helse Fonna har avvist at klageren er behandlet dårligere på grunn av permisjon ved fødsel, og viser til at hennes krav om stilling tilsvarende faktisk arbeid i medhold av § 14-4 a er behandlet på samme måte som krav fra andre som har hatt fravær av andre grunner. Det er anført at det er fraværet som sådan, og

---

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>

ikke at dette skyldtes permisjon ved fødsel, som medførte at kriteriet om jevnlig merarbeid ikke kunne anses oppfylt, slik at kravet i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-4 a ikke kunne føre fram.

Nemnda deler ikke Helse Fonnas syn på dette punktet. Nemnda tar utgangspunkt i at det aktuelle vernede diskrimineringsgrunnlaget i saken her er selve permisjonen ved fødsel, jf. likestillingsloven § 5, og altså ikke en egenskap ved klageren. Ved vurderingen av om klageren er «behandlet dårligere» og om dette har skjedd på grunn av permisjon ved fødsel, må nemnda på vanlig måte tenke diskrimineringsgrunnlaget borte – i dette tilfelle at klageren *ikke* hadde hatt permisjon ved fødsel. Det blir derfor ikke riktig å sammenligne klageren med andre personer som har hatt tilsvarende fravær av samme eller eventuelt andre årsaker, slik Helse Fonna tar til orde for. Det relevante sammenligningsgrunnlaget er andre ansatte som reiser krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a og som ikke har hatt permisjon ved fødsel.

I lys av dette mener nemnda at Helse Fonnas avgjørelse om å avslå kravet – ved å vise til fravær på grunn av permisjon ved fødsel - innebærer at klageren i likestillingslovens forstand er behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon på grunn av permisjon ved fødsel, jf. likestillingsloven § 5.

Spørsmålet er så om forskjellsbehandlingen av klageren på grunn av permisjon ved fødsel i dette tilfellet var lovlig etter likestillingsloven § 6. Nemnda antar at det ved anvendelsen av arbeidsmiljøloven § 14-4 a er et visst rom for at det - innenfor rammene av likestillingsloven § 6 - kan være lovlig å legge vekt på fravær som skyldes permisjon ved fødsel, i arbeidstakerens disfavør, slik det også følger av Tvisteløsningsnemndas praksis. En forutsetning er imidlertid at arbeidsgiveren da godtgjør at forskjellsbehandlingen har et saklig formål, er nødvendig for å oppnå formålet, og at forskjellsbehandlingen ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den som forskjellsbehandles, jf. likestillingsloven § 6. Som nevnt ligger det allerede i arbeidsmiljøloven § 14-4 a at det skal gjøres en konkret vurdering der det ikke isolert sett legges vekt på fraværet. I denne vurderingen inngår i tilfeller som dette at det også skal legges vekt på om forskjellsbehandlingen er lovlig i medhold av likestillingsloven § 6.

Unntaksregelen i § 6 skal tolkes snevert i saker om permisjon ved fødsel, jf. Prop 81 L s. 317. I denne sammenhengen nevner nemnda at det ved direkte forskjellsbehandling er antatt å gjelde et tilnærmet absolutt vern, slik at unntak etter § 6 sjelden kan tenkes, men uten at grensene for dette er helt avklart. I noen tilfeller er imidlertid vernet mot indirekte forskjellsbehandling antatt å gå like langt. Nemnda tar i saken her ikke stilling til om det foreligger direkte eller indirekte forskjellsbehandling, fordi den mener at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling i § 6 uansett ikke er oppfylt.

Nemnda mener at Helse Fonna ikke har gjort sannsynlig at den hadde et saklig formål eller et nødvendig behov for å uten videre å avslå kravet på grunn av fraværet som skyldtes permisjon ved fødsel, og ikke foretok en slik helhetlig og konkret vurdering som skal foretas i medhold av arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Nemnda viser her til Helse Fonnas brev den 25. oktober 2016 og øvrig dokumentasjon angående årsaken til avslaget. Nemnda legger til grunn at klageren hadde temmelig mye og ganske kontinuerlig merarbeid i den delen av «referanseperioden» da hun ikke hadde permisjon. I tillegg hadde hun i flere år før «referanseperioden» også temmelig mye merarbeid. Etter det nemnda kan se, har Helse Fonna ikke vurdert betydningen av dette, og heller ikke betydningen av at fraværet skyldtes et vernet diskrimineringsgrunnlag. I denne saken var det derfor nærliggende å gjøre en bredere vurdering av klagerens krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Om en slik nærmere vurdering ville ha ført til en annen konklusjon, kan ikke nemnda ta stilling til. Det er her uansett ikke påvist at det var et saklig eller nødvendig behov for å begrunne avslaget utelukkende med henvisning til klagerens fravær på grunn av permisjon ved fødsel, jf. likestillingsloven § 6 bokstav a og b.

Etter dette er det for nemnda ikke nødvendig å vurdere vilkåret i likestillingsloven § 6 bokstav c. Når det særlig gjelder Helse Fonnas anførsel om at man i prinsippet kan bli møtt med krav både fra klageren og en vikar knyttet til «samme merarbeid», nevner nemnda likevel at arbeidsgiveren i det enkelte tilfellet kan avvise kravet dersom det dokumenteres at behovet for merarbeid ikke lenger foreligger, jf. arbeidsmiljøloven § 14-4 a.

Oppsummeringsvis er nemndas syn at det som utgangspunkt er forskjellsbehandling på grunn av permisjon ved fødsel i medhold av likestillingsloven § 5 å legge vekt på fravær som har slik årsak - ved vurderingen av et krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a. Forskjellsbehandlingen kan imidlertid være lovlig etter likestillingslovens § 6 dersom arbeidsgiver - i den helhetsvurderingen som skal gjøres etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a - trekker inn de elementene som § 6 gir anvisning på. I saken her synes Helse Fonna bare å ha lagt vekt på fraværet som sådan uten å gjøre en slik nærmere vurdering som er nevnt ovenfor, og uten at det er påvist noe saklig eller nødvendig behov for å unnlate en slik vurdering. Dette var en handling som var i strid med likestillingsloven § 5.

Nemnda vil tilføye at vurderingen er begrenset til betydningen av permisjon ved fødsel og ikke gjelder annen type fravær. Som nevnt har det også vært avgjørende at arbeidsgiveren i dette tilfellet ikke hadde påvist å ha foretatt en slik nærmere vurdering som følger av arbeidsmiljøloven § 14-4 a og likestillingsloven § 6, selv om det her var flere forhold som tilsa at en slik vurdering kunne og burde ha vært gjort.

Diskrimineringsnemndas konklusjon er at Helse Fonna HF handlet i strid med

---

Postadresse	Telefon	E-post	Hjemmeside
Diskrimineringsnemnda Postboks 208 Sentrum 5804 Bergen	(+47) 90933125	<a href="mailto:post@diskrimineringsnemnda.no">post@diskrimineringsnemnda.no</a>	<a href="http://www.diskrimineringsnemnda.no">www.diskrimineringsnemnda.no</a>



forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, jf. likestillingsloven § 5, overfor A, ved å avslå krav etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a, begrunnet med hennes fravær på grunn av permisjon ved fødsel. Klagen har ført frem.

Vedtaket er enstemmig.

Sak 101/2018

**Diskrimineringsnemnda har fattet følgende vedtak:**

Helse Fonna HF har diskriminert A på grunn av kjønn (permisjon ved fødsel).

Jon Østensvig  
nemndleder

Kirsti Coward

Birthe Eriksen