



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Dok. ref.

07/1783-19/SF-511, SF-821, SF-900//AJB

Dato:

27.08.2008

Webversjon - uttalelse i sak om foreldrepermisjon og tiltredelse i stilling

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til henvendelse fra Utdanningsforbundet i Y av 29. oktober 2008. Utdanningsforbundet representerer medlemmet A.

Utdanningsforbundet har bedt Likestillings- og diskrimineringsombudet ta stilling til om X kommune handlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med utvidelsen av As faste stilling, da tiltredelsestidspunkt ble satt til endt foreldrepermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsombudet finner at X kommune har handlet i strid med likestillingsloven § 3 da A ikke fikk tiltre den utvidede stillingen fra 1. august 2007.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra mottakelsen av dette brevet, jf vedlagte orientering.

Ombudets uttalelse gjelder ansettelsen av en konkret medarbeider. Ombudet ser likevel at det kan hevdes at saken reiser spørsmål om Hovedtariffavtalens forståelse og gyldighet, siden ansettelsesvilkårene til A er et resultat av kommunens tolkning av Hovedtariffavtalen § 8. Hvis kommunen bringer saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda, vil uttalelsen derfor bli oversendt partene i Hovedtariffavtalen slik at partene får mulighet til å uttale seg og vurdere om saken skal bringes inn for Arbeidsretten, jf diskrimineringsombudsloven § 10.

Sakens bakgrunn

A er lærer og har siden 2002 hatt vikariater i 100 prosent stillinger i X kommune. I 2006 fikk hun fast stilling på 60 prosent i tillegg til et vikariat på 40 prosent (til sammen 100 prosent). I kontrakten til A fremgår det at den midlertidige ansettelsen er begrunnet med at hun er vikar for B. Vikariatet (40 prosent) gikk ut 31. juli 2007.

I mai 2007 gikk A ut i foreldrepermisjon. Samme vår søkte hun om å få utvidet sin faste stilling fra 60 til 100 prosent. Hun ønsket tiltredelse fra 1. august 2007. Kommunen tilbød henne stillingen og innvilget ønsket hennes om arbeidssted ved Kolbu skole. Hun fikk imidlertid beskjed om at hun ikke fikk tiltre fra ønsket tidspunkt. Det kan utledes av kommunens brev til A av 30. juli 2007 at A ville fått tiltre 1. august 2007 om hun ikke hadde vært i foreldrepermisjon. Kommunen skriver:

”Du er nå ute i fødselspermisjon / omsorgspermisjon og kan følgelig ikke tiltre i stillingen fra 01.08.07.

Det er tilsatt vikar for deg ved C skole fra 01.08.07 og frem til du tiltrer din stilling i kommunen.

Det er ikke vanlig praksis å foreta stillingsendring i løpet av en permisjon, da endringen ikke vil trå i kraft før du har tiltrådt din stilling[en] etter endt permisjon”

A fikk dermed ikke tiltre stillingen hun var tilbudt før hun var tilbake fra foreldrepermisjonen.

A hadde full foreldrepermisjon frem til 11. februar 2008. Fra denne datoen tok A gradert uttak av foreldrepermisjonen. Dette betød at hun arbeidet 60 prosent og hadde 40 prosent foreldrepermisjon frem til 2. mai 2008.

A valgte å ta ut 54 uker foreldrepermisjon med 80 prosent stønad. Fra hun gikk ut i foreldrepermisjon i mai og frem til vikariatet på 40 prosent gikk ut 31. juli 2007, fikk A utbetalt lønn beregnet ut fra hundre prosent stilling. Fra 1. august 2007, da vikariatet på 40 prosent gikk ut, fikk hun utbetalt lønn fra kommunen beregnet ut fra hennes 60 prosent faste stilling. Siden hun ikke var i et ansettelsesforhold for de resterende 40 prosentene, fikk hun foreldrepenger fra NAV for disse prosentene. Siden A valgte å ta ut 80 prosent lønn i 54 uker, fikk hun utbetalt 48 prosent lønn fra kommunen og 32 prosent fra NAV.

A fikk lønnstillegg 1.mai 2007. Tillegget ble regnet inn i foreldrepengene hun fikk fra arbeidsgiver. I pengene hun mottok fra NAV er tillegget fra 1. mai ikke tatt med i beregningene. Grunnen til dette er at NAV beregnet grunnlaget for foreldrepenger ut fra månedene før 1. mai.

Hvis A hadde fått 100 prosent stilling fra 1. august 2008, ville hun fått en høyere sum enn hun fikk gjennom kommunen og NAV. Grunnen til dette er at tillegget fra 1. mai ville vært medberegnet i foreldrepengene fra kommunen. I følge As beregninger

utgjør differansen kr 16 012,03. I tillegg taper hun penger på at hun ikke får opptjent feriepenger under hele foreldrepermisjonen. A har regnet ut at dette tapet utgjør 9 157,44. Ifølge A, er hennes totale tap på 25 169,47. X kommune har ikke gjort innvendinger mot As regnestykke.

Kommunen mener de har overholdt ”gjeldende lover og avtaleverk” og har vist til Hovedtariffavtalen § 8.1.2 og kommunenes personalhåndbok 6.2.6. Hovedtariffavtalen § 8 annet avsnitt lyder:

”Tiltredelsestidspunktet for undervisningspersonalet er den dag tilsettingen gjelder fra og vedkommende kunne ha tiltrådt”.

Hovedtariffavtalen § 8.1.2 lyder:

”Med full lønn i § 8 menes ordinær lønn, faste årsbeløp og variable tillegg etter oppsatt turnusplan”.

Kommunenes personalhåndbok inneholder kommentarer til Hovedtariffavtalen. I forbindelse med Hovedtariffavtalen § 8.1.2 står det blant annet:

”Nye arbeidsavtaler – eksempelvis ved at arbeidstaker søker og får en annen stilling (høyere lønnet eller høyere stillingsbrøk)- vil ikke få virkning før arbeidstakeren faktisk har tiltrådt den nye stillingen”.

X kommune mener avtaleverket må forstås slik at personer i foreldrepermisjon ikke har rett til å tiltre en stilling før vedkommende fysisk tiltre stillingen, det vil si når foreldrepermisjonen er over. På denne bakgrunn mener kommunen at de hadde rett til å sette As tiltredelsestidspunkt til hun var tilbake fra permisjon. Kommunen viser til at As stilling var en ny stilling, og ingen videreføring av tidligere vikariat. De opplyser at As vikariat på 40 prosent ble inndratt som følge av store omrokninger i stillingene i grunnskolen i X kommune i 2007.

Rettslig grunnlag

Likestillings- og diskrimineringsombudet håndhever blant annet likestillingsloven. Likestillingsloven § 4 annet ledd, jf § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av menn og kvinner ved ansettelse. Handlinger som stiller personer dårligere på grunn av foreldrepermisjon utover perioden som er lovforbeholdt det ene kjønn anses som indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn.

Indirekte forskjellsbehandling defineres i loven som ”.. enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”, jf likestillingslovens § 3 tredje ledd. Siden det fremdeles er kvinner som tar mesteparten av den foreldrepermisjon som ikke er forbeholdt et av kjønnene, vil en forskjellsbehandling av personer i foreldrepermisjon i størst grad ramme kvinner.

Indirekte forskjellsbehandling vil være tillatt i særlige tilfeller. Det følger av likestillingsloven § 3 fjerde ledd at indirekte forskjellsbehandling vil være tillatt hvis den har et saklig formål uavhengig av kjønn, og middelet fremstår som egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.

EF-domstolen har i sin praksis lagt til grunn at det er i strid med forbudet mot direkte forskjellsbehandling å avskjedige en kvinne til tross for at hun på grunn av foreldrepermisjon bare får arbeidet i en begrenset periode av kontrakten, jf. sak C-190/00 (Tele Danmark). Avgjørelsen er relevant i denne saken, selv om Tele Danmark-saken gjelder avskjedigelse, og ikke utvidelse av stilling.

Klagenemnda for likestilling behandlet spørsmål om utsettelse av tiltredelsestidspunkt i forbindelse med foreldrepermisjon i sak 2002-8. Klagenemndas flertall i saken kom frem til at utsettelse av tiltredelsestidspunkt til vedkommende var tilbake fra foreldrepermisjon var i strid med likestillingsloven § 3.

Saken gjaldt en lege ved et sykehus som avsluttet et vikariat kort tid etter at hun gikk ut i foreldrepermisjon. Før vikariatets utløp ble det lyst ut nye vikariater, og den kvinnelige legen fikk stillingen. Tiltredelse ble imidlertid utsatt til hun var ferdig i foreldrepermisjon. Dette innebar at hun stod utenfor ansettelsesforhold i fire måneder, og hadde et økonomisk tap som følge av dette.

Likestillingsloven § 16 fastslår at det i saker om forskjellsbehandling på grunn av kjønn delt bevisbyrde. Det betyr at den som hevder å være forskjellsbehandlet, i utgangspunktet har bevisbyrden for at hun eller han er ulovlig forskjellsbehandlet på grunn av kjønn. Det er ikke krav om sannsynlighetsovervekt. Det er tilstrekkelig at det fremlegges opplysninger som gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, men det er ikke tilstrekkelig med en påstand om diskriminering. Dersom opplysningene i saken gir grunn til å tro at diskriminering har funnet sted, må den som beskyldes for diskriminering, bevise at diskriminering ikke har funnet sted.

Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering

Likestillings- og diskrimineringsombudet skal ta stilling til om X kommune handlet i strid med likestillingsloven da A ikke fikk tiltre 1. august 2007, men i stedet måtte vente med å tiltre til hun var ferdig med foreldrepermisjon.

Ombudets kompetanse i saker om tariffavtaler

Likestillings- og diskrimineringsombudet vil ikke foreta en tolkning av Hovedtariffavtalen og Kommunenes personalhåndbok, da en slik avtaletolkning ligger utenfor ombudets mandat. En tvist om hvordan en tariffavtale skal tolkes, hører innunder Arbeidsretten og ikke innunder Likestillings- og diskrimineringsombudet eller Likestillings- og diskrimineringsnemnda, jf. arbeidstvistloven § 7 nr. 2 og diskrimineringsombudsloven § 10 første ledd. Ombudet vil likevel gjøre oppmerksom på at dersom det finnes flere tolkningsalternativer, plikter partene å velge det tolkningsalternativ som er i tråd med likestillingsloven. Partene plikter uansett å overholde likestillingsloven, da likestillingsloven går foran

Hovedtariffavtalen. En tariffavtale som strider mot likestillingsloven, vil dermed være ugyldig i henhold til alminnelige avtalerettslige prinsipper.

Denne saken reiser ikke direkte spørsmål om Hovedtariffavtalen er i strid med likestillingsloven. Saken gjelder forholdet mellom A som arbeidstaker og X kommune som arbeidsgiver. Ombudets uttalelse gjelder derfor bare dette forholdet. Ombudet ser imidlertid at saken indirekte kan reise spørsmål om forståelsen og gyldigheten av Hovedtariffavtalen. Dersom saken bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda, vil tariffavtalens parter informeres og få anledning til å uttale seg slik at de kan vurdere om de vil bringe saken inn for Arbeidsretten, jf diskrimineringsombudsloven § 10 og forskrift om organisasjon og virksomhet for Likestillings- og diskrimineringsombudet § 11. Ifølge ordlyden i diskrimineringsloven § 10 og forskriften § 11 er det nemnda, og ikke ombudet, som skal involvere tariffavtalens parter. Dette kan også utledes av forvaltningspraksis, jf Likestillings- og diskrimineringsnemnda sak 17/2006.

Den rettslige vurderingen av ansettelsesforholdet i den konkrete saken

Det avgjørende i denne saken er om kommunen har overtrådt likestillingsloven da de forskjøv tiltredelsestidspunktet til A var tilbake til foreldrepermisjon. Ombudet vil dermed ikke ta stilling til Xs tolkning av tariffavtalen. X kommune er bundet av likestillingsloven, uansett om avtaleverket de er bundet av skulle være i strid med likestillingsloven. Offentlige myndigheter har dessuten en aktivitetsplikt når det gjelder å arbeide for likestilling, jf likestillingsloven § 1a. Dette gjelder også der offentlige myndigheter opptrer som arbeidsgiver, jf Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 16. Dette innebærer at kommunen har en plikt til å se nærmere på om deres tolkning av avtaleverket og om deres praksis er i strid med likestillingsloven. Dette må gjelde spesielt i tilfeller hvor det er reist innvendinger mot at kommunens praksis og tolkning av gjeldende regelverk er i strid med likestillingsloven.

Ombudet må først ta stilling til om A stilles dårligere enn hun ellers ville blitt på grunn av sin foreldrepermisjon, jf likestillingsloven § 4 jf § 3.

Det er ubestridt at det var As foreldrepermisjon som førte til at hun ikke fikk tiltre stillingen 1. august 2007. Dersom A ikke var i foreldrepermisjon, ville hun altså tiltrådt stillingen denne datoen. Det er også på det rene at utsatt tiltredelse har medført økonomisk tap for A. A blir dermed dårligere stilt enn hun ellers ville blitt på grunn av hennes foreldrepermisjon, jf likestillingsloven § 4, jf § 3.

Det er på denne bakgrunn på det rene at A har blitt utsatt for en forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjonen, og at hun som følge av dette er blitt stilt dårligere enn om hun ikke hatt gått ut i foreldrepermisjon. Problemstillingen er om X kommune har sannsynliggjort at de hadde rettslig adgang til å forskjellsbehandle A.

Indirekte forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon vil i særlige tilfeller kunne være tillatt, jf § 3 fjerde ledd. I følge likestillingslovens § 3 fjerde ledd vil en indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn være tillatt dersom den har et

”saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende.”

Det skal svært mye til for at en forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon anses for saklig. I EF-domstolens sak C-109/00 (Tele Danmark) fastslo domstolen at Tele Danmark hadde handlet i strid med likebehandlingsdirektivet ved avskjedigelsen av en gravid kvinne, selv om hennes forestående foreldrepermisjon medførte at hun bare fikk oppfylt en svært begrenset del av arbeidskontrakten. Sak C-109/00 gjaldt direkte forskjellsbehandling, og unntaksadgangen er dermed snevrere enn ved indirekte forskjellsbehandling. Avgjørelsen tilsier likevel at det skal tungtveiende grunner til for at forskjellsbehandling av personer i foreldrepermisjon skal anses for saklig. Det skal derfor svært mye til for at en utsettelse av tiltredelsestidspunkt på grunn av foreldrepermisjon skal fremstå som saklig. Spørsmålet om utsettelse av tiltredelsestidspunkt på grunn av foreldrepermisjon er i strid med likestillingsloven, har tidligere vært behandlet av Klagenemnda for likestilling i sak 2002-8. I denne saken kom nemnda til at en slik utsettelse var i strid med likestillingsloven. Sak 2002-8 har mange likhetstrekk med As tilfelle.

Ifølge forarbeidene innebærer vurderingen av om det er adgang til å gjøre unntak fra forbudet mot indirekte forskjellsbehandling en interesseavveining. I Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 112 står det:

”Kravet om saklighet betyr først og fremst at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv som likebehandling vil innebære.”

A har i brev av 11. februar 2008 beskrevet de ulempene utsatt tiltredelsestidspunkt hadde for henne. Hun har vist til at det medfører økonomiske ulemper ved at hun ikke fikk lønnstillegget hun mottok 1. mai 2007 for hele stillingen. Utsatt tiltredelse innebar at hun bare fikk nyte godt av dette tillegget for 60 prosent av stillingen. Hvis A hadde fått 100 prosent stilling fra 1. august 2008, ville hun altså fått en høyere sum enn hun fikk gjennom kommunen og NAV. I følge As beregninger utgjør differansen kr 16 012,03. I tillegg tapte hun penger på at hun ikke får opptjent feriepenger under hele foreldrepermisjonen. A har regnet ut at dette tapet utgjør 9 157,44. Ifølge A, er hennes totale tap på 25 169,47.

Utover de økonomiske ulempene, medfører avbruddet at hun bare får opptjent ansiennitet for 60 prosent i de månedene hun er i foreldrepermisjon.

Kommunen har ikke påberopt at det ville medføre ulemper å sette tiltredelsestidspunkt til 1. august 2007. Til tross for at ombudet i brev av 5. november 2007 etterspurte en redegjørelse for kommunens økonomiske konsekvenser, har ikke kommunen gitt en slik redegjørelse. Ombudet vil bemerke at folketrygden dekker opp til seks ganger folketrygdens grunnbeløp (per 21. juli 2008 utgjør dette kr. 421 536). Det betyr at arbeidsgivere som har avtale om full lønn, bare vil betale lønn utover det

folketrygden dekker. As inntekt er lavere enn seks ganger folketrygdens grunnbeløp. X kommune vil dermed ikke ha kostnader i forbindelse med As foreldrepermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsombudet konstaterer på denne bakgrunn at As interesser i å tiltre stillingen 1. august 2007 er større enn kommunens interesser i å utsette tiltredelsestidspunktet.

Videre taler likestillingshensyn for at A skal få tiltre stillingen fra den dagen hun kunne ha tiltrådt stillingen om det ikke var for foreldrepermisjonen. En praksis som innebærer at man ikke får tiltre en stilling før endt foreldrepermisjon, vil ramme kvinner særlig. Spesielt hardt vil en slik praksis ramme i virksomheter hvor det er vanlig med kortvarige vikariater. En slik praksis innebærer, foruten eventuelle økonomiske konsekvenser, at kvinner som føder barn mister ansiennitet og tilknytning til arbeidslivet. Klagenemnda for likestilling uttalte følgende i sak 2002/8:

”konsekvensen av sykehusets praksis, en formelt kjønnsnøytral praksis om at vikariater ikke begynner å løpe før permisjoner er avsluttet, får i realiteten en kjønnskjev effekt som rammer kvinner som en direkte følge av utnyttelse av deres lovlige rett til fri begrunnet med fødselspermisjon. Normalt ville en søker som ble innstilt til stillingen fått vikariatet med tiltredelse snarest etter avtale. A fikk tiltredelsestidspunktet fordi hun var i foreldrepermisjon.”

Likestillings- og diskrimineringsombudet har på denne bakgrunn kommet frem til at X ikke hadde lovlig adgang til å indirekte forskjellsbehandle A, jf likestillingsloven § 3 fjerde ledd.

Konklusjon

X kommune handlet i strid med likestillingsloven § 3 da A ikke fikk tiltre den utvidede stillingen fra 1. august 2007.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
likestillings- og diskrimineringsombud

Med vennlig hilsen

Anne Jorun Ballangrud
Førstekonsulent