

Ombudets uttalelse

A er ansatt ved fabrikken X. X har en bonusordning som består av to komponenter. Den første komponenten er et ”beregningsgrunnlag”, som baserer seg på resultater oppnådd av bedriften i det aktuelle året. Resultatene er knyttet til fem kriterier/ poster. Den andre komponenten er tilstedeværelse, dvs at beløpet justeres opp eller ned for hver enkelt medarbeider, avhengig av hvor mye han/hun har vært til stede på arbeidsplassen gjennom året. Beregningen skjer etter en skala slik at man kan få utbetalt opp til 125 % av beregningsgrunnlagsbeløpet dersom man har hatt en tilstedeværelse på 100- 99 %. Man får 100 % utbetalt dersom man har hatt en tilstedeværelse på 98,9- 96,4. Bonusen blir videre gradvis nedjustert, basert på tilstedeværelsesprosenten: En tilstedeværelse på 93- 96,3 % fører til en utbetaling av en 90 % bonus, osv. Det trekkes fravær i hele arbeidsdager. Det trekkes ikke fravær for feriedager eller ved bruk av 10 dager foreldrepermisjon i forbindelse med fødsel/15 dager svangerskapspermisjon før fødsel.

I løpet av sommeren 2010 gikk A ut i foreldrepermisjon og tok seks av de ti uker som er forbeholdt fedre, den såkalte fedrekvoten. Arbeidsgiver beregnet da 87 % tilstedeværelse. Beregningsgrunnlaget for året 2010 var kr 10 000. A, som ellers hadde opptjent 10 000, fikk en bonus på kr 8000,-. Beløpet tilsvarer en tilstedeværelse på 80- 92,9 % etter gjeldende skala. Bonusbeløpet ble nedjustert utelukkende på grunn av at han hadde tatt ut seks uker av den såkalte pappapermisjonen (fedrekvoten), da han ellers hadde vært fraværende kun én dag i året. Dersom han ikke hadde tatt ut pappapermisjon, hadde han altså fått en bonus på kr 12 500,-.

Partenes syn på saken

A hevder at han er blitt utsatt for direkte forskjellsbehandling, i og med at bonusen ble redusert utelukkende på grunn av han utnyttet permisjonsrettigheter som er forbeholdt far og lovbestemt. Han viser til at han ikke har hatt noe annet fravær utover de seks ukene han tok ut fra fedrekvoten, og at han gjennom året har arbeidet mye overtid uten at arbeidsgiver har betalt overtid eller gitt ham mulighet til å avspasere. Han peker på at flestparten av de ansatte i bedriften får overtidsbetaling.

X viser til at bonusordningen gjelder alle ansatte ved fabrikk. Flere kvinnelige og mannlige ansatte har fått utbetalt bonus etter samme praksis. Ordningen har vært praktisert i minimum fire år. Den er blitt godkjent ved at kriteriene for den avtales hvert år med fagforeningene. Ved en fabrikk er det vesentlig å være til stede på arbeidsplassen. Det er vanskelig å arbeide med de oppsatte målene under fravær, i motsetning til ellers individuelle mål ved andre bedrifter, hvor det tilrettelegges for at den enkelte skal kunne jobbe med disse målene uavhengig av arbeidstid. X har felles mål for hele fabrikk, og hver enkelt ansatt bidrar forholdsvis til resultatene avhengig av hvor mye han/hun har vært til stede på arbeidsplassen. All type fravær regnes derfor som fravær, unntatt noen korte velferdspermisjoner beskrevet i personalhåndboken, samt 10 dager pappapermisjon i forbindelse med fødsel eller 15 dager svangerskapspermisjon før fødsel. Det foreligger ingen prinsipiell forskjell mellom foreldrepermisjonsfravær og for eksempel sykefravær eller studiepermisjon. Det ble beregnet 87 % tilstedeværelse i As tilfelle som følge av at han tok ut 30 dager foreldrepermisjon og en dag i annet fravær.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

Likestillingsloven

Likestillingsloven § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, eller setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr 2. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er svært begrenset. Vernet mot diskriminering på grunn av graviditet eller fødsel i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.

I særlige tilfeller kan direkte forskjellsbehandling etter den ulovfestede unntaksregelen være tillatt dersom den er saklig begrunnet og fremstår som akseptabel, og handlingen er nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. I uforholdsmessighetsvurderingen veies hensynet til arbeidstakeren og hensynet til arbeidsgiver mot hverandre, det vil si at det foretas en interesseavveining.

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. likestillingsloven § 16.

En påstand om diskriminering er ikke nok til at ombudet kan konkludere med at det er "grunn til å tro" at diskriminering er skjedd. Påstanden må støttes av andre opplysninger eller sakens omstendigheter for øvrig.

Ombudets praksis i bonussaker

Ombudet har i sin praksis skilt mellom resultatbaserte og generelle bonuser.

Generell bonus som gis *uavhengig* av firmaets resultater, f.eks. jubileumsbonus eller andre utbetalinger for å feire en begivenhet, skal utbetales til alle ansatte, uavhengig av om man er i foreldrepermisjon eller ikke.

Generell bonus som gis *på bakgrunn av* firmaets resultater og opptjening, men uavhengig av arbeidstakers individuelle prestasjoner, skal gis til en arbeidstaker i foreldrepermisjon på bakgrunn av den perioden hun eller han faktisk har arbeidet. Er vurderingsperioden tolv måneder, og arbeidstakeren har vært til stede i for eksempel åtte måneder, har arbeidstakeren krav på bonus for disse åtte månedene (8/12 bonus).

Med *resultatbasert bonus* menes bonus som er basert på prestasjonene til den enkelte arbeidstaker. Etter slike bonusordninger har arbeidsgiver adgang til å betale ut bonus bare for den tiden den ansatte har arbeidet. Har en ansatt vært fraværende på grunn av foreldrepermisjon i hele perioden som bonusen vurderes ut fra, vil den ansatte ikke ha krav på å få utbetalt slik bonus for denne perioden.

Uansett må personer i foreldrepermisjon ikke behandles dårligere enn personer som er fraværende av andre grunner. Utbetaler arbeidsgiver generell bonus basert på firmaets resultater til personer som er fraværende på grunn av sykdom, skal det også betales ut bonus til den som er fraværende på grunn av foreldrepermisjon.

Ombudets vurdering

Saken reiser et spørsmål om direkte diskriminering da den handler om uttak av den såkalte fedrekvoten, som er forbeholdt far etter folketrygdloven.

Ombudet legger etter partenes redegjørelse til grunn at X i bonusberegningen behandler alt fravær på grunn av foreldrepermisjon likt, uansett om det gjelder mor eller far. Videre legger ombudet til grunn at slik fravær, unntatt noen klart definerte tilfeller, behandles likt med annet fravær som for eksempel sykdom eller studiepermisjon.

Det er uomstridt at As uttak av fedrekvoten var den eneste grunnen til at bonusen ble nedjustert. A hadde fått kr 12500,- i bonus i stedet for kr 8000,- dersom han ikke hadde tatt seks uker av fedrekvoten. Det er derfor på det rene at A ble utsatt for direkte forskjellsbehandling, ved at han befant seg i en dårligere stilling enn han ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt far, jf likestillingsloven § 3 annet ledd, annet punktum.

I og med at forskjellsbehandling på grunn av uttak av fedrekvoten regnes som direkte forskjellsbehandling, nyter den et sterkt vern. Det eksisterer et ulovfestet unntak for saklig forskjellsbehandling på grunn av kjønn, det vil si for direkte diskriminering. Det er uklart hvor langt denne ulovfestede regelen rekker, men det er uansett tale om en meget snever unntaksregel.

Det følger av praksis at det avgjørende for om den ulovfestede unntaksregelen kan komme til anvendelse vil være hvorvidt forskjellsbehandlingen kan sies å ha en saklig begrunnelse. Det må foretas en interesseavveining, og det middel som blir valgt må være egnet og nødvendig for å fremme formålet. Ombudet viser til Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 2/2010, samt til den tidligere Klagenemnda for likestillings sak 2003/9.

Ombudet må derfor først vurdere om bonuskriteriet knyttet til tilstedeværelse er saklig begrunnet.

Det kan utledes visse retningslinjer etter ombudets tidligere praksis om foreldrepermisjon og bonusordninger, men hvorvidt det i en enkelt sak anses som saklig at ansatte går glipp av /det trekkes en del av en bonus som ellers ville blitt betalt i sin helhet, beror på en konkret vurdering i hver sak.

X opplyser at formålet med bonusordningen er å belønne alle ansatte når de oppsatte målene er blitt oppnådd, samt at hver enkelt belønnes mer eller mindre i forhold til hvor mye han/hun faktisk har bidratt til dette. Dette begrunner X med at det er de ansatte som er mest på arbeidsplassen som faktisk "drar lasset" i det arbeidet som gjøres for at disse målene blir oppnådd. Etter ombudets mening må dette anses for å være et saklig formål når det gjelder en fabrikk. For øvrig har formålet ingen kjønnsdimensjon.

Spørsmålet blir derfor om det middelet som er valgt - det å justere den resultatbaserte bonusen i forhold til hvor mye den enkelte medarbeider, gjennom sin tilstedeværelse, har bidratt til å oppnå de generelle målene - er egnet og nødvendig. Ombudet legger vekt på Xs forklaring at det ved en fabrikk er vesentlig for produksjonen at arbeidstakerne er til stede på arbeidsplassen, og at det er vanskelig å kunne utføre arbeid etter de oppsatte målene dersom man er fraværende. Videre medfører kollegers fravær en ekstra belastning for de ansatte som er til stede. Slik ombudet forstår det, er fabrikken altså avhengig av at så mange som mulig av de ansatte er på arbeidsplassen *samtidig*, for at resultatene blir oppnådd. Bonusordningen fungerer derfor både som en generell bonus som gis på bakgrunn av bedriftens resultater, uavhengig av de individuelle arbeidstakernes prestasjoner, og som individuell prestasjonsbasert bonus fordi hver enkelte medarbeiders tilstedeværelse har hatt en direkte virkning på resultatene. Ombudet anser ordningen som både saklig, egnet og nødvendig. Bonusordningen er en kombinasjon av to typer bonus, generell bonus og prestasjonsbasert bonus. Etter ombudets praksis skal generell bonus gis til en arbeidstaker i foreldrepermisjon kun for den tiden han/ hun har vært til stede, mens prestasjonsbasert bonus skal betales ut kun for den tiden man har arbeidet.

Spørsmålet er derfor om den er "uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet". I oppstillingen av dagens rettstilstand i NOU 2009:14 *Et helhetlig diskrimineringsvern*, s. 192, skriver utvalget følgende:

"Adgangen til å forskjellsbehandle er betinget av en avveining mellom formålet med forskjellsbehandlingen, og konsekvensene av det middel som er valgt for å nå formålet. Det skal foretas en avveining mellom individets interesser og behov for diskrimineringsvern på den ene siden, og de behov som påberopes for å kunne forskjellsbehandle. Kravet om forholdsmessighet er imidlertid også noe mer enn en slik mål/middel-avveining. Kravet viser også til en totalvurdering av motstridende interesser, hensyn og behov, hvor særlig behovene for menneskerettslig beskyttelse for enkeltindividet blir vurdert opp mot behovet for å forskjellsbehandle."

Ombudet mener at Xs behov for mest mulig tilstedeværelse fra sine ansatte på arbeidssted her må gå foran hensynet til A, siden faktisk arbeidsinnsats er avgjørende for en produksjonsbedrifts resultater, som igjen er utgangspunktet for bonusberegningen i denne saken. Ombudet legger til grunn at A har mottatt foreldrepenger i permisjonsperioden, og at forskjellen mellom redusert og full bonus for hans del relativt sett ikke utgjør et veldig stort beløp. Ombudet legger dessuten vekt på at arbeidsgiver ikke har lønnsplikt for arbeidstakere i foreldrepermisjon, med mindre dette følger av arbeidsavtalen eller generell praksis hos arbeidsgiver. Videre viser ombudet til at bonusordningen hos X er avtalt med fagforeningene.

Etter en samlet vurdering er ombudet kommet til at bonusordningen hos X ikke er i strid med likestillingsloven.

Når det gjelder As anførsel om at han i 2010 hadde arbeidet mye overtid, som han verken skal ha fått overbetaling eller avspaseringstid for, så er dette et arbeidsrettslig spørsmål som ligger utenfor regelverket ombudet håndhever.

Konklusjon

Bonusordningen hos X, slik den er praktisert i denne saken, er ikke i strid med likestillingsloven § 3.

Oslo, 7. 10. 2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud

