

NOTAT



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Til:

Fra:
Dan Frøskeland

Vår ref.
11/210-24 /SF-411, SF-414, SF-
513.4, SF-821, SF-902, SF-801 /

Dato:
21.09.2011

Bonusordning ikke diskriminerende for kvinne i foreldrepermisjon

En kvinne anførte at hennes arbeidsgiver handlet i strid med likestillingsloven, da hun ikke ble tildelt bonus på lik linje med andre ansatte grunnet uttak av foreldrepermisjon.

Kvinnens arbeidsplass ville bli lagt ned i slutten av januar 2012. I den forbindelse ble det laget en bonusavtale. Alle som var på jobb fra januar 2011 og ut året får et tillegg/en bonus pr. arbeidet time, beregnet ut fra et totalbeløp for året. Bonusen per time økte frem mot årets slutt, og ble gitt til alle som er på jobb frem til bedriften legges ned. Klageren fikk ikke tillegg/bonus for den perioden hun var i foreldrepermisjon.

Ombudet fant at klageren ble behandlet dårligere enn andre ansatte siden hun ikke fikk utbetalt bonus, men at dette var saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende overfor henne.

Saksnr.: 11/210
Lovanvendelse: likestillingsloven § 3
Dato: 07.09.2011

OMBUDETS UTTAELSE

Sakens bakgrunn

A fødte et barn i august 2010. Rett før jul 2010 fikk hun beskjed om at hennes arbeidsplass, B AS, ville bli nedlagt fra januar 2012. I den forbindelse ble det laget en

bonusavtale. Alle som er på jobb fra januar 2011 og ut året får et tillegg/en bonus pr. arbeidet time, beregnet ut fra et totalbeløp for året. Bonusen per time øker frem mot årets slutt, og gis til alle som er på jobb frem til bedriften legges ned. A får ikke tillegg/bonus for den perioden hun er i foreldrepermisjon.

Ansatte som blir sykemeldt eller er borte fra arbeidet av andre årsaker får ikke tillegg/bonus for de timene/den tiden de er borte fra arbeidet.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at hun, siden bonusen blir utbetalt til alle som er på jobb i perioden frem til januar 2012, blir diskriminert fordi hun får avkortning av bonusen i den perioden hun er hjemme i fødselspermisjon. Bonusen er en fast sum, som blir utbetalt uavhengig av hvor mye den enkelte arbeidstaker produserer. Bonusen blir utbetalt til personer som er sykmeldt, men de får ikke med seg økningen for den perioden de er sykmeldt. Selv om personer som har ulønnet permisjon ikke får bonus, er det en vesensforskjell på dette og foreldrepermisjon, da hun ikke kan sette sin foreldrepermisjon "på vent". Det er også en forskjell på å ikke få bonus noen få timer eller dager, og i nesten seks måneder.

B AS:

B AS viser i sin redegjørelse til at bonusen er fremforhandlet med de tillitsvalgte, og knyttet opp mot arbeidete timer, slik at leveringssikkerheten opprettholdes i perioden. Dette medfører at personer i foreldrepermisjon, på samme måte som personer med ulønnet permisjon eller lovbestemt ferie, ikke har krav på bonus for den perioden som de ikke er på jobb. Ved fravær som skyldes egenmelding, barns sykdom eller sykemelding, "følges Folketrygdlovens bestemmelser." Dette medfører at de får bonus i arbeidsgiverperioden, det vil si de første 16 dagene, basert på forrige månedslønn. Bakgrunnen for dette er at bedriften etter Folketrygdlovens bestemmelser må legge gjennomsnittsinntekten de siste fire ukene før sykmeldingstidspunktet til grunn for beregning av sykepengene i arbeidsgiverperioden. Disse personene får derimot ikke bonus for fraværstimene i den måneden da sykdommen finner sted.

Ordningen er derfor ikke diskriminerende. En eventuell forskjellsbehandling må uansett anses for å ha et saklig formål, uavhengig av kjønn. Ordningen er egnet ut fra formålet, og meget nødvendig for at bedriften skal kunne opprettholde best mulig leveringssikkerhet frem til produksjonen opphører. A vil også komme inn under bonusordningen når hun gjenopptar arbeidet.

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 graviditetsdiskriminering i arbeidslivet er tilnærmet absolutt.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Dersom 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 åtte av disse tolv, 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. Ved 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

A fødte sitt barn i august 2010. Den lovbestemte permisjonstiden på ni uker (de siste tre ukene før, og de første seks ukene etter, fødselen) er således over. Saken reiser derfor spørsmål om indirekte diskriminering grunnet uttak av andre deler av foreldrepermisjonen, det vil si ved at en nøytral regel om bonusutbetalinger faktisk stiller A dårligere enn de andre ansatte grunnet hennes permisjon.

Det første spørsmålet blir derfor om A blir behandlet dårligere enn andre ansatte siden hun ikke får bonus utbetalt. Etter ombudets oppfatning vil dette være tilfelle. Hvis hun ikke hadde gått ut i foreldrepermisjon, ville hun fått den bonusen. Hun blir derfor behandlet dårligere enn andre arbeidstakere.

Bakgrunnen for at dette skal anses som indirekte diskriminering, er at handlingen "faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet". Ombudet viser til at restriksjoner på tildeling av bonus grunnet uttak av foreldrepermisjon i utgangspunktet vil kunne omfattes av dette kriteriet, da det fortsatt først og fremst er kvinner som tar ut mesteparten av foreldrepermisjonen. Dette medfører at kvinner vil bli hardest rammet av slike restriksjoner.

Indirekte forskjellsbehandling er i særlige tilfeller likevel tillatt.

Forskjellsbehandlingen må da ha et saklig formål uavhengig av kjønn, og det middelet som er valgt må være egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet.

Ombudet legger etter partenes redegjørelser til grunn at B behandler fravær på grunn av foreldrepermisjon behandles likt med annet fravær, som for eksempel sykdom og ulønnet permisjon. Dette er likevel ikke i seg selv tilstrekkelig for å anse forskjellsbehandlingen som saklig. Graviditetsrelatert fravær og uttak av foreldrepermisjon har et særskilt vern i likestillingsloven.

Det kan utledes visse retningslinjer etter ombudets tidligere praksis om foreldrepermisjon og bonusordninger, som gjengitt over, men hvorvidt det i en enkelt sak skal anses som saklig at ansatte i foreldrepermisjon ikke får bonus, beror på en konkret vurdering.

Formålet med bonusordningen er å opprettholde produksjonen og leveringssikkerheten frem til bedriften legges ned i januar 2012. Dette må anses for å være et saklig formål. Formålet har ingen kjønnsdimensjon.

Spørsmålet blir derfor om det middelet som er valgt - det å kreve tilstedeværelse for opptjening av bonus - er egnet og nødvendig for å nå dette målet. Ifølge Bs tilleggsinformasjon av 8. juni 2011 er bakgrunnen for tiltaket at det er viktig at "flest mulig av de ansatte står tiden ut" og at det "vil være vanskelig å holde leveringssikkerhet hvis mange slutter før tiden". B opplyser videre at det er av "avgjørende betydning for best mulig leveringssikkerhet at bedriften kan produsere mest mulig og best mulig frem til produksjonen stanses". Ut fra dette er det ombudets mening mest naturlig å se bonusen som en generell bonus som er avhengig av firmaets resultater, men uavhengig av de ansattes enkeltinnsats. "Resultatet" er her ikke profitt, men at B kan opprettholde en god leveringssikkerhet inntil slutten av januar 2012. Det viktigste er altså ikke hvor mye den enkelte arbeidstaker arbeider, men at han eller hun *faktisk* arbeider og på den måten er en del av "maskineriet som får hjulene til å gå rundt". Ombudet ser derfor bonusen som en slik bonus som etter ombudets praksis skal gis til en arbeidstaker i foreldrepermisjon på bakgrunn av den perioden hun eller han faktisk har arbeidet. B har opplyst at A går inn igjen i bonusordningen når hun gjenopptar arbeidet.

Ordnningen er derfor både saklig, egnet og nødvendig. Spørsmålet blir 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 Bs behov for å sikre leveringssikkerheten her må gå foran. A bidrar ikke til å sikre leveringssikkerheten i den perioden hun er i permisjon. Det er

viktig både for B og de andre ansatte at bedriften består frem til februar 2012. A hadde heller ikke noen forventning om å få bonusen da hun gikk ut i foreldrepermisjon.

Ombudet mener resultatet støttes av at en motsatt løsning medfører at A vil motta både lønn (i form av bonus) og foreldrepenger i permisjonsperioden, til tross for at hun er i 100 % permisjon og får 100 % foreldrepenger, jf. As formulering i e-poster av 27. januar og 23. februar 2011 om at "jeg får lønna mi fra NAV". En slik løsning kan vanskelig forenes med folketrygdlovens regler, jf. § 14-9 tredje ledd og § 14-16.

Bonusordningen er derfor etter ombudets mening ikke i strid med likestillingsloven.

Konklusjonen forutsetter at A, som opplyst av B, får bonus for den delen av året som hun faktisk er til stede.

Etter ombudets mening vil det være mest naturlig at A får samme bonus som de andre ansatte i de månedene hun arbeider, og at hun ikke må starte fra laveste bonusutbetaling. Bakgrunnen for dette er at det, som nevnt av B, er viktigst å opprettholde leveringssikkerheten i de siste månedene, jf. formuleringen om at bedriften er "avhengig av at flest mulig står tiden ut".

Konklusjon

B AS har ikke brutt forbudet mot indirekte diskriminering etter likestillingsloven § 3.

Oslo, 07.09.2011

Sunniva Ørstavik, likestillings- og diskrimineringsombud.