



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.
06/786-30-AAS

Deres ref.

Dato:
16.10.2008

Anonymisert versjon av uttalelse i sak - spørsmål om diskriminering ved lønnsjustering på grunn av foreldrepermisjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til henvendelse fra A den 3. april 2007.

A ba ombudet å vurdere om Arbeidsgiver X (heretter X) lønnsjusteringssystem er i strid med likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn. Årsaken til dette er i følge A at X ikke justerte hennes lønn mens hun var i foreldrepermisjon, og heller ikke etter tilbakekomst fra permisjonen.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har vurdert klagen. Ombudet konkluderer med at lønnsjusteringssystemet, "pay for performance" i seg selv ikke er i strid med likestillingsloven § 3, men konkluderer med at Arbeidsgiver X handlet i strid med likestillingsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 a da de ikke gjorde noen aktive vurderinger av om hennes lønn burde harmoniseres med de andre ansatte da hun kom tilbake fra foreldrepermisjon.

A sluttet i sin stilling hos X før hun klaget til ombudet. Likestillings- og diskrimineringsombudet har anledning til å henlegge saker, hvis det kan stilles spørsmål om klager fortsatt har rettslig interesse i en uttalelse fra ombudet. Det at arbeidsforholdet er avsluttet frivillig, kan være en grunn til å henlegge saken. Likestillings- og diskrimineringsombudet har likevel valgt å behandle saken, da saken reiser viktige prinsipielle spørsmål om omfanget av arbeidsgivers aktivitetsplikt etter likestillingsloven.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda innen tre uker fra det tidspunkt partene mottar ombudets brev, se vedlagte orientering.

Begrunnelse for ombudets uttalelse

Saken reiser spørsmål om en arbeidsgiver har plikt til å vurdere lønnen til arbeidstakere som er i foreldrepermisjon og/eller ved tilbakekomst fra foreldrepermisjon. Likestillings- og diskrimineringsombudet bygger på partenes skriftlige redegjørelse i sin fremstilling av sakens bakgrunn.

A var ansatt i X fra 1. august 2004 og frem til 31. desember 2006. Før hun begynte i den norske avdelingen av X, arbeidet A i flere år i den svenske delen av konsernet. I forbindelse med overgangen fra Xs svenske avdeling, ble det foretatt en vurdering av As lønn. Dette ble gjort for å tilpasse As lønn til konkurransedyktige betingelser etter norske forhold. Lønnsjusteringen ble foretatt 1. august 2004 (4 måneder før A gikk ut i foreldrepermisjon). A fikk deretter lønnsforhøyelse 7 måneder etter at hun kom tilbake fra foreldrepermisjonen, 1. september 2006.

X har i likhet med resten av konsernet en lønnspolitikk som betegnes som ”pay for performance”. Lønnsystemet bygger på at de ansatte får fastsatt lønnen sin på grunnlag av individuelle, forretningsmessige prestasjoner. Dette betyr at den ansattes innsats og tilstedeværelse er avgjørende. Ingen form for fravær regnes med i perioden for lønnsvurdering. X har ingen form for generelle lønnsjusteringer som tilfaller alle de ansatte. De ansattes lønn vurderes ikke på et bestemt tidspunkt hvert år, eller med bestemte intervaller.

As lønn ble ikke justert mens hun var i foreldrepermisjon, eller umiddelbart etter at hun kom tilbake fra permisjonen. A hadde ikke muligheten til å dokumentere hvordan hun presterte før etter en viss periode etter tilbakekomst fra permisjon. A mener at hun i realiteten ikke har fått noen reell lønnsøkning etter at hun kom tilbake fra foreldrepermisjon, fordi lønnsjusteringen 1. september 2006 er blitt ”spist opp” av inflasjonen i samme periode. A mener at hun har blitt dårligere stilt enn de som ikke har vært i foreldrepermisjon. Hun gjør gjeldende at Xs lønnsystem fører til at kvinner kommer dårligere ut enn menn, fordi kvinner tar ut mest foreldrepermisjon.

A mener saken er prinsipielt viktig for kvinner. Kvinner som er i foreldrepermisjon har vanskeligheter med å ta igjen det de lønnsmessig taper under foreldrepermisjon etter at de har kommet tilbake i arbeid. A fratradte sin stilling hos X den 31. desember 2006.

Advokatfirmaet Y har representert X i saken. X hevder at A har blitt behandlet i samsvar med gjeldende lovgivning, og at hun ikke har blitt ulovlig forskjellsbehandlet.

X anfører at A ikke har holdepunkter for å påstå at hun ikke ville ta igjen det ”angivelige lønnsgapet”, som hun hevder har oppstått som følge av at hun var ute i

foreldrepermisjon. ”Gjennom jevnlig lønnsvurderinger sørger [X] konsernet for at de ansatte til enhver tid mottar konkurransedyktig lønn, i forhold til sin innsats, på lik linje med øvrige ansatte.” De gir videre uttrykk for at lønnsjusteringssystemet ”pay for performance” fører til at det kan gå fra 6 – 24 måneder før en ansatt får justert lønnen. Noen ganger kan det også gå lengre tid enn dette.

Advokatfirmaet Y har også fremhevet at det ved As fratreden var 8 ansatte med sammenlignbare stillinger som A hos X. As lønn var fullt på høyde med de ansatte som det var naturlig å sammenligne henne med. Det er vist til at A hadde den tredje høyeste lønnen, og lå godt over gjennomsnittet.

For øvrig opplyser X at A var i foreldrepermisjon 3 ganger i løpet av ansettelsesforholdet. A mottok full lønn fra X under permisjonen, dvs. at de dekket differansen mellom 6 G og As lønn.

X anfører at fastsettelsen av As lønn var basert på hennes arbeidsutførelse etter at hun kom tilbake fra foreldrepermisjon. I den forbindelse ble det lagt vekt på at hennes resultater ikke var tilfredsstillende. Partene har vært uenige om As arbeidsutførelse, og i hvilken grad dette har påvirket As lønnsfastsettelse. X har anført at de har mottatt klager fra kunder på A, og i den forbindelse hatt flere samtaler med A. X vil ikke dokumentere klagen overfor ombudet, og uttrykker i den forbindelse at ”av hensyn til [Xs] forhold til kunden, kan kundene ikke navngis”. X har heller ikke på annen måte dokumentert at de har tatt opp med A at det var mottatt klager på henne, at de ikke anså hennes arbeidsinnsats som tilfredsstillende, eller at dette ville få betydning for justeringen av lønnen hennes.

A kjenner seg ikke igjen i denne beskrivelsen, og gir uttrykk for at X aldri har kommunisert til henne at de hadde mottatt kundeklager.

Likestillings- og diskrimineringsombudet ba i brev av 7. mai 2008 om ytterligere opplysninger i saken. Årsaken til dette var at partene var uenige om den faktiske lønnsutviklingen til A. Det var i tillegg uenighet om i hvilken grad A var stilt dårligere lønnsmessig enn de andre ansatte ved X. X framla i brev av 3. juni 2008 statistikk for lønnsutviklingen til 7 personer de mente hadde tilsvarende stilling som A.

Ansatt	Ikrafttredelse for den nye lønnen	Tidspunkt for ny vurdering av lønn	Lønn	Lønnsøkning i prosent (%)
A	01.07.2007	31.03.2008	627 396,-	6,1 %
A	01.05.2006	30.06.2007	591 396,-	6,5 %
A	01.03.2005	30.04.2006	555 396,-	6,3 %
A	01.08.2004	28.02.2005	522 396,-	
B	01.03.2007	31.10.2007	600 600,-	10,5 %
B	01.03.2006	28.02.2007	543 600,-	11,7 %
B	01.08.2005	28.02.2006	486 600,-	13,4 %
B	01.02.2005	31.07.2005	429 263,-	12,1 %
B	01.08.2004	31.01.2005	383 036,-	
C	01.10.2006	30.09.2007	719 885,-	3,6 %

C	01.03.2006	30.09.2006	694 884,-	1,3 %
C	01.03.2005	28.02.2006	685 885,-	1,3 %
C	01.08.2004	28.02.2005	676 885,-	
D	01.09.2005	31.12.(ukjent)	442 784,-	7,3 %
D	01.02.2005	31.08.2005	412 784,-	7,8 %
D	01.08.2004	31.01.2005	382 784,-	
E	01.12.2006	30.11.2007	697 961,-	6,1 %
E	01.12.2005	30.11.2006	657 961,-	8,2 %
E	01.02.2005	30.11.2005	607 961,-	15,2 %
E	01.08.2004	31.01.2005	527 961,-	
F	01.09.2006	31.12.(ukjent)	552 239,-	6,8 %
F	01.03.2006	31.08.2006	517 293,-	8,5 %
F	01.03.2005	28.02.2006	476 841,-	7,5 %
F	01.08.2004	28.02.2005	443 682,-	
A	01.09.2006		562 035,-	5,0 %
A (kvinnen som henvendte seg til ombudet)	01.08.2004	31.08.2006	527 784,-	

Likestillingsloven

Likestillingsloven skal fremme likestilling mellom kjønnene, og tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling, jf. likestillingsloven § 1.

I likestillingsloven § 3, lovens generalklausul, er det bestemt at *”direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt”*. Denne saken reiser spørsmål om indirekte diskriminering. *”Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”*, jf. likestillingsloven § 3 tredje ledd.

Likestillingsloven har også en regel om aktivitetsplikt i § 1 a. Etter denne bestemmelsen skal alle virksomheter arbeide *”aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene innenfor sin virksomhet”*.

I likestillingsloven § 16 fremgår det at hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.

Likestillings- og diskrimineringsombudets vurdering

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

Likestillings- og diskrimineringsombudet skal ta stilling til om As lønnsutvikling etter tilbakekomst fra foreldrepermisjon innebærer indirekte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3, tredje ledd.

Det fremgår av de fremlagte tallene at A har hatt en økning i sin lønn på 5 % fra 1. august 2004 og fram til ny justering 1. september 2006. Hennes lønn var da 562.035 kroner. I samme periode hadde kolleger det var naturlig å sammenlikne A med, i gjennomsnitt fått en lønnsøkning på 20 %, fra 6,3 % til 41,9 %. A har med andre ord kommet dårligere ut enn kolleger det er naturlig å sammenlikne henne med, når man ser perioden før, under og etter foreldrepermisjonen i sammenheng.

Ombudet mener derfor det er grunn til å tro at hennes lønnsutvikling har hatt sammenheng med at hun har vært fraværende i foreldrepermisjon. Det er derfor arbeidsgiver som har bevisbyrden for å sannsynliggjøre at det er andre grunner enn foreldrepermisjonen som har ført til at hun har fått en dårligere lønnsutvikling enn andre kolleger.

Arbeidsgiver anfører at A etter tilbakekomst gjorde en dårlig jobb, og at det var mottatt klager på henne. Dette har etter deres forklaring, vært utslagsgivende for fastsettelsen av As lønnsnivå i september 2006. X har ikke dokumentert verken at de har mottatt klager fra kunder, eller at de har tatt opp disse forholdene med A. Det er arbeidsgiver, som den profesjonelle part, som må bære tvilsrisikoen når det gjelder å dokumentere påstander om dårlig utførelse av arbeid fra en arbeidstaker. Når arbeidsgiver ikke kan dokumentere forholdene, finner heller ikke ombudet grunnlag for å legge vekt på påstandene.

X har ikke vist til andre forhold som kan forklare As lønnsutvikling. Ombudet legger derfor til grunn at det er hennes fravær under foreldrepermisjon som har ført til at hennes lønnsutvikling har vært dårligere enn de ansatte det er naturlig å sammenlikne henne med.

Det fremgår av likestillingsloven § 3, fjerde ledd at indirekte forskjellsbehandling allikevel kan være 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"*

Ombudet vil innledningsvis understreke at det gjelder et prinsipp om fri lønnsdannelse i norsk arbeidsliv. Arbeidsgivere har ingen plikt til å føre regelmessige lønnsforhandlinger med de ansatte, med mindre man er bundet av tariffavtaler. Det betyr at det ikke er ulovlig å praktisere et lønnsjusteringssystem som bygger på individuelle vurderinger, slik Xs "pay for performance" gjør. Et slikt lønnsjusteringssystem vil imidlertid fort kunne føre til at det oppstår urimelige lønnsforskjeller for blant andre arbeidstakere som har vært ute i foreldrepermisjon.

Dette vil særlig ramme kvinner, fordi de i større grad er fraværende i foreldrepermisjon.

Spørsmålet i denne sammenhengen er derfor om X lovlig kan vurdere samtlige ansatte etter de samme kriterier, uten å ta hensyn til at bestemte arbeidstakere har vært fraværende i foreldrepermisjon, og i denne perioden blitt hengende etter andre i lønnsutviklingen. En slik vurdering av de ansatte vil etter ombudets syn innebære en uforholdsmessig byrde for særlig kvinner som har vært ute i foreldrepermisjon.

Likelønnskommisjonen viser til at ”*både norsk og internasjonal forskning [viser] at det å få barn kan være noe av forklaringen på at kvinner har lavere lønn enn menn. Man antar at barns negative innvirkning på mors lønnsutvikling henger sammen med at mødre har en mye lengre fraværperiode i forbindelse med en fødsel enn fedre.*” (NOU 2008:6, pkt. 15.2.5).

Det følger av likestillingsloven § 1a at arbeidsgivere skal ”*arbeide aktivt, målrettet og planmessig for likestilling mellom kjønnene innenfor sin virksomhet*”. Vurdering av den enkeltes lønn er etter ombudets vurdering en sentral del av dette arbeidet, for blant annet å sikre at kvinner som har vært fraværende i foreldrepermisjon, ikke blir hengende etter lønnsmessig. Dersom arbeidsgiver ikke aktivt vurderer konkrete tiltak for å rette opp urimelige lønnsforskjeller etter tilbakekomst fra foreldrepermisjon, vil arbeidsgiver lett anses for å handle i strid med forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3.

Ombudet kan etter dette ikke se at X hadde noen saklig grunn til unnlate å ta hensyn til at A hadde vært ute i foreldrepermisjon da lønnen hennes ble justert i september 2006. Dette betyr ikke at X var forpliktet til å justere lønnen automatisk da A kom tilbake fra foreldrepermisjon. Det er klar praksis for at en arbeidsgiver ikke har plikt til å gi en ansatt lønnsøkning når vedkommende er borte fra arbeid. Dette gjelder også de som har foreldrepermisjon. Denne uttalelsen er ikke en endring av denne praksisen.

Det bedriften etter ombudets vurdering skulle ha gjort, var imidlertid å arbeide aktivt for å rette opp eventuelle skjevheter som måtte ha oppstått som følge av at A hadde vært ute i foreldrepermisjon. Når bedriften ikke har foretatt seg noe aktivt på dette punktet, men tvert i mot påpeker at de følger et lønnsystem som ikke tar høyde for en slik problemstilling, oppfyller X etter ombudets vurdering ikke aktivitetsplikten.

Ombudet vil legge til at en antar at den praksis som X følger, i store trekk er i tråd med den praksis som er vanlig både i offentlig og privat virksomhet. Vurderingen av aktivitetspliktes omfang i denne saken vil derfor måtte få betydning for de bedrifter i Norge som pr. i dag ikke arbeider aktivt med vurderingen av lønn til ansatte som har vært ute i foreldrepermisjon. Dette betyr at norske virksomheter heretter må arbeide aktivt for å utjevne lønnsforskjeller mellom kjønnene. Dette gjelder ikke bare i

forhold til den problemstillingen som omhandles i denne saken, men også i andre sammenhenger hvor kvinner har en dårligere lønnsutvikling enn menn.

Ombudet konkluderer etter ovenstående med at Arbeidsgiver X handlet i strid med likestillingsloven § 3 da de ikke gjorde noen aktive vurderinger av om hennes lønn burde harmoniseres med de andre ansatte da hun kom tilbake fra foreldrepermisjon.

* * *

Likestillingsloven § 17 fastslår at *”arbeidstaker som er blitt behandlet i strid med bestemmelsene i denne loven av arbeidsgiver [...], kan kreve erstatning og oppreisning uten hensyn til arbeidsgivers skyld”*.

Ombudet håndhever ikke lovens bestemmelser om erstatning. Dersom A ønsker å kreve erstatning, må hun reise søksmål for de alminnelige domstolene.

Ombudet vil allikevel oppfordre X til å komme fram til en minnelig ordning med A om et erstatningsbeløp. Ombudet ber om en tilbakemelding på om X vil følge ombudets oppfordring innen **20. november 2008**.

Med vennlig hilsen

Beate Gangås
likestillings- og diskrimineringsombud

Vedlegg: Orientering om adgangen til å bringe ombudets uttalelse inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Kopi: A

Saksbehandler: Åsulv Solstad