



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:
11/630- 22

Dato:
26.03.2012

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 7. juli 2011 fra A.

A mener seg forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven § 3 på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt far ved beregning av årsbonus.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet fram til at B handlet i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd, nr. 2 da A ikke fikk utbetalt bonus for oppnådd omsetning i 2010 grunnet fravær på grunn av foreldrepermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra partene har mottatt dette brevet, se vedlagte orientering.

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A var ansatt i B fram til 30. november 2011. B selger X og Y til Z. Bedriften har sin hovedsesong fra september og ut desember måned. Virksomheten har ni ansatte.

Bs bonusavtale har følgende ordlyd:

«Perioden beregnes fra 1. januar t.o.m. 31. desember hvert år. Bonus blir gitt ut i fra følgende kriterier: 50 % oppnådd salgsbudsjett. 25 % Oppnådd B Miniakademi kurs, 20 % Oppnådd kundebesøk og 5 % Oppgradering og utstilling. Alle fire kriteriene er avhengig av hverandre.»

A avvirket ferie fra 25. mai til og med 31. mai 2010. Fra 14. juni fram til og med 9. juli var A permittert.

I periodene 12. juli til 6. august og 25. oktober til 3. desember tok A foreldrepermisjon i til sammen 10 uker. Resten av kalenderåret avvirket A ferie.

I juni 2010 mottok virksomheten en bonuspakke til utdeling til de ansatte i juli måned for regnskapsåret 2009/2010. A var permittert på tidspunktet for utdelingen. A fikk utbetalt bonus på lik linje med de andre i selskapet.

As distrikt hadde for året 2010 et budsjett på 17 millioner kroner. Årsbonus for omsetning på kr. 30 000,- blir utbetalt i sin helhet hvis budsjettet er nådd. Hver selger har sitt budsjett og sin mulighet til å oppnå bonus, og er ikke avhengig av hverandre. Maksimal årsbonus for alle selgere er kr. 60 000,- per selger.

As omsetning for 2010 fratrukket omsetning for ukene han var i foreldrepermisjon var 15 624 795 kroner.

A ba i e-post av 7. juli 2011 ombudet vurdere hvorvidt B har forskjellsbehandlet ham på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt far ved beregning av årsbonus.

Partenes syn på saken

A:

A hevder seg forskjellsbehandlet i strid med likestillingsloven § 3 på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt far ved beregning av årsbonus.

Budsjettet for As distrikt var 17 millioner kroner. Den totale omsetningen var 19,1 millioner kroner. Omsetningen de ukene A ikke var i foreldrepermisjon var 15,6 millioner kroner. Årsbonusen er på 60 000 kroner.

A mener det er uriktig at omsetningen for de aktuelle ukene ikke godskrives A ettersom foreldrepermisjonen han tok var den lovpålagte permisjonen. Ingen andre overtok hans distrikt i denne perioden. A fikk heller ikke beskjed om at disse ukene ikke ville telle med da han satte opp budsjettet.

A stiller seg undrende til at B v/daglig leder trekker fram at han ble permittert 14. juni-9. juli på grunn av dårlig arbeidsinnsats. Dette temaet har aldri blitt tatt opp med A, som ble fortalt at det var en stille periode i markedet og at han derfor måtte permitteres. Det var ikke noe som var spesielt for As distrikt, men generelt for hele virksomheten grunnet pågående transportstreik.

A forhørte seg med daglig leder om hun hadde noen formening om når permisjonen burde tas ut. Som B skriver hadde hun ingen innsigelser på tidspunktet for permisjonen. A reagerer på at B i ettertid viser til at han tok ut permisjon i en ugunstig periode.

A har ansvar for sitt distrikt, og det at han skulle ha permisjon i ti uker medførte at han måtte legge ned en ekstra arbeidsinnsats de månedene han ikke var i permisjon. A hevder at hans arbeidsinnsats forut for permisjonen la grunnlaget for de ukene han var i permisjon da ingen overtok hans distrikt i denne perioden.

Når det gjelder utbetalingen av bonus i 2010 stilte A seg undrende til denne fordi det er underlig først å permittere en ansatt for deretter å utbetale bonus.

A reduserte ikke salgsmålet sitt for den perioden han skulle ut i permisjon ettersom han ønsket å jobbe hardere de andre månedene for å oppnå budsjettet. Dette ville også komme virksomheten til gode. Ved å opparbeide seg gode kundeforhold, bidra til å oppdatere utstillinger i butikkene, samt holde kurs for ansatte i sine kundegrupper mener A han har nedlagt en god arbeidsinnsats for

virksomheten og dermed gjort seg fortjent til bonus. At budsjettet nås skyldes gode kunderelasjoner som han har opparbeidet seg gjennom disse aktivitetene. Dersom daglig leder mener han ikke oppfyller disse kravene mener A at hun burde gjort han oppmerksom på dette og veiledet han i jobben. Gjennom kontakten de har hatt i årene han har vært ansatt har han forstått det slik at hun har vært tilfreds med arbeidet han har utført.

B:

B viser i sin redegjørelse til at virksomheten ikke la føringer for valg av tidspunkt for As foreldrepermisjon.

A var permittert på tidspunktet for utbetaling av bonus, men fikk utbetalt bonus på lik linje med de andre i selskapet. Denne bonusen stilte han seg svært undrende til.

Alle selgerne fikk nye firmabiler (ikke leaset) høsten 2010. A fikk også ny bil selv om han skulle ut i foreldrepermisjon. A og hans samboer deltok også på firmaets julebord til Kiel i desember.

Bonus er å anse som en belønning for god innsats. B har flere ganger unnlatt å utbetale bonus til andre selgere som ikke har nådd sine mål. Når det gjelder kundebesøk, kursing og arbeid med utstilling i butikk tilfredsstiller ikke As innsats kriteriene for bonus i 2010.

A vet etter å ha vært ansatt i over fem år i B at virksomheten sliter bemanningsmessig på høsten, og at hvis en selger er fraværende må de andre bistå vedkommendes kunder. B finner det derfor ikke naturlig at resultater oppnådd i denne perioden skal godskrives As omsetning. Omsetningen under de ukene A avvirket foreldrepermisjon ble derfor trukket fra total oppnådd omsetning. Omsetningen ble dermed ikke stor nok til å oppnå kr. 30 000,- i bonus.

B viser til at virksomheten har forhørt seg med andre bedrifter som opererer med bonusordninger som fører tilsvarende praksis. De aktuelle virksomhetene trekker fra omsetning i måneder hvor den ansatte har vært syk, permittert eller i fødsels-, barsels- eller pappapermisjon.

As salgsmål ble ikke redusert da A selv valgte tidspunkt for uttak av permisjonen. Dette var heller ikke tema mellom partene.

A ville fått utbetalt bonus hvis han hadde oppfylt kriteriene i den perioden han ikke hadde foreldrepermisjon.

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 § 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 andre ledd nr. 2.

Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte for kvinner og menn uten hensyn til kjønn, jf. likestillingsloven § 5 første ledd.

Med lønn menes det alminnelige arbeidsvederlag samt alle andre tillegg eller fordeler eller andre goder som ytes av arbeidsgiveren, jf. likestillingsloven § 5 fjerde ledd.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om B handlet i strid med likestillingsloven bestemmelser da A fikk fratrukket sitt fravær i foreldrepermisjon ved beregning av bonusutbetaling. Ombudet har ikke vurdert om A tilfredsstilte øvrige kriterier i bonusavtalen da denne vurderingen synes å knytte seg til As arbeidsutførelse i perioden han ikke tok ut foreldrepermisjon.

Resultatavhengig bonus, som i det foreliggende tilfelle, er å anse som en del av arbeidstakers lønn i henhold til likestillingsloven § 5 fjerde ledd. At bonus er omfattet av lovens lønnsbegrep følger av den tidligere Klagenemnda for likestillings (LKN) saker 2/1998 og 16/2004 og praksis fra EF-domstolen. I den aktuelle saken er det imidlertid tale om unnlattelse av å utbetale bonus som har påstått sammenheng med uttak av foreldrepermisjon. Det er derfor ikke

avgjørende om A utfører samme arbeid eller arbeid av lik verdi som kollegaene sine. Denne saken vurderes dermed etter generalklausulen i § 3.

Saken gjelder spørsmål om direkte forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2 da A mener seg forskjellsbehandlet på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter forbeholdt far (såkalt «fedrekvote», jf. folketrygdloven § 14-12).

Arbeidstaker som er i foreldrepermisjon har krav på bonus som er belønning for utført arbeid. I LKNs vedtak i sak 2/1998 uttalte nemnda at resultatorientert bonus knyttet til oppnådde resultater i utgangspunktet ikke er i strid med likestillingsloven, så langt vilkårene er de samme for kvinner og menn.

I dette tilfellet er det imidlertid spørsmål om arbeidsgiver kan trekke omsetning i perioden arbeidstaker var i foreldrepermisjon fra den totale omsetning, slik at arbeidstaker etter dette fratrukket ikke oppnår budsjett og dermed ikke får utbetalt bonus. Dersom omsetningen i ukene A tok ut permisjon ikke ble trukket fra, ville A oppnådd budsjett og fått utbetalt bonus. A ville også ha fått utbetalt bonus dersom han hadde oppnådd budsjettmålet på 17 millioner kroner i løpet av den perioden han ikke var i foreldrepermisjon.

På bakgrunn av at det er uomtvistet at A fikk fratrukket sitt fravær i foreldrepermisjon ved beregning av bonus, og dermed ikke fikk utbetalt bonus, finner ombudet at A er satt i «en dårligere stilling enn [han] ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn».

Likestillingsloven har ingen unntak for slik forskjellsbehandling. Ombudet har imidlertid vurdert om B har sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen er tillatt etter ulovfestede saklighetsprinsipper, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 36. Det følger av proposisjonen at ulik behandling kun er tillatt i helt spesielle unntakstilfeller. Det er et tilnærmet absolutt forbud på dette området.

Forskjellsbehandling etter slike saklighetsprinsipper er tillatt «når begrunnelsen for den er saklig, dvs. at den både er sann og relevant (eller akseptabel) i sin sammenheng», jf. Ot.prp. nr. 33 (1974–1975) s. 30.

I LKNs sak 2/1998 fant nemnda at det ikke var i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd andre punktum «å begrense et så vidt resultatorientert engangstiltak til de som var i arbeid størstedelen av perioden. Superbonusen var ikke

premiering av tidligere innsats og på grunn av salgsutviklingen ville selgerne neppe ha være berettiget til ordinær bonus for annet kvartal.» Saken gjaldt spørsmål om unnlattelse av å utbetale en særlig bonus for juni måned i 1997 til en kvinnelig salgskonsulent var i strid med likestillingsloven.

Superbonusutbetalingen var betinget av at budsjettmålet for juni måned ble nådd. Resultatet for juni måned ble godt, og bonus følgelig utbetalt. Den kvinnelige salgskonsulenten fikk imidlertid ikke utbetalt slik superbonus. På grunn av helseplager under svangerskapet hadde hun hatt sykefravær i deler av andre kvartal. I juni, som var opptjeningsperioden for bonusen, var hun 100 prosent sykmeldt de to første ukene. I perioden 16.-25. juni var hun 40 prosent sykmeldt, resten av måneden var hun 100 prosent sykmeldt.

Likestillingsloven har blitt skjerpet etter denne avgjørelsen. Formålet med lovendringen i 2002 var å utvide vernet mot kjønnsdiskriminering, særlig vernet mot graviditetsdiskriminering og gjøre lovteksten i samsvar med EØS-rettslige krav, jf. Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 27. I proposisjonen skriver departementet blant annet: «Etter forslaget skal det være et absolutt forbud mot den forskjellsbehandling som kan knyttes til graviditet, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt det ene kjønn (for eksempel kvinners fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen, eller menns utnyttelse av fedrekvoten).», jf. s. 36. Det er i proposisjonen samtidig forutsatt at en handling kan omfattes av unntaksadgangen etter ulovfestede saklighetsprinsipper.

I sak C-333/97 («Lewen») uttalte EF-domstolen at det var i strid med retten til likelønn å trekke fra perioder mødre har vært i svangerskaps- og fødselspermisjon ved utbetaling av julegratiale, gjennom å nedsette ytelsen forholdsmessig. EF-traktatens artikkel 119, direktiv 92/85 artikkel 11, nr. 2, bokstav b og bilaget til direktiv 96/34 § 2 nr. 6. var derimot ikke til hinder for at arbeidsgiver ved utbetaling av julegratiale tar hensyn til perioder i foreldrepermisjon på grunn av barnepass ved at ytelsen avkortes forholdsmessig. Slik ombudet leser dommen skiller den mellom svangerskaps- og fødselspermisjon, hvor kvinnen ikke får arbeide, og foreldrepermisjon utover dette. Det ser ut til at de nasjonale bestemmelsene innebar lovforbeholdt permisjon for kvinnen de seks siste uker før fødselen og åtte uker etter fødselen. Det må antagelig forstås slik at det etter domstolens praksis ikke ville være anledning til å trekke fra perioden på 10 uker i den aktuelle saken, heller ikke ved avkorting.

I den aktuelle saken har A vært til stede i størstedelen av opptjeningsperioden, som går fra 1. januar til og med 31. desember. A har tatt ut foreldrepermisjon i til sammen 10 uker, hvorav 40 dager i virksomhetens hovedsesong, som består av årets fire siste måneder. As distrikt hadde et budsjett på 17 millioner kroner. Den totale omsetningen for distriktet var etter det opplyste 19, 1 millioner kroner. Omsetningen for ukene A ikke var i foreldrepermisjon var ca. 15, 6 millioner kroner. Det vil si at det var en differanse på ca. 1, 4 millioner kroner mellom den beregnede omsetning og fastsatt budsjett.

Ombudet kan vanskelig se at resultatet av virksomhetens fratrukk av omsetning for perioden A var i foreldrepermisjon er å anse som akseptabel i sin sammenheng, slik lovens forarbeider stiller krav om. På bakgrunn av de framlagte opplysningene framstår det derimot som urimelig at A overhodet ikke skal få ta del i virksomhetens bonus når han har vært til stede størstedelen av opptjeningsperioden og i stor grad har bidratt til virksomhetens omsetning for 2010.

Det vil imidlertid i enkelte tilfeller kunne tenkes tillatt etter likestillingsloven å foreta et forholdsmessig fradrag i utbetalingen av bonus ut fra foreldrepermisjonstiden, jf. praksis omtalt ovenfor. Dette må bero på en konkret vurdering i den enkelte sak.

Konklusjon

B handlet i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd, nr. 2 da A ikke fikk utbetalt bonus for oppnådd omsetning i 2010 grunnet fravær på grunn av foreldrepermisjon.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilegge erstatnings- og/eller oppreisningsansvar. Spørsmål om erstatning og/eller oppreisning avgjøres av domstolene, jf. likestillingsloven § 9, jf. § 17.

Ombudet vil likevel oppfordre partene til å komme fram til en minnelig løsning i saken. Vi ber om tilbakemelding innen 20. april 2012 om hvordan B foreslår å løse saken, dersom B velger ikke å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

Oslo, 26.03.2012

Sunniva Ørstavik
likestillings- og diskrimineringsombud