

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2011-39

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak
Dato	2012-09-07
Doknr/publisert	LDN-2011-39
Stikkord	Klage over Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 29. april 2011.
Sammendrag	Spørsmål om B ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og foreldrepermisjon av X virksomhet. Vuredring etter likestillingsloven § 3 og § 4. Nemnda konkluderte med at forholdet ikke var i strid med loven.
Saksgang	Sak nr. 39/2011.
Parter	X virksomhet (heretter X) - B.
Forfatter	Trude Haugli (leder), Ivar Danielsen, Thom Arne Hellerslia, Johans Tveit Sandvin.

Sakens faktiske forhold

B har opplyst at hun ble ansatt som supportkonsulent i 1999. Virksomheten har flere ganger blitt kjøpt opp av andre selskaper og har hatt forskjellige navn. Siste virksomhetsoverdragelse skjedde med virkning fra januar 2012, da selskapet ble kjøpt opp. Alle oppkjøp er ansett som virksomhetsoverdragelse i arbeidsmiljølovens forstand.

B har i årene 1999 til 2010 hatt flere titler, herunder applikasjonskonsulent, business analyst, leder ved produktavdelingen, vikar på økonomiavdelingen, prosjektleder og styremedlem.

Fra september 2006 til oktober 2007 var B i lønnet foreldrepermisjon. Hun jobbet fire uker sommeren 2007. Fra oktober 2007 til januar 2009 hadde hun ulønnet foreldrepermisjon. B gikk tilbake til full stilling fra 1. januar 2009, og jobbet da frem til hun gikk ut i ny lønnet foreldrepermisjon fra august 2009 til september 2010. Hun jobbet fem uker sommeren 2010.

B har vært sykmeldt i følgende perioder: 100% i to korte perioder i januar og februar 2009, 100% fra 13. til 24. april 2009, 50% fra juni - juli 2009 og deretter 100% frem hun gikk ut i permisjon august 2009.

I perioden 2006-2010 fikk B et lønnstillegg på henholdsvis 15 000 kroner i mai 2006 og 13 000 kroner i 2009.

Etter en nedbemanningsprosess la X ned sin konsulentavdeling i Z by i 2010. B ble som en følge av dette sagt opp fra sin stilling. Det ble besluttet at det fremdeles skulle være en avdeling i Z by som skulle jobbe med Y systemer. B ønsket å jobbe i denne avdelingen, men ble ikke tilbudt stillingen som prosjektleder der.

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

B klaget X inn for ombudet i brev av 30. august 2010.

Ombudet konkluderte i sin uttalelse av 29. april 2011 med at X handlet i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd ved fastsettelsen av Bs lønn, og i utvelgelsesprosessen av ansatte i forbindelse med opprettelsen av Y avdelingen.

X representert ved advokat klaget på ombudets uttalelse i brev av 10. juni 2011.

Ombudet vurderte saken på nytt og fastholdt sin konklusjon.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda fikk oversendt klagen 21. september 2011.

Saken ble behandlet i nemndas møte 21. august 2012. I behandlingen deltok nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Ivar Danielsen, Thom Arne Hellerslia, Johans Tveit Sandvin og Vibeke Blaker Strand.

Fra X møtte økonomisjef. Advokat deltok på telefon.

B møtte.

Fra ombudet møtte Hanne Cecilie Frøland.

Nemndas sekretariat var representert ved Else Anette Grannes, Ingeborg Aas, Mari Kjekstad Bugge og Anette Funderud.

Partenes argumenter

X har i hovedsak gjort gjeldende:

Det er ikke grunnlag for påstander om diskriminering av B i hennes arbeidsforhold i X eller i forbindelse med den nødvendige nedbemanning selskapet gjennomførte.

X behandler sine ansatte rettferdig. Bedriften har hatt en rekke andre kvinnelige og mannlige ansatte som har hatt foreldrepermisjon, uten at det har skapt problemer for noen.

X finner det beklagelig at B føler det slik hun gir uttrykk for i sine brev. X har på beste måte forsøkt å imøtekomme Bs krav og ønsker.

X er en typisk gründervirksomhet, med mye kompetanse og «stå-på-vilje», men lite formalisme. Selskapet har i perioden 2006 til 2010 hatt i gjennomsnitt 58 ansatte. X vokste raskt, blant annet gjennom oppkjøp. Stillings titler varierte. Som følge av organisasjonsendringene var det ikke entydig hva som lå i de enkelte stillingsbeskrivelsene.

Manglende lønnsutvikling

Det har ikke blitt gitt noen generelle tillegg i selskapet. X sitt lønnsystem er basert på individuelle tillegg. Lønnen fastsettes ensidig av arbeidsgiver på bakgrunn av en markedsjustering. I lønnsdannelsen fordeles en sentral pott etter innspill fra avdelingslederne. Hvem arbeidsgiver anser som viktige ressurser for selskapet, ansatte som har en lav lønn i forhold til markedet, ansatte som er vanskelig å erstatte og eller er markedsutsatt, er kriterier arbeidsgiver vektlegger ved fastsettelsen av individuelle tillegg.

X har gitt de ansatte en orientering om et gjennomsnittlig nivå for lønnstilleggene i virksomheten. Selskapets strategi om markedstilpasset lønn har alltid vært kjent og formidlet.

X har vurdert B når det gjelder kriteriene for lønnstillegg, også i de årene hun har vært i permisjon.

B ble ikke stilt dårligere enn andre kollegaer det er naturlig å sammenligne seg med.

B har hatt høy lønn i forhold til andre ansatte, hun har fått markedslønn i X og hun kan lett erstattes med andre på tilsvarende eller lavere lønnsnivå. B hadde erfaring fra produktene på Y-systemet, men betydningen av denne kunnskapen avtok når X kjøpte selskapet. B hadde ikke best kompetanse på X - eller Y systemene.

Ved kriteriet «vanskelig å erstatte» har X lagt vekt på at B har hatt foreldrepermisjon eller vært sykmeldt i til sammen mer enn tre år over en fireårsperiode, noe som har ført til at hun ikke har jobbet med kunderelasjoner og fått innsikt i deres konkrete forretninger og behov. Det innebærer en risiko for X å miste kunden dersom ansatte ikke har nødvendig personlig relasjon til kunden eller besitter nødvendig kunnskap om kunden.

I løpet av perioden 2006-2010 har B fått to år med lønnstillegg og tre år med nulltillegg. Det er totalt fem personer som i den samme perioden har fått tre år med nulltillegg, to kvinner og tre menn.

En avlønning som bygger på markedsjustering tar også i betraktning andre ytelser enn direkte lønn. Det er derfor relevant å se hen til at B hadde en særlig økonomisk gunstig avtale fra sin ansettelse i W. Hennes ansettelsesvilkår og lønnsvilkår var bedre enn hun selv oppfattet.

B og C stillinger er ikke sammenlignbare. C var prosjektleder i et viktig kundeforhold, mens B jobbet med helt andre oppgaver.

X var redd for å miste C til konkurrenter og ga C større lønnstillegg enn B, hvilket var i tråd med lønnsstrategien.

B fikk tittelen prosjektleder fra januar 2009 og hun fikk også en lønnsøkning dette året. Før dette tidspunktet har hun i hovedsak hatt tilsvarende arbeidsoppgaver som en business analyst.

I periodene B jobbet over lengre tid, jobbet hun i all hovedsak med produktet fra W samt produktet i X på samme måte som andre business analysts. I korte perioder mellom sine permisjoner jobbet hun med Y oppgaver.

Ombudet har lagt vekt på Bs opplysninger om at hun jobbet i Z by med et annet lønnsnivå og i en avdeling som jobbet med prosjekter og ikke produkter. Differensieringen mellom produkt og prosjekt er vanskelig å forstå og fremstår som kunstig for arbeidsgiver. Det fremgår av organisasjonskartet at det ikke er et skille mellom produkt og prosjekter. Prosjektorganisering ble benyttet både når det gjaldt til kunder og produkter.

Etter oppkjøpet av W ble virksomheten integrert i X. At det var et annet lønnsnivå i Z by er ikke tatt med i bedriftens lønnsvurderinger. Det hadde ikke vært riktig at ansatte med de samme arbeidsoppgavene og de samme lederne, fikk ulik lønn alt etter hvor de fysisk hadde arbeidssted. Alle som hadde tilsvarende arbeidsoppgaver som B hadde enten arbeidssted i Norge eller i utlandet.

Utvelgelsen til ny Y avdeling

Grunnet økonomiske årsaker måtte selskapet nedbemanne i 2010. Et utvalg på tre representanter utpekt fra de ansatte og tre fra ledelsen utarbeidet en innstilling til hvordan nedbemanningen skulle gjennomføres, herunder

utvelgelse av de som måtte sies opp. Kriteriene for utvelgelse ble fastsatt på grunnlag av egnethet og ansiennitet pluss vurderinger om særlige sosiale forhold.

De som ble tilbudt stilling i Z by var en avdelingsleder, tre programmerere og en prosjektleder. B ble vurdert til prosjektlederstillingen.

Avdelingslederne utarbeidet en egnethetsmatrise, kalt kompetansematrise. B scoret jevnt over godt på de ulike målepunktene i matrisen, men av åtte kandidater var det bare to som hadde dårligere gjennomsnittsscore. For den stillingen som var aktuell, ble hun innstilt som nr. to av tre sterke kandidater. Den som ble valgt, har mer relevant utdanningsbakgrunn enn henne, har vært ansatt omtrent like lenge og har jobbet med kunder som har utgjort storparten av omsetningen i avdelingen i mange år.

X viser til at matrisen på medarbeidersamtalen og egnethetsmatrisen ikke er like og ikke har blitt utført av samme person. Matrisene har ulike formål og kan derfor ikke sammenlignes med hverandre. Matrisen fra medarbeidersamtalen bygger på en oppfølging av arbeidstakers utvikling som medarbeider. Egnethetsmatrisen ble laget på grunn av nedbemanningen og er en vurdering i forhold til de andre medarbeiderne hvor formålet er å stille den enkelte medarbeiders kompetanse opp mot de øvrige.

B har verken programmeringskompetanse, vært sentral medarbeider i Y aktiviteten siden 2006 eller vært prosjektleder i et av selskapets største kundeforhold. Å velge C fremfor B var blant annet et viktig grep for å sikre tilgang på oppdrag i en vanskelig situasjon. C hadde ansvaret for vedlikehold og videreutvikling av systemet for en stor og avgjørende kunde. C var også i nevnt ved navn i kontrakten med kunden. Han var i praksis den eneste som kunne håndtere denne viktige kunden, som sto for 50% av hele omsetningen i selskapet. Noe annet ville være å sette ytterligere arbeidsplasser i fare. C gjorde det vesentlig bedre enn B i vurderingen av egnethet for stillingen i Y avdelingen, men det var også flere ansatte som hadde lavere score enn henne.

I nedbemanningsprosessen ble det blant annet holdt et møte med B 22. september, der hun tok opp endel ting om hennes kompetanse hun mente var gjengitt feil av sin leder. Hun ble bedt om å sende en mail slik at arbeidsgiver kunne vurdere dette før utvelgelsen av berørte ansatte i tilknytning til nedbemanningen. Dette ble gjort for å vise at arbeidsgiver tok denne prosessen seriøst og nøye, og for å sikre at ikke noe var oversett.

Det ble avholdt nye individuelle møter med de berørte som ønsket det september 2010. Egnethetsmatrisen ble her drøftet individuelt. Referatet fra møtet med B ble ikke signert ettersom hun var uenig i referatet og partene ikke kom til enighet.

September 2010 forelå beslutningen om oppsigelser og hver enkelt medarbeider ble informert.

B har i hovedsak gjort gjeldende:

Hun har vært utsatt for forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon når det gjelder lønnsutvikling i selskapet og i forbindelse med utvelgelsen av ansatte til den nye Y avdelingen.

Etter at saken ble brakt inn for ombudet har X endret på fakta, antall stillinger, vurderinger under permisjonen og årsak til manglende lønnsøkning.

X driver en forvirringsstrategi, for å dekke over manglende bevis og saklig dokumentasjon i saken.

Manglende lønnsutvikling

Hun fikk stilling som prosjektleder for systemutvikling, der hun ville inngå i en ledergruppe sammen med C, D og E våren 2006.

Med sine 15 års erfaring hadde hun detaljkompetanse fra kraftbransjen og har laget systemer til bransjen i 11 år. Hun har ledererfaring og styreverfaring, har hatt kundeansvar, budsjettansvar, bred erfaring fra å benytte ulike utviklingssystemer og en stor kontaktflate i bransjen.

Hun bidro ofte med spesifikasjoner som en business analyt. I Z by arbeidet hun på en konsulentavdeling med prosjekter og ikke produkter. I virksomheten er det lønnsforskjeller avhengig av lokasjon og det er ulik lønn avhengig av om arbeidsoppgaver er knyttet til prosjekter eller produkt. Lønnsnivået er høyere i Z by.

Fra januar 2009 hadde hun tittelen project manager.

Hun har hatt en manglende lønnsutvikling hos X i perioden 2006-2010 sammenliknet med andre ansatte. Hun har ikke fått generelle tillegg i selskapet og har lønnsmessig ligget bak andre.

Arbeidsgiver har gitt generelle tillegg. Hun viser til at informasjon gitt i personalmøter og lagt ut på selskapets intranett støtter hennes syn om at det i arbeidsgivers lønnsystem gis generelle tillegg. Noen ansatte har i tillegg fått en økning utover dette.

Hun kan ikke sammenlignes lønsmessig med nytilsatte, men bare med dem hun har jobbet sammen med og har tilsvarende bakgrunn som, slik som C og D. Alle tre jobbet på samme nivå i samme firma og på samme lokasjon med samme stillingstittel. At hun sammenlignes med disse er det eneste som kan gi en reell vurdering av hva hun skulle hatt i lønn.

Hun og hennes kollega, C, hadde samme tittel, ansvarsområde, arbeidsoppgaver og begge satt i ledergruppen frem til omorganisering i 2009. Det var tett samarbeid og de avløste hverandre. Begge hadde en klausul mot å slutte i X første årene etter oppkjøpet, da begge ble ansett som nøkkelpersoner. Da B i mai 2006 fikk en lønnsøkning på kroner 15 000, fikk C kroner 30 000.

Lønnsjusteringen skjedde en uke etter at hun fortalte arbeidsgiver at hun var gravid.

Hun var den eneste som fikk overført en god «svangerskapsavtale» til X etter oppkjøpet fra Orion, der hun ble gitt rett til full lønn ved foreldrepermisjon. X har brukt den gunstige avtalen mot henne i lønsvurderingene. Det er diskriminerende å begrunne manglende lønnsopprykk med å vise til en god avtale.

Hun ble ikke vurdert til høyere lønn i 2007 og 2008, da hun var i foreldrepermisjon og hun hørte ikke noe fra X i forbindelse med lønnsjusteringene.

X har hatt stor turnover med mange ferske ansatte og det er ikke relevant at det finnes andre i bedriften som også har fått nulloppgjør i løpet av perioden 2006-2010.

Hennes fravær har ikke gjort hennes kompetanse dårligere. Hun fikk toppkarakter etter medarbeidersamtalen våren 2009 og fikk positive tilbakemeldinger fra alle hold. Hun ledet våren og sommeren 2009 flere kundeprosjekter og de ga alle mersalg og ros.

Etter foreldrepermisjonen var det med hennes bakgrunn og erfaring lett å komme inn i arbeidsoppgavene igjen.

Sykmeldinger på slutten av svangerskapene kan ikke rettferdiggjøre manglende lønnsutvikling på grunn av manglende vurderingstid. Hun fikk sure kommentarer og arbeidsgiver var lite hjelpsom med å tilrettelegge kontorplassen på grunn av ryggplager.

Det var vanskelig å samarbeide med X om uttaket av foreldrepermisjon og utbetaling av rettmessige ytelser etter avtalen. Hun måtte oppsøke juridisk bistand fra advokat etter fødselen i 2006.

Under det neste svangerskapet i 2009 kom problemene raskere og hun fikk enda mer ubehageligheter på grunn av graviditeten. Etter gjentatte manglende lønnsøkninger følte hun seg lite verdt.

Tross leges anbefaling jobbet hun og hun arbeidet mens hun var sykmeldt. X gjorde ikke noe for å tilrettelegge arbeidet for henne. Hun ble nedkjørt og ble sykmeldt ca. 5 uker før permisjonen. Hun kan ikke klandres for dette som brukes som begrunnelse for manglende lønn og tynnere vurderingsgrunnlag.

Hun følte seg lite ønsket og ble i praksis utelukket fra det gode selskap. Hun ble heller ikke vurdert til noe lønnsøkning.

Hennes lønnsnivå var ikke for høyt etter hun begynte i X, tvert imot forsikret lederen i virksomheten at X var fullt ut konkurransedyktige på lønn. Hun var i ledergruppa i W og utarbeidet Due Dilligence. Hun var de ansatte aksjonærenes representant i styret (40%). Etter oppkjøpet hadde hun en bindingstid på 2 år. Det var etter hun fikk barn at hennes «markedsverdi» sank betraktelig. De mannlige ansatte, som hadde lik eller omtrent lik lønn som henne og som ikke har fått barn, har gått vesentlig mer opp i lønn enn henne disse årene.

Hun undertegnet ikke ny avtale med X i 2006 fordi permisjonsavtalen og dekning av fasttelefon hadde falt ut av den nye avtalen, selv om arbeidsgiver påsto at endringene i den nye avtalen kun var formalia. Hun ønsket å få tilsendt referanser til personalhåndbok for at hun skulle sjekke endringene før hun signerte, men fikk ikke svar på sine forespørsler fra arbeidsgiver og har derfor ikke signert.

Utvelgelsen til ny Y avdeling

Hun er forbigått til stilling i den nye Y avdelingen som følge av at hun har vært i foreldrepermisjon.

E hadde valgt sine medarbeidere før utvelgelsesprosessen startet. Det ble ikke foretatt noen reell prosess knyttet til hvem som fikk fortsette i Y avdelingen.

Før drøftelsesmøtet ble hun fortalt av sin leder at aktuelle stillinger for henne var i avdelingen i Æ by. Det at hun måtte insistere på å få drøftelsesmøte med tanke på å bli ansatt i Y avdelingen, viser at det allerede før prosessen var bestemt hvem som fikk fortsette.

X viser til karakterene på en egnethetsmatrise utferdiget høsten 2010 som begrunnelse for utvelgelsen til den nye avdelingen. Hennes karakterer i fra egnethetsmatrisen i 2010 skiller seg klart fra karakterene hun fikk på matrisen i forbindelse med medarbeidersamtalen i mai 2009. Egnethetsmatrisen er laget kun for å rettfærdiggjøre hennes oppsigelse og ble snekret sammen etter hennes drøftelsesmøte 22. september 2010. Det kan ikke være mulig å vurdere henne så ulikt på de to matrisene. Mellom matrisen fra medarbeidersamtalen i mai 2009 og egnethetsmatrisen høsten 2010 jobbet hun i til sammen cirka tre måneder.

X skulle ansette en leder og to kombinerte prosjektledere/fagpersoner i den nye avdelingen, noe de i ettertid har endret til tre programmerere og en prosjektleder. X endrer fakta fra at hun søkte på to prosjektlederstillinger til at det kun dreide seg om én prosjektlederstilling.

I ettertid forklarer X at selskapet har lagt vekt på andre egenskaper enn det som ble oppgitt ved utvelgelsesprosessen, som viktigheten av programmering og kundekjennskap. X har vist til C kunderelasjoner og hennes manglende. Det er usaklig, da disse kriteriene ikke var en del av utvelgelsen den gang.

Hun scoret godt på kravene til «customer handling» i matrisen fra mai 2009. Hun var produksjef i W og hadde kundeansvaret for alle som hadde produktet. Relasjonen med kunder i Norge og i utlandet var god. Da W ble kjøpt opp av X fra 2009 ble hun umiddelbart, uten at hun ønsket det, tatt vekk fra kundene og satt til andre ting som interne prosjekter uten kundekontakt. Selv om hun opprinnelig hadde større kundekontakt og genererte større budsjettinntekter enn C, var det han som fikk fortsette med kundekontakt.

Hun har dessuten mer nettkompetanse enn C og D, noe det ble sett bort fra ved utvelgelsen. De som fikk jobbene har større/voksne barn med liten risiko for permisjon, i motsetning til henne som var i fødselsalder og hadde små barn.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder spørsmål om forskjellsbehandling i forbindelse med graviditet, fødsels- og foreldrepermisjon.

Forholdet ligger innenfor virkeområdet til likestillingsloven (lov nr. 45/1978) § 2.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har kompetanse til å føre tilsyn med og medvirke til gjennomføringen av likestillingsloven, jf. lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven nr. 40/2005) § 1 andre ledd nr. 1.

Saken gjelder et ansettelsesforhold i privat sektor. Nemnda har kompetanse til å fatte vedtak i saken, jf. diskrimineringsombudsloven § 7 første ledd.

Det følger av likestillingsloven § 3 første ledd at direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt. Det følger av likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 2 at direkte forskjellsbehandling blant annet omhandler situasjoner der en kvinne settes i «en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel» eller der en kvinne eller en mann kommer i «en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt mor eller far.»

Er det tale om permisjon ut over seks uker etter fødsel, vurderer Nemnda i praksis sakene som spørsmål om graviditetsdiskriminering etter reglene om indirekte forskjellsbehandling, jf. eksempelvis nemndas saker nr. 5/2006 (LDN-2006-5), 8/2006 (LDN-2006-8) og 31/2011 (LDN-2011-31), jf. også Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 111. Denne saken knytter seg i hovedsak til uttak av permisjonsrettigheter utover den del som er forbeholdt mor. Nemnda vil av den grunn vurdere denne saken etter reglene om indirekte diskriminering.

Det foreligger indirekte forskjellsbehandling der en kjønnsnøytral handling faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Da det i praksis er flest kvinner som tar ut den største delen av foreldrepermisjonen, vil det å ta hensyn til slikt fravær faktisk ramme kvinner i større grad enn menn og anses derfor som en indirekte forskjellsbehandling.

Indirekte forskjellsbehandling kan i særlige tilfeller tillates, dersom handlingen har et saklig kjønnsnøytralt formål og middelet som brukes for å oppnå dette er egnet, nødvendig og proporsjonalt i forhold til målet. Det følger av praksis fra både nemnda og ombudet at det skal mye til for at indirekte forskjellsbehandling skal godtas.

Om bevisbyrden heter det i likestillingsloven § 16 første ledd:

«Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.»

Likestillingsloven § 4 andre ledd forbyr forskjellsbehandling ved ansettelser:

«Ved ansettelse, forfremmelse, oppsigelse eller permittering må det ikke gjøres forskjell på kvinner og menn i strid med § 3»

Bestemmelsen presiserer forbudet i § 3.

Det første spørsmålet nemnda må ta stilling til er om det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at X har handlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med Bs lønnsutvikling i perioden 2006 til 2010 og i forbindelse med ansettelse av prosjektleder i den nye Y avdelingen høsten 2010.

Det er ikke tilstrekkelig med kun en påstand fra B for at bevisbyrden går over til X. Etter praksis skal det ikke mye til for at bevisbyrden går over, men B sin påstand må støttes av omstendigheter som gir grunn til å tro at det foreligger en overtredelse. Det er B som har bevisføringsrisikoen. Det må foretas en konkret vurdering.

Manglende lønnsutvikling

Forbudet mot graviditetsdiskriminering forstås slik at den som tar foreldrepermisjon ikke skal få svekket stilling som følge av permisjonen. Diskrimineringsvernet under ansettelse omfatter blant annet lønnsutvikling i permisjonstiden. Det innebærer at fordeler som følger stillingen ved generelle tillegg etter forhandlinger, alminnelige lønnsjusteringer i virksomheten eller oppgradering av stillingsplassering til en høyere lønnsklasse også inkluderer arbeidstakere som har foreldrepermisjon, jf. blant annet nemndas sak nr. 31/2011.

I perioden 2006 til 2010 var B både i lønnet og ulønnet foreldrepermisjon. Hun jobbet imidlertid i X noen uker sommeren 2007 og 2010, samt i noen måneder i full stilling i 2009.

B fikk et lønnstillegg på henholdsvis 15 000 kroner i mai 2006 og 13 000 kroner i 2009, men i 2007, 2008 og 2010 fikk hun ikke lønnstillegg. B mener hun lønnsmessig må sammenlignes med C. Han fikk et lønnstillegg i 2006 på 30 000 kroner, og har også etter dette steget mer i lønn enn B.

Den omstendighet at Bs lønnsjustering i 2006 skjedde etter at hun fortalte arbeidsgiver at hun var gravid, samt det forhold at hun var i permisjon og borte fra arbeidet i 2007, 2008 og store deler av 2010, og ikke fikk noen tillegg disse årene, er etter nemndas syn forhold som gir «grunn til å tro» at X har handlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med Bs lønnsutvikling i perioden 2006-2010. Bevisbyrden går således over til X som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted. Sannsynlighetsovervekt er tilstrekkelig.

Partene er uenige om hvilket lønssystem som ble praktisert i selskapet. Uenigheten knytter seg i særdeleshet til hvorvidt det ble gitt generelle tillegg til de ansatte eller om lønnen kun baserte seg på individuelle tillegg.

X har opplyst at de ikke ga generelle lønnstillegg og at lønssystemet ble praktisert slik at en sentral pott ble fordelt etter begrunnede innspill fra avdelingslederne. X har anført at B ble vurdert til høyere lønn, også i den perioden hun var i permisjon.

Nemnda legger til grunn at X ikke kan fremlegge bedriftsinterne dokumenter som viser at B ble vurdert til høyere lønn i 2007 og 2008, og hva som lå til grunn for at hun fikk et tillegg på 15 000 kroner i 2006. Av skriftlig dokumentasjon har X fremlagt tabeller som viser ansatte som faktisk fikk lønnstillegg, samt andre ansatte som fikk nulltillegg disse årene.

Når bevisbyrden først har gått over på X, kan det ikke stilles lavere krav til bevisene fordi X er en typisk gründervirksomhet som har drevet virksomheten uten store krav til formalisme. Det er nettopp arbeidsgiveren som kan sikre slike bevis, noe som er særlig viktig når en ansatt får nulltillegg i permisjonstiden.

Ombudet la til grunn at praktiseringen av X sitt lønssystem inneholder elementer av både generell og individuell art. Nemnda er ikke enig med ombudet i den vurderingen. Etter nemndas vurdering er det ikke holdepunkter for å konkludere med at informasjonen som fremgikk på X sin interne nettsider var informasjon om generelle lønnstillegg i selskapet. Opplysninger som fremgikk her om lønnsøkninger var gjennomsnittlige lønnsøkninger på 4,5% i 2007. I 2009 var gjennomsnittlige lønnsøkninger 3-4% og median 2,5% (midterste

observasjon i stigende rekkefølge). Da gjennomsnittet i 2009 er høyere enn medianen, kan det tyde på at flertallet av de ansatte ville få en lønnsøkning som er mindre enn gjennomsnittet.

Nemnda har delt seg i et seg i et flertall og et mindretall når det gjelder vurderingen av om Bs ble stilt dårligere i sin lønnsutvikling enn andre i X på grunn av graviditet- og foreldrepermisjon. Flertallet, bestående av medlemmene Haugli, Danielsen, Sandvin og Blaker Strand er kommet til at B ikke ble forskjellsbehandlet i lovens forstand.

Partene er uenig om hvilke personer i selskapet det er relevant å sammenligne Bs lønn med og uenig om hva som var Bs stillingstittel i 2006. Dette er det vanskelig for flertallet å ta stilling til. Ifølge X var B applikasjonskonsulent, men det fremgår av e-post fra Bs leder i april 2006 at hun var tiltenkt stilling som prosjektleder samme år. Imidlertid har B selv i e-post av 8. juni 2006 opplyst at hun har tittelen «*Applikasjonskonsulent(Consulting)*». X har opplyst at begrunnelsen for Bs lønnstillegg i 2009 var at hun var prosjektleder og ikke business analyst dette året.

Saken gjelder et ansettelsesforhold i en privat virksomhet hvor prinsippet om fri lønnsdannelse danner utgangspunktet for lønnsfastsettelsen. Å praktisere et lønssystem hvor det gis individuelle tillegg ut fra en markedsjustering med visse underliggende kriterier, er legitimt og vanlig i norsk næringsliv.

B hadde en god arbeidsavtale med full lønn under permisjonen. En ansatt har ikke krav på å få individuelle tillegg fra sin arbeidsgiver. Flertallet vil bemerke at fravær fra selskapet i flere år kan gjøre det vanskelig å henvise til innsats som grunnlag for individuelle tillegg.

Flertallet viser til at B fikk lønnstillegg de årene hun var i jobb og legger til grunn at hun har blitt vurdert til lønnsøkning i form av individuelle tillegg i både 2007 og 2008. Etter flertallets syn hadde ikke B en uvanlig dårlig lønnsutvikling i forhold til andre i denne perioden.

På denne bakgrunn er flertallet kommet til at X har klart å sannsynliggjøre at B ikke ble behandlet dårligere enn andre med hensyn til lønnsutviklingen i den aktuelle periode. Dermed har det ikke funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3 første ledd.

Nemndas mindretall, Hellerslia, er kommet til samme resultat som flertallet, men med en annen begrunnelse. X har uttalt uttrykkelig at ved lønnskriteriet «vanskelig å erstatte» er det lagt vekt på at B har hatt foreldrepermisjon eller vært sykmeldt i til sammen mer enn tre år over en fireårsperiode, noe som har ført til at hun ikke har jobbet med kunderelasjoner. Dette innebærer at hun er blitt satt i en dårligere stilling sammenlignet med en ansatt som ikke har tatt ut foreldrepermisjon eller ikke har vært sykmeldt på grunn av graviditet, og det er tale om en kjønnskjev effekt, jf. likestillingsloven § 3 tredje ledd. Mindretallet er imidlertid kommet til at unntaksvilkårene i likestillingsloven § 3 fjerde ledd er oppfylt. Det har vært praktisert fra håndhevingsorganene til likestillingsloven at individuelle lønnstillegg begrunnet i tilstedeværelse på jobb aksepteres, innen rimelige rammer, som et saklig, nødvendig og forholdsmessig virkemiddel fra arbeidsgivers side. Mindretallet kan ikke se at den ordningen som X har praktisert, går ut over disse rammene. Mindretallet viser særlig til risikoen som X har vist til for å miste kunden dersom ansatte ikke har nødvendig personlig relasjon til kunden eller besitter nødvendig kunnskap om kunden, og den lange fraværperioden det er tale om.

Utvelgelsen til ny Y avdeling

Sett hen til Bs bakgrunn og det forhold at hun stilte sterkt i rekrutteringen til stillingen som prosjektleder i den nye Y avdelingen, samtidig som hun ikke umiddelbart ble sett på som aktuell for stillingen, er det etter nemndas syn «*grunn til å tro*» at X har handlet i strid med likestillingsloven i forbindelse med ansettelsen høsten 2010. Bevisbyrden går således over til X som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted, jf. ovenfor.

Også på dette punktet er partene uenige om faktum. Uenigheten knytter seg til grunnlaget for utvelgelsen av ny prosjektleder og om det var en reell egnethetsvurdering i utvelgelsesprosessen. Det er X som har bevisbyrden for at forskjellsbehandling ikke har funnet sted. Nemnda vil bemerke at det er en reell fare for usynliggjøring ved lengre permisjonsfravær og ser ikke bort fra at X på forhånd hadde bestemt seg for å velge C. Det er imidlertid vanskelig for nemnda å ta stilling til påstander om konstruert dokumentasjon i ettertid, og nemnda finner ikke å kunne gå nærmere inn på dette.

Det ble utarbeidet en matrise for B i forbindelse med en medarbeidersamtale i mai 2009, hvor Bs fikk gode karakter på samtlige kriterier av sin leder. I forbindelse med egnethetsvurdering til den nye stillingen som prosjektleder ble det også utarbeidet en kompetansematrise i september 2010. B scoret jevnt over godt på de

ulike målepunktene i kompetansematrisen, men av åtte kandidater er det opplyst at det bare var to som hadde dårligere gjennomsnittsscore.

Ombudet har lagt til grunn at de to matrisene viser ulike karakterer på like kriterier. Nemnda har en annen oppfatning. Etter nemndas syn ble matrisen til medarbeidersamtalen utarbeidet med henblikk på å følge opp Bs utvikling som medarbeider i den stillingen hun hadde. Kompetansematrisen ble laget med henblikk på nedbemanningen, og for Bs del var den også en vurdering av hennes egnethet til den nye prosjektlederstillingen, hvor hun ble sammenlignet med 6 andre navngitte kandidater.

X har opplyst at det etter finanskrisen våren 2010 var flere av X sine kunder som la ned virksomheten, andre reduserte på tjenestene fra X. Å velge C fremfor B var blant annet et viktig grep for å sikre tilgang på oppdrag i en vanskelig situasjon. Han hadde hovedansvaret for en stor kunde som sto for 50% av hele omsetningen i selskapet.

B ble innstilt som nr. to av tre sterke kandidater. Nemnda legger til grunn at X valgte C fordi han scoret høyere på kompetansematrisen enn B. I tillegg mente X at han hadde mer relevant bakgrunn enn B og hadde hovedansvaret for en stor og vesentlig kunde.

Nemnda har på denne bakgrunn kommet frem til at X har klart å sannsynliggjøre at B ikke ble stilt dårligere enn andre i forbindelse med ansettelsen av ny prosjektleder. Dermed har det ikke funnet sted forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3 første ledd.

Etter dette har nemnda konkludert med at X ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 i forbindelse med Bs lønnsutvikling. X handlet heller ikke i strid med likestillingsloven § 4, jf. § 3 i forbindelse med ansettelse av prosjektleder i den nye Y avdelingen.

Klagen på ombudets uttalelse har ført frem.

Vedtaket er enstemmig.

Sak 39/2011

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

X virksomhet handlet ikke i strid med likestillingsloven § 3 i forbindelse med Bs lønnsutvikling.

X virksomhet handlet ikke i strid med likestillingsloven § 4 jf. § 3 i forbindelse med ansettelse av prosjektleder i den nye Y avdelingen.