

## **Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon ved lønnsutvikling og i en nedbemanningsprosess.**

En kvinne hevdet seg forskjellsbehandlet på grunn av foreldrepermisjon ved manglende lønnsutvikling og i en nedbemanningsprosess firmaet hun var ansatt i gjennomførte.

Ombudet fant grunn til å tro at det var årsakssammenheng mellom kvinnens lønnsutvikling og hennes foreldrepermisjon. Hun hadde lavere lønn enn kollegaer hun mente det var naturlig å sammenligne seg med. Lønnstilleggene hun fikk var også sammenfallende med årene hun var tilstede på jobb. De årene hun var i foreldrepermisjon hørte hun ikke fra arbeidsgiver ved de årlige lønnsforhandlingene.

Da firmaet skulle nedbemanne ble det besluttet å opprette en mindre avdeling. Kvinnen mente seg kvalifisert for en stilling her, men at hun ikke ble vurdert til stillingene som følge av foreldrepermisjon.

Ombudet fant at arbeidsgiver ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at kvinnens graviditet og foreldrepermisjon ikke ble vektlagt ved fastsettelsen av lønnen, og ved utvelgelsen til den nye avdelingen.

**Saksnr:** 09/1271

**Lovanvendelse:** likestillingsloven § 3

## **Ombudets uttalelse**

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 30. august 2010, og vedlegg til klage datert 3. november 2010 fra A.

A ber ombudet vurdere om hun ble forskjellsbehandlet på grunn av graviditet og foreldrepermisjon i strid med likestillingsloven i forbindelse med sin lønnsutvikling i perioden 2006-2010, og i forbindelse med utvelgelsesprosessen til nyopprettet avdeling i Oslo.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har vurdert saken og finner at B handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved fastsettelsen av As lønn i perioden 2006-2010. Ombudet finner videre at B handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved utvelgelsen til ny avdeling i Oslo høsten 2010.

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

## Sakens bakgrunn

Likestillings- og diskrimineringsombudets presentasjon av sakens bakgrunn bygger på den skriftlige redegjørelsen fra partene i saken.

A ble tilsatt som prosjektleder i B i oktober 2005, etter oppkjøp av C. A ble etter en nedbemanningsprosess høsten 2010 sagt opp fra stillingen 31. desember 2010.

Fra september 2006-oktober 2007 var A i lønnet foreldrepermisjon. Hun jobbet fire uker sommeren 2007. Fra oktober 2007-januar 2009 hadde hun ulønnet foreldrepermisjon. A gikk tilbake til full stilling fra 1. januar 2009, og jobbet da frem til hun gikk ut i ny lønnet foreldrepermisjon fra 26. august 2009- 21. september 2010. Hun jobbet fem uker sommeren 2010.

I mai 2006 fikk A et lønnsopprykk på 15 000 kroner. I perioden 2007-2010 fikk hun et lønnstillegg på 13 000 kroner i 2009.

I forbindelse med en nedbemanningsprosess la B ned sin konsulentavdeling i Oslo. A ble som en følge av dette sagt opp fra sin stilling. Det ble besluttet at det fremdeles skulle være en avdeling i Oslo som skal jobbe med X systemer. A ønsket å jobbe i denne avdelingen, men ble ikke tilbudt stilling der.

Partene er uenig om hvilket lønssystem som ble praktisert i selskapet. Arbeidsgiver hevder at det ikke ble gitt noen generelle tillegg, og at lønnen ble fastsatt ensidig av arbeidsgiver på bakgrunn av en markedsjustering. A mener arbeidsgiver gir generelle tillegg, og at arbeidsgiver har publisert generelle prosentsetser på intranett.

## Partenes syn på saken

### A:

A viser til to forhold i klagen sin. Hun viser til at hun hadde en manglende lønnsutvikling hos B i perioden 2006-2010 sammenliknet med andre ansatte, og at utvelgelsen til nyopprettet avdeling i Oslo som skal jobbe med X systemer ikke skjedde på en korrekt måte. A hevder det har skjedd forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon i de to nevnte forhold.

#### 1. Manglende lønnsutvikling i perioden 2006-2010

A mener at hennes manglende lønnsutvikling i arbeidsforholdet hos B vises både gjennom at hun ikke har fått generelle tillegg bedriften har gått ut med, og fordi hun ligger et stykke etter en kollega hun mener det er naturlig å sammenligne seg med.

Til støtte for sitt syn om at arbeidsgiver har gitt generelle tillegg viser hun til at arbeidsgiver i personalmøter og på intranett har lagt ut informasjon om lønnsjusteringer for de ansatte der det er sagt følgende:

*“Wage adjustments 2007*

*The framework for this years wage adjustment is an average increase of 4, 5 per cent and an allocation profile based upon a goal to try to adjust each employee*

*towards the individual market/industry standard.*

*In April/May every employee will participate in the yearly employee conversation, and the wage adjustments will be effective from May 2007.*

*Info meeting May 2009*

*Salary increase from May 2009*

*- Median 2.5 per cent*

*- Average 3-4 per cent”*

Hun mener dette støtter hennes syn om at arbeidsgivers lønssystem er generelle tillegg som vises i offisielle satser, men der noen ansatte i tillegg får en økning utover dette.

A viser videre til at hun og hennes kollega, Y, hadde samme tittel, ansvarsområde, arbeidsoppgaver og at begge satt i ledergruppen frem til omorganisering i 2009. Det var tett samarbeid og de avløste hverandre. Hun viser også til at begge hadde en klausul mot å slutte i B første årene etter oppkjøpet, da begge ble ansett som nøkkelpersoner. A mener derfor det er naturlig å sammenligne seg med Y når det gjelder lønn. Da A i mai 2006 fikk en lønnsøkning på kroner 15 000, fikk Y kroner 30 000. Denne lønnsjusteringen skjedde en uke etter at hun fortalte arbeidsgiver at hun var gravid.

Hun viser videre til at arbeidsgiver i diskusjoner om hennes lønnsutvikling har vist til hennes avtale fra tiden i C, og referat fra medarbeidersamtale mai 2009 dokumenterer at denne avtalen ble tatt opp. Arbeidsgiver refererer til hennes *gunstige avtale*, og A mener arbeidsgiver har holdt denne avtalen mot henne i lønnsvurderingene.

A viser også til at hun ikke hørte noe fra arbeidsgiver vedrørende de lønnsjusteringene som fant sted mens hun var i lønnet foreldrepermisjon i 2007 og ulønnet foreldrepermisjon i 2008. Hun mener derfor at hun ikke ble vurdert i disse periodene.

Hun viser til at bedriften har hatt stor turnover med mange ferske ansatte. Det kan derfor ikke sees hen til at det finnes andre i tillegg til henne i bedriften som også har fått nulloppgjør i løpet av perioden 2006-2010.

## 2. Utvelgelsen til den nye avdelingen

A mener seg forbigått til stilling i den nye avdelingen som følge av at hun har vært i foreldrepermisjon. Hun hevder det ikke ble foretatt en reell prosess rundt hvem som fikk fortsette i avdelingen. Hun ble av sin sjef, D, allerede før drøftelsesmøte fortalt at aktuelle stillinger for henne er i avdelingen i Bergen. Det at hun måtte insistere på å få drøftelsesmøte med tanke på å bli ansatt i den nye avdelingen viser at det allerede før prosessen var bestemt hvem som fikk fortsette.

Arbeidsgiver viser til karakterene på en egnethetsmatrise utferdiget høsten 2010 som begrunnelse for utvelgelsen til den nye avdelingen. As karakterer skiller seg klart fra karakterene hun fikk på matrisen i forbindelse med medarbeidersamtalen i

mai 2009. A mener matrisen er laget kun for å rettferdiggjøre hennes oppsigelse. Hun viser til at hun på medarbeidersamtalen i mai 2009 fikk gode karakterer på lignende kriterier, og positive tilbakemeldinger på jobben hun utførte.

Hun mener det ikke kan være mulig å vurdere henne så ulikt på de to matrisene. Mellom matrisen på medarbeidersamtalen i mai 2009 og egnethetsmatrisen høsten 2010 var hun i jobb totalt ca tre måneder (seks uker i mai/juni 2009, og seks uker i august/september 2010). Karakterene på egnethetsmatrisen har droppet flere trinn på for eksempel evnen til å levere i tide og samarbeid i løpet av denne perioden.

A viser videre til at B skulle ansette en leder og to kombinerte prosjektledere/fagpersoner i den nye avdelingen. Hun hevder arbeidsgiver i ettertid har endret dette, ved at de i stedet ansatte tre programmerere og en prosjektleder. Hun hevder også at B i ettertid forklarer at de har lagt vekt på andre egenskaper enn det som ble oppgitt ved utvelgelsesprosessen. Hun nevner som eksempel at det i Bs senere redegjørelser trekkes inn nye momenter som viktigheten av programmering og kundekjennskap.

#### **B:**

B hevder det ikke er grunnlag for påstander om diskriminering av A som ansatt i virksomheten eller i forbindelse med den nødvendige nedbemanning som måtte gjennomføres.

#### **1. manglende lønnsutvikling**

B hevder det må være en misforståelse når A hevder at ledelsen har gått ut og fortalt om generelle tillegg. Det som er gitt er en orientering om et gjennomsnittlig nivå for lønnstilleggene i virksomheten. Selskapets strategi om markedstilpasset lønn har alltid vært kjent og formidlet.

B hevder at lønnen fastsettes ensidig av arbeidsgiver, ved at avdelingslederne får en ramme til å fordele lønnsøkning blant sine medarbeidere. Lønnsstrategien har siden 2003 vært en markedsjustering av den enkelte ansattes lønn, og det gis derfor ingen generelle tillegg. Avdelingsleder prioriterer ansatte som er viktige ressurser for selskapet, de som er vanskelig å erstatte, samt de som har en lav lønn i forhold til markedet.

B viser videre til at A og Ys stillinger ikke er sammenlignbare.

Y var prosjektleder på et viktig kundeforhold, mens A jobbet med helt andre oppgaver. Etersom de var redd for å miste Y til konkurrenter gav de han større lønnspålegg, i tråd med lønnsstrategien deres.

De viser til at A i løpet av perioden 2006-2010 har 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 A hadde en særlig og økonomisk gunstig avtale fra sin ansettelse i C. B viste derfor til hennes gunstige ansettelsesvilkår for å vise at hennes lønnsvilkår var bedre enn hun selv

oppfattet.

## 2. Utvelgelsen til ny X- avdeling

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 til

- egnethet
- ansiennitet pluss vurderinger om særlige sosiale forhold

De som ble tilbudt stilling i Oslo var en avdelingsleder, tre programmerere og en prosjektleder. A ble vurdert til prosjektlederstillingen.

Avdelingslederne utarbeidet en egnethetsmatrise, kalt kompetansematrise. A 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.

B 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.

## 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. Handlinger som setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville vært på grunn av graviditet eller fødsel, og forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon, tre uker før fødsel og seks uker etter fødsel, regnes som direkte diskriminering, jf. § 3 annet ledd. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering, jf. § 3 tredje ledd.

Med indirekte forskjellsbehandling menes ” enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet”, jf. § 3 tredje ledd. Fordi det fremdeles er kvinner som tar mesteparten av foreldrepermisjonen, vil vektlegging av slikt fravær derfor ramme kvinner i langt større grad enn menn. Denne saken reiser spørsmål om indirekte diskriminering på grunn av foreldrepermisjon.

Indirekte forskjellsbehandling er likevel tillatt i særlige tilfeller 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, jf. § 3 fjerde ledd. Etter ombudet og nemndas praksis skal det imidlertid mye til for at denne unntaksbestemmelsen skal komme til anvendelse i saker om forskjellsbehandling i arbeidslivet på grunn av foreldrepermisjon.

Likestillingsloven § 1a pålegger arbeidsgiver å arbeide aktivt, målrettet og planmessig for å sikre likestilling mellom kjønnene, blant annet når det gjelder lønnsvilkår.

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 fra klager 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 vurdering

Saken reiser to hovedspørsmål.

For det første er det spørsmål om B handlet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering i likestillingsloven § 3 tredje ledd ved fastsettelsen av As lønn i perioden 2006-2010. Denne delen av saken reiser spørsmål om B ulovlig har lagt vekt på As graviditet og foreldrepermisjon i forbindelse med de årlige lønnsjusteringene da hun var fraværende. Dernest er det spørsmål om As fravær under foreldrepermisjon hadde betydning for B sin beslutning om å ikke ansatte henne i X avdelingen høsten 2010.

Ombudet vil først vurdere om B handlet i strid med likestillingsloven § 3 fjerde ledd ved fastsettelsen av As lønn i årene 2006-2010.

Det første spørsmålet for ombudet i denne vurderingen blir om A ble stilt dårligere enn andre i virksomheten i forbindelse med lønnsjusteringene i perioden 2006 til 2010.

B avviser at A ble stilt dårligere enn andre i selskapet i den aktuelle perioden. B begrunner dette med at femårsperioden fra 2006-2010 må sees i sammenheng. I denne perioden har A fått to år med tillegg, og tre år med nulltillegg. Det er totalt fem ansatte som i samme periode har fått tre nulltillegg – 2 kvinner og 3 menn. Det er også to menn som av totalt syv lønnsoppgjør har fått fire og fem nulltillegg. Det er altså flere som har hatt dårligere eller lik lønnsutvikling som A.

A påpeker i sine kommentarer til ombudet at B sin presentasjon av statistikk over hvem som har fått lønnstillegg, ikke danner et korrekt bilde av situasjonen hennes. Ettersom hver avdelingsleder får en ramme til å fordele lønnsøkning blant sine medarbeidere, sammenligner hun seg med de under samme leder som henne. Dette begrunner hun også med at det er stor turnover i selskapet med mange nyansatte med mindre kompetanse enn henne. Selskapet har også flere

ulike lokasjoner, og det blir misvisende med en samlet oversikt over lønnstilleggene på helt andre lokasjoner.

Ombudet har fått oversendt statistikk over lønnstillegg fra B. Ombudet mener tabellene er uoversiktlig og basert på et uklart faktagrunnlag. Tabellene tilkjenne gir ikke noe om grunnlaget og hvilke ansatte tallene gjelder. Tabellene er angitt i prosent, og ombudet mener tallene er lite sammenlignbare og at de vanskelig gir en klar fremstilling av ansatte A kan sammenligne seg med.

A har vist til at hun mener Y er den det er mest naturlig for henne å sammenligne seg med. Hun viser til at han i 2006 fikk et lønnstillegg på 30.000 kr, mens hun fikk 15.000 kr. Ombudet har derfor bedt B om informasjon om hans videre lønnsutvikling konkret, eventuelt andre selskapet mener det er naturlig å sammenligne A med. B mener A og Y ikke kan sammenlignes, og ombudet har derfor ikke mottatt konkrete tall fra B. Ombudet har heller ikke mottatt konkrete tall eller informasjon om andre ansatte B mener det er naturlig å sammenligne A med.

På bakgrunn av dette finner ombudet at A ble stilt dårligere enn andre kollegaer det var naturlig å sammenlikne seg med.

Spørsmålet for ombudet blir videre om det er " grunn til å tro" at As graviditet og foreldrepermisjon hadde betydning for hennes lønnsutvikling i B i perioden 2006 til 2010. Bevisbyrden går i så tilfelle over på B, som må sannsynliggjøre at det utelukkende var andre forhold som var avgjørende for fastsettelse av lønnstillegg, eller for ikke å gi henne lønnstillegg.

A viser til at hun fikk lønnstillegg i 2006 og 2009. Dette er de samme årene som hun var til stede på jobb. I årene 2007, 2008 og 2010, hvor hun i den største delen av tiden var ute i foreldrepermisjon, fikk hun et nulltillegg. Det er derfor et klart sammenfall mellom de årene A var til stede på jobb, og de årene hun fikk lønnstillegg.

Ombudet mener at det derfor er "grunn til å tro" at hennes lønnsutvikling har hatt sammenheng med at hun har vært fraværende i foreldrepermisjon. Bevisbyrden går dermed over på arbeidsgiver, jf. likestillingsloven § 16.

Spørsmålet blir da om B har sannsynliggjort at det er andre grunner enn foreldrepermisjon som har ført til at A ikke fikk lønnstillegg de årene hun var i permisjon. B viser til sitt lønnssystem som begrunnelse for ulik lønnsutvikling blant sine ansatte.

Ombudet vil innledningsvis understreke at i norsk arbeidsliv gjelder prinsippet om fri lønnsdannelse. Arbeidsgivere har ingen plikt til å føre regelmessige lønnsforhandlinger med de ansatte, med mindre man er bundet av tariffavtaler. Dette innebærer at det i utgangspunktet ikke vil være i strid med regelverket å praktisere et lønnssystem som bygger på markedsjustering med visse underliggende kriterier. Partene i saken er uenig om B sitt lønnssystem gir generelle tillegg, eller om lønnssystemet er basert på en markedsjustering.

Ombudets praksis i spørsmål om lønnstillegg under foreldrepermisjon kan

opsummeres i et skille mellom generelle og individuelle lønnstillegg. Ombudet har slått fast at der lønnstillegg bygger på en individuell vurdering av den enkelte arbeidstaker, aksepteres det at arbeidsgiver krever en viss tilstedeværelse for å kunne vurdere den ansatte opp mot fastsatte kriterier for lønnstillegg. Ombudet har akseptert at der arbeidsgiver ikke har tilstrekkelig grunnlag for å vurdere den ansatte på grunn av langt fravær kan det være saklig at den ansatte i permisjon ikke oppjusteres. Det er imidlertid slik at ansatte som er i foreldrepermisjon ikke skal behandles strengere enn arbeidstakere med annet fravær, for eksempel sykemelding.

Når det gjelder generelle lønnstillegg som gis uten en individuell vurdering, har alle i utgangspunktet rett til tillegget, uavhengig om de er til stede på jobb eller i permisjon. A mener at B hadde et lønnsystem der alle har fått bestemte generelle tillegg, og noen i tillegg har fått mer enn det generelle tillegget. Til støtte for dette viser hun til prosentsatser kopiert fra presentasjoner for alle ansatte i B, og som senere er publisert på intranett.

B avviser at det ble gitt generelle, prosentvise tillegg til alle ansatte i selskapet i perioden 2006-2010. De viser til at det siden 2003 har vært kjent og formidlet at lønnsstrategien er markedstilpasning, og at følgende kriterier er bestemmende for lønnsfastsettelsen:

1. *de som vi ser som viktige ressurser for selskapet*
2. *de det er vanskelig å erstatte*
3. *de som har en lav lønn i forhold til markedet*

Prosentatsene som er presentert på intranett viser bare et gjennomsnittlig nivå for lønnstilleggene i virksomheten.

Av den oversendte dokumentasjonen på det som er publisert på intranett ser ombudet at det er lagt ut prosentsatser for gjennomsnittlig og median lønnstillegg. *Gjennomsnitt* vil etter ombudets forståelse innebære at noen har fått mer i tillegg enn dette tallet, og noen mindre. Bruken av ordet *gjennomsnitt* vil heller ikke utelukke at noen har fått nulltillegg. *Median* er etter ombudets forståelse den midterste verdien man finner ved å sortere de aktuelle tillegg i stigende rekkefølge. Median tallet kan bli annerledes enn gjennomsnittet, men som for gjennomsnitt vil noen ha fått mer enn medianen og noen mindre. Ombudet mener derfor at publiseringene på intranett ikke kan legges til grunn som dokumentasjon på at selskapet har gitt rene generelle tillegg til alle ansatte.

Ombudet finner imidlertid heller ikke at arbeidsgiver i tilstrekkelig grad dokumenterer at tilleggene som er gitt, er rene individuelle tillegg. Arbeidsgiver har vist til eksempler der en ledende ansatt har fått noen år med nulloppgjør fordi det er alternativer for hans stilling i selskapet, og der ansatte har fått tillegg fordi deres databasekompetanse var etterspurt i selskapet og på markedet, og lønnstillegg som ble gitt fordi selskapet var redd for å miste en ansatt til en konkurrent.

Slik ombudet ser selskapets lønnsstrategi, er ikke lønnstilleggene direkte knyttet til vurdering av innsats eller lønnsomhet. Fastsettelsen beror likevel på faktorer som fordrer en individuell vurdering, kanskje særlig i forhold til kriteriet *viktig ressurs for*



*selskapet. Arbeidsgiver viser også dette når de skriver som begrunnelse for en ansatt sin lønnsøkning at: (han) var prosjektleder på et viktig kundeforhold, og vi var bekymret for å miste han til en av våre konkurrenter.*

Begrunnelsen viser at det er av betydning om du er til stede på viktige kundeforhold der konkurrenter kan "oppdage" deg og din kompetanse.

Når det gjelder kriteriene om *vanskelig å erstatte, og lav lønn i forhold til markedet* ser ombudet at den individuelle innsats betyr mindre, mens den generelle mangelen på en type kompetanse blir avgjørende. Det viser B med sitt eksempel der ansatte med en type databasekompetanse, uavhengig av innsats, ble gitt relativt store tillegg. Ombudet mener på bakgrunn av dette at selskapets lønnsystem har elementer av både generelle og individuelle tillegg i seg. Lønnsystemet kan dermed ikke likestilles med de tilfeller der ombudet har kommet til at det er gitt individuelle tillegg, og at det derfor kan aksepteres at ansatte i foreldrepermisjon ikke gis tillegg.

Det er derfor opp til B å dokumentere at vurderingene som er gjort av A i de årene hun var fraværende på grunn av foreldrepermisjon, ble gjort utelukkende på grunnlag av hennes betydning for selskapet.

B har for det første vist til at A sitt lønnsnivå var bedre enn hun kanskje oppfattet selv. Dette er begrunnet i at hun i sitt ansettelsesforhold har avtale om full lønnskompensasjon under fravær i forbindelse med foreldrepermisjon, i tillegg til at hun beholder ordninger med fri telefon, mobiltelefon, ADSL, aviser og helsekontroll i inntil 24 måneder permisjonsfravær. Etter deres vurdering må avtalens innhold få betydning når hennes lønnsforhold skal vurderes. Ombudet avviser ikke at en slik bestemmelse i arbeidsavtalen er god, og går lengre enn det arbeidsgiver er forpliktet til etter folketrygdloven.

Ombudet kjenner ikke til hvor mange av de ansatte i selskapet som hadde en slik avtale, men vil for ordens skyld gjøre oppmerksom på at dersom denne form for avtaler for eksempel bare kommer kvinnelige ansatte til gode, vil det fort være i strid med likestillingsloven.

B betegner avtalen som en særlig og økonomisk gunstig avtale. Avtalen gir imidlertid ikke A høyere lønn enn det arbeidsgiver har vurdert at hun skal ligge på etter deres kriterier og lønnsystem. Den medfører imidlertid at hun beholder full lønn også under foreldrepermisjon.

Ombudet mener arbeidsgiver ikke kan bruke en slik avtale som en del av sin begrunnelse for ikke å gi A høyere lønn. En slik avtale vil ikke kunne utjevne lønnsforskjeller og det A oppfatter som manglende lønnsutvikling i forhold til andre kollegaer.

Når det gjelder lønnsutvikling i selskapet, har B oversendt følgende oversikt som viser hvor stor andel av de ansatte som har hatt lik eller dårligere lønnsutvikling enn A:

År 2006 2007 2008 2009 2010  
Antall oppgjør 31% 14% 13% 13% 57%

*lavere eller lik*  
A

Fakta grunnlaget bak prosenttallene er imidlertid ikke presisert nærmere, og det er ingen informasjon om variabler som for eksempel stillingstitler, arbeidsoppgaver, ansvar, ansiennitet, og det er heller ikke forklart hvorvidt de kan sammenlignes med A.

B viser i en annen tabell til at det er 20 ansatte som har jobbet hele tiden i bedriften i perioden 2006-2010. Tabellen skal vise at 25 % har i perioden hatt en lønnsvekst på mellom 5 og 10 % som A.

B gir heller ikke her informasjon om sammenligningsgrunnlaget med A i forhold til stillingstitler, arbeidsoppgaver, ansvar, kompetanse og andre variabler som er viktige i lønnsfastsettelsen.

Ombudet mener tabellene ikke gir noen begrunnelse og forklaring på As lønnsutvikling. En ren konstatering av at det finnes andre ansatte i selskapet som har lik lønnsutvikling som A sannsynliggjør ikke at det ikke er skjedd diskriminering på grunn av foreldrepermisjon. Det er ikke gitt noen forklaring i henhold til tabellenes faktagrunnlag, og hvilke vurderinger som er gjort av de ansatte opp mot selskapets kriterier for lønnsfastsettelse.

B har heller ikke vist til at det er gjort konkrete vurderinger av A opp mot de tre kriteriene for lønnstillegg de årene hun har vært i permisjon. B har heller ikke på oppfordring fra ombudet redegjort konkret for Y eller andre ansatte det er naturlig å sammenligne A med.

Med vekt på at tabellene ikke gir noe mer enn en konstatering av at det finnes andre i et større selskap som har lik lønnsutvikling som A, og det faktum at B ikke har vist til konkrete vurderinger av A finner ombudet at arbeidsgiver ikke har oppfylt sin bevisbyrde etter likestillingsloven § 16.

Ombudet finner derfor at B ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort at det var andre forhold enn foreldrepermisjon som var avgjørende i vurderingen av As lønn.

B har i sine redegjørelser til ombudet hevdet at lønnsjusteringene og nullopptjeringene ikke har noen sammenheng med fravær på grunn av foreldrepermisjon. Ombudet går derfor ikke inn i vurderingen av om forskjellsbehandlingen likevel må anses lovlig på bakgrunn av unntaket for saklig forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3 fjerde ledd.

Det andre hovedspørsmålet denne saken reiser er om A ble forbigått i strid med likestillingsloven § 3 ved opprettelsen av stillingen. Ombudet skal vurdere om B la negativ vekt på As graviditet og foreldrepermisjon ved vurderingen av henne som aktuell kandidat for stilling i den nye avdelingen. Det er ikke avgjørende for ombudets vurdering om A skulle fått en stilling i avdelingen. Forbudet mot forskjellsbehandling på grunn av graviditet og foreldrepermisjon gjelder alle deler av en tilsetningsprosess, og ikke bare det endelige valget av hvem som skal tilsettes. Dette gjelder uten

hensyn til om vedkommende ville blitt tilsatt i stillingen. Dette er lagt til grunn i flere av ombudets saker, se blant annet sak nr 10/539 og Klagenemnda for likestilling sin sak 19/2006.

Ombudet vil innledningsvis fastslå at det å ikke få en stilling, eller bli avskåret fra en jobbmulighet er å " bli stilt dårligere".

A ble ikke funnet aktuell til en stilling i den nye avdelingen. Spørsmålet blir da om det er grunn til å tro at As fravær på grunn av foreldrepermisjon spilte inn ved arbeidsgivers utvelgelse til avdelingen. Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at As foreldrepermisjon hadde betydning for arbeidsgivers utvelgelse, går bevisbyrden over på B. B må da sannsynliggjøre at diskriminering ikke har skjedd.

De ansatte ble på et personalmøte 21. september 2010 informert om ny organisasjon og hvor mange som måtte gå i den forestående nedbemanningsprosessen. A viser til at hun etter dette møte fikk beskjed av sin overordnede, D, at relevante stillinger for henne ville være i Bergen. Han mente det ikke ville være noe stilling til henne i Oslo.

Onsdag 22. september var A i drøftelsesmøte med administrerende direktør og HR medarbeider fra Bergen. A redegjorde for sin kompetanse som var relevant for avdelingen, noe de ikke var klar over. A sendte samme kveld oversikt over sin kompetanse til de på e-post. 28. september ble det avholdt drøftelsesmøte med administrerende direktør og HR medarbeider på telefon fra Bergen, samt overordnet D.

D la frem en egnethetsmatrise som skulle vise As egnethet for den nye avdelingen. Matrisen inneholdt faglige kriterier som blant annet *domain knowledge energy* og *knowledge about programming*, samt mer personlige egenskaper som *time to delivery/efficiency*, *cooperation ability* og *general initiative*.

Karakterskalaen på matrisen gikk fra 1-5 der 5 var beste karakter. A oppnådde karakter fra 1-4, med en samlet poengsum på 47. A viser til at hun i mai 2009 var på medarbeidersamtale der det ble utferdiget en matrise med lignende kriterier som i egnethetsmatrisen. På denne matrisen fikk hun karakter 4 og 5 på alle kriterier, også på kriterier om å holde tidsrammer, initiativ og samarbeidsvilje. De to matrisene viser altså ulike karakterer på like kriterier. I perioden mellom de to matrisene har A vært i arbeid ca 12 uker, fordelt på ca 6 uker i mai/juni 2009 og ca 6 uker august/september 2010.

Ombudet mener det faktum at As overordnede ikke hadde orientert videre om hennes kompetanse før drøftelsesmøte, sammenholdt med de ulike karakterene hun blir gitt på like kriterier gir grunn til å tro at hennes fravær i foreldrepermisjon spilte inn i utvelgesprosessen.

B må etter dette sannsynliggjøre at graviditet og foreldrepermisjon ikke ble vektlagt i utvelgesprosessen, jf. likestillingsloven § 16.

Ombudet vil bemerke at ettersom kvalifikasjonsprinsippet ikke gjelder i det private står arbeidsgivere friere til å velge hva de vil vektlegge hos aktuelle søkere.

Begrensningene i likestillingsloven gjelder imidlertid også her, og forskjellsbehandling på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter er forbudt. B hevder at A ble vurdert til stillingen som prosjektleder. Hun fikk jevnt over gode resultater, men av 8 kandidater var det kun 2 som hadde dårligere gjennomsnittsscore enn henne. Hun ble vurdert som nr 2 til stillingen som prosjektleder bak Y. Han scorer vesentlig høyere på matrisen enn A.

Som begrunnelse for de ulike karakterene viser B viser til at matrisen fra medarbeidersamtalen og egnethetsmatrisen har to ulike formål og karakterene kan derfor ikke sammenlignes. Ut i fra As redegjørelse legger ombudet til grunn at samme person var inne i begge vurderingene av henne. Matrisen fra medarbeidersamtalen er en oppfølging av As utvikling som medarbeider i innværende stilling, mens egnethetsmatrisen er en vurdering av A i forhold til andre medarbeidere. Karakterene på egnethetsmatrisen har som formål å stille den enkelte medarbeiders kompetanse opp mot de øvrige.

Ombudet mener en slik metode for å vurdere aktuelle kandidater vil være uoversiktlig og vanskelig målbar, spesielt i dette tilfelle da det er flere kandidater som er vurdert opp mot hverandre. Ombudet ser også at As karakterer på kriterier som å holde tidsrammer og samarbeidsvilje faller fra 5 til 3, og initiativ faller fra 4 til 2. Det fremgår av partenes redegjørelse at A har vært i jobb ca. 12 uker mellom de to ulike vurderingene av henne. Den vurderingsmetoden arbeidsgiver har benyttet sammenholdt med den relativt korte tiden arbeidsgiver har hatt til å vurdere A så ulikt, gjør at ombudet mener arbeidsgivers begrunnelse fremstår som lite holdbar.

På bakgrunn av dette finner ombudet at B' redegjørelse av utvelgelsen ikke i tilstrekkelig grad sannsynliggjør at As fravær på grunn av foreldrepermisjon ikke spilte negativt inn i deres vurdering.

## Konklusjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at B handler i strid med likestillingsloven § 3 annet ledd ved fastsettelsen av As lønn, og i utvelgelsesprosessen ved opprettelse av X-avdelingen.

\*\*\*

A har gjort ombudet oppmerksom på at hun mener attesten hun har mottatt fra B sier lite om henne som ansatt sammenlignet med attestene andre i B har mottatt. Dette forhold er ikke tatt opp i denne uttalelsen ettersom A er i dialog med B for å endre attesten. Ombudet gjør imidlertid oppmerksom på at spørsmålet kan tas opp seinere, og kan vurderes etter forbudet mot gjengjeldelse i likestillingsloven § 3 sjette ledd.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har ikke kompetanse til å ilagge 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 frem til en minnelig løsning i

saken. Vi ber om tilbakemelding innen **fredag 27. mai 2011** om hvordan B foreslår å løse saken, dersom B velger ikke å bringe saken inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.