

Ett urval av norske avgöranden om markedsverdi og likelønn

I norske likelønnetivster har arbeidsgivarens hänvisning till marknaden som en saklig grund för att förklara en påstådd könsrelaterad löneskillnad varit föremål för prövning vid en rad tillfällen. Hänvisningen till begreppet marknad får närmast ses som liktydigt med svårigheter att behålla och rekrytera personal. I denna framställning refereras till sammanlagt fyra sådana tvister. I tre ärenden underkände domstolarna (och LDO i ärende 07/406) arbeidsgivarens marknadsargument. I ett ärende underkände LDO marknadsargumentet (ärende 06/1834) medan LDN kom fram till en motsatt bedömning (avgörande 23/208).

Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO) motsvarar närmast den svenska Diskrimineringsombudsmannen (DO). LDO:s beslut kan överklagas till **Likestillings- og diskrimineringsnemnda (LDN)** som i viss mån motsvaras i Sverige av Nämnden mot diskriminering. Under perioden 2006-2016 avgjorde LDN mellan 24 till 84 ärenden per år. Ett undantag är år 2016 då enbart två ärenden avgjordes. Före år 2006 avgjordes tvister i en annan nämnd, **Klagenemnda for likestilling (LKN)**. Medan den norske LDN samlagt under nämnda tidsperiod avgjorde 462 ärenden har den svenska Nämnden mot diskriminering avgjort sammanlagt 4 ärenden.

LKN 2001-2 – dokumentasjon av nødvendigheten av å bruke lønn som virkemiddel i rekrutteringsøyemed - brudd

Saken gjaldt avlønning av en kvinnelig sykepleier og en mannlig ingeniør ved et sykehus. Arbeidsgiver anførte at forskjellen var begrunnet i markedshensyn. Nemnda delte seg i et flertall og et mindretall. Flertallet fant at avlønningen var i strid med likelønnsbestemmelsen. Likestillingsloven § 3 ble ikke nevnt i vurderingen.

“Flertallet kan i det alt vesentlige tiltre Likestillingsombudets begrunnelse og bemerker at det ikke er tilstrekkelig å vise til at det generelt er vanskelig å rekruttere bestemte yrkesgrupper, som for eksempel ingeniører, selv om rekrutteringsvanskeligheter i utgangspunktet er et kjønnsnøytralt kriterium. Arbeidsgiver må også sannsynliggjøre at det var konkrete omstendigheter som gjorde at det var nødvendig å bruke lønn som virkemiddel i rekrutteringsøyemed. Flertallet vil tilføye at det i denne saken er tale om å sannsynliggjøre påstander som i utgangspunktet burde være enkle å belegge med dokumentasjon fra ansettelsesprosessen.”

Mindretallet la til grunn at markedsverdien generelt er høyere for IT-ingeniører enn sykepleiere, og at det at etterspørselen er stor for begge grupper ikke betyr at markedsverdien er den samme.

LKN 2002-5 – generell markedsverdi for en yrkesgruppe kan ikke automatisk vektlegges i en konkret lønnsfastsettelse - brudd

Saken gjaldt avlønningen av tre kvinnelige aktivtører og en mannlig håndverker. Nemndas flertall fant at det ikke var dokumentert at det var nødvendig å vektlegge markedshensyn ved avlønningen

av håndverkeren. Nemnda vurderte § 5 og § 3 (indirekte forskjellsbehandling). Flertallet uttalte blant annet:

“Selv om markedslønnen generelt sett må antas å ligge noe høyere for håndverkere enn for aktivtører, foreligger det etter flertallets syn ikke opplysninger som tilsier at en lønn utover lønnstrinn 23 hadde betydning for rekrutteringen til denne konkrete virksomheten. Det vises til at to håndverkere med fagbrev søkte stillingen til tross for at daværende avlønning i følge utlysningsteksten var lønnstrinn 23. Det foreligger ikke opplysninger som skulle tilsa at det i tilknytning til ansettelsen var fremsatt krav om høyere lønn.”

Mindretallet la vekt på at håndverkeren fikk samme lønn som sin forgjenger i stillingen. Etter mindretallets syn var det tilstrekkelig at det var allment kjent at det var vanskelig å rekruttere håndverkere med fagbrev. At vedkommende ikke hadde stilt lønnskrav, var ikke relevant.

LDO 06/1834 og LDN 23/2008 – avdelingssykepleiere vs avdelingsingeniører – markedshensyn – indirekte diskriminering- kjønnskjev effekt- ulik konklusjon i ombud og nemnd

LDO 06/1834 Harstad – markedsbegrunnelsen var indirekte diskriminerende - brudd

Faktum:

Saken gjaldt lønnsforskjeller mellom to avdelingssykepleiere på den ene siden og fire avdelingsingeniører på den andre siden, der de kvinnelige avdelingssykepleierne var lavere lønnet enn mennene. Det var fagforbundet som klaget saken inn for ombudet på vegne av de to avdelingssykepleierne. Sykepleierne hadde lederansvar for henholdsvis 10 og 12 personer og henholdsvis påbegynt og fullført lederutdanning. Personene de sammenlignet seg med var avdelingsledere på henholdsvis byggesak og oppmåling og fagkoordinatorer på henholdsvis vann og avløp og VA-drift. De to mennene hadde ansvar for tre ansatte hver, samt innleide konsulenter. Fagforbundet, som representerte kvinnene, mente arbeidene var av lik verdi, og at det å begrunne lønnsforskjellene med markedshensyn var indirekte diskriminerende. Selv i perioder med sykepleiermangel har ingeniørene hatt best betalt. Kommunen anførte at lønnsforskjellene hadde bakgrunn i at det var vanskelig å rekruttere og holde på ingeniører. Kommunen viste også til at avdelingsingeniørerene hadde lenger kommunal erfaring enn avdelingssykepleierne.

Ombudets vurdering:

Ombudet fant at arbeidene var av lik verdi. Ombudet bemerket blant annet at det prinsipielt var viktig å fastslå at det medfører minst like mye ansvar å ivareta liv og helse som tekniske innretninger.

Ombudet vurderte deretter om det var andre årsaker til lønnsforskjellene uavhengig av kjønn. Det sentrale var om markedsposisjonen til de to ulike yrkesgruppene kunne begrunne en ulik avlønning. Da de to yrkesgruppene var svært kjønnssegregerte, reiste saken spørsmål om indirekte forskjellsbehandling.

Ombudet mente at lønssystemet i Harstad kommune var i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3, ved at kommunen la en markedstenkning til grunn for lønnsfastsettelsen uten å foreta en nærmere vurdering av hvilke følger dette fikk i forhold til likelønn. Ombudet uttalte: *En slik lønnspolitikk*

innebærer at det ehlt grunnleggende kravet om likelønn mellom kvinner og menn ikke oppfylles, og det er etter ombudets mening ingen tvil om at dette "faktisk virker slik at kvinner stilles dårligere enn menn", jf. definisjonen av indirekte diskriminering.

Spørsmålet ble deretter om den indirekte forskjellsbehandlingen likevel var lovlig, jf. § 3 fjerde ledd. Ombudet mente at vektleggingen av markedshensyn var saklig og nødvendig, men at forholdsmessighetsvilkåret ikke var oppfylt. Ombudet mente at likestillingshensyn måtte gå foran markedshensyn. Ombudet mente at denne saken lå i kjerneområdet for det som syntes å ha vært lovgivers intensjon med innskjerpingen av likelønnsbestemmelsen i 2002.

Konklusjon:

Ombudet konkluderte med at avlønningen var i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3. Saken ble klaget inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda.

LDN 23/2008 Harstad – markedshensyn – lovlig indirekte forskjellsbehandling – ikke brudd

Nemndas vurdering:

Likestillings- og diskrimineringsnemnda kom til at avlønningen av to avdelingspsykepleiere på den ene siden og to avdelingsingeniører på den andre siden ikke var i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3.

Nemnda vurderte først om arbeidene var av lik verdi. Ombudet fant at arbeidene var av lik verdi og viste blant annet til *"at ett av formålene med likelønnsbestemmelsen og arbeidsvurderingen er å oppjustere typiske kvinneyrker. Effektivitetshensyn tilsier derfor at ansvar for mennekser tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier."*

Deretter vurderte nemnda om lønnsforskjellene likevel var tillatt. Nemnda fant at lønnsforskjellene ikke var i strid med forbudet mot direkte forskjellsbehandling, da det var andre grunner enn kjønn som begrunnet lønnsforskjellene. Spørsmålet nemnda tok stilling til var dermed om lønnsforskjellene var i strid med forbudet mot indirekte forskjellsbehandling, jf. § 3 tredje og fjerde ledd. Nemnda uttalte at "§ 3 om indirekte diskriminering også kommer til anvendelse ved saker etter § 5" og henviste til forarbeidene. Nemnda fastslo at markedshensynet fikk kjønnskjev virkning, ved at de to yrkesgruppene var kjønnssegregerte. Lønnsforskjellene var dermed i utgangspunktet i strid med § 3 tredje ledd. Spørsmålet ble derfor om forskjellsbehandlingen likevel var lovlig, jf. fjerde ledd.

Nemnda viste til norsk og EU-rettslig praksis som tilsa at ansiennitet og markedsverdi kan anses som kjønnsnøytrale begrunnelser. Ifølge LKN 2/2001 og LDN 13/2006 må arbeidsgiver sannsynliggjøre at det er konkrete omstendigheter som gjør det nødvendig å bruke lønn som virkemiddel overfor de aktuelle arbeidstakerne.

Nemnda mente det var sannsynliggjort at de to mennene hadde opparbeidet seg en spisskompetanse som det var vanskelig å erstatte, og at det hadde vært dokumenterte rekrutteringsproblemer som tilsa høyere lønninger. Til fagforbundets anførsel om at lønn kun ble brukt som virkemiddel ved problemer med å rekruttere ingeniører, uttalte nemnda at også andre goder som ytes av arbeidsgiveren måtte hensynstas i likelønnsvurderingen. Nemnda vurderte deretter om den høyere avlønningen var uforholdsmessig inngripende. I dette spørsmålet delte nemnda seg i et flertall og et mindretall.

Flertallet mente at lønnspraksisen ikke var uforholdsmessig, og at den dermed var lovlig. Mindretallet mente derimot at markedshensynet ikke kunne godtas som en kjønnsnøytral begrunnelse. Å legge vekt på markedshensyn ville få store konsekvenser i et likestillingsperspektiv.

Konklusjon

Nemnda konkluderte med at likelønnsbestemmelsen i § 5 ikke var brutt.

Merknad

I denne saken hadde nemnda motsatt konklusjon av ombudet. Ved å si at markedshensynet ikke er uforholdsmessig inngripende i et likestillingsperspektiv, kan det hevdes at nemndas avgjørelse bidrar til å sementere ulikelønn. Avgjørelsen er imidlertid viktig ved at den anerkjenner at markedshensyn ikke automatisk er kjønnsnøytralt og at spørsmålet må behandles etter regelen om indirekte diskriminering i den tidligere likestillingsloven § 3.

LDO 07/406 og LDN 42/2009 – “SFO-saken” – markedshensyn – brudd hos både ombud og nemnd

LDO 07/406 - brudd

Faktum:

Saken gjaldt lønnsforskjeller mellom en kvinnelig SFO-leder og fem mannlige arbeidsledere ved Teknisk avdeling i Fredrikstad kommune. Den kvinnelige SFO-lederen hadde en årslønn på kr. 296.595. De fem mannlige arbeidslederne hadde en årslønn på kr. 321.945. Kvinnen mente at hun utførte arbeid av lik verdi som mennene og at lønnsforskjellen var kjønnsdiskriminerende.

Ombudets vurdering:

Ombudet vurderte først om arbeidene var av lik verdi. Ombudet bemerket innledningsvis at arbeidsvurdering kan skje på tvers av fag og tariffavtaler, og at dette er en forutsetning for at likelønnsbestemmelsen skal være et effektivt virkemiddel i et kjønnsdelt arbeidsmarked, jf. forarbeidene (ot.prp. nr. 77 s. 58). Ombudet sammenlignet deretter arbeidene, der kriteriene kompetanse, ansvar, arbeidsforhold og anstrengelse inngikk. Ombudet fant at det var stilt høyere krav til kompetanse for stillingen som SFO-leder. Videre fant ombudet at de ulike stillingene hadde like stort personalansvar, og at arbeidslederne ikke hadde større budsjett enn SFO-lederen. Når det gjaldt sammenligningen av arbeidsoppgavene, uttalte ombudet:

“Ett av formålene med likelønnsbestemmelsen er å oppjustere typiske kvinneyrker. Effektivitetshensyn tilsier derfor at ansvar for mennesker tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier. Det er også fremhevet i Arbeidsvurderingsutvalgets innstilling at dette er et viktig moment for å sikre at systemet måler ansvar på en kjønnsnøytral måte.”

Ombudet fant etter en samlet vurdering at arbeidene var av lik verdi. Arbeidsgiver måtte derfor sannsynliggjøre at det var andre omstendigheter enn kjønn som var årsak til lønnsforskjellene. Ombudet uttalte at saken reiste spørsmål om indirekte diskriminering, da saken dreide seg om kvinnedominerte og mannsdominerte yrkesgrupper. Ombudet viste til blant annet praksis fra EF-

domstolen som sier at et vesentlig større antall kvinner enn menn må rammes for at det skal dreie seg om indirekte diskriminering. Nemnda viste også til Harstad-saken. Ombudet la til grunn at det på generell basis var vesentlig flere kvinner enn menn blant SFO-ledere og motsatt ved arbeidsledere innenfor teknisk drift. Spørsmålet var om forskjellsbehandlingen var saklig, jf. § 3 fjerde ledd. Spørsmålet ble dermed om det påberopte markedshensynet og ansiennitetshensynet oppfylte vilkårene i fjerde ledd. Ombudet fant at markedshensynet ikke var dokumentert. Når det gjaldt ansiennitet, uttalte ombudet at alle de aktuelle personene hadde lang erfaring i kommunen, og at ansiennitet derfor ikke kunne tillegges vekt.

Konklusjon:

Ombudet konkluderte etter dette med at avlønningen var i strid med likestillingsloven § 5, jf. § 3 tredje ledd.

LDN 42/2009 - brudd

Nemndas vurdering:

Nemnda vurderte først om de fem mannlige arbeidslederne utførte arbeid av lik verdi som SFO-lederen. Nemnda viste til Ot. Prp. Nr. 77 (2000-2001) om at hovedpoenget med en slik arbeidsvurdering er "å hindre at faktorer som først og fremst favoriserer det ene kjønn blir framherskende ...", jf. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 60 og 114. Nemnda viste også til formuleringen i Ot.prp.nr. 77 (2000-2001) om at det må være mulig å sammenligne arbeid på tvers av fag for at likelønnsbestemmelsen skal være et effektivt virkemiddel på et kjønnsdelt arbeidsmarked. Nemnda foretok en konkret vurdering av kriteriene kompetanse, arbeidsoppgaver og ansvar. Nemnda uttalte:

"Ved vurderingen av om arbeidet har lik verdi har Nemnda sett hen til at et vesentlig formål med likelønnsbestemmelsen og arbeidsvurderingen er å justere opp kvinneyrker. Det innebærer også at effektivitetshensyn tilsier at ansvar for mennesker, og i dette tilfellet barn, tillegges samme vekt som ansvar for materielle verdier. Det vises i den sammenheng til arbeidsvurderingsutvalgets innstilling, hvor det er trukket frem at dette er viktig for å sikre at systemet måler ansvar på en kjønnsnøytral måte."

Nemnda delte seg i et flertall og et mindretall ved vurderingen av personalansvar. Flertallet fant at arbeidene var av lik verdi, mens mindretallet kom til det motsatte. Mindretallet anså det som avgjørende at arbeidsgiver kan bruke lønn som lovlig virkemiddel for at ledere skal påta seg personalansvar.

Nemnda vurderte deretter om lønnsforskjellene var lovlige. Nemnda fant at lønnsforskjellene ikke var begrunnet i kjønn, og at avlønningen dermed ikke var direkte diskriminerende. Spørsmålet ble dermed om avlønningen var indirekte diskriminerende. Nemnda uttalte:

"Ved tilsynelatende kjønnsnøytrale normer for lønnsfastsettelse kan denne likevel være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering. Arbeidsgivers begrunnelse for lønnsforskjellen må derfor også vurderes i forhold til § 3 tredje og fjerde ledd. Dette spørsmålet har vært vurdert en gang tidligere av Nemnda i sak 23/2008. Det ble i den avgjørelsen lagt til grunn at § 3 om indirekte diskriminering også kommer til anvendelse ved saker etter § 5. Det ble blant annet vist til Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 52 og Ot.prp. nr. 33. (1974-75) s. 58."

Tilsynelatende kjønnsnøytral lønnsfastsettelse som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet, er i utgangspunktet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering, jf. § 3 tredje ledd.“

Nemnda fant under tvil at lønnsforskjellen rammet et vesentlig større antall menn enn kvinner. Som i sak 23/2008 sammenligner den kvinnelige SFO-lederen seg med ledere i teknisk sektor av kommunen. Som sitert ovenfor er det den gang vist til at kjønnsfordelingen samsvarer generelt med kjønns sammensetningen for disse yrkesgruppene, og Nemndas flertall anser at dette også er tilfellet i denne saken. Dette illustreres også av at de fire kvinnelige arbeidslederne på seksjon regulering og teknisk drift ikke er arbeidsledere innefor de tradisjonelt mannsdominerte delene av seksjonen. Samtlige arbeidsledere innenfor avdeling Park, vei, vann og avløp er menn.

Nemnda fastlo dermed at lønnsforskjellen var indirekte diskriminerende, jf. § 3 tredje ledd. Spørsmålet ble derfor om unntaksbestemmelsen i fjerde ledd kom til anvendelse. Nemnda fant at det ikke var dokumentert behov for å bruke lønn som virkemiddel for å rekruttere eller beholde ansatte i avdelingen de mannlige sammenligningspersonene arbeidet i.

Nemnda konkluderte etter dette med at kommunen ikke hadde sannsynliggjort at lønnsforskjellen

Konklusjon:

Avlønningen var i strid med likestillingsloven § 5.

Merknad

SFO-saken har blitt omtalt som en viktig sak for verdsetting av kvinnetypiske yrker. Det kan likevel ikke sies at avgjørelsen modifierer Harstad-saken. I SFO-saken fant nemnda at markedshensynet ikke var dokumentert, og det ble stilt relativt strenge beviskrav sammenlignet med enkelte andre saker. At markedshensynet ikke var dokumentert skiller SFO-saken fra Harstad-saken, ved at det i Harstad-saken ble lagt til grunn at markedshensynet var dokumentert. Spørsmålet i den saken var om unntaksadgangen i likestillingsloven § 3 fjerde ledd kom til anvendelse, noe nemnda konkluderte med at den gjorde. I SFO-saken ble det ikke nødvendig å gå inn i denne vurderingen. Det er derfor ikke gitt at argumentasjonen ville blitt en annen enn i Harstad-saken dersom markedshensynet ble ansett å være dokumentert tilstrekkelig.

Texten har sammanställts av Eberhard Stüber i december 2016 med stöd av underlag från LDO.