

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2007-15

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - vedtak.
Dato	2007-09-19
Doknr/publisert	LDN-2007-15
Stikkord	Likestillingsloven § 3.
Sammendrag	Spørsmål om unnlattelse av å inngå ny pr.capita-avtale med kvinnelig tannlege på grunn av hennes fødselspermisjon er i strid med likestillingsloven § 3.
Saksgang	Sak nr. 15/2007.
Parter	A (fylkeskommune) - B v/ Den norske tannlegeforening (NTF).
Forfatter	Aslak Syse, leder. Else Leona McClimans, nestleder. Selma Ilyas. Åsmund Lunde. Hege Skjeie.

Sakens faktiske forhold

Fylkeskommunene har ansvar for Den offentlige tannhelsetjenesten, og plikter etter tannhelsetjenesteloven å sørge for at denne tjenesten i rimelig grad er tilgjengelige for alle som bor eller midlertidig oppholder seg i fylket.

Som et ledd i oppfyllelsen av disse forpliktelsene har A fylkeskommune inngått en lokal tariffavtale om «pr.capita-arbeid» (heretter kalt tariffavtalen) med Den norske tannlegeforenings (NTFs) lokale ledd i fylkeskommunen.

Tariffavtalen gir hjemmel for at den enkelte tannlege og fylkeskommunen som arbeidsgiver kan inngå individuell avtale om «pr.capita-arbeid» utover fastsatt basisarbeidsmengde (pr.capita-avtaler).

Forskning viser at fylkeskommunen har hatt en effektiviseringsgevinst ved pr.capita-ordningen. Tannlegene synes å arbeide mer effektivt, og behandler pr.capita-pasientene innen for sin arbeidstid, i tillegg til pasientene de behandler som følge av sin basisstilling.

«Pr.capita-arbeid» er arbeid som tannlegen påtar seg utover den definerte basisarbeidsmengde og som honoreres etter en stykkprisordning, og er definert på følgende måte i tariffavtalen punkt 1 bokstav a:

Ansvar og behandling etter gjeldende retningslinjer for pasienter i gruppe a og d som etter fordeling av basisarbeidsmengde i et distrikt, blir stående uten ansvarstannlege. Disse defineres som «pr.capita pasienter» og kan fordeles som tilleggsansvar til tannleger som ønsker å ta på seg merarbeid.

Om godtgjørelse uttales følgende i tariffavtalen punkt 2:

For arbeid med pasienter i punkt a. ovenfor gis i 2004 en Tilleggslønn på 285 kr pr. ekstra pasient. For 2005 blir Tilleggslønnen 302,50 pr. ekstra pasient. Lønnen gis for antall nettopasienter.

Godtgjørelsen legges inn som et fast beløp som utbetales sammen med ordinær månedslønn. Godtgjørelsen er pensjonsgivende og er med i feriepengegrunnlaget.

Avtalene inngås fra 1. januar, og gjøres gjeldende for et år av gangen. Dersom ingen av partene har innsigelser innen 31. desember, blir avtalen forlenget med ytterligere 1 år, jf. tariffavtalen punkt 3.

Tannlegene med pr.capita-avtale er ikke garantert samme antall nettopasienter hvert år. Pr.capita-pasientene fordeles per januar hvert år, ut fra blant annet antall tannleger i basisstillinger og antall personer med rett til offentlig tannhelsetjeneste som bor eller midlertidig oppholder seg i fylket.

B er ansatt som tannlege med basisarbeidsmengde i A fylkeskommune. Den 1. januar 2003 inngikk hun en individuell pr.capita-avtale med fylkeskommunen. Avtalen varte til 31. desember 2003. Brutto antall ekstra pasienter var 205, og netto antall ekstra pasienter var 181. Hennes godtgjørelse for dette var kr 3.400 per måned.

På grunn av fødselspermisjon fikk B ikke inngå ny pr.capita-avtale fra 1. januar 2004. Hun mottok således heller ingen godtgjørelse etter pr. capita-avtale under fødselspermisjonen.

B hadde fødselstermin 7. januar 2004.

En vikar overtok de pr.capita-pasientene B hadde hatt ansvar for i 2003, under Bs fødselspermisjon.

Den 1. august 2004, etter fødselspermisjonens slutt, inngikk B ny individuell pr.capita-avtale med fylkeskommunen. Dette er vanlig praksis ved langvarig fravær i avtaleperioden, uavhengig av årsak.

Vanlig praksis er også at personer som blir langvarig syke eller går ut i permisjon (uavhengig av type permisjon) i en avtaleperiode, beholder godtgjørelsen etter pr.capita-avtalen ut avtaleperioden.

A fylkeskommune har som praksis at de utbetaler full lønn under fødselspermisjon, uavhengig av grensen på 6 G i folketrygdloven.

For tannleger med pr.capita-avtale består lønnen av tre elementer: Grunnlønn etter basisarbeidsmengde, godtgjørelse etter pr.capita-avtalen og bonuslønn. Bonuslønn gis per pasient som behandles utover basisarbeidsmengden og pr.capita-avtalen.

For en tannlege med kr 700.000 i årslønn, kan fordelingen være som følger:

Kr. 450.000 i grunnlønn for basisarbeidsmengde

Kr. 100.000 i godtgjørelse etter pr.capita-avtalen

Kr. 150.000 i bonuslønn

Behandlingen hos Likestillings- og diskrimineringsombudet og videre saksgang

Ved brev av 6. november 2006 henvendte NTF seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet (Ombudet) på vegne av B. NTF ba Ombudet vurdere om A fylkeskommune handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved at B ikke fikk anledning til å inngå ny individuell pr.capita-avtale da hun skulle ut i fødselspermisjon.

Ombudet ga uttalelse i saken 17. april 2007. Ombudet konkluderte med at fylkeskommunens unnlattelse av å inngå ny pr.capita-avtale med B var i strid med likestillingsloven § 3.

Fylkeskommunen klaget på Ombudets uttalelse ved brev av 16. mai 2007.

Ombudet vurderte saken på nytt, men endret ikke sin konklusjon i saken.

Ombudet oversendte saken til behandling i Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 20. juni 2007.

Det har tidligere vært uenighet mellom fylkeskommunen og NTF lokalt om hvorvidt godtgjørelsen etter pr.capita-avtaler skulle utbetales under fødselspermisjon. Partene hadde i dette tilfellet vist til bestemmelser i tariffavtale.

Nemndas forhold til Arbeidsretten er regulert i diskrimineringsloven § 10. Nemnda kan ikke treffe avgjørelser som har *direkte* betydning for *en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse*. Dette hører inn under Arbeidsretten. Dersom en sak for Nemnda *indirekte* reiser spørsmål om en tariffavtales eksistens, gyldighet eller forståelse, kan partene i tariffavtalen få dette spørsmålet avgjort av Arbeidsretten.

Ved brev av 2. august 2007 varslet Nemndas sekretariat tariffpartene (NTF og fylkeskommunen) om bestemmelsen i diskrimineringsloven § 10, jf. forskriften til diskrimineringsombudsloven § 11 fjerde ledd. Tariffpartene ble bedt om å klargjøre sitt syn på videre saksbehandling.

Begge parter svarte at saken for Nemnda kun gjelder det konkrete forholdet mellom fylkeskommunen og B. Fylkeskommunen uttalte videre at den ville ta Nemndas uttalelse til etterretning.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 19. september 2007 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Aslak Syse (leder), Else Leona McClimans (nestleder), Selma Ilyas, Åsmund Lunde og Hege Skjeie.

NTF møtte ved forhandlingssjefen og en juridisk rådgiver. En advokat og overtannlegen i A fylkeskommune ble oppringt på telefon. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Ragnar Lie. Nemndas sekretariat var representert ved Christel Kirkøen.

Partenes argumenter:

A erkjenner at forholdet i utgangspunktet er i strid med likestillingsloven § 3. Det anføres imidlertid at forholdet faller inn under unntaket i paragrafens fjerde ledd. Forholdet har et saklig formål uavhengig av kjønn og er ikke uforholdsmessig inngripende.

Fylkeskommunen mener det er urimelig at den skal være forpliktet til å inngå nye pr.capita-avtaler med tannleger som tidligere har hatt slik avtale, og som er i fødselspermisjon. De mener dette er i strid både med tariffavtalens ordlyd og tariffpartenes felles intensjoner og forutsetninger.

Godtgjørelsen etter pr.capita-avtalen er begrenset til avtaleperioden. Det følger verken av tariffavtalens ordlyd eller av praksis i fylkeskommunen at slike avtaler fornyes rutinemessig. Inngåelse av slike avtaler er avhengig av antall prioriterte pasienter etter lov om tannhelsetjenesten, hvor mange tannleger som har sluttet, hvor mange nyansettelser som er foretatt og dessuten av hvor mange tannleger som er ute i ulike typer permisjoner.

I Nemndas møte opplyste fylkeskommunen at det finnes eksempler på tannleger som har hatt slik avtale, men som ikke har fått fornyet avtalen, idet de ikke har hatt tilstrekkelig kapasitet til å oppfylle avtalen.

At B fikk anledning til å inngå ny avtale umiddelbart etter at hun var tilbake fra sin fødselspermisjon, er etter deres mening ikke noe argument i motsatt retning.

Dersom B hadde fått fornyet avtalen i permisjonstiden, kunne dette i ytterste konsekvens ha medført at det ved inngangen til nytt kalenderår kun var henne som hadde en slik avtale fordi antall pasienter var fordelt i tilgjengelige basisstillinger.

Fylkeskommunen mener at man i permisjonstiden ikke skal kunne kreve utbetalt mer enn den lønnen som tilsvarer basisstillingen. Godtgjørelsen etter pr.capita-avtalen forutsetter produksjon, og er etter fylkeskommunens mening sammenlignbar med overtidsbetaling. Når B var ute i fødselspermisjon kunne hun ikke oppfylle produksjonskravene, og hadde derfor ikke krav på å få inngått ny slik avtale.

Dersom fylkeskommunen er forpliktet til å inngå nye avtaler med tannleger som er i fødselspermisjon, vil konsekvensen kunne bli at fylkeskommunen av økonomiske grunner ikke kan inngå flere slike avtaler. Dette vil få konsekvenser både for pasientene og tannlegene.

Videre vil fylkeskommunen måtte finne alternative løsninger for pr.capita-pasientene til tannlegen som er i permisjon. Man må da enten operere med lengre innkallingsintervaller, skaffe vikar, eller overføre de aktuelle pasientene til de andre tannlegene.

B v/ NTF mener at unntaket i likestillingsloven § 3 fjerde ledd ikke kommer til anvendelse, og at forholdet således er i strid med loven.

NTF bestrider fylkeskommunens anførsel om at deres plikt i henhold til personer som går ut i fødselspermisjon er begrenset til avtaleperioden. Det påpekes at likestillingsloven har gjennomslagskraft i forhold til både tariffavtalen og de individuelle pr.capita-avtalene som inngås mellom den enkelte tannlege og fylkeskommunen, og at avtalepartene ikke kan avtale seg bort fra det vernet likestillingsloven gir.

Det spesielle i denne saken er at B hadde termin på nyåret og at hun nettopp hadde gått ut i fødselspermisjon da avtalen kunne ha blitt forlenget. Hadde hun hatt termin senere på året, og dermed bidratt med pr.capita-arbeid frem til permisjon, er det sannsynlig at fylkeskommunen ville ha forlenget avtalen. B hadde da fått beholde godtgjørelsen ut avtaleperioden.

NTF bestrider fylkeskommunens framstilling av at slike avtaler ikke forlenges automatisk. Det påpekes at alle tannleger som har vært med på denne pr.capita-ordningen, og ønsket å fortsette med dette, har fått slik forlengelse. Bildet av praksis i fylkeskommunen forsterkes av at B fikk fornyet sin pr.capita-avtale umiddelbart etter at hun kom tilbake fra sin fødselspermisjon.

Godtgjørelsen etter pr.capita-avtalen er et incentivlønnssystem. NTF bestrider at godtgjørelsen etter pr.capita-avtalene er knyttet til produksjon, og sammenlignbar med overtidsbetaling. Det vil ofte være arbeidsoppgaver knyttet til pasientene. Godtgjørelsen etter pr.capita-avtalen er imidlertid ikke knyttet opp mot disse oppgavene, men kun mot antall pasienter. Betalingen er i realiteten en kompensasjon for et utvidet ansvarsområde, og er ikke knyttet til et konkret resultat eller belastning ved den enkelte pasient. At godtgjørelsen ikke kan sammenlignes med overtidsbetaling understrekes ytterligere ved at godtgjørelsen utbetales som faste beløp sammen med ordinær lønn.

Det forhold at bonuslønnen utbetales per behandlede pasient, viser etter deres mening tydelig at lønn etter pr.capita-avtalen er lønn for utvidelse av ansvarsområde, og må ses som en del av Bs faste lønn.

Når det gjelder den økonomiske merbelastningen for fylkeskommunen hvis den plikter å forlenge slike avtaler med personer som skal i fødselspermisjon, påpeker NTF at denne vil være begrenset til den del av forlengelsen som vil ligge utover avtaleperioden.

Videre minner NTF om at disse individuelle pr.capita-avtalene har gitt svært gode effektiviseringsgevinster, som direkte kommer fylkeskommunen til gode. NTF kan ikke se at det begrensede antall tannleger som til enhver tid er i fødselspermisjon vil kunne endre bildet av en løsning som er til gode for begge parter.

Nemndas vurderinger

Fylkeskommunens inngåelser av pr.capita-avtaler er ikke enkeltvedtak etter forvaltningsloven § 2. Forholdet faller derfor ikke inn under begrensningen i Nemndas kompetanse etter diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd.

Fylkeskommunen unnlot å inngå ny pr.capita-avtale med B i januar 2004.

Når det gjelder forhold som ligger før diskrimineringsombudslovens ikrafttreden 1. januar 2006, følger det av overgangsreglene i diskrimineringsombudsloven § 18 første ledd andre punktum og andre ledd og Ot.prp.nr.34 (2004-2005) s. 106 at Nemnda kan ta stilling til om forhold fra før 1. januar 2006 var i strid med den gang gjeldende bestemmelser i likestillingsloven.

Når det gjelder forbudet mot diskriminering, og unntak fra dette forbudet, har likestillingsloven § 3 vært uendret siden 1. juli 2002.

Likestillingsloven § 3 første til tredje ledd forbyr direkte og indirekte forskjellbehandling av kvinner og menn. Både aktive handlinger og unnlaterelser omfattes av forbudet, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 27 og 28.

Forskjellsbehandling på grunn av en kvinnes lovbestemte rett til fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen regnes som direkte diskriminering. Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet regnes som indirekte diskriminering, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 36 og 111.

Det kan være vanskelig å fastslå hvilke deler av permisjonen arbeidsgiver eventuelt har lagt vekt på. Det mest nærliggende er derfor å ta utgangspunkt i hele fødselspermisjonen, og behandle forholdet under ett (jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 111).

B er kommet i en dårligere stilling på grunn av fødselspermisjonen. Det er enighet mellom partene om at det er Bs fødselspermisjon som er årsaken til fylkeskommunens unnlattelse av å inngå ny pr.capita-avtale med henne. Forholdet er derfor i strid med likestillingsloven § 3 første til tredje ledd.

Vektlegging av fødselspermisjon kan likevel være tillatt i unntakstilfeller. Det følger av likestillingsloven § 3 fjerde ledd at forskjellsbehandling som har et saklig formål uavhengig av kjønn, og som er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende kan være tillatt.

Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygge på reelle behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære, jf. Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 112. Det skal foretas en interesseavveining. Hensynet til arbeidsgiver og dennes begrunnelse for unnlattelsen, skal veies mot hensynet til likestilling og de konsekvenser handlingen får for B.

Etter Ot.prp.nr.77 (2000-2001) s. 111 kreves *svært tungtveiende grunner* før unntaksregelen i fjerde ledd kan komme til anvendelse.

Likestillingshensyn tilsier at vernet mot graviditetsdiskriminering er særlig strengt innen arbeidsliv, da forskjellsbehandling på disse områdene kan true viktige rettigheter for kvinner.

Det er fylkeskommunen som må sannsynliggjøre at forskjellsbehandlingen har en tilstrekkelig tungtveiende saklig grunn.

Det er mye som taler for at det er automatikk i at de tannlegene som har hatt pr.capita-avtale etter tariffavtalen punkt 1 bokstav a, og ønsker å fortsette med dettet, får inngå ny slik avtale.

B ville fått inngått ny avtale dersom hun ikke hadde vært i fødselspermisjon. Hun var ikke garantert samme antall netto-pasienter som året før. Disse fordeles hvert år i januar ut fra blant annet antall tannleger i basisstillinger og antall personer med rett til offentlig tannhelsetjeneste. Godtgjørelsen betales deretter ut per måned sammen med fastlønnen.

Nemnda anser godtgjørelsen etter pr.capita-avtaler inngått etter tariffavtalen punkt 1 bokstav a som et fast, årlig tillegg basert på et på forhånd bestemt antall pasienter tannlegen påtar seg et tilleggsansvar for.

Godtgjørelsen etter slike pr.capita-avtaler er blitt institusjonalisert som en del av tannlegenes vanlige lønn. Utbetalingen skjer månedlig, sammen med øvrig lønn, uavhengig av hvor mange slike pasienter som faktisk er blitt behandlet den aktuelle måneden. Godtgjørelsen regnes også med i både pensjonsgrunnlag og feirepengegrunnlag.

En sammenligning med bonusdelen av lønnen, som er en variabel lønn som varierer avhengig av hva tannlegen faktisk produserer, og som ikke er med i pensjons- eller feriepengegrunnlaget, forsterker dette inntrykket.

Konsekvensene av at B ikke fikk fornyet avtalen, er at hun ikke fikk utbetalt godtgjørelsen etter slik avtale under fødselspermisjonen.

Fylkeskommunen opprettet pr.capita-ordningen for å effektivisere den offentlige tannhelsetjenesten, og ordningen har ført til økt effektivitet. Det ligger innvevd i en slik ordning at tannleger med slike avtaler kan bli langtidssykemeldte eller gå ut i permisjoner.

Ulempen for fylkeskommunen ved å inngå ny slik avtale med B er at de måtte betalt både B og en vikar godtgjørelse fra 1. januar til 1. august 2004.

Sett i sammenheng med de ulempene unnlattelsen av å fornye avtalen hadde for B, finner Nemnda det ikke urimelig at fylkeskommunen hadde påtatt seg den økonomiske merbelastningen det innebar å inngå ny slik avtale med B. Det vises ved denne vurderingen til at innføring av pr.capita-avtalene har ført til økt effektivisering av tannhelsetjenesten og mindre utgifter for fylkeskommunen.

På denne bakgrunn finner Nemnda at fylkeskommunens unnlattelse av å inngå ny pr.capita-avtale med B på grunn av at hun var i fødselspermisjon, er i strid med likestillingsloven § 3.

Vedtaket er enstemmig.

Vedtaket er et endelig forvaltningsvedtak som ikke kan overprøves gjennom forvaltningsklage. Etter lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven) § 12 om overprøving av Nemndas vedtak, kan vedtaket bringes inn for domstolene til full prøving av saken. Søksmål til overprøving av Nemndas vedtak må reises innen tre måneder etter at underretning om vedtaket er mottatt. Søksmål om gyldigheten av Nemndas vedtak rettes mot staten ved Nemnda.

SAK 15/2007

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har fattet slikt vedtak:

A fylkeskommunes unnlattelse av å inngå ny pr.capita-avtale med B på grunn av hennes fødselspermisjon er i strid med likestillingsloven § 3.