



DISKRIMINERINGSNEMNDA

Offentlig versjon

Sak 20/207

A v/Den norske legeforening

mot

X kommune

Vedtak av 15.02.2021 fra Diskrimineringsnemnda, sammensatt av følgende medlemmer:

Anniken Mellegaard Douglass (nemndleder)

Jens Kristin Johansen

May-Britt Erstad

Postadresse
Diskrimineringsnemnda
Postboks 208 Sentrum
5804 Bergen

Telefon
(+47) 90933125

E-post
post@diskrimineringsnemnda.no

Hjemmeside
www.diskrimineringsnemnda.no

Saken gjelder spørsmål om en kommune handler i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, herunder rett til lik lønn for arbeid av lik verdi. Saken reiser også spørsmål om brudd på arbeidsgivers opplysningsplikt om lønn. Det er fremsatt krav om oppreisningserstatning og erstatning for økonomisk tap.

Sakens bakgrunn

A ble i 2017 ansatt i 40% stilling som fengselslege ved Y fengsel, avdeling Z , som en av tre fast ansatte fengselsleger. Fengselet leier inn helsetjenester av X kommune, hvor legene er formelt ansatt i Fengselshelsetjenesten, enhet Helsevern.

I forbindelse med tilbud om utvidelse av stilling for både A og hennes mannlige kollega, B, fikk A den 8. april 2020 tilbud om ny kontrakt med en lønnsforskjell som, i en 100% stilling, ligger kr. 210 000,- lavere enn den lønnen B ble tilbudt.

A forsøkte å forhandle om lønn uten å lykkes.

På vegne av A rettet Den norske legeforening den 29. april 2020 en henvendelse til arbeidsgiver og ba om skriftlig opplysning om lønnsnivå og kriterier for lønnsfastsettelse. X kommunen ga den 11. mai 2020 følgende svar:

«Bakgrunnen for at [As] to kolleger har andre avlønninger kommer av at de har hatt egne avtaler ved tiltredelse som en personlig ordning, noe som ikke vil være lønnsfastsettende for andre medarbeidere i kommunen. Disse avtalene er personlige og vi gir derfor ikke noe nærmere redegjørelse for disse».

Noen nærmere redegjørelse for lønnsnivået for de aktuelle kolleger ble ikke gitt. A takket deretter nei til utvidelse av stillingsprosenten.

I klage av 19.06.2020 klaget Den norske legeforening v/adv. Anders Schrøder Amundsen forholdet inn for Diskrimineringsnemnda. Etter vanlig saksforberedelse ble saken behandlet i nemndas møte 19.01.2021. Møtet ble avholdt som videokonferanse. I behandlingen deltok Anniken Mellegaard Douglass (nemndleder), Jens Kristian Johansen og May-Britt Erstad. Sekretariatet var representert ved Kristine F. Sandven, Robert Haukeland og Andrea Süssmann.

Partenes anførsler

Den norske legeforening har i hovedsak anført:

X kommune har brutt opplysningsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven § 32.

Arbeidsgiver har ikke etterkommet krav om skriftlig opplysning om lønnsnivå og kriterier for lønnsfastsettelse for de to mannlige legene ved fengselet, til tross for at det foreligger begrunnet mistanke om diskriminering ved lønnsfastsettelsen. Det vises til at fra A ble ansatt i 2017 til dags dato har As årslønn i gjennomsnitt vært nærmere 200 000 kroner lavere enn årslønnen til de mannlige legene ved fengselet. Lønnsdifferansen har økt fra kr. 170 000,- i 2017/18 og kr. 200 000,- i 2018/19, til kr. 210 000,- i 2020, uten at arbeidsgiver har gitt en tilfredsstillende begrunnelse for forskjellen i lønnsnivå.

X kommune diskriminerer A på grunn av kjønn, ved at hun ikke har fått lik lønn for likt arbeid.

Samtlige vilkår i likestillings- og diskrimineringsloven § 34 er oppfylt. Det er tale om en sak der personene som sammenlignes, arbeider i samme kommune, er av ulikt kjønn og blir lønnet ulikt. Videre er det tale om stilling som lege ved samme fengsel. En fengselslege jobber svært annerledes enn andre leger i kommunen, men legene ved fengselet har samme type arbeid.

Arbeidsgiver peker på at As lønn ikke fraviker det generelle lønnsnivået i kommunen. Dette kan ikke tillegges vekt. Selv om ansatte i kommunen er ansatt i samme virksomhet, er A diskriminert fordi loven stiller et tilleggskrav om at lønnen skal være lik for «samme arbeid eller arbeid av lik verdi». As sak må vurderes opp mot de to legene hun arbeider sammen med. Det er disse som har arbeid av «lik verdi» i henhold til lovens § 34 tredje ledd.

B og A har tilsvarende kompetanse, kvalifikasjoner og relevant erfaring for stillingen. Det er ikke fremlagt opplysninger som tilsier at begge de mannlige fengselslegene skal tjene betydelig mer enn A.

Kommunen hevder det tidligere var rekrutteringsvansker i Fengselshelsetjenesten, men at det ikke har vært rekrutteringsvansker de siste årene og at det er dette som begrunner lønnsforskjellene mellom B og A. Denne side er enig i at det kan være saklig å ta rekrutteringshensyn ved lønnsfastsettelse, men bemerker at kravene som stilles til motbevis eller begrunnelse, er strenge, jf. Prop. 81 L (2016-2017) og DN 19/330.

Det er ikke ført tilstrekkelig bevis for at rekrutteringssituasjonen var vesentlig annerledes i 2014 enn den var i 2017 da A ble ansatt, eller slik den er i dag. Det vises til at siste vikarstilling for B, som nå er i permisjon, måtte utlyses to ganger

i 2020. Den beste kandidat etter 2. utlysingsrunde har ikke gjennomført grunnleggende turnustjeneste, og har heller ikke erfaring som lege i Norge, men er likevel tilbudt samme lønn som A. Dette taler for at rekrutteringssituasjonen har vært utfordrende over tid.

Krav/erstatning

Oppreisning

Det påstås krav om oppreisningserstatning. I vurderingen av hvilken størrelse oppreisningsbeløpet bør ha, bes nemnda vektlegge at det dreier seg om en betydelig og uforklarlig lønnsforskjell mellom mann og kvinne; at lønnsforskjellen har økt hvert år og at den i tillegg gjentas ved tilbud om utvidelse av stillingen; at arbeidsgiver ikke kom A i møte i lønnsforhandlinger og heller ikke oppfylte lovens krav om å gi ut lønnsopplysninger og kriterier for lønn; at A har opplevd en forringelse av sin verdi som arbeidstaker ved fengselet og en utnyttelse av arbeidskraften; at A opplever betydelig økt påkjenning på arbeidsplassen grunnet ovennevnte sak; at det på grunn av usikkerheten rundt kontrakten/økt stillingsprosent ikke har vært mulig å kompensere for tapt stillingsøkning gjennom andre arbeidsforhold.

Erstatning

Det påstås krav om erstatning for økonomisk tap.

Fra A ble ansatt 1. september 2017 til og med 30.juni 2020, er det tale om et samlet lønnstap på totalt kr 223 333,-. Ved beregning av økonomisk tap bes nemnda hensynta at lønnsforskjellen har fortsatt i tiden f.o.m. 30. juni 2020 til dags dato.

X kommune har i hovedsak anført:

X kommune handler ikke i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, herunder rett til lik lønn for samme arbeid/arbeid av lik verdi. X kommune har heller ikke brutt opplysningsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven § 32.

De konkrete lønnsfastsettelsene må ses i sammenheng med når avtalene ble inngått og omstendighetene rundt legenes ansettelse.

C ble tilsatt 15.04.1999 som fengselslege med en spesiell avtale om å ha 100 % stilling, men kun 50 % oppmøte. I 1994 ble det lovfestet at kommunene fikk ansvaret for helsetjenester til innsatte, som tidligere lå til kriminalomsorgen. Rekruttering av fengselshelseleger var den gang og i årene fremover krevende og har gjort det nødvendig å inngå personlige avtaler for å ivareta tjenesten.

B ble tilsatt i X kommune den 29.03.2010, først som legevaktslege og samtidig som tilsynslege på en korttidsavdeling. Fra 2011 fungerte B som stedfortreder til kommuneoverlegen, samt at han var medisinskfaglig ansvarlig lege ved den interkommunale legevakten i en 20 % stilling. B fungerte også som fastlege og legevaktslege. Den 20.01.2014 ble han tilsatt i 50 % stilling som fengselslege. B fikk da en personlig avtale, da en ikke kunne inngå avtale tilsvarende Cs, fordi B ivaretok andre kommunale oppgaver i minst 20 % stilling.

A ble tilsatt 04.09.2017 i 40 % stilling. Dette med bakgrunn i at Y fengsel varslet at de fra sommeren 2017 ville få 50 % økning av innsatte med krav på oppfølging fra fengselshelsetjenesten. I den forbindelse ble det opprettet nye stillinger, bl.a. en 40 % legestilling som A søkte på.

X kommune har vedtatt en lønnspolitikk som regelmessig blir revidert, sist i 2019, for å sikre at det er sammenheng med kommunens/virksomhetens mål. Den lokale lønnspolitikken og kriterier for lokale lønnstillegg utformes etter drøftinger med de ansattes organisasjoner. Her er det vedtatt at legene lønnes etter sentral forbundsvis særavtale med kompetansekrav og norsk autorisasjon som lege og at det er ønskelig med spesialisering innen allmenntilleggs / geriatri. Ved at legene lønnes etter særavtale er avtalene individuelle og det er derfor ikke gitt at legene i samme enhet eller avdeling har samme lønn selv om de utfører samme oppgaver.

Lønnsnivået til A harmonerer godt med de andre legeavlønninger i kommunen. Det har i de siste årene også vært enklere å rekruttere leger, slik at det ikke har vært nødvendig å inngå personlige avtaler.

Fengselshelsetjenesten gir innsatte tjenester etter Helse- og omsorgstjenesteloven § 3-9. I utgangspunktet har alle leger samme arbeidsoppgaver og det ligger samme kvalifikasjonskrav til stillingene. Arbeidet i fengsel innebærer likevel særegne problemstillinger og utfordringer som krever spesiell erfaring, kompetanse og forståelse for de forholdene innsatte lever under.

Skjevhet i lønn mellom de mannlige leger C og B og klager A er begrunnet i at C og B har fått personlige avtaler på grunn av omstendighetene når disse ble tilsatt. De rekrutteringstiltak som ble valgt tilbake i tid kan ikke skape presedens for fremtidige saker.

Krav om oppreisning og erstatning

Krav om oppreisning og erstatning avvises, da X kommune er uenig i at det foreligger brudd på diskrimineringsregelverket.

Nemndas vurdering

Hovedspørsmålet for nemnda er om X kommune handler i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn, herunder likelønnsbestemmelsen i likestillings- og diskrimineringsloven (lov nr. 51/2017) § 34.

Nemnda skal også ta stilling til om kommunen har brutt opplysningsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven § 32, og behandler dette spørsmålet først.

Det følger av bestemmelsens første ledd at *«[a]rbeidstakere som har mistanke om diskriminering ved lønnsfastsettelsen, kan kreve at arbeidsgiveren skriftlig opplyser om lønnsnivå og kriteriene for fastsettelsen av lønn for den eller de arbeidstakeren sammenlikner seg med»*.

Bestemmelsen gir arbeidstakere som har mistanke om at de blir diskriminert med hensyn til lønn, rett til å få opplyst lønnen og kriteriene for fastsettelsen til navngitte kolleger. Krav om lønnsopplysninger mv. ble på vegne av A fremsatt overfor arbeidsgiver av Den norske legeförening den 29.04.2020. Kommunen avviste kravet, med henvisning til at avtalene for de mannlige fengselslegene er «personlige».

Nemnda har kommet til at X kommune har brutt opplysningsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven § 32. Nemnda viser til at opplysningsplikten gjelder i tilfeller der arbeidstakeren har en «mistanke» om at lønnen er fastsatt på en diskriminerende måte. Innsyn kan ikke nektes med henvisning til at mistanken er grunnløs, for eksempel fordi de aktuelle avtalene hevdes ikke å være lønnsfastsettende for andre medarbeidere, jf. Prop. 81 L (2016-2017) s. 332.

Nemnda går så over til å vurdere om X kommune handler i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av kjønn.

Direkte og indirekte forskjellsbehandling på grunn av kjønn er forbudt, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 6, jf. §§ 7 og 8. Retten til lik lønn for arbeid av lik verdi er presisert i lovens § 34. Bestemmelsen første og andre ledd lyder:

§ 34. Lik lønn for arbeid av lik verdi

Kvinner og menn i samme virksomhet skal ha lik lønn for samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Lønnen skal fastsettes på samme måte, uten hensyn til kjønn.

Retten etter første ledd gjelder uavhengig av om arbeidene tilhører ulike fag, eller lønnen reguleres i ulike tariffavtaler.

Om arbeidene er av lik verdi, avgjøres etter en helhetsvurdering der det legges vekt på den kompetansen som er nødvendig for å utføre arbeidet og andre relevante faktorer, som for eksempel anstrengelse, ansvar og arbeidsforhold.

Forskjellsbehandling på grunn av kjønn er ikke i strid med diskrimineringsforbudet dersom forskjellsbehandlingen er nødvendig for å oppnå et saklig formål og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som rammes, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første ledd.

Regelen om bevisbyrde fremgår av likestillings- og diskrimineringsloven § 37. Det skal legges til grunn at diskriminering har funnet sted hvis det foreligger omstendigheter som «gir grunn til å tro» at det har skjedd diskriminering, og den ansvarlige ikke «sannsynliggjør» at diskrimineringen likevel ikke har funnet sted. Ved spørsmål om lønnsdiskriminering vil arbeidsgivers manglende oppfyllelse av opplysningsplikten tale i dennes disfavør. Bevisbyrden for at lønnsfastsettelsen ikke er lønnsdiskriminerende kan da gå over på arbeidsgiver, jf. Prop. 81 L (2016-2017) s. 333.

Nemnda vurderer først om det er grunn til å tro at A blir diskriminert på grunn av kjønn.

For at det skal foreligge brudd på likestillings- og diskrimineringsloven § 34, må det være tale om en sak der personene som sammenlignes blir lønnet ulikt, at det er tale om personer av ulikt kjønn og at personene som sammenlignes arbeider i samme virksomhet, jf. bestemmelsens første ledd. Disse vilkårene er utvilsomt oppfylt.

Videre må det være tale om «samme arbeid eller arbeid av lik verdi» for personene som sammenlignes. Ulikt arbeid eller arbeid av ulik verdi kan begrunne lovlig ulik lønn, men dette er ikke tilfellet her. I denne saken er det tale om stilling som lege ved samme fengsel, og derav samme arbeid eller arbeid av lik verdi. Nemnda viser til at arbeidsgiver selv anfører at arbeidet som fengselslege innebærer særegne problemstillinger og utfordringer som krever spesiell erfaring, kompetanse og forståelse for de forholdene innsatte lever

under. Nemnda bemerker også at kommunens manglende oppfyllelse av opplysningsplikten etter likestillings- og diskrimineringsloven § 32 i seg selv gir grunn til å tro at lønnsfastsettelsen er diskriminerende.

Nemnda har etter dette kommet til at det er grunn til å tro at A blir diskriminert på grunn av kjønn.

For at X kommune skal komme fri fra ansvar, må kommunen sannsynliggjøre at lønnsforskjellene skyldes kjønnsnøytrale kriterier.

X kommune har anført at lønnsfastsettelsene for de mannlige fengselslegene B og C må ses i sammenheng med når avtalene ble inngått og omstendighetene rundt legenes ansettelse, herunder en utfordrende rekrutteringssituasjon.

Nemnda viser til at det kan være saklig å ta rekrutteringshensyn ved lønnsfastsettelse. Kravene som stilles til motbevis eller begrunnelse er imidlertid strenge, jf. Prop. 80 L (2016-2017) s. 335:

«For å sikre retten til likelønn ikke uthules skal det stilles trengende krav til arbeidsgiverens motbevis eller begrunnelse i disse tilfellene. Det skal ikke være tilstrekkelig med en ren henvisning til at det er lagt vekt på for eksempel markedsverdi i lønnsfastsettelsen. Her må det blant annet stilles krav om at høy lønn var nødvendig for å rekruttere eller beholde arbeidstaker(e) og at de samme hensyn ikke kan gjøres gjeldende overfor den/de det sammenlignes med».

Etter nemndas oppfatning har X kommune ikke fremlagt dokumentasjon på de påberopte rekrutteringsproblemerkene ved ansettelse av de mannlige fengselslegene C og B, i henholdsvis 1999 og 2014. Kommunen har heller ikke sannsynliggjort at de påberopte rekrutteringsproblemerkene ikke lenger gjorde seg gjeldende ved ansettelse av A i 2017, eller ved tilbud om utvidelse av stillingen i 2019. Det at de mannlige fengselslegene er gitt «personlige», ikke-lønnsfastsettende avtaler, kan klart ikke føre frem.

Nemnda har etter dette kommet til at forskjellsbehandlingen av A ikke er lovlig og at A blir diskriminert på grunn av kjønn.

Vedtaket er enstemmig.

Krav om oppreisning og erstatning

Ettersom det foreligger brudd på bestemmelsene i likestillings- og diskrimineringsloven § 6, jf. § 34, skal nemnda vurdere de fremsatte kravene om oppreisning og erstatning, jf. § 38 første ledd.

I arbeidsforhold og ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstakere, gjelder arbeidsgivers ansvar uavhengig av om arbeidsgiver kan bebreides, jf. § 38 annet ledd.

Oppreisning

Nemndas myndighet til å tilkjenne oppreisning følger av diskrimineringsombudsloven (lov nr. 50/2017) § 12 første ledd. Nemnda kan treffe vedtak om oppreisning i arbeidsforhold og ved arbeidsgivers valg og behandling av selvstendig næringsdrivende og innleide arbeidstaker.

Det fremgår av likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd at oppreisningen fastsettes til det som er rimelig ut fra skadens art og omfang, partenes forhold og omstendighetene for øvrig.

I lovens forarbeider forutsetter departementet at oppreisningsbeløpene som hovedregel vil ligge et sted mellom 20 000 og 80 000 kroner, men med mulighet for å gå høyere i særlig graverende tilfeller, jf. Prop. 80 L (2016-2017) s. 94. Det fremgår videre av forarbeidene at det bør stilles krav til forholdsmessighet mellom oppreisningen og den krenkelsen den diskriminerte er påført.

Etter en konkret helhetsvurdering fastsetter nemnda oppreisningsbeløpet til 20 000 kroner.

I vurderingen av beløpets størrelse er det sett hen til tidligere nemndspraksis, jf. blant annet nemndas saker 18/410, 19/118, 19/115, 19/196, 19/193, 20/57 og 20/167. Ved utmålingen har nemnda blant annet lagt vekt på arbeidsgivers manglende oppfyllelse av opplysningsplikten og manglende vilje til å imøtekomme A i lønnsforhandlingsprosessen. Lønnsforskjellen har i tillegg økt for hvert år. Hensett til nemndspraksis er det likevel tale om en relativt beskjeden krenkelse.

Erstatning

Nemndas myndighet til å tilkjenne erstatning fremgår av diskrimineringsombudsloven § 12 annet ledd. Nemnda kan enstemmig treffe vedtak om erstatning dersom den innklagede ikke har noen innsigelser mot erstatningskravet, eller nemnda finner grunn til å sette innklagedes innsigelser til side som åpenbart uholdbare. Eksempler på uholdbare innsigelser er der innklagede ikke vil betale erstatning på grunn av manglende betalingsevne- eller vilje, jf. Prop.80 L (2016-2017) side 95.

Kommunen avviser kravet om erstatning, med henvisning til at det ikke har forekommet diskriminering, og at det derfor ikke er grunnlag for erstatning. Når nemnda har kommet til at diskriminering har funnet sted, er kommunens standpunkt til erstatningskravet i realiteten et uttrykk for manglende betalingsvilje. Nemnda finner på denne bakgrunn at kommunens innsigelse kan settes til side som åpenbart uholdbar.

Erstatningen skal ifølge likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd dekke As økonomiske tap som følge av den ulovlige behandlingen. A må sannsynliggjøre det økonomiske tapet og årsakssammenhengen mellom diskrimineringen og tapet.

Diskrimineringsnemnda har i sak 20/57 tatt stilling til nemndas kompetanse til å tilkjenne erstatning. Nemnda avgjorde i saken at kompetansen til å tilkjenne erstatning ikke er beløpsmessig begrenset.

Nemnda er kommet til at de alminnelige erstatningsbetingelsene er oppfylt i dette tilfellet, og derav vilkårene for erstatning i likestillings- og diskrimineringsloven § 38 tredje ledd. På bakgrunn av fremlagt dokumentasjon på lønn legger nemnda til grunn at As lønnstap i perioden 1. september 2017 til og med 30. desember 2020 utgjør til sammen 265 333 kroner. Det foreligger videre nødvendig årsakssammenheng mellom den diskriminerende lønnsforskjellen og det økonomiske tapet.

Nemnda fastsetter etter dette erstatningsbeløpet til 265 333 kroner.

X kommune plikter å justere As årslønn i samsvar med nemndas vedtak fra og med 1. januar 2021.

Konklusjon

A har fått medhold i klagen. Vedtaket er enstemmig.

Sak 20/207

Diskrimineringsnemnda har fattet følgende vedtak:

X kommune diskriminerer A på grunn av kjønn.

X kommune betaler 265 333 (tohundreogsekstifemtusentrehundreogtrettitre) kroner i erstatning til A, innen 2 (to) uker fra forkynnelsen av dette vedtaket.

X kommune betaler 20 000 (tjuetusen) kroner i oppreisning til A, innen 2 (to) uker fra forkynnelsen av dette vedtaket.

Dersom betaling ikke skjer innen fastsatt frist påløper forsinkelsesrente etter forsinkelsesrenteloven inntil betaling skjer.

Anniken Mellegaard Douglass
nemndleder

Jens Kristian Johansen

May-Britt Erstad