

LIKESTILLINGS- OG DISKRIMINERINGSNEMNDA

Postboks 8049 Dep

0031 Oslo

tlf. 95 19 68 00/01

mail: post@diskrimineringsnemnda.no

hjemmeside: www.diskrimineringsnemnda.no

Sak nr. 14/2010

Sakens parter:

A. Helsedirektoratet

B. A

Uttalelse av 29. september 2010

Likestillings- og diskrimineringsnemndas sammensetning:

Trude Haugli, leder

Gudrun Holgersen, nestleder

Britt Elin Strand

Kåre Lilleholt

Saken gjelder

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 2. februar 2010.

Spørsmål om Sosial- og helsedirektoratet (Helsedirektoratet fra og med 1. april 2008) har handlet i strid med likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn, da direktoratet unnlot å tilrettelegge for A, slik at hun kunne gjennomføre distriktstjeneste i ammeperioden.

Sakens bakgrunn og behandling

Turnustjenesten for leger består av en sykehustjeneste og en distriktstjeneste. A startet sin sykehustjeneste ved Sykehuset Levanger 15. august 2005, men ble tildelt Nordland fylke for distriktstjeneste på grunn av for få turnusplasser i Nord- Trøndelag høsten 2006. Våren 2006 ble hun gravid og søkte om utsettelse av distriktstjeneste.

Statens autorisasjonskontor for helsepersonell (SAFH) har fått delegert ansvaret for å administrere turnustjenesten, som er regulert i forskrift av 20. desember 2001 nr. 1549. Klageorgan for SAFHs vedtak er Helsedirektoratet.

Den siste plassen i Nordland fylke på det tidspunktet A var klar til å gjøre distriktstjeneste, var Nesna. For å få godkjent turnustjenesten i denne kommunen måtte hun delta i legevaktordningen, herunder ta nattevakter. Kommunelegen i Nesna bekrefter at turnustjenesten med legevakt kun på dagtid ikke ville kunne godkjennes, idet dette ikke ville gi nok erfaring med akuttmedisinske hendelser. Vaktordningen i Nesna var tredelt, men fordi en av legene var langtids syk meldt ville turnuskandidaten måtte inngå i en todelt vaktordning.

A bodde i Trondheim, og hadde på klagetidspunktet (oktober 2007) et åtte måneder gammelt barn som hun ammet. Hun måtte ha med barnet til Nesna når turnustjenesten skulle gjennomføres. Samboeren hennes kunne ikke flytte med på grunn av sin jobbsituasjon. Hun hadde ingen kontakter i Nesna, og hadde dermed ikke barnepass utover barnehagers ordinære åpningstid. Det var derfor ikke mulig for henne å delta i den omfattende legevaktordningen på kveldstid, hvilket innebar at hun ikke kunne få godkjent sin turnustjeneste.

Bytte av turnusplass skjer etter samtykke fra SAFH når "særlig begrunnelse" foreligger (Rundskriv IS-9/2005, punkt 3.8). Slikt bytte innebærer at to turnusleger bytter plass og trekningsnummer, og medfører ingen forsinkelse eller utsettelse av turnustjenesten for kandidatene. I tillegg kan kandidaten søke om særplass etter forskriftens § 9. Slik søknad skal som hovedregel fremsettes samtidig med påmelding til tjenesten, og vil normalt ikke kunne avhjelpe omstendigheter som oppstår etter at trekningen er foretatt.

A søkte om endring av trekningsnummer 6. mars 2006, og fikk avslag i vedtak fra SAFH 9. mars 2006. Vedtaket ble påklaget 23. mars 2007, med avslag 12. april 2007 fra SHdir.

I mellomtiden søkte A om utsettelse av turnustjenesten. Hennes søknad av 20. juli 2006 ble innvilget av SAFH 24. juli 2006.

I klagen av 23. mars 2007 på avslaget om endring av trekningsnummer redegjorde A også for situasjonen rundt amming og samboers jobb. Hun anførte at det derfor var umulig å gjennomføre turnustjenesten i Nesna. A kontaktet SAFH igjen 18. mai 2007, og klaget på

praksisen omkring endring sv trekningsnummer. SAFH behandlet saken som en søknad om særplass/bytte av turnusplass, og avslø søknaden i vedtak av 8. juni 2007.

Det var ledige plasser for gjennomføring av turnustjenesten i kortere geografisk avstand til Trondheim, slik at det ville vært mulig for A å gjennomføre turnustjenesten med et slikt innhold at den ble godkjent, men søknad om å få bytte plass ble avslått av SAFH.

I sitt vedtak av 27. august 2007 skriver SHdir at:

”Samboers arbeidssituasjon og turnuslegens ansvar for barn anses ikke som tilstrekkelig særlig grunn, jf. forvaltningspraksis og turnusforskriftens formål. At det finnes ledige turnusstillinger i andre fylker, kan heller ikke anses som særlig grunn. Etter en helhetsvurdering finnes klager å ikke oppfylle vilkårene for bytte av turnusplass.”

SHdir uttaler videre i vedtaket at det ”verken i turnusforskriften eller i rundskriv IS-9/2005 stilles krav til at legevakter må kjøres på nattestid. Når turnuslegen skal ha legevakt, er et arbeidsrettslig spørsmål som følgelig må løses mellom turnuslegen og arbeidsgiver i tråd med gjeldende regelverk.”

Yngre legers forening henvendte seg til Likestillings- og diskrimineringsombudet med klage på SAFH/SHdir i brev av 15. oktober 2007.

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderte i sin uttalelse av 2. februar 2010 med at Helsedirektoratet handlet i strid med forbudet mot direkte forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3, da direktoratet unnlot å tilrettelegge for A, slik at hun kunne gjennomføre distriktstjeneste i ammeperioden.

Helsedirektoratet har i brev av 25. februar 2010 klaget på Ombudets uttalelse.

Ombudet vurderte omgjøring på bakgrunn av klagen, men fant at det ikke forelå nye opplysninger i saken som ga grunnlag for en annen vurdering av saken.

Saken ble oversendt Likestillings- og diskrimineringsnemnda i brev av 8. april 2010.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 29. september 2010 i Oslo. I behandlingen av saken deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen (nestleder), Britt Elin Strand og Kåre Lilleholt.

Spesialrådgiver Bjørn Ove Kvavik deltok i møtet for Legeforeningen, sammen med A. Fra Likestillings- og diskrimineringsombudet møtte Margrethe Søbstad.

Nemndas sekretariat var representert ved Mariann Olsen og Synnøve Leikvoll.

Partenes argumenter:

A anfører at hun på grunn av SAFH og SHdirs praksis ble unødvendig forsinket ett år i sin turnustjeneste. Hun burde ha fått distriktstjeneste i Nord- Trøndelag, og ha fått en annen omregning av sitt trekningsnummer. På denne måten kunne hun fått velge et turnussted der tilrettelegging for amming hadde vært mulig. I stedet ble hun tvunget til å søke om utsettelse av distriktstjenesten. Hun fikk innvilget sin søknad om utsettelse 30. august 2007. Valget av

distriktplasser med tjenestestart i februar 2008 var da allerede i gang, og hun måtte vente til august 2008 før hun fikk velge ny plass.

SAFH lovte å kontakte henne dersom det ble ledige plasser i februar, men ca 19. februar 2008 fant hun ut etter egne undersøkelser at det var en ledig plass i Nordland med start 15. februar 2008. Legekontoret hadde siden oktober visst at de kom til å mangle turnuslege, og hadde derfor ansatt vikar. A kontaktet SAFH om dette, men fikk høre at de ikke hadde kapasitet til å følge opp slike ting. På samme tid var det flere ledige plasser i Nord- Trøndelag, men hun fikk ikke tillatelse til å benytte noen av disse.

A ble stilt dårligere på grunn av amming, og SAFH og SHdir kunne enkelt ha løst dette ved å innvilge bytte av plass til et sted nærmere Trondheim. SAFH og Helsedirektoratet har derfor handlet i strid med likestillingsloven § 3.

Helsedirektoratet anfører at bytte av turnusplass bare kan foretas i de tilfeller hvor det foreligger et reelt bytte mellom to turnusleger, ved at de bytter plass og trekningsnummer. I praksis legges samme vurderingstema til grunn ved søknad om bytte som for innvilgelse av særplass etter turnusforskriften § 9 andre ledd.

Etter turnusforskriften § 9 bokstav d, gjeldende rundskriv og lang forvaltningspraksis vil amming ikke regnes som "særlige grunner" som gir rett til særplass. Turnusstedet som arbeidsgiver, jf. turnusforskriften § 14, har plikt til å tilrettelegge for amming i de tilfeller hvor det er nødvendig etter arbeidsmiljøloven § 12-8, og det vil da som utgangspunkt ikke være behov for særplass.

Bytte av turnusplasser etter rundskrivet er kjønnsnøytral. Alle som innvilges bytte, blir likebehandlet, uavhengig av kjønn eller vedtaksbegrunnelse. Helsedirektoratet vurderer likevel spørsmålet slik at turnustjenesten i sin nåværende form ikke er optimalt tilpasset blant annet småbarnsforeldres og ammende kvinners behov. Helse- og omsorgsdepartementet har gitt direktoratet i oppdrag å foreta en omfattende vurdering av turnustjenesten og å komme med anbefalinger. I denne utredningen vil likestillingsperspektivet inngå i vurderingen.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av kjønn i form av manglende tilrettelegging for en ammende turnuslege er i strid med forbudet mot direkte og indirekte forskjellsbehandling, jf. likestillingsloven § 3.

Vedtak og avslag om særplass i turnustjeneste etter turnusforskriften er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2.

Nemnda har ikke myndighet til å gi rettslig bindende pålegg som opphever eller endrer et slikt vedtak eller på annen måte bestemmer hvordan et enkeltvedtak skal utformes, jf. diskrimineringsombudsloven § 9 første ledd.

Nemnda har imidlertid etter § 7 første ledd annet punktum plikt til å "*gi uttalelse om hvorvidt det forhold som er brakt inn for Nemnda, er i strid med*" likestillingsloven.

Uttalelsen er ikke bindende.

Spørsmålet avgjøres etter likestillingsloven § 3:

Direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn er ikke tillatt.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som

- 1. stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn,*
- 2. setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller en mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn.*

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

Nemnda bemerker at det ikke kreves noen diskriminerende hensikt for at diskrimineringsforbudet skal kunne være overtrådt. Det er tilstrekkelig at det inntreffer en diskriminerende virkning. Unnlaterer likestilles med handlinger, jf. Ot. prp. nr 77(2001-2001) side 27.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har i sin uttalelse lagt til grunn at forholdet i As sak er omfattet av forbudet mot direkte forskjellsbehandling.

Spørsmålet er om det foreliggende tilfellet omfattes av uttrykket ”setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel” i § 3 annet ledd nr. 2.

I forarbeidene til likestillingsloven fremgår det at forskjellsbehandling på grunn av amming kan være omfattet av forbudet mot direkte forskjellsbehandling, jf. Ot.prp. nr 77 (2000-2001) side 36: ”Etter forslaget skal det være et absolutt forbud mot den forskjellsbehandling som kan knyttes til graviditet, amming og utnyttelse av rettigheter som er forbeholdt det ene kjønn (for eksempel kvinners fødselspermisjon tre uker før fødselen og de første seks uker etter fødselen, eller menns utnyttelse av fedrekvoten).”

Det er ikke nødvendig for Nemnda å ta stilling til om amming også lang tid etter fødselen, i dette tilfellet åtte og en halv måned, omfattes av forbudet mot direkte diskriminering.

Nemnda er kommet til at forholdet i alle fall rammes av forbudet mot indirekte diskriminering, fordi turnusordningen slik den nå praktiseres faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet.

Amming krever at barnet bor i nærheten av moren, og at arbeidet tilrettelegges slik at ammepauser praktisk kan gjennomføres. I dette tilfellet var det ikke mulig for Nesna kommune å tilrettelegge arbeidet slik at turnustjenesten kunne kombineres med amming og samtidig gis et faglig innhold som kunne godkjennes. Når turnusordningen da praktiseres slik

at amming ikke blir godtatt som grunnlag for tildeling av annen turnusplass, vil det i praksis bety at kvinner blir dårligere stilt enn menn.

Nemnda finner med dette at Helsedirektoratet handlet i strid med forbudet mot indirekte forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3, da de unnlot å tilrettelegge for A, slik at hun kunne gjennomføre distriktstjeneste i ammeperioden.

På bakgrunn av at Nemnda kommer til at forholdet innebærer indirekte forskjellsbehandling etter likestillingsloven § 3, må det vurderes om forholdet likevel er lovlig etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd. Det kreves for det første at forskjellsbehandlingen har et saklig formål. I dette ligger det et spørsmål om Helsedirektoratet har gitt en saklig begrunnelse for hvorfor regelverket og praksis rundt dette, ikke inneholder særordninger for ammende turnuskandidater.

Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygge på reelle behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader og liknende som likebehandlingen vil innebære.

Videre krever § 3 fjerde ledd at middelet som er valgt for å realisere formålet, er *egnet, nødvendig* og ikke *uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet*. Det skal foretas en interesseavveining.

Det er Helsedirektoratet som må sannsynliggjøre at det foreligger et saklig formål, og at middelet som er valgt for å realisere formålet, er *egnet, nødvendig* og ikke *uforholdsmessig inngripende*.

Nemnda finner at de grunner Helsedirektoratet anfører ikke er tilstrekkelig saklige og nødvendige i den interesseavveining som skal foretas etter unntaksbestemmelsen. Direktoratet har erkjent at dagens reglement ikke er optimalt tilpasset ammende kvinners behov og arbeider med å endre reglementet. Det fremgår både av opplysninger fra Legeforeningen og av Ombudets praksis at det ikke ofte foreligger behov for særskilt tilrettelegging for ammende turnuskandidater, slik at dette ikke er noe problem av stort omfang. Det er mange andre grupper som får innvilget særplass, og dette tyder på at apparatet er godt vant til å administrere særtilfeller. Nemnda finner at en tilrettelegging for ammende der hvor det viser seg å være behov for dette, i form av særplass eller bytte ikke ville være uforholdsmessig mye å forvente av dagens ordning. Nemnda kan ikke se at det er nødvendig med den type forskjellsbehandling praksis legger opp til i dag. Nemnda viser til at A selv var åpen for å hjelpe til med å finne velegnede plasser, samt aksepterte å måtte inngå i vaktordninger, så lenge dette kunne kombineres med amming.

Nemnda finner med dette at unntaksbestemmelsen ikke kommer til anvendelse, og at Helsedirektoratet således har handlet i strid med forbudet mot indirekte forskjellsbehandling i likestillingsloven § 3.

Uttalelsen er enstemmig.

SAK 14/2010

Likestillings- og diskrimineringsnemnda har avgitt slik uttalelse:

Helsedirektoratets praksis ved tildeling av turnustjeneste overfor A, er i strid med forbudet mot indirekte diskriminering i likestillingsloven § 3.

Oslo den 29. september 2010

Trude Haugli
leder

Gudrun Holgersen
nestleder

Kåre Lilleholt

Britt-Elin Strand