

Likestillings- og diskrimineringsnemnda - LDN-2011-41

Instans	Likestillings- og diskrimineringsnemnda - uttalelse
Dato	2011-12-13
Doknr/publisert	LDN-2011-41
Stikkord	Likestillingsloven § 3.
Sammendrag	Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse av 28. mars 2011. Spørsmål om Statens autorisasjonskontor for helsepersonell (SAFH) handlet i strid med forbudet mot diskriminering i likestillingsloven § 3, da de unnlot å tilrettelegge for at B fikk utsatt turnustjenesten i 6 måneder på grunn av fødsel og foreldrepermisjon. Nemnda la til grunn at forholdet var i strid med loven.
Saksgang	Sak nr. 41/2011.
Parter	Statens autorisasjonskontor for helsepersonell - B.
Forfatter	Trude Haugli, leder. Gudrun Holgersen. Jan Tøssebro. Thom Arne Hellerslia.

Sakens bakgrunn og behandling

Turnustjenesten for medisinske kandidater består av 12 måneder sykehustjeneste og 6 måneder kommunehelsetjeneste. Tildeling og valg av sykehus og fylke skjer i henhold til nummer, som er et resultat av loddtrekning blant kandidatene. Nummeret en kandidat får i trekningen beholdes også når kandidaten får utsatt hele eller deler av sin turnustjeneste. Ved slik utsettelse omregnes trekningsnummeret, slik at kandidaten får samme plass i valgsystemet som vedkommende opprinnelig hadde. Turnustjenesten for leger starter to ganger per år, henholdsvis 15. februar og 15. august.

SAFH har fått delegert ansvaret for å administrere turnustjenesten, som er regulert i forskrift av 20. desember 2001 nr. 1549 (turnusforskriften). Klageorgan for SAFHs vedtak er Helsedirektoratet (frem til 31. mars 2008 var navnet Sosial- og helsedirektoratet SHdir).

B avsluttet medisintutdannelsen i desember 2009 og fikk barn samme måned. For å oppnå autorisasjon som lege, må B gjennomføre turnustjeneste etter bestått kandidateksamen, jf. lov om helsepersonell mv. av 2. juli 1999 nr. 64 § 48 og turnusforskriften.

Ved trekningen av turnusplass med oppstart 15. februar 2010, fikk B et så høyt nummer at hun ble overført til venteliste. I henhold til turnusforskriften § 12 skal kandidater som blir stående på venteliste være sikret plass ved neste opptak. I B sitt tilfelle ville dette innebære at hun var sikret plass med oppstart 15. august 2010.

Det ble gjennomført suppleringsopptak for turnusplasser 19. januar 2010. Oppstart for disse suppleringsplassene var 15. februar 2010. B fikk mulighet til å velge plass ved dette suppleringsopptaket. En suppleringsplass ville gjøre arbeidssituasjonen hennes ved tilbakekomst fra foreldrepermisjon mer forutsigbar, ved at hun allerede i januar 2010 ville vite hvor hun skulle arbeide etter endt permisjon. Det følger av turnusforskriften § 8 at kandidater kan søke om utsettelse dersom det foreligger særlige grunner. Bestemmelsen vil typisk være aktuell der kandidaten gjennomgår graviditet/fødsel. Det er SAFH som behandler disse søknadene i første instans.

I brev av 20. januar 2010 til SAFH søkte B om utsettelse. I vedtak av 25. januar 2010 bestemte SAFH at B skulle få innvilget utsettelse fram til 15. februar 2011.

Den 28. januar 2010 påklaget B SAFHs vedtak om utsettelse. Hun viste til at hun ble påmeldt turnus med oppstart 15. februar 2010. Kandidater som blir stående på venteliste hadde etter regelverket krav på turnusplass i neste trekning. Hun mente derfor at hun hadde krav på å få startet i turnustjeneste fra 15. august 2010.

SAFH opprettholdt sitt standpunkt og oversendte i brev av 2. februar 2010 saken til Helsedirektoratet for klagebehandling. Helsedirektoratet fant ikke grunn til å endre SAFHs avgjørelse i saken og vedtaket ble opprettholdt i brev av 2. mars 2010 til B.

I brev av 8. februar 2010 klaget B SAFH inn for Ligestillings- og diskrimineringsombudet. Hun mente at SAFH hadde brutt ligestillingsloven § 3 ved ikke å legge til rette for at hun fikk turnusplass med oppstart i august 2010.

Ligestillings- og diskrimineringsombudet konkluderte i sin uttalelse av 28. mars 2011 med at SAFH hadde handlet i strid med forbudet mot diskriminering i ligestillingsloven § 3. Ombudet viste til at SAFHs praktisering av fristene for utsettelse av turnusplass førte til at det ikke var mulig for B å søke om utsettelse av suppleringsplass i seks måneder.

SAFH påklaget Ombudets uttalelse i brev av 14. april 2011.

Ombudet vurderte omgjøring på bakgrunn av klagen, men fant ikke at det forelå nye opplysninger i saken som ga grunnlag for en annen vurdering. Ombudet oversendte saken til Nemnda for endelig klagebehandling ved brev 23. mai 2011.

Saken ble behandlet i Nemndas møte 13. desember 2011. I behandlingen deltok Nemndas medlemmer Trude Haugli (leder), Gudrun Holgersen, Jan Tøssebro og Thom Arne Hellerslia.

Partene og Ombudet deltok ikke i møtet.

Nemndas sekretariat var representert ved Else Anette Grannes og Mohammad Ahsan Rashid.

Partenes argumenter:

B har i det vesentlige anført:

På bakgrunn av SAFHs praksis ble hun unødvendig forsinket ett semester i sin turnustjeneste. Hun tok kontakt med SAFH på telefon 19. januar 2010 for å forsikre seg om at hun kunne søke om utsettelse frem til 15. august 2010. I denne telefonsamtalen fikk hun opplyst fra SAFH at det skulle sterke grunner til for at hun ikke skulle få innvilget permisjon fra februar til august. Hun fikk ikke vite noe om eventuelle tidsfrister. Det var denne samtalen som gjorde at hun bestemte seg for å ta en av plassene i suppleringsvalget. Dersom hun hadde ventet og i stedet deltatt på den ordinære trekningen 28. januar 2010, ville hun etter regelverket vært garantert turnusplass fra august 2010. Hun ville ha ventet hvis det ikke var for denne telefonsamtalen med SAFH, hvor hun fikk vite at hun kunne søke om utsettelse til august 2010. I brev datert 20. januar 2010 søkte hun om utsettelse til august 2010.

B anfører at hun ble diskriminert pga graviditet/fødsel. Hun hadde etter regelverket krav på turnusplass fra august 2010. Det er urimelig at hun pga fødsel havnet bak i køen og ikke fikk utsettelse slik hun søkte om. SAFH tok ikke kontakt med henne for å diskutere eventuell løsning i saken. Hun mener at behandlingen hun har fått er i strid med likestillingsloven § 3.

SAFH har i det vesentlige anført:

B var påmeldt til turnusstart 15. februar 2010 men havnet i første omgang på venteliste under valget i uke 38. Den 19. januar 2010 valgte hun plass ved Universitetssykehuset X i suppleringsvalget med oppstart 15. februar 2010. Den 22. januar 2010 mottok SAFH søknad om utsettelse av medisinsk turnustjeneste for B med ønsket oppstartdato 15. august 2010. SAFH innvilget søknaden delvis slik at utsettelse ble gitt til februar 2011.

SAFH (og Helsedirektoratet) har videre anført at påmeldingsfristen for turnusstart 15. august 2010 var 1. november 2009 og at B var meldt opp til turnustjeneste 1. mai 2009. Hun var dermed påmeldt til turnustjeneste 15. februar 2010 og ikke 15. august 2010. Søknad om utsettelse endrer ikke fristene for påmelding til turnustjeneste.

Det er Universitetet i Oslo som administrerer valget og trekningslistene for turnustjenesten for leger etter oppdrag fra SAFH. Praksisen mellom SAFH og UiO er slik at alle innvilgende utsettelser må fremlegges for UiO minst to uker før trekningsresultatet offentliggjøres.

Listen over de kandidater som var påmeldt til turnustjeneste 15. august 2010 med påmeldingsfrist 1. november 2009 var blitt oversendt til UiO samme dag som B sin søknad ble behandlet i uke 4. Når listen er oversendt til UiO for trekning og turnusvalg, vil det være for sent til å kunne delta i trekning og turnusvalg og turnustjeneste 15. august 2010. Det var et krav fra UiO sin side at listen måtte være klar og oversendes dem i uke 4. Begrunnelsen for dette var at trekning og turnusvalg skulle foretas i uke 4. UiO ønsker at listen er endelig og aksepterer ikke tilføyninger etter at listen er blitt oversendt dem.

B sin søknad om utsettelse ble mottatt fredag i uke 3, bare en uke før trekningsresultatet ble offentliggjort. Praksisen med ikke å overføre kandidater til valglister senere enn to uker før trekningsresultatet offentliggjøres må overholdes, for at UiO skal klare å administrere de stadig voksende valglisterne. Det var 911 kandidater påmeldt til turnusstart 15. august 2010, og kun ca. 450 fikk turnusplasser.

SAFH legger i sin forvaltningspraksis forholdene til rette for at hensynet til likestilling mellom kjønnene ivaretas, så langt dette lar seg gjøre.

Dersom B hadde blitt innvilget utsettelse til 15. august 2010, ville dette gått utover de andre påmeldte kandidatene som hadde havnet på venteliste. SAFH har forsøkt å tilrettelegge for B så langt det lot seg gjøre. Hun ble innvilget utsettelse, selv om hun valgte en plass som hun ikke hadde noen intensjon om å benytte seg av. B fikk dessuten beholde valgt plass, og trengte dermed ikke å melde seg opp til ny tjeneste selv, slik som andre som søker utsettelse på andre grunnlag, må gjøre.

Nemndas vurderinger

Saken gjelder påstand om forskjellsbehandling på grunnlag av kjønn ved manglende innvilgelse av søknad om seks måneders utsettelse av turnus, jf. likestillingsloven § 3.

Vedtak om delvis avslag på søknad om utsettelse av turnustjeneste etter turnusforskriften, er et enkeltvedtak etter 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 eller ikke.

Uttalelsen vil ikke være 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.

I særlige tilfeller er indirekte forskjellsbehandling likevel tillatt 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.

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. Unnlater 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 denne saken er omfattet av forbudet mot indirekte forskjellsbehandling. Nemnda er enig i at saken må vurderes på grunnlag av dette forbudet, og går derfor ikke nærmere inn på spørsmålet om forholdet i foreliggende sak rammes av forbudet mot direkte diskriminering.

Av likestillingsloven § 16 første ledd følger:

Hvis det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted direkte eller indirekte forskjellsbehandling i strid med bestemmelser i denne loven, skal det legges til grunn at slik forskjellsbehandling har funnet sted, hvis ikke den ansvarlige sannsynliggjør at slik forskjellsbehandling likevel ikke har funnet sted.

Nemnda har i en rekke saker vurdert om bevisbyrden har gått over på innklagede. Nemnda har krevd noe mer enn en påstand om at diskriminering har funnet sted. Det må være ytterligere holdepunkter i saken for lovstridig forskjellsbehandling, for at bevisbyrden skal gå over på innklagede. Det er klager som i utgangspunktet har bevisføringsrisikoen.

I foreliggende sak finner Nemnda at det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har funnet sted indirekte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven § 3. Nemnda viser til at B fikk barn i desember 2009. Ved suppleringsopptak den 19. januar 2010 fikk hun turnusplass med oppstart 15. februar 2010. Hun var imidlertid i foreldrepermisjon og valgte derfor å søke om utsettelse til august 2010. Hun har anført at hun klarerte søknaden om utsettelse med SAFH allerede den 19. januar 2010 og at søknaden formelt ble sendt den 20. januar 2010. Hun fikk likevel ikke innvilget utsettelse til august 2010. Hun fikk derimot mot sin vilje innvilget utsettelse frem til februar 2011. Dersom hun ikke hadde født barn og skullet ha permisjon, ville hun vært garantert plass fra august 2010. Hun kom derfor dårligere ut som følge av fødselen og foreldrepermisjonen.

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. Det må derfor vurderes om SAFH har gitt en saklig begrunnelse for hvorfor regelverket og praksis rundt dette ikke inneholder særordninger for turnuskandidater som gjør bruk av sine rettigheter knyttet til foreldrepermisjon.

Begrunnelsen for forskjellsbehandling skal bygge på reelle behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader og liknende som likebehandling 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 SAFH 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*.

Ved vurderingen av om forskjellsbehandlingen er lovlig, har Nemnda i tråd med tidligere forvaltningspraksis, særlig lagt vekt på om SAFHs vurdering av søknaden om utsettelse er konkretisert og begrunnet. Nemnda viser i denne forbindelse også til Ot.prp.nr.77 (2000-2001) side 36 hvor det blant annet sies:

«Forskjellsbehandling på grunn av fødselspermisjon av lengre varighet og forskjellsbehandling på grunn av omsorgsansvar/-oppgaver generelt, vil som nå måtte regnes som indirekte forskjellsbehandling og således kunne være betinget av en interesseavveining.»

Videre uttales på samme side:

«Som det fremgår av det ovennevnte vil forbudet mot graviditetsdiskriminering ha et kjerneområde der kvinner skal ha et absolutt vern mot diskriminering. I andre tilfeller forutsettes det at håndhevingsorganene i sin praksis utvikler videre de krav som stilles til begrunnelsen for handlingen.»

Nemnda har merket seg anførselene fra SAFH (og Helsedirektoratet) om at det vil være for sent å delta i trekning og turnusvalg når listene først er sendt til UiO. I følge SAFH ble listene over kandidater som var påmeldt til turnustjeneste 15. august 2010 med påmeldingsfrist 1. november 2009, sendt til UiO samme dag som B sin søknad om utsettelse ble behandlet i uke 4. Nemnda har imidlertid etter en konkret helhetsvurdering kommet til at SAFH ikke har sannsynliggjort at forskjellsbehandlingen er lovlig etter likestillingsloven § 3 fjerde ledd. I forbindelse med denne vurderingen finner Nemnda det nødvendig å trekke fram sentrale punkter fra forskrift av 20.12.2001 nr. 1549 om praktisk tjeneste for å få autorisasjon som lege.

Av forskriften § 12 andre ledd følger:

«Når alle turnusplassene er valgt, blir de av studentene/kandidatene som eventuelt ikke har fått turnusplass, overført til en venteliste. Disse studentene/kandidatene får utsatt turnusstart med inntil 6 måneder.»

Av § 12 fjerde ledd følger:

«Ved påfølgende trekning tas studentene/kandidatene på ventelisten inn i trekningen sammen med de andre påmeldte, men slik at de er sikret å velge turnusplass.»

Av forskriftens § 8 følger:

«Utsettelse av praktisk tjeneste etter påmelding

Utsettelse eller avbrudd av praktisk tjeneste etter at påmelding har funnet sted krever at det foreligger særlige grunner.

Søknad om utsettelse må sendes til Sosial- og helsedirektoratet så snart utsettelsesgrunnen foreligger. Dersom utsettelse innvilges, må studenten/kandidaten selv melde seg på til ny praktisk tjeneste i henhold til § 6. Studenten/kandidaten vil etter ny påmelding og trekning være sikret å velge turnusplass, jf. § 12 fjerde ledd.»

Nemnda kan ikke se at SAFH har bestridt Bs anførsel om at hun etter regelverket ville være sikret turnusplass med oppstart 15. august 2010 dersom hun ikke hadde søkt om utsettelse. Det er videre enighet mellom partene om at B oppfylte vilkåret om «særlige grunner» i turnusforskriften § 8.

Om frister for påmelding er det bestemt følgende i rundskriv IS-9/2005 pkt. 3.2:

«Påmeldingsfrister

Fristen for turnusstart 15. februar er for tiden 1. mai året før, og fristen for turnusstart 15. august er 1. november året før.

Som hovedregel gjelder de samme fristene for søknad om utsettelse eller fordelingsfordeler.

Påmelding til turnustjeneste vil som regel skje før avsluttende eksamen er bestått.»

Nemnda kan ikke se at rundskrivet fastsetter frister for å søke om utsettelse etter at påmelding har funnet sted. Det følger imidlertid av forskriften at søknad om utsettelse må sendes så snart utsettelsesgrunnen foreligger.

Nemnda registrerer at søknaden om utsettelse likevel ikke ble innvilget, med den begrunnelse at den ble fremsatt for sent. Søknaden om utsettelse er datert 20. januar 2010, altså dagen etter at B ble tildelt turnusplass. Nemnda forstår det slik at B i realiteten ikke hadde mulighet til å få ønsket utsettelse slik regelverket ble praktisert.

Nemnda finner det som nevnt ikke sannsynliggjort at SAFH ikke kunne tilrettelegge for at B kunne starte turnus i august 2010. Nemnda viser til at B meldte seg på turnus med oppstart februar 2010. Hun fikk imidlertid ikke plass og havnet på venteliste. Hun ville da etter regelverket vært sikret turnusplass med oppstart august 2010 ved trekning 28. januar 2010. Nemnda har merket seg at B søkte om utsettelse i seks måneder, men fikk i stedet 12 måneders utsettelse, noe hun verken var forespeilet ved muntlig kontakt eller hadde søkt om. SAFH varslet ikke B på forhånd om at dette kunne bli resultatet. Etter Nemndas oppfatning har SAFH ikke gitt noen tilstrekkelig god forklaring på hvorfor B ikke fikk valget mellom turnusplass med oppstart i februar 2011 og å beholde sin plass ved trekning 28. januar, slik at hun ble sikret en turnusplass med oppstart i august 2010. For B innebar vedtaket en ufrivillig ytterligere seks måneders utsettelse av turnustjenesten, med de konsekvenser det hadde for hvilket tidspunkt hun kunne oppnå full autorisasjon som lege. Autorisasjon har igjen økonomiske og jobbmessige konsekvenser.

Nemnda finner således at de grunner SAFH (og Helsedirektoratet) anfører ikke er tilstrekkelig saklige og nødvendige i den interesseavveining som skal foretas etter unntaksbestemmelsen.

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

Uttalelsen er enstemmig.