



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

NOTAT

Til: Nettsiden

Fra:
Monica Hox

Vår ref.
09/766-14- MH

Dato:
09.06.2010

Anonymisert versjon av uttalelse

UTTALELSE I SAK OM DISKRIMINERING PÅ GRUNN AV GRAVIDITET, FØDSEL OG BRUK AV FORELDREPERMISJON, OG INDIREKTE DISKRIMINERING PÅ GRUNN AV ETNISITET/NASJONAL OPPRINNELSE- SAMER

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage av 23. mars 2009 fra advokat *MM* på vegne av A med familie. Klagen er todelt.

A hevder at hun ble diskriminert grunn på av graviditet, fødsel og bruk av foreldrepermisjon, da X kommune trakk tilbake omsorgslønn som tidligere hadde blitt innvilget henne. På sin side mener familien, som er samisk, at kommunens saksbehandlingspraksis vedrørende omsorgslønn fører til indirekte diskriminering av den samiske befolkningen i kommunen.

Ombudet har kommet frem til at kommunen ikke har handlet i strid med likestillingslovens § 3 andre ledd nr. 2 når det gjelder spørsmål om forskjellsbehandling på grunn av graviditet. Ombudet har videre konkludert med at kommunen ikke har handlet i strid med diskrimineringsloven § 4 første ledd, jf. tredje ledd, når det gjelder familiens påstand om indirekte diskriminering på grunn av etnisitet/nasjonal opprinnelse.

Ombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda innen tre uker fra dette brevet er mottatt, se vedlagte orientering.

Sakens bakgrunn

Likestillings- og diskrimineringsombudets fremstilling av sakens bakgrunn bygger på partenes skriftlige redegjørelser.

B har nedsatt funksjonsevne. Han har omfattende hørselshandikap og mangler ferdigheter for å kunne mestre hverdagen. Han bor i X kommune, sammen med moren, broren og svigerinnen, A. A har vært ansatt i kommunen siden 2002, hvor hun har et 20 % vikariat som hjemmehjelp og pleieassistent.

Den 2. desember 2003 innvilger kommunen 18 timers omsorgslønn, delt jevnt mellom moren og A, for å pleie B, jf. lov om sosiale tjenester § 4-2 bokstav e.

I 2005 vedtar kommunestyret nye veiledende retningslinjer for saksbehandling av omsorgslønn. Retningslinjene er blitt anbefalt av Fylkesmannen i Nordland for å redusere kommunens omsorgslønnsnivå, fordi antall timer innvilget har vært uforholdsmessig høyt sammenlignet med andre kommuner.

I 2005 blir A gravid. Ved slutten av svangerskapet, fra midten av november 2005 til 7. februar 2006, blir hun sykemeldt på grunn av bekkenløsning. Hun føder et barn 8. februar 2006, og tar ut utvidet foreldrepermisjon til 8. februar 2007.

Den 13. januar 2006 sender kommunen et brev til A, hvor hun informeres om at de ni timer omsorgslønn som er forbeholdt henne, vil opphøre fra 1. februar 2006. Kommunen refererer til en tidligere telefonsamtale vedrørende sykemelding, og forklarer at omsorgslønn er en godtgjøring som ytes for omsorgsarbeid og som derfor ikke gir rett til sykepenger. Familiens advokat ber deretter kommunen om å vise til vedtaket som skal være grunnlaget for beslutningen. Kommunen på sin side informerer A, ved brev av 2. januar 2007, om at alle vedtak om omsorgslønn vil gjennomgå på nytt. Det varsles om et hjemmebesøk og ny vurdering av Bs behov for omsorg.

Advokaten klager til kommunen i mai 2007. Kommunen avviser klagen og viser til de nye retningslinjene som er blitt vedtatt i kommunestyret. Den 15. august 2008 besøker kommunen familien hjemme, og foretar en vurdering av Bs behov for omsorg. Den 27. november 2008 fatter kommunen to vedtak, hvor A ikke får innvilget omsorgslønn, mens moren blir innvilget omsorgslønn for 9 timer per uke. Beslutningen er basert på kommunens nye vurdering av omsorgsbehov for B og en

såkalt IPLOS- (Individbasert pleie og omsorgsstatistikk) kartlegging i saken. Parallelt gir kommunen flere ganger muntlig tilbud om boveiledning til B. Familien takker nei.

Advokaten klager saken inn for Fylkesmannen i Nordland. Fylkesmannen konkluderer den 17. juli 2009 med at kommunen i januar 2006 ikke hadde anledning til å avvikle As omsorgsengasjement, da det ikke ble fattet et vedtak. Fylkesmannen viser for øvrig til vedtaket av november 2008, og fastslår at delen av vedtaket som har tilbakevirkende kraft i As disfavør ikke er gyldig. A beholder dermed sin rett til omsorgslønn inntil 27. november 2008, med fradrag for de perioder hun har vært sykemeldt.

Ved brev av 28. september 2009 orienteres A om hvilke beløp som, i kraft av Fylkesmannens vedtak, vil bli etterbetalt. Det informeres om at omsorgslønn ikke betales i foreldrepermisjonsperioden eller i sykemeldingsperiodene. Omsorgslønn betales i perioden mellom 9. februar 2007 (etter at foreldrepermisjonen tar slutt) og 27. november 2008.

Partenes syn på saken

1. Klage på diskriminering på grunn av graviditet/ fødsel og uttak av foreldrepermisjon

A hevder at kommunen forskjellsbehandlet henne på grunn av at hun ble gravid, fødte et barn og tok ut foreldrepermisjon, da omsorgslønn som hadde blitt innvilget henne i 2003 opphørte noen dager før hun fødte sitt barn, og ikke ble utbetalt mens hun var ut i foreldrepermisjon. A mener at dette er diskriminering i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd nr. 2.

Hun hevder at årsaken til tilbaketrekkingen var at hun ved slutten av svangerskapet var sykemeldt på grunn av bekkenløsning. Hun mener at kommunen ikke hadde rett til å bruke sykemeldingen som anledning til å trekke tilbake omsorgslønnen, fordi sykemeldingen kun gjaldt hennes vikariat i kommunen, og hun aldri hadde opplyst for kommunen at hun ikke var i stand til å utføre omsorgsoppgaver hjemme overfor B. Det ble dermed lagt negativ vekt på at hun var gravid og snart skulle føde. Hun hevder i denne forbindelse at fødselen ble uttalt fra kommunens side som årsak til tilbaketrekkingen. Hun viser for øvrig til at omsorgslønnen ikke ble gjeninnvilget etter at hun fødte sin datter og sykemeldingsperioden tok slutt (7. februar 2006). Hun bestrider kommunens anførsel om at hun hadde blitt fortalt at hun måtte opplyse om en annen person ville søke om omsorgslønn i hennes sted. Hun viser til at kommunen, til tross for Fylkesmannens vedtak, nektet å betale omsorgslønn under foreldrepermisjonsperioden, jf. kommunens brev av 28. september 2009.

Kommunen viser i sin redegjørelse til at omsorgslønn opphører for den som ikke er i stand til å utføre omsorgsoppgavene, uavhengig av hva man er sykemeldt for. Kommunen mener at dette måtte gjelde A, som ved slutten av sitt svangerskap var sykemeldt. Kommunen viser til at A i en del av sykemeldingsperioden utførte omsorgsoppgaver overfor B, inntil hun selv ga beskjed om at hun ikke var i stand til å ivareta omsorgsoppgaver.

Kommunen viser til at A hadde fått jevnlig sykefraværsoppfølging og tilrettelegging i sin jobb i kommunen. Derimot, når det gjelder omsorgslønn, hadde kommunen ikke sykefraværs oppfølgingsplikt. Det vises til at omsorgslønn ikke automatisk overføres til andre omsorgsytere, med mindre det foreligger en ny søknad om det. Kommunen hevder at A hadde blitt informert om at hun måtte gi beskjed om det var noen som skulle søke om omsorgslønn i hennes sted.

2. Påstand om indirekte diskriminering på grunn av etnisitet/nasjonal opprinnelse

Familien hevder at det er sterke grunner for å anta at kommunens praksis angående omsorgslønn, som baserer seg på de nye retningslinjene, rammer enkeltmennesker i den samiske befolkningen i kommunen uforholdsmessig hardt, sammenlignet med den norske befolkningen. Det hevdes at kommunen ikke hadde rett til å vurdere familiens omsorgslønnsak på ny og dermed ta ”omkamp” på grunn av de nylig vedtatte retningslinjene. Det vises til at omsorgslønn er mye mer utbredt hos den samiske befolkningen, da samiske familier er særlig avhengige av omsorgslønn. Til støtte vises det til en rapport fra Nordlandsforskning, NF- 9/99: ”Med en klype salt”. I rapporten gir en informant uttrykk for følgende:

”Vi opplever at vi er pliktig til å ta vare på våre nærmeste. Vi får ingenting for det. Jeg føler at jeg blir utnyttet. De vet at jeg ikke vil sitte stille og se på at (n.n) lider nød”.

Det vises videre til en evalueringsrapport fra 2002 utgitt i regi av Helsedepartementet: ”Oppfølging av plan for helse- og sosialtjenester til den samiske befolkning i Norge”. I delen av rapporten som gjelder kommunen vises det blant annet til at:

”flere informanter gir uttrykk for at man foreløpig ikke har klart å utvikle et tokulturelt samfunn som tar hensyn begge veier: både samisk og ”bufolk”... Det forfektes et syn om at alt skal være likt i tilbudene til samiske brukere.

Utgangspunktet er da, i følge informanten, alltid tilbudet til den norske befolkningen”.

Det vises også til en artikkel av (...), hvor det fremheves at samer bosatt i områder hvor de er i kulturelt/etnisk mindretall, slik som i (...), utsettes for et større og vanskeligere krysspess enn i områder hvor de er i majoritet, og at det offentlige hjelpeapparatet mangler problemforståelse for denne befolkningen.

Når det gjelder B, en av kommunens samiske beboere, mener familien at kommunen har sviktet ham fordi han som barn ikke fikk tilstrekkelig grunnskoleopplæring. Den har vist til kommunens egen sosialrapport av 22. august 2000 som kilde. Familien mener derfor at det er meningsløst fra kommunen å tilby ham boveiledning, når dette tiltaket ikke er spesielt tilrettelagt og ikke kompensere for kommunens tidligere svikt.

Familien viser til at kommunen foretok en ny vurdering av As omsorgslønn i januar 2006, og at denne vurderingen, som førte til at hennes del av omsorgslønn ble trukket tilbake, var sterkt påvirket av de nye veiledende retningslinjene, vedtatt i 2005. Familien hevder at kommunen imidlertid ikke har fremhevet at økt bruk av omsorgslønn hadde vært vedtatt av kommunen som et særskilt virkemiddel overfor den samiske befolkningen i kommunens egen plan. Retningslinjene, som må anses som et virkemiddel for å redusere omsorgslønnsnivået i kommunen på generelt plan, rammer derfor den samiske befolkningen særlig hardt, herunder B, som ikke får sine behov dekket tilstrekkelig. I tillegg hevdes det at retningslinjene er i strid med en regel av høyere rang, Rundskriv I- 15/ 2000 ”*Samisk språk og kultur- utdyping av rundskriv I-1/2000*”, hvor det blant annet anbefales å gi samiske brukere muligheten til å bo lengst mulig hjemme på grunn av at gruppen særlig vektlegger verdier knyttet til familie, slekt og nærmiljø. Det påpekes i rundskrivet at omsorgslønn i enkelte tilfeller kan være et godt hjelpemiddel.

Familien konkluderer dermed at retningslinjene må anses å være i strid med forbudet mot indirekte diskriminering etter diskrimineringslovens § 4 første ledd, jf tredje ledd.

Kommunen avviser i sin redegjørelse familiens påstand om at kommunens saksbehandlingspraksis når det gjelder omsorgslønn, innebærer indirekte diskriminering av kommunens samiske befolkning. Kommunen hevder at mye har forandret seg siden evalueringsrapporten fra 2002 ble skrevet. Det vises til at hovedandelen av befolkningen som mottar omsorgslønn er samer, nettopp fordi kommunen legger vekt på deres språklige og kulturelle behov. Kommunen er i 2006 blitt innlemmet i *samisk språk- og forvaltningsområde*, og pleie og

omsorgstjenesten arbeider aktivt for å fremme samisk språk og kultur. I denne forbindelse viser kommunen til at det utarbeides flere konkrete tiltak og tiltaksplan for samiske brukere.

I behandling av søknader om omsorgslønn hevder kommunen at det tas hensyn både til rundskriv I-15/2000 og regjeringens handlingsplan for helse- og sosialtjenester til den samiske befolkningen i Norge 2002-2005. Når det gjelder håndtering av søknader om omsorgslønn for pleie av samiske pårørende, anbefales kommuner i handlingsplanen å *”vektlegge manglende språklig og kulturell kompetanse i tjenesten som tildelingskriterium”*.

Videre hevder kommunen at hvert vedtak fattes ut fra individuelle vurderinger, der omsorgslønn betraktes i sammenheng med andre tjenester. I Bs tilfelle har det vært slik. Kommunen hadde tilbudt ham boveiledning, et tilbud som gir opplæring i dagliglivets ferdigheter. Formålet med tilbudet var å gjøre B mest mulig selvhjulpen og å øke hans livskvalitet. Tilbudet var forankret i en funksjonskartlegging av B fra 2001. I denne kartleggingen ble det konkludert med at han hadde de nødvendige forutsetninger for å kunne lære å mestre hverdagen bedre. Kommunen viser til at familien takket nei til dette tilbudet, fordi den ikke ønsket å ha fremmede hos seg.

Da omsorgslønnen ble halvert i familien, hadde kommunen vurdert saken på ny i lys av de nye veiledende retningslinjene. Det viste seg at skjønnsvurderingen som hadde vært grunnlaget for innvilgelsesvedtaket av 2002, var feil. Mange av arbeidsoppgavene som var omfattet av omsorgslønnen, var til det felles beste for hele husholdningen. Ifølge retningslinjene og Fylkesmannens anbefaling, kvalifiserte ikke disse oppgavene til omsorgslønn. Kommunen mener derfor at det var saklige grunner for å redusere antall timer omsorgslønn overfor B.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven og/eller og diskrimineringsloven, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 3.

Likestillingsloven § 3 fastslår at direkte eller indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn ikke er tillatt.

Med direkte forskjellsbehandling menes handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, eller setter en kvinne i en dårligere stilling enn hun ellers ville ha vært på grunn av graviditet eller fødsel, eller setter en kvinne eller mann i en dårligere stilling enn vedkommende ellers ville ha vært på grunn av

utnyttelse av permisjonsrettigheter som er forbeholdt det ene kjønn, jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr 2. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er svært begrenset.

Med indirekte forskjellsbehandling menes enhver tilsynelatende kjønnsnøytral handling som faktisk virker slik at det ene kjønn stilles dårligere enn det annet. Forskjellsbehandling på grunn av foreldrepermisjon regnes som indirekte forskjellsbehandling.

Diskrimineringsloven forbyr forskjellsbehandling på grunn av etnisitet, nasjonal opprinnelse, avstamning, hudfarge, språk, religion eller livssyn, jf. loven § 4 første ledd.

Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av forhold som nevnt over blir stilt særlig ufordelaktig sammenliknet med andre. Forskjellsbehandling som er ”nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller de som forskjellsbehandles”, jf. § 4 fjerde ledd, er tillatt.

Ombudets vurdering

1. Påstand om diskriminering på grunn av graviditet/fødsel og uttak av foreldrepermisjon

Likestillings- og diskrimineringsombudet vil først ta stilling om kommunen handler i strid med likestillingsloven ved ikke å etterbetale omsorgslønn som for perioder der A har vært i foreldrepermisjon eller har vært sykemeldt.

Manglende etterbetaling av omsorgslønn i foreldrepermisjonsperioden:

Det følger av Fylkesmannens vedtak av 14. juli 2009, referert ovenfor, at A skal beholde de rettigheter hun ble tilstått i vedtak 143/2002 frem til 27. november 2008. A har dermed krav på tilbakebetaling av omsorgslønn for denne perioden. Det fremgår ikke av vedtaket at det skal gjøres fradrag for foreldrepermisjonsperioden.

Ombudet legger til grunn at Fylkesmannens vedtak er gyldig, og kommunen har etter dette en plikt til å etterkomme Fylkesmannens vedtak. Hvorvidt kommunens manglende utbetaling av omsorgslønn i foreldrepermisjonsperioden er å anse som indirekte diskriminering på grunn av foreldrepermisjon, er det etter dette ikke nødvendig for ombudet å ta stilling til. Dersom kommunen fortsatt ikke utbetaler omsorgslønn for denne perioden i tråd med Fylkesmannens vedtak, er alternativene

for å få vedtaket oppfylt å henvende seg til Fylkesmannen som overordnet organ, å klage til Sivilombudsmannen eller å reise sak for domstolene.

Når det er sagt, vil ombudet bemerke at å nekte å utbetale omsorgslønn på grunn av foreldrepermisjon i utgangspunktet vil være å anse som indirekte forskjellsbehandling i strid med likestillingsloven, forutsatt at omsorgsyteren faktisk yter den omsorgen som er avtalt med kommunen. Det da vil være kommunen som må sannsynliggjøre at likestillingslovens unntaksbestemmelse om tillatt forskjellsbehandling kommer til anvendelse.

Manglende etterbetaling av omsorgslønn i sykemeldingsperiodene:

A var sykemeldt i til sammen ca 2,5 måneder under svangerskapet. Hun var sykemeldt fra sin kommunale stilling i denne perioden. Fylkesmannens vedtak unntar sykemeldingsperiodene fra kravet om etterbetaling av omsorgslønn.

Hvorvidt omsorgsytere som mottar omsorgslønn har krav på sykepenger eller ikke, er ikke lovregulert. Ombudet legger til grunn at dette vil avhenge av omsorgsyterens avtale med kommunen.

Det fremgår ikke av vedtak (...) om omsorgslønn at A hadde krav på sykepenger. Ombudet kan heller ikke se at hun i vedtaket regnes som arbeidstaker i forbindelse med at hun tilkjennes omsorgslønn for omsorg av B. Det er ikke anført fra As side at hun hadde krav på sykepenger, og kommunen har uttalt at hun ikke hadde slik rett. Ombudet forutsetter etter dette at A ikke hadde krav på sykepenger.

Ombudet legger til grunn at heller ingen andre mottakere av omsorgslønn får sykepenger i kommunen uten særskilt avtale. Dersom A var arbeidsufør også med hensyn til omsorgsoppgavene overfor B, kan det hevdes at hun ikke er kommet i en dårligere stilling enn andre sykemeldte som mottar omsorgslønn, og at hun dermed ikke blir forskjellsbehandlet.

Hvis kommunen derimot stoppet As omsorgslønn på grunn av at hun ble sykemeldt fra sin kommunale stilling, uten å vurdere eller undersøke om hun var i stand til å utføre disse omsorgsoppgavene, ville dette i utgangspunktet kunne være tale om direkte diskriminering i strid med likestillingsloven § 3

Det er imidlertid uenighet mellom A og kommunen om A kunne utføre omsorgsoppgavene overfor B i disse periodene.

Kommunen hevder at A varslet sin arbeidsgiver om at hun ikke var i stand til å ivareta omsorgsoppgavene, og at A fikk beskjed om å utpeke andre omsorgsytere for B i perioden.

A hevder at ”i kortere perioder hvor det av forskjellige årsaker har vært behov for bistand, har hennes mann, hennes svigermor og andre i familienettverket steppet inn”. Hun uttaler at kommunen har vært kjent med denne ordningen, siden dette ble opplyst i forbindelse med søknaden om omsorgslønn i 2002. Hun hevder at hun aldri har gitt beskjed om at hun ikke kunne ta omsorg for B, og nekter for å ha fått beskjed om å utpeke andre omsorgsytere for B i perioden. Hun mener at det har formodningen mot seg at kommunen skulle be om noe slikt, siden kommunen var kjent med at B ble tatt hånd om av familienettverket. Hun uttaler videre at hun har tatt sin del av ansvaret for B, med unntak av tiden rundt fødselen og 3-4 uker etterpå.

Ombudet tolker ovennevnte uttalelser fra A slik at hun ikke utelukker at andre i familien har gitt omsorg til B når hun selv har vært forhindret fra det, og at dette i hvert fall gjaldt en periode på 4 uker rundt og etter fødselen. Hvorvidt hun ivaretok omsorgsoppgavene i de øvrige ukene er mer uklart.

Det står altså påstand mot påstand med hensyn til om A hadde varslet arbeidsgiver (kommunen) om at hun ikke kunne ta omsorg for B i sykemeldingsperioden. Av dette følger at det også står påstand mot påstand når det gjelder spørsmålet om hun ble bedt om å utpeke andre personer som skulle overta omsorgen for ham i disse periodene.

Som nevnt ovenfor er en påstand ikke nok til at ombudet kan konkludere med at diskriminering har skjedd. Dersom det er andre holdepunkter for klagen, kan ombudet likevel legge til grunn at diskriminering har skjedd, hvis bevisbyrderegelen i likestillingsloven § 16 anvendes og kommunen ikke oppfyller sin plikt til å føre bevis for sitt syn.

Det er klageren, her A, som må vise til forhold som støtter hennes påstand, dersom ombudet skal legge bevisbyrden over på kommunen. I og med at A var sykemeldt fra sin kommunale omsorgsjobb, og hun dessuten uttaler at familienettverket har steppet inn for henne i perioder, så er dette etter ombudets syn omstendigheter som taler mot at hun har vært arbeidsfør med hensyn til omsorgsoppgavene hjemme i sykemeldingsperiodene. Det er derfor ikke naturlig å anvende bevisbyrderegelen, i og med at hennes påstand om diskriminering svekkes av andre opplysninger i saken. Ombudet understreker at denne vurderingen knytter seg til om regelen om delt bevisbyrde skal anvendes eller ikke. Ombudet må uansett legge det mest sannsynlige faktum til grunn, jf. ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 131 som redegjør for

bevisbyrderegelen knyttet opp mot innføringen av diskrimineringsloven. Det må antas at de samme vurderinger gjelder for bevisbyrderegelen i likestillingsloven.

Ombudet har, ut fra de opplysningene som foreligger, ikke grunnlag for å ta stilling til hvorvidt A var arbeidsfør i sykemeldingsperiodene, og om kommunen var kjent med dette. Ombudet kan dermed heller ikke vurdere hvorvidt hun er blitt diskriminert på grunn av graviditetsrelatert sykdom. Ombudet må derfor konkludere med at kommunen ikke har brutt likestillingsloven ved ikke å etterbetale omsorgslønn for sykemeldingsperiodene.

2. Påstand om diskriminering på grunn av etnisitet/nasjonal opprinnelse

Ombudet legger til grunn at B har behov for omsorg. Det ligger imidlertid utenfor ombudets mandat å vurdere omfanget av hans omsorgsbehov og på hvilken måte behovet best kan dekkes.

Det er ikke omtvistet at kommunens halverte omsorgslønnen i familien etter bruk av de nye retningslinjene for omsorgslønn. Slik ombudet forstår det, vil familien vise til forholdene i denne saken for å dokumentere kommunens generelle praksis når det gjelder omsorgslønn. Dersom de nye retningslinjene, som i utgangspunktet må anses å være nøytrale, rammer kommunens samiske befolkning særlig hardt, kan det være spørsmål om dette utgjør indirekte diskriminering i strid med diskrimineringsloven § 4.

Dersom ombudet finner *grunn til å tro* at samiske familier rammes vesentlig hardere av retningslinjene og kommunens praksis enn andre familier, går i utgangspunktet bevisbyrden over på kommunen, som må sannsynliggjøre at dette likevel ikke er diskriminering. Imidlertid må begrepet indirekte diskriminering også ses i sammenheng med unntaket for saklig forskjellsbehandling i diskrimineringsloven § 4 fjerde ledd. I denne saken vil det derfor uansett ikke foreligge diskriminering dersom kommunens praksis vedrørende søknader om omsorgslønn er objektivt begrunnet i et saklig formål, og midlene som er valgt er nødvendige, hensiktsmessige og ikke uforholdsmessig inngripende.

En innstramning av regelverket for tildeling av omsorgslønn vil ramme den samiske befolkningen i kommunen hardere enn den ikke-samiske befolkningen, dersom det er en større andel av samiske familier som mottar omsorgslønn sammenlignet med ikke-samiske familier. Hvorvidt dette i seg selv utgjør diskriminering, er det ikke nødvendig for ombudet å ta stilling til, idet ombudet er kommet til at kommunens retningslinjer og praksis uansett vil være dekket av unntaksregelen referert ovenfor.

Retningslinjene for tildeling av omsorgslønn ble anbefalt av Fylkesmannen fordi kommunen hadde et uforholdsmessig høyt timetall i omsorgslønnssaker. Kostnadsreduksjon vil i utgangspunktet være et saklig formål. Innstramming av retningslinjene for tildeling av omsorgslønn vil etter ombudets syn være både nødvendig og hensiktsmessig i den forbindelse.

Spørsmålet vil så være om effekten av retningslinjene og kommunens praksis er uforholdsmessig inngripende overfor den samiske befolkningen i kommunen.

Ombudet kan ikke se at det foreligger dokumentasjon som støtter dette. Undersøkelsene inntatt i NF-Rapport 9/99 – *Med en klype salt* - og Helsedepartementets evalueringsrapport fra 2002 – *Oppfølging av plan for helse- og sosialtjenester til den samiske befolkning i Norge* - som klagerne viser til, gir informasjon om helse og samisk familiekultur i den forbindelse. Rapportene har imidlertid ikke omsorgslønn og effekten av denne som hovedtema,

Den første rapporten er en undersøkelse basert på informasjon hentet fra enkeltindivider, både samer og ikke-samer i kommunen. Angående temaet *"Familiens betydning"* gir en av informantene uttrykk for at ikke-samer

"... har mye å lære av hvordan de samiske stiller opp for hverandre i familien..."
"det ser ut til at betydningen av familien og slektssolidaritet overfor fjernere slektninger er større i den samiske befolkningen enn den vestige befolkningen. I en vestlig individualistisk forståelse er helse og sykdom noe som tilhører den enkelte... I samisk sammenheng ser det ut til at sykdom i langt større grad er noe som angår det sosiale fellesskapet den enkelte er en del av".

Den andre rapporten inneholder en evaluering av kommunens helsetilbud til den samiske befolkningen. Forskerne konstaterer at det fortsatt er motsetning mellom samer og ikke-samer i kommunen. Det registreres at økt bruk av omsorgslønn, samt andre tiltak, er blitt foreslått når det gjelder eldre samer. Konklusjonen i rapporten er at:

"Planen er i begrenset grad blitt fulgt opp og har så langt resultert i få konkrete tiltak "(...). En av årsakene er at det synes problematisk å få gjennomslag i det kommunale systemet for å bruke begrensede ressurser på å ivareta tokulturelle forpliktelser.

Opplysningene i rapportene må imidlertid vurderes i lys av kommunens redegjørelse og sakens fakta for øvrig. Kommunen uttaler at den siden 2002 har økt sin innsats overfor samer som trenger omsorg. Kommunen skal ha arbeidet aktivt for å fremme sin visjon om *"to kulturer - en felles fremtid"* og kommet med flere konkrete tiltak. Kommunen fremhever også at den i saksbehandlingen alltid foretar konkrete vurderinger av hver søker, og at retningslinjene kun er veiledende. Dessuten viser kommunen til at omsorgsytere ikke har ubetinget krav på omsorgslønn.

Det fremgår av rundskriv I-42/98 at kommuner har en skjønnsmargin for å innvilge eller avslå en søknad om omsorgslønn. Tyngden av omsorgsarbeidet, hvorvidt arbeidet gjelder nødvendige omsorgsoppgaver, om omsorg fra søkeren er til det beste for den som trenger hjelp, og kommunens ressurser utgjør de sentrale momenter som må vurderes. Ombudet vil ikke kunne overprøve slike vurderinger.

Ombudet finner at behandlingen av familiens sak støtter kommunens anførsel om at retningslinjene kun er veiledende. Det fremgår at kommunen kom på hjemmebesøk i august 2008 og foretok en vurdering av Bs behov. Omsorgslønnsnivået i familien ble halvert, men ikke trukket tilbake som sådan. Samtidig ga kommunen B et tilbud om boveiledning. Dette tilbudet var basert på kommunens konkrete vurderinger av hans forutsetninger og behov. Ombudet har ikke kompetanse til å overprøve kommunens konkrete vurderinger når det gjelder tiltakene som foreslås. Så lenge det fremgår at omsorgsbehovet er vurdert og tilbud er gitt, er det vanskelig å skulle legge til grunn at reduksjon av omsorgslønnen er uforholdsmessig inngripende overfor B og familien. Denne konkrete saken kan dermed ikke illustrere at retningslinjene eller kommunens praksis er uforholdsmessig inngripende overfor samiske familier generelt, etter ombudets mening.

Ombudet mener at heller ikke rapportene det er vist til, kan anses å være tilstrekkelig dokumentasjon på at kommunens bruk av retningslinjene for omsorgslønn har en uforholdsmessig inngripende effekt overfor den samiske befolkningen generelt.

På hvilken måte kommunen best skal ivareta innbyggere som har omsorgsbehov, samtidig som kommunen overholder sine forpliktelser overfor den samiske befolkningen når det gjelder bevaring av identitet og kulturell egenart, er politiske og økonomiske spørsmål som ikke kan løses konkret ut fra diskrimineringslovgivningen.

Ombudet har på denne bakgrunn kommet til at kommunens praktisering av nye retningslinjer for omsorgslønn ikke kan sies å innebære indirekte diskriminering av den samiske befolkningen i kommunen.

Ombudet vil likevel ta hensyn til denne saken i sitt pådriverarbeid overfor myndighetene når det gjelder rett til likeverdige offentlige tjenester.

Konklusjon:

1. Kommunen har ikke handlet i strid med likestillingsloven § 3 andre ledd ved ikke å etterbetale omsorgslønn til A i de periodene hun har vært sykemeldt.
2. Kommunen har ikke handlet i strid med forbudet mot indirekte diskriminering på grunn av etnisitet/nasjonal opprinnelse i diskrimineringsloven § 4 ved å bruke nye retningslinjer for tildeling av omsorgslønn i kommunen.

