

Vår ref.:

11/882

Dato:

28.05.2013

Sammendrag

Saken gjaldt spørsmål om en pasient hadde blitt nektet eller fått utsatt implantatbehandling på grunn av sin hiv-diagnose i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven. Ombudet fant at det var årsakssammenheng mellom kirurgens utsettelse av behandlingen og pasientens hiv-diagnose på bakgrunn av partenes forklaringer og nedtegnelser i epikrise til henvisende tannlege og pasientjournal. Ombudet fant likevel at forskjellsbehandlingen var tillatt etter unntaksadgangen. Å utsette implantatbehandling ut fra en vurdering om at den vil bli mer vellykket på et senere tidspunkt måtte anses som et saklig formål. Partene var faglig uenige om dette spørsmålet, men ombudet fant ikke grunnlag for å overprøve kirurgens vurdering i dette tilfellet, og viste til at verken Fylkesmannen eller Den norske tannlegeforenings etiske råd hadde funnet grunnlag for å kritisere den. Ombudet fant ikke at det forelå ikke-diskriminerende handlingsalternativer. Forskjellsbehandlingen ble heller ikke ansett å være uforholdsmessig inngripende overfor pasienten.

Saksnummer: 11/882

Lovgrunnlag: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4

Diskrimineringsgrunnlag: nedsatt funksjonsevne

Dato for uttalelse: 22. april 2013

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A var 6. september 2010 til konsultasjon hos spesialist i oral kirurgi og oral medisin B ved C Tannlegesenter for vurdering av implantatbehandling i 2. kvadrant etter henvisning fra

spesialist i protetikk, tannlege D. A var nylig blitt diagnostisert med hiv (Human Immunodeficiency Virus) og var under utredning for hepatitt C.

A hadde vært uten de aktuelle tennene minst ett år før konsultasjonen hos B.

I legeerklæring datert 30. september 2010 signert seksjonsoverlege ved Infeksjonsmedisinsk avdeling ved F sykehus, E står det følgende:

«A ble HIV-smittet våren 2010. Hun følges regelmessig ved Infeksjonsmedisinsk poliklinikk, G, F, og var til siste kontroll 28.09.10. Pasienten har fortsatt god immunitet og har ingen symptomer, og hennes HIV-smitte utgjør intet helsemessig hinder mot at hun reise til Afrika slik som planlagt senere i høst.»

Av epikrisen til henvisende tannlege datert 11. oktober 2010 framgår at B, etter å ha konferert med behandlende lege, E, konkluderte med at implantatbehandlingen skulle utsettes. Fra epikrisen siteres følgende:

«Utført behandling

06.09.2010

OPG trygd

Omfattende undersøkelse

Pas kommer for implantatvurdering i 2. kvadrant. Hun opplyser at hun har en ny HIV-diagnose og at hun er under utredning for om hun har en hepatitt C. Pas virker bemerkelsesverdig uanfektet av det hele. Hennes lege er E på F Sykehus, infeksjonsmedisinsk avdeling. Hun skal ha en samtale med ham den 28.9 så hun foreslår at jeg tar en prat med ham etter dette. Hun er selv tidligere operasjonssykepleier. Hun sier at hun ønsker en treledds bor regio 24-26, hun er forberedt på å betale ca 25000 per ledd og er klar over at det ikke en noen innslagspunkt som dekker dette. Jeg vil diskutere kasus med henviser og ta en prat med legen hennes og snakke med henne etter dette. Det er god bredde på kjevekammen og god nok høyde til sinus slik at det sånn sett er akseptable forhold til å sette inn implantater – Tann 24.

11.10.2010

Snakket med overlege E på infeksjonsmedisinsk avdeling på F sykehus. Han bekrefter at pas har HIV. Hun hadde en aktiv infeksjon i våres, men er symptomfri nå. Hun hadde da et virusantall i blod på 89 000. Det har nå sunket til 30 000 som fortsatt er meget høyt slik at hun i høyeste grad er smittsom. Han mener hun ytterligere vil synke spontant til kanskje et par 1000 i løpet av et halvt til ett år, men at hennes behandlingmessige behov i munnen må ses opp mot dette. Hun vil etter noen år, 1-12, bli behandlingstrengende, etter et halvt år på infeksjonsdempende medisiner vil hun ikke lenger ha virus i blodet og da ikke være smittsom.

Kommentar

Ut fra ovenstående og ref telefonsamtale med deg er vi to enige om at implantatbehandling utsettes!»

Tilsvarende nedtegnelser finnes i pasientjournalen.

A ble deretter henvist av tannlege D til tannlege H 24. februar 2011 for vurdering og innsetting av implantater. A fikk implantatbehandling i mars 2011. Kronene ble satt inn i august 2011. Behandlingen har vært vellykket.

As tannimplantat på motsatt kvadrant (tann 16) måtte fjernes i slutten av mars 2011.

HivNorge brakte på vegne av A saken inn for ombudet ved brev av 15. april 2011. Ombudet avviste saken 24. august 2011. Ombudet begrunnet avvisningen med at antagelser om smittefare faller utenfor diskriminerings- og tilgjengelighetslovens begrep «nedsatt funksjonsevne».

HivNorge påklaget ombudets avvisning ved brev av 16. september 2011. Ombudet fant ikke grunn til å endre sitt avvisningsvedtak, og saken ble oversendt Likestillings- og diskrimineringsnemnda ved brev av 21. september 2011. I vedtak av 31. januar 2012 tok Likestillings- og diskrimineringsnemnda klagen på ombudets vedtak om avvisning til følge.

På vegne av A klaget HivNorge til Fylkesmannen i Oslo og Akershus ved brev av 15. april 2011 på avslag på nødvendig tannlegebehandling på grunn av hivsmitte, samt brudd på taushetsplikten. I brev av 12. mars 2012 konkluderte fylkesmannen med at det ikke foreligger brudd på helselovgivningen.

HivNorge klaget videre saken inn for Den norske tannlegeforenings (NTF) råd for tannlegeetikk. Rådet avga uttalelse datert 16. april 2012. Rådet fant grunn til å uttale kritikk mot B for at hun ikke ga A mer informasjon og veiledning når det gjaldt den planlagte behandlingen, jf. NTFs etiske regler § 6 første avsnitt første setning. Rådet fant ikke at B hadde opptrådt i strid med NTFs etiske regler § 4 (1) andre punktum eller § 6 (1) andre punktum. Endelig konkluderte rådet ikke med hvorvidt B hadde overtrådt NTFs etiske regler § 8, jf. helsepersonelloven § 25 fordi saken også var brakt inn for Helsetilsynet. I NTFs etiske råds uttalelse av 16. april 2010 uttales blant annet:

«HivNorge bestrider at det faktisk var en større risiko for at implantatbehandlingen ikke ville lykkes dersom man hadde gjennomført den umiddelbart i 2010. I ditt tilsvarende viser du til at du baserte din faglige vurdering på den informasjon du fikk av As lege og også på status på et tidligere innsatt implantat hos A. Du ga henvisende tannlege en faglig begrunnelse for utsettelsen. At det var risikoen for at implantatbehandlingen ikke skulle lykkes som var grunnen til at du ikke ønsket å utføre behandlingen umiddelbart, bekreftes også av ham. Tatt i betraktning at A hadde vært uten de aktuelle tennene i alle fall et år før hun kom til undersøkelse hos deg gjør at Etisk råd kan forstå at du ikke anså behandlingen som akutt. Alternativet med partiell protese ville uansett kunne avhjulpet pasientens behov for tenner både før implantatbehandlingen og under tilheling, uavhengig av når behandlingen utføres.»

I e-post av 17. oktober 2012 fra E til A står det blant annet:

«Jeg mener bestemt at jeg IKKE ga uttrykk for at virussykdommen per se ville utgjøre noen risiko for deg ved et evt. kjevekirurgisk inngrep (gitt ditt høye CD4-tall, og altså tegn til god immunitet). Oralkirurgens tekst 'Min konklusjon etter samtalen med ham [E] var at implantatbehandlingen utsettes.' Hun anfører at å gjennomføre implantatbehandling mens jeg hadde så høye virustall ville 'utsette [A] for en dårlig prognose' og 'Utsettelsen skyldtes at jeg ut fra ovenstående vurderte at at mulighetene for en vellykket behandling ville øke med lavere virustall.' mener jeg derfor IKKE er et korrekt referat av vår samtale. Jeg understreket dog at smittefaren for oralkirurgen ved en evt. stikkskade (eller tilsvarende uhell) selvsagt ikke ville være ubetydelig gitt

ditt høye virustall, men at risikoen ville være mindre dersom man ventet til virustallet hadde sunket (enten spontant eller etter igangsatt antivirus-behandling.)»

Partenes syn på saken

A v/HivNorge:

B avsto å gi A implantatbehandling til tross for at hun hadde et behandlingsbehov. HivNorge tolker det slik at A ble avvist kun på grunn av at hun er hiv-positiv og var smittebærende, og at avvisingen innebærer en direkte diskriminering i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Hiv er et virus som angriper kroppens immunforsvar, og det er naturlig å forstå dette som en «...skade i kroppens funksjoner...», jf. definisjonen av begrepet nedsatt funksjonsevne i Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) pkt. 9.4.8.1. I tillegg vil det i enkelte tilfeller stilles krav om en viss varighet og alvorlighetsgrad, men dette er ikke et absolutt krav. Hiv er en livsvarig tilstand som ubehandlet har dødelig resultat.

Smitteaspektet er en direkte konsekvens av viruset. Sammenfatningen i NOU 2009: 14 av gjeldende rett er uklar når det gjelder hvorvidt forskjellsbehandling på grunn av ubegrunnet smittefrykt skal omfattes av loven. Denne oppsummeringen må sidestilles med annen juridisk litteratur. Den vide forståelsen av begrepet «nedsatt funksjonsevne» som ble lagt til grunn i NOU 2005: 8, uttalelser i Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) på s. 113 om at trakassering pga. ubegrunnet smittefrykt er å anse som trakassering pga. framtidig nedsatt funksjonsevne, formålsbetraktninger og reelle hensyn taler imidlertid for at diskriminerings- og tilgjengelighetsloven kommer til anvendelse i dette tilfellet.

Forskjellsbehandlingen er ikke nødvendig for å oppnå et saklig formål, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd. Utgangspunktet må være at ethvert tannlegekontor må kunne håndtere pasienter med blodsmitte og ha gode rutiner i arbeidet med denne pasientgruppen. Ikke alle opplyser om at de har en sykdom som smitter ved blod. Andre er ikke klar over at de har en sykdom som smitter gjennom blod. Dersom man aksepterer en praksis hvor helsetjenester nektes en hel gruppe, vil det kunne føre til at personer holder tilbake informasjon om at de har diagnosen hiv.

Det er ikke relevant for saken at Fylkesmannen i Oslo og Akershus har konstatert at det ikke foreligger brudd på helselovgivningen. Det avgjørende i relasjon til klagen til ombudet er hvorvidt ikke å sette i gang nødvendig tannbehandling må anses som diskriminering av pasienten fordi hun er hiv-positiv. Å fastslå om behandlingen er forsvarlig er noe ganske annet og ligger utenfor ombudets kompetanse. Fylkesmannens saksbehandling vil dessuten bli klaget inn for Sivilombudsmannen med den begrunnelse at saken ikke er fullstendig opplyst. Fylkesmannen har videre vektlagt Bs saksframstilling uten, uavhengig, å ha lagt til grunn vitenskapelig kunnskap.

Det vises til at Tannlegeforeningens etiske råd har rettet kritikk mot B for at hun i forbindelse med konsultasjonen og oppfølgingen av A, ikke ga god nok informasjon og veiledning når det gjaldt videre behandling. Etter at tannlegen ble oppmerksom på As hiv-diagnose under inntakskonsultasjon, forsøkte hun å overtale henne til å få laget gebiss i stedet for å sette inn implantater. På dette tidspunktet hadde hun verken undersøkt A eller fått kjennskap til virustallene hennes.

B skriver i epikrisen at A på grunn av høyt virustall «i høyeste grad er smittsom». A antar at B mente at pasienten var i stand til å utsette andre mennesker for smitterisiko, for eksempel tannlegen. Det anføres at det er frykt for blodsmitte som er den underliggende årsaken til at behandlingen ble utsatt. Dette er ikke en legitim grunn til å nekte en pasient behandling, permanent eller midlertidig. Det at en pasient er «smittsom» overfor andre mennesker innebærer ikke en videre risiko for pasienten selv.

As journal viser at det ikke var faglige hensyn som lå til grunn for at hun ble avvist fra implantatbehandling, men frykt for smitte.

B har vist til at hun vurderte Es opplysninger slik at det ikke ville være gunstig å operere inn implantater på det aktuelle tidspunktet fordi As immunforsvar var så høyt aktivisert. I journalutskriften framgår det at det er virusmengden som har vært temaet i samtalen med E. Virusmengden er et mål på hvor smitteførende en person er, men det er ikke nødvendigvis sammenheng mellom virusmengde og immunaktivisering. Det finnes dessuten ingen vitenskapelig bevis for at høy aktivisering av immunforsvaret øker risikoen for mislykket behandling. HivNorge og B tolker de studier B har vist til i sin redegjørelse på ulik måte. HivNorge viser blant annet til svakheter ved de refererte studiene og at B har utelatt et viktig

poeng fra den ene studien som viser at det er lav sannsynlighet for komplikasjoner med et godt immunforsvar.

A hadde ikke et svakt immunforsvar på det aktuelle tidspunktet. As CD4-tall var innenfor normalområdet for CD4, jf. legeerklæring datert 30. september 2010.

Det vises til skriftlig uttalelse fra E, som gir klart uttrykk for at han ikke har uttalt seg på en slik måte at det var grunnlag for utsettelse pga. hensynet til pasienten, men at risiko for smitte var betydelig. Dette sett i lys av uttalelsen fra NTFs etiske råd vedrørende manglende informasjon tilsier at det var smittefrykt og ikke hensynet til behandlingen som var den underliggende årsak til behandlingsutsettelsen.

Det kan stilles spørsmål ved om B vurderte det slik at implantatbehandlingen skulle utsettes til A startet på antiretorviral behandling. Antiretorviral behandling startes når CD4-nivået har nådd et punkt på under 350. Dette tar vanligvis fra ca. ett år til mer enn ti år etter smitte. På det aktuelle tidspunktet var det ingen indikasjoner på om og eventuelt når A måtte begynne på medisiner. Vurderingen om å utsette behandlingen i et halvt til ett år er ikke forståelig. For hivpositive pasienter er det viktig at behandling igangsettes før immunforsvaret svekkes i for stor grad. De fleste hivpositive pasienter opplever en gradvis svekkelse av immunforsvaret, som øker risikoen for infeksjoner.

B påpeker at tannimplantatet på motsatt kvadrant (tann 16), den eneste tann hvor det var noe tyggeevne igjen, var i prekær stand allerede ved undersøkelse hos henne i september 2010. Denne måtte fjernes i mars 2011 og A var uten tyggeevne fram til august 2011. Det synes som om B ikke tok høyde for dette i vurderingen av As behandlingsbehov, men heller valgte å utsette nødvendig tannlegebehandling.

Spesialist i oral kirurgi og oral medisin B:

Pasienten fylte ut helseskjema ved tannlegesenteret og påførte at hun hadde hiv og hepatitt C. A var svært åpen om dette og foreslo at B tok en prat med hennes lege på F universitetssykehus, E, etter at hun selv hadde snakket med ham ultimo september. B noterte at det var god nok bredde og høyde på kjevekammen for implantatbehandling. B oppsummerte konsultasjonen med at hun ville diskutere behandlingen med As lege og henviser. A motsatte seg ikke dette. Forholdet ble også journalført.

Lege E opplyste at A hadde en aktiv infeksjon med 89 000 i virustall på vårparten, men at dette tallet hadde sunket til 30 000 nå og var forventet å synke til ca. 1000 i løpet av et halvt til ett år.

Bs vurdering var at det ikke ville være gunstig å operere inn implantater på et tidspunkt da pasientens immunapparat var så høyt aktivisert, noe som i stor grad ville kunne forventes å svekke prognosen av den dyre behandlingen hun etterspurte. A hadde allerede et implantat i første kvadrant som bar preg av stor bennedbrytning, slik at det var tydelig at denne type behandling kunne gå galt hos henne.

Det presiseres at pasienten ikke hadde et akutt behandlingsbehov. Pasienten hadde for så vidt et estetisk og funksjonelt behov for tenner i 2. kvadrant bak 23. I en overgangsfase kunne dette vært løst med en partiell protese. Som oral kirurg mottok B pasienten for utredning og eventuell behandling med implantater. Det var ikke bare forsvarlig å utsette behandlingen, men det ville ha vært uforsvarlig å igangsette behandling på daværende tidspunkt. Muligheten for å oppnå et vellykket behandlingsresultat på et tidspunkt da pasienten hadde et mer adekvat immunforsvar, ville være langt bedre. Ifølge medisinske opplysninger ville det være gunstig å utsette behandlingen i et halvt til ett år. Om pasienten hadde hatt et uttalt behov for midlertidig erstatning i påvente av implantatbehandling, kunne hun fått en midlertidig protese i mellomtiden. Den ville det i så fall vært naturlig at henviser hadde framstilt. Ifølge henviser uttrykte ikke pasienten et slikt ønske overfor ham.

Pasienten var ikke fornøyd med denne avgjørelsen. A ønsket behandling umiddelbart. Det var imidlertid ikke forenlig med forsvarlighetsprinsippet, jf. helsepersonelloven § 4. At pasienten ikke hadde tillit til Bs vurdering, førte til at pasienten ble henvist til Kjevekirurgisk avdeling ved F Universitetssykehus av tannlege D. Ifølge opplysninger vedlagt saken, ble pasienten behandlet med implantater ca. et halvt år senere av kjevekirurg I, riktignok i privat regi.

HivNorge har valgt å framstille saken som noe annet enn dens realitet. Jeg har ikke avslått, men utsatt behandling av medisinske årsaker. Denne saken gjelder ikke det faktum at pasienten er hiv-positiv, men at hun var nysmittet og hadde et høyt virustall, som var forventet å synke relativt snart med en derav positiv følge for hennes allmenntilstand og immunforsvar og derved større mulighet til for å oppnå et vellykket behandlingsresultat.

C Tannlegesenter har de samme retningslinjer som andre helseinstitusjoner. Alle pasienter, enten de oppgir å være hiv-positive eller ikke, behandles som om de kan være smitteførende i henhold til «Daglige smittevernrutiner» (Tannlegeforeningens kvalitetshåndbok 7.14). Kjente smittebærere behandles i henhold til «Prosedyrer ved behandling av kjente smittebærere» (Tannlegeforeningens kvalitetshåndbok 7.10). Senteret har i årevis behandlet pasienter som er hiv-positive.

Til tross for at Fylkesmannen i Oslo og Akershus har behandlet saken og i brev av 12. mars 2012 konkludert med at det ikke forelå brudd på helselovgivningen, fortsetter HivNorge å påstå at A har blitt utsatt for diskriminering.

Artiklene HivNorge viser til angående den faglige vurderingen av behandling av pasienter med hiv er skrevet før begrepet «viral load» ble innført og omhandler ikke implantater. Ifølge Pattons artikkel er det for lite faglig grunnlag for å slutte om det er flere eller færre komplikasjoner ved operasjoner hos hiv-positive pasienter. B viser til at det finnes andre referanser i litteraturen enn dem HivNorge forholder seg til. Samlet viser tre navngitte artikler at det er bekreftet at risikoen ved å sette inn implantater hos hiv-positive med *lave* virustall som er under *antiviral behandling* er liten, samt at det hyppigere forekommer komplikasjoner ved generell kirurgi hos pasienter som har *høye* virustall. Pasienten hadde høye virustall som var forventet å synke, og hun var ikke under behandling med antivirale midler.

B avviser at hun har forsøkt å overtale pasienten til å nøye seg med en protese i stedet for implantater.

Nedtegnelsen i epikrisen om at «pasienten i høyeste grad er smittsom» er et sitat fra samtalen med overlege E som B journalførte og inntok i epikrisen. Det er altså Es ord det vises til. E informerte ikke B om As CD4-status, og heller ikke hvorvidt inngrepet ville innebære en risiko for henne. Intet tilsa at inngrepet burde utføres raskt.

Konklusjonen om at implantatbehandlingen utsettes ble journalført og tatt med i epikrisen, men Bs vurderinger basert på pasientens høye virustall som var forventet å synke, hennes implantat i motsatt kvadrant med uttalt bentap og den sparsomme litteratur som foreligger på området, ble ikke journalført som sådan. Utsettelsen skyldes at B vurderte at mulighetene for vellykket behandling ville øke ved et lavere virustall. Ifølge As lege korresponderer smitterisiko

og virustall, men det var ikke smitterisikoen i seg selv, men virustallet som var vesentlig i hennes faglige vurdering.

Det er feil, slik HivNorge påstår, at B overså at implantatet regio 16 var så dårlig at det burde fjernes og at dette medførte et nødvendig behandlingsbehov hun valgte å utsette. B noterte 6. september 2010 at implantatet var fast, men omgitt av lite ben. Det var ingen grunn til å fjerne implantatet på dette tidspunktet, men stor grad av bennedbryting tilsier at denne type behandling kan gå galt hos A. Dette fikk B rett i da implantatet måtte fjernes allerede i mars 2011.

Det er ikke vanlig praksis å sette inn implantater hos en pasient som har et implantat som er så dårlig at det må fjernes noen uker senere. I HELFOs regler for rehabilitering av pasienter står det at munnhulen må være sanert for oralpatologiske tilstander, herunder marginal periodontitt før implantater settes inn. At de nye implantatene fungerer godt i dag er gledelig, men oppfølgingstiden som regnes fra belastning, er fremdeles under halvannet år. At pasienten tidligere har tapt et implantat og har periodontale problemer i tillegg til hiv-diagnose sier sitt om prognosen for implantatet.

Rettslig grunnlag

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 3.

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd.

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse har som formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon, jf. § 4 andre ledd.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her, jf. § 4 fjerde ledd.

Dersom det foreligger omstendigheter som gir grunn til å tro at det har skjedd diskriminering, skal det legges til grunn at diskriminering har funnet sted, hvis ikke den som er ansvarlig for handlingen, unnlattelsen eller ytringen sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om spesialist i oral kirurgi og oral medisin, B ved C Tannlegesenter, handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 i forbindelse med konsultasjonen av A.

Nemnda tok i sak 40/2011 klagen fra HivNorge på ombudets avvisning av saken til følge. Dette innebærer at ombudet må realitetsbehandle klagen. Nemnda la i sitt vedtak til grunn at hiv-positive var vernet av diskriminerings- og tilgjengelighetsloven når det gjelder eventuell framtidig nedsatt funksjonsevne. Videre la nemnda til grunn at det å være hiv-positiv er omfattet av begrepet «nedsatt funksjonsevne», jf. lovens § 4. Konklusjonen begrunnes med hensynet til en rimelig og hensiktsmessig praktisering av loven. Det er nemndas oppfatning etter en gjennomgang av lovens forarbeider at lovgiver ikke har foretatt en tilstrekkelig avklaring av diskrimineringsvernets rekkevidde overfor hiv-positive. Et skille mellom dagens funksjonsevne for hiv-positive og en eventuell framtidig nedsatt funksjonsevne kan etter nemndas syn være vanskelig å praktisere og lett å omgå. Nemnda viste til at også forvaltningspraksis skal bidra til å tydeliggjøre hvorledes diskrimineringsgrunnlaget skal tolkes og at behovet for et diskrimineringsvern utvilsomt er til stede.

Ombudet legger følgelig til grunn at det å ha diagnosen hiv er å anse som nedsatt funksjonsevne i lovens forstand.

Det første ombudet skal ta stilling til er om spesialist Bs beslutning om å utsette implantatbehandling av A hadde som «formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville ha blitt i en tilsvarende situasjon», jf. § 4 andre ledd.

Det må gjøres en konkret vurdering av hva som er en tilsvarende situasjon i hvert enkelt tilfelle. Også tilnærmet like situasjoner omfattes. Det kan ikke stilles krav om en helt lik situasjon, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 252.

Sammenligningspersonen må her være en person som ønsket og hadde tilsvarende behov for implantatbehandling som A, men ikke har diagnosen hiv.

Det er tilstrekkelig at det inntreffer en diskriminerende virkning for at diskrimineringsforbudet skal være overtrådt. Det kreves ikke at det foreligger en diskriminerende hensikt. Forbudet rammer også unnløtelser.

HivNorge anfører at utsettelsen i realiteten innebar et avslag på behandling. Det er ikke avgjørende for ombudets vurdering om B utsatte eller avslø behandling ettersom en utsettelse på et halv til ett år, slik det ser ut til å være tale om i dette tilfellet, også utvilsomt vil omfattes av kravet om å «bli behandlet dårligere enn andre». På bakgrunn av Bs nedtegnelser i journal og epikrise til henvisende tannlege framstår det imidlertid som mest sannsynlig at behandlingen ble utsatt, og ikke endelig avslått.

På bakgrunn av partenes forklaringer, nedtegnelser i pasientjournal og epikrise til henvisende tannlege finner ombudet at det er klar årsakssammenheng mellom utsettelsen og As hiv-diagnose. I utgangspunktet er dermed utsettelsen i strid med forbudet mot direkte diskriminering.

Det avgjørende spørsmålet blir dermed slik ombudet ser det om forskjellsbehandlingen likevel er tillatt etter unntaksadgangen i § 4 fjerde ledd. Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, er ikke å anse som diskriminering, jf. § 4 fjerde ledd. Alle vilkårene må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være tillatt.

Hvorvidt formålet er saklig må avgjøres ut fra en konkret vurdering av om

formålet er rimelig og legitimt, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 252. Videre må det vurderes om formålet er av en slik karakter at likebehandlingsprinsippet må vike. Dersom det finnes andre handlingsalternativer som ikke diskriminerer og som er egnet til å oppnå formålet og ikke er uforholdsmessig ressurskrevende, vil det tale sterkt for at forskjellsbehandlingen ikke er nødvendig, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 253.

Det er uenighet mellom partene når det gjelder årsaken til at hiv-diagnosen førte til utsettelse av implantatbehandlingen. HivNorge hevder det skyldes frykt for blodsmitte, mens B anfører at utsettelsen skyldes at mulighetene for vellykket behandling ville øke ved et lavere virustall enn det A hadde på det aktuelle tidspunktet.

Ombudet finner grunn til å bemerke at frykt for blodsmitte i en behandlingssituasjon som her vanskelig kan anses som en legitim grunn til å nekte en pasient behandling, midlertidig eller permanent, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd. Partene synes å være enige om at et tannlegekontor skal ha så gode rutiner at de kan ta i mot blant annet pasienter med diagnosen hiv.

Ombudet finner at å utsette implantatbehandling ut fra en vurdering om at den ville bli mer vellykket på et senere tidspunkt må anses som et saklig formål. Spørsmålet er imidlertid om behandlingen ble utsatt av hensyn til behandlingsutsiktene eller om frykt for blodsmitte ble vektlagt. Ifølge nedtegnelser i epikrisen til henvisende tannlege, journalen og e-post av 17. oktober 2012 fra lege E fikk B informasjon om at A hadde et høyt virusantall i blodet og i høyeste grad var smittsom. På bakgrunn av samtalen med E konkluderte B med at behandlingen skulle utsettes. Ombudet ser at nedtegnelsene kan tolkes slik at det at A var smittsom ble vektlagt i vurderingen.

Begivenhetsnær dokumentasjon vil normalt veie tungt i bevisvurderingen. Det vil ha liten selvstendig bevisverdi at den som er påstått å diskriminere forsikrer at diskriminering ikke har skjedd, jf. Rt. 2012 s. 424. Ombudet finner imidlertid ikke at nedtegnelser i journal og epikrisen til henvisende tannlege entydig peker i retning av at smittefare ble vektlagt i vurderingen. B har vist til at hun fikk opplyst av As lege at hun hadde et høyt virusantall i blodet, og tolket legens opplysninger slik at immunforsvaret var høyt aktivisert. HivNorge har imidlertid vist til at høy virusmengde ikke sier noe om pasientens immunforsvar. Det er etter HivNorges syn ikke nødvendigvis en sammenheng mellom virusmengde og immunaktivisering. B har videre vist til at forskning peker på at det hyppigere forekommer komplikasjoner ved kirurgiske inngrep hos en hiv-positiv pasient med høye virustall. HivNorge avviser at det er vitenskapelig belegg for å hevde at høy aktivisering av immunforsvaret øker risikoen for mislykket behandling.

Partene er slik ombudet ser det faglig uenige omkring dette spørsmålet, og det er ikke åpenbart at den ene vurderingen er mer riktig enn den andre. Det er i ettertid ikke mulig å fastslå med sikkerhet hvorvidt implantatbehandling i oktober 2010 ville vært vellykket ettersom behandling ble foretatt først i mars 2011.

Etter en samlet vurdering finner ombudet ikke grunnlag for å overprøve Bs faglige vurdering i dette tilfellet. Ombudet finner ikke holdepunkter til å konstatere at vurderingen var feil. Det må slik ombudet ser det tillegges ikke ubetydelig vekt at verken Fylkesmannen i Oslo og Akershus eller NTFs etiske råd har funnet grunn til å kritisere Bs faglige vurdering i dette tilfellet. NTFs etiske råd har i sin uttalelse også vist til at Bs begrunnelse for utsettelsen om at risikoen for at behandlingen ikke skulle bli vellykket på det aktuelle tidspunktet, ble bekreftet av henvisende tannlege.

Ombudet har også merket seg at partene er enige om at As implantat i motsatt kvadrant på konsultasjonstidspunktet var i dårlig forfatning og senere måtte fjernes. Partene er imidlertid også uenige i den faglige vurderingen av denne observasjonen.

Ombudet finner alt i alt at det er mest sannsynlig at B la vekt på sannsynligheten for hvor vellykket behandling ville bli, og at smitterisikoen ikke ble vektlagt.

Ombudet kan ved å legge Bs faglige vurdering til grunn ikke se at det fantes ikke-diskriminerende handlingsalternativer i dette tilfellet. A ønsket etter det opplyste ikke å få satt inn en protese i en mellomperiode, slik B foreslo.

På denne bakgrunn finner ombudet at lovens krav til både saklighet og nødvendighet er oppfylt.

Når det gjelder vurderingen av om forskjellsbehandlingen er uforholdsmessig inngripende overfor A skal det foretas en avveining mellom mål og middel, jf. Ot.prp. nr. 44 (2007–2008) s. 253. Ombudet finner at forskjellsbehandlingen i dette tilfellet framstår som rimelig samlet sett, og vil i tillegg til ovenstående vurderinger trekke fram at kirurgens vurdering vanskelig kan tolkes som et endelig avslag på implantatbehandling, at A hadde vært uten de aktuelle tennene over en periode på minst ett år, samt at en protese ville kunne avhjulpet behovet for tenner i en mellomperiode.

Konklusjon

Spesialist i oral kirurgi og oral medisin B handlet ikke i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første og andre ledd ved å utsette implantatbehandling av A.

22.4.2013

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud