



UMEÅ TINGSRÄTT
Rotel 7

DOM
2009-11-06
Meddelad i
Umeå

Mål nr
T 1795-08

PARTER

KÄRANDE

Diskrimineringsombudsmannen
Box 3686
103 59 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Laine Strömgren
c/o Diskrimineringsombudsmannen
Box 3686
103 59 Stockholm

SVARANDE

Västerbottens läns landsting, 232100-0222
Landstingshuset
901 89 Umeå

Ombud: Advokat Magnus Tonell
c/o Advokatfirman Andermyr Gustafsson Lindén HB
Box 3152
103 63 Stockholm

DOMSLUT

1. Tingsrätten ogillar käromålet.
 2. Diskrimineringsombudsmannen, som skall stå sina egna rättegångskostnader, skall ersätta Västerbottens läns landsting för rättegångskostnader med 84 465 kr exklusive mervärdesskatt, varav 80 000 kr avser ombudsarvode och 4 465 kr avser utlägg, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom tills betalning sker.
-

Dok.Id 101124

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 138 901 04 Umeå	Nygatan 45	090-17 21 00 E-post: umea.tingsratt@dom.se www.domstol.se	090-77 18 30	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND

[REDACTED] och [REDACTED] kontaktade i maj 2006 kvinnokliniken i Skellefteå och begärde att få erhålla landstingsfinansierad behandling mot ofrivillig barnlöshet. [REDACTED] genomgick den 28 augusti 2006 en läkarundersökning och infertilitetsutredning vid barnlöshetsmottagningen vid Skellefteå lasarett. Vid undersökningen kunde det inte konstateras något sjukdomstillstånd hos [REDACTED] som innebar en nedsättning av hennes fertilitet. Paret fick därför beskedet att de, i enlighet med det inom Västerbottens läns landsting gällande regelverket, behövde genomföra tre egenfinansierade försök till graviditet genom donatorinsemination för att kunna komma ifråga för landstingsfinansierad behandling. Paret genomförde tre egenfinansierade behandlingar, till en kostnad om 8 000 kr per försök, och erhöll därefter, den 29 april 2008, en remiss för landstingsfinansierad behandling mot ofrivillig barnlöshet.

Tvisten i målet rör i huvudsak frågan om landstinget, genom att begära att [REDACTED] [REDACTED] och [REDACTED] skulle genomgå tre egenfinansierade behandlingar för att kunna komma ifråga för landstingsfinansierad behandling, har utsatt paret för diskriminering på grund av sexuell läggning.

YRKANDEN

Diskrimineringsombudsmannen (DO) har yrkat att Västerbottens läns landsting förpliktas att till [REDACTED] och [REDACTED] utge skadestånd för kränkning med 40 000 kr vardera, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningensansökan (dvs. från den 17 oktober 2008) till dess betalning sker.

Västerbottens läns landsting (landstinget) har bestritt käromålet i dess helhet. Endast rätteyrkandet har vitsordats som skäligt i och för sig.

Parterna har yrkat ersättning av varandra för sina rättegångskostnader.

GRUNDER

Diskrimineringsombudsmannen

I första hand har landstinget, när det krävde att [REDACTED] och [REDACTED] skulle genomföra tre egenfinansierade donatorförsök, missgynnat dem genom att behandla dem sämre än hur landstinget behandlat eller skulle ha behandlat andra personer i en jämförbar situation. Missgynnandet har samband med sexuell läggning. [REDACTED] och [REDACTED] har därigenom utsatts för diskriminering på grund av sexuell läggning i enlighet med 3 § 1 p. jämfört med 13 § lagen (2003:307) om förbud mot diskriminering, DFL (*direkt diskriminering*).

I andra hand har landstinget, när det krävde att [REDACTED] och [REDACTED] skulle genomföra tre egenfinansierade donatorförsök, missgynnat paret genom att tillämpa en bestämmelse som, även om den framstår som neutral, i praktiken missgynnar lesbiska par. Den aktuella bestämmelsen kan inte motiveras av ett berättigat mål och är inte heller lämplig och nödvändig för att uppnå ett sådant mål. [REDACTED] och [REDACTED] har därigenom utsatts för diskriminering på grund av sexuell läggning i enlighet med 3 § 2 p. jämfört med 13 § DFL (*indirekt diskriminering*).

Eftersom diskrimineringen har skett inom verksamhet för vilken landstinget svarar är det, enligt 16 § DFL, skyldigt att utge skadestånd.

Slutligen, vad angår landstingets invändning om preskription, är det ostridigt att [REDACTED] och [REDACTED] kontaktade företrädare för landstinget den 10 maj 2006 med anledning av att de ville ha hjälp med assisterad befruktning. Behandlingen påbörjades dock inte vid det tillfället utan det är tidigast från dagen de fick besked om att de behövde genomföra tre egenfinansierade donatorförsök, dvs. tidigast från den 28 augusti 2006, som preskriptionstiden kan beräknas.

Västerbottens läns landsting

I första hand har preskription inträtt under våren 2008 eftersom det var under våren 2006 som landstinget, i samband med att [REDACTED] och [REDACTED] kontaktade

kvinnokliniken, började tillämpa det ifrågasatta regelverket. Paret hade redan då tagit del av regelverkets innehåll. Eventuell rätt till skadestånd har därmed gått förlorad. Om tingsrätten inte skulle finna att preskription inträtt under våren 2008 är under alla förhållanden omständigheter före den 28 augusti 2006 preskriberade.

I andra hand har varken [REDACTED] eller [REDACTED] utsatts för direkt eller indirekt diskriminering. Det har inte varit fråga om ett missgynnande som beror på sexuell läggning i och med att paret behandlats likvärdigt med ett heterosexuellt par där den inledande läkarundersökningen inte kunnat konstatera någon nedsatt fertilitet på grund av sjukdom. Tillämpningen av landstingets regelverk, som föreskriver att ett lesbiskt par måste genomföra tre egenfinansierade donatorförsök medan ett heterosexuellt par under tre år måste genomföra försök till spontan graviditet, har inneburit att [REDACTED] och [REDACTED] erhöll landstingsfinansierad behandling drygt ett år tidigare än vad som hade kunnat bli aktuellt för ett heterosexuellt par. Vidare är landstingets regelverk ett resultat av att lesbiska och heterosexuella par inte befinner sig i en jämförbar biologisk situation och regelverket är ett lämpligt och nödvändigt sätt att uppnå det berättigade målet att genom vårdprioriteringar effektivt utnyttja offentliga medel.

Om tingsrätten skulle finna att [REDACTED] eller [REDACTED] har utsatts för diskriminering har paret, med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet, dock inte orsakats någon skada, dvs. utsatts för någon ersättningsgrundande kränkning. Paret har i subjektiv mening inte känt något obehag över landstingets tillämpning av gällande regelverk och har dessutom erhållit all den behandling som ett heterosexuellt par överhuvudtaget kan få inom landstinget.

För det fall tingsrätten skulle finna att [REDACTED] eller [REDACTED] har utsatts för en ersättningsgrundande kränkning, ska ett eventuellt skadestånd jämkas till noll kr eller ett väsentligen lägre belopp eftersom landstingets agerande inte skett vare sig uppsåtligt eller av oaktsamhet och landstinget varken insett eller bort inse att dess oavsiktliga agerande varit diskriminerande.

På DO:s begäran har [REDACTED] och [REDACTED] hörts under sanningsförsäkran och på landstingets begäran har överläkaren [REDACTED] hörts som vittne.

DOMSKÄL

Är talan preskriberad?

Enligt 23 § DFL skall en talan i en tvist enligt lagen väckas inom två år efter det att den påtalade handlingen företogs.

DO har gjort gällande att landstinget har diskriminerat [REDACTED] och [REDACTED] genom att kräva att de skulle genomgå tre egenfinansierade behandlingar för att komma ifråga för landstingsfinansierad behandling. I målet är ostridigt att paret fick detta besked vid ett läkarbesök den 28 augusti 2006. Stämningsansökan kom in till tingsrätten den 28 augusti 2008, dvs. inom två år efter det att denna handling företogs. Talan är därmed inte preskriberad.

Det saknar därvid betydelse om [REDACTED] och [REDACTED] känt till landstingets regelverk tidigare än den 28 augusti 2006. Att, som landstinget hävdar, räkna preskriptionstiden från det att [REDACTED] och [REDACTED] kontaktade landstinget eller tog del av informationen om regelverket, kan inte komma ifråga, utan preskriptionstiden måste räknas från den tidpunkt då den handling, som medfört att en person anser sig diskriminerad, företogs.

Diskriminering?

Av 3 § DFL framgår att i DFL avses med diskriminering, såvitt nu är ifråga,

1. *direkt diskriminering*; att en enskild person missgynnas genom att behandlas sämre än någon annan behandlas, har behandlats eller skulle ha behandlats i en jämförbar situation, om missgynnandet har samband med sexuell läggning,
2. *indirekt diskriminering*; att en enskild person missgynnas genom tillämpning av bestämmelser, kriterier eller förfaringssätt som framstår som neutrala men som i praktiken särskilt missgynnar personer med viss sexuell läggning, såvida inte bestämmel-

serna, kriterierna eller förfaringssätten kan motiveras av berättigade mål och medlen är lämpliga och nödvändiga för att uppnå målet.

Sedan den 1 januari 2005 är diskriminering som har samband med sexuell läggning förbjuden i hälso- och sjukvård och annan medicinsk verksamhet, 13 § DFL. I samband med att diskrimineringsgrunden sexuell läggning infördes i 13 § DFL infördes även ett nytt andra stycke, enligt vilket förbudet mot diskriminering på grund av sexuell läggning inte innebar något hinder mot att tillämpa bestämmelserna i lagen (1984:1140) om insemination och lagen (1988:711) om befruktning utanför kroppen. Av förarbetena till bestämmelsen framgår att en ändring av 13 § skulle ske och undantaget tas bort om registrerade partner och homosexuella sambor fick tillgång till assisterad befruktning inom den svenska sjukvården (prop. 2004/05:22 s. 14).

Regler om assisterad befruktning finns i 6 och 7 kap. lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. Assisterad befruktning kan utföras dels i form av insemination med makes/sambos eller donators spermier, dels i form av befruktning utanför kroppen, in vitro-fertilisering eller IVF-behandling, s.k. provrörsbefruktning. Befruktning utanför kroppen kan ske med kvinnans eget ägg, som befruktas av makes/sambos eller donators spermier, eller ägg från donator, som befruktas av makes/sambos spermier. Insemination eller IVF-behandling får utföras endast om kvinnan är gift eller sambo och kräver skriftligt samtycke av make, sambo eller registrerad partner. Möjligheten för lesbiska par att nyttja assisterad befruktning för att uppnå graviditet infördes den 1 juli 2005 (i och med detta togs undantaget i 13 § 2 st DFL bort). En särskild fråga vid införandet av denna rätt var enligt förarbetena om ett nytt undantag borde införas i 13 § DFL för att säkerställa att det i vården skulle kunna ställas delvis olika krav beträffande fertilitetsbehandling av heterosexuella och lesbiska par som ville få tillgång till assisterad befruktning. Regeringen ansåg dock att detta inte var motiverat, eftersom en grundläggande förutsättning för diskriminering är att personer befinner sig i en jämförbar situation och situationen biologiskt sett inte är jämförbar när ett heterosexuellt och ett lesbiskt par söker insemination. Enligt regeringen behövde därför inte det förhållan-

det att olika krav skulle kunna komma att ställas för behandling innebära diskriminering (prop. 2004/05:137 s. 49 f.).

Direkt diskriminering? (Härmed avses att lika fall behandlas olika.)

Har landstinget genom att kräva att paret skulle genomföra tre egenfinansierade donatorförsök behandlat paret sämre än ett heterosexuellt par i en jämförbar situation och har missgynnandet samband med deras sexuella läggning?

Självklart kan ett lesbiskt par hysa samma längtan efter att få ett barn som ett heterosexuellt par. Det ligger emellertid i sakens natur att ett lesbiskt par som vill få ett barn tillsammans med nödvändighet har behov av någon form av assisterad befruktning. För ett heterosexuellt par behövs i normala fall ingen sådan assistans, men ibland kan det finnas medicinska problem som gör att det krävs assisterad befruktning för att paret skall kunna få ett barn tillsammans. Ibland finns ingen påvisbar orsak till varför kvinnan inte blivit gravid, så kallad oförklarlig barnlöshet, och då uppstår i många fall spontan graviditet efter ytterligare tid av egna försök. Med anledning därav hänvisas heterosexuella par med oförklarlig barnlöshet till att försöka på egen hand i tre år innan de kan komma ifråga för landstingsfinansierad IVF-behandling.

I målet är ostridigt att [REDACTED] och [REDACTED] erhållit landstingsfinansierad behandling inom kortare tid än de tre år av försök till spontan graviditet som skulle ha krävts av ett heterosexuellt par med oförklarlig barnlöshet innan de fick tillgång till sådan behandling. När det gäller den *tid* de fått vänta har de således inte behandlats sämre – utan snarare bättre – än ett heterosexuellt par.

Frågan är då om kravet på tre egenfinansierade inseminationsbehandlingar, till en kostnad av 24 000 kr, innan [REDACTED] och [REDACTED] fick tillgång till landstingsfinansierad behandling innebär att landstinget behandlat dem sämre än ett heterosexuellt par skulle ha behandlats i en jämförbar situation.

Till en början kan det konstateras att ett lesbiskt par, för vilket det efter undersökning framkommit att kvinnan som skall bära barnet av medicinska skäl har svårigheter att bli gravid, måste anses befinna sig i en jämförbar situation som ett heterosexuellt par där någondera av mannen eller kvinnan konstaterats lida av medicinska problem som medför svårigheter att uppnå graviditet. För ett lesbiskt par respektive ett heterosexuellt par i en sådan situation blir deras behov av vård styrande och de skall därför ha lika rätt till landstingsfinansierad behandling.

Innan man har kunnat konstatera att det föreligger en oförklarlig barnlöshet, dvs. inga medicinska hinder för graviditet, befinner sig emellertid de lesbiska paren inte i en biologiskt jämförbar situation med ett heterosexuellt par, vilket som framgått ovan framhölls i förarbetena till lagändringen då lesbiska par fick rätt till assisterad befruktning. Tingsrätten delar uppfattningen att det i detta fall inte är fråga om jämförbara situationer och anser därför redan på denna grund att det inte har förekommit någon direkt diskriminering, dvs. att lika fall behandlas olika.

Det är för övrigt inte självklart att ett krav på finansiering med maximalt 24 000 kr för inseminationsbehandling, som kan genomföras på betydligt kortare tid än tre år och troligen ofta också leda till graviditet, innebär en sämre behandling än att tvingas vänta tre år utan vare sig förklaring till barnlösheten eller någon form av behandling.

Indirekt diskriminering? (Härmed avses att olika fall behandlas lika.)

Har landstinget missgynnat paret genom att tillämpa en regel som framstår som neutral men som i praktiken missgynnar lesbiska par genom att de själva får finansiera tre donatorförsök innan de får rätt till landstingsfinansierad assisterad befruktning?

På heterosexuella par ställs kravet att de, innan de får tillgång till landstingsfinansierad behandling, skall vänta tre år utan att spontan graviditet uppkommit. Enligt tingsrättens bedömning är det inte rimligt att uppställa samma krav på ett lesbiskt par, utan det lesbiska paret måste med nödvändighet behandlas på ett annat sätt. På lesbiska par ställs således i stället kravet att de, innan de får tillgång till landstingsfinansierad behandling,

skall genomgå tre donatorinseminationer som inte leder till graviditet, och att de själva skall bekosta dessa med 8 000 kr per försök, sammanlagt högst 24 000 kr.

Tingsrätten finner att den uppställda regeln för lesbiska par inte kan anses framstå som neutral utan att den är tydligt annorlunda utformad från det krav som ställs på heterosexuella par, mot bakgrund av de olika biologiska situationer som paren befinner sig i. Man har således inte tillämpat samma regel för dessa olika situationer, varför det enligt tingsrätten inte kan vara fråga om någon indirekt diskriminering.

Sammanfattningsvis anser tingsrätten således att landstinget inte har diskriminerat [REDACTED] och [REDACTED] vare sig direkt eller indirekt. DO:s talan skall därför ogillas.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång skall DO förpliktas att ersätta landstingets rättegångskostnader, i den mån dessa varit skäligen påkallade för tillvaratagande av landstingets rätt.

DO har, såvitt avser arbete, yrkat ersättning för 20 timmar inklusive huvudförhandlingen med 22 080 kr.

Advokat Magnus Tonells kostnadsräkning upptar 117 810 kr för arbete och 4 465 kr för utlägg, sammanlagt (rätteligen) 122 275 kr. Det framgår inte hur många timmars arbete kostnadsräkningen omfattar, däremot framgår det att en hel del arbete med genomgång av rättspraxis, förarbeten och doktrin samt fortsatt rättsutredning omfattas. Landstinget har gett in tre skrivelser i målet, ett kortfattat svaromål med preskriptionsinvändning och preliminära grunder för bestridandet, ett utförligt svaromål och ett kortfattat yttrande över protokollet från den muntliga förberedelsen med bevisuppgift. Den muntliga förberedelsen pågick 2 tim 35 min och huvudförhandlingen 2 tim 25 min.

Tingsrätten ifrågasätter inte att ombudet lagt ned den tid för vilken ersättning yrkats. Enligt tingsrättens uppfattning har målet emellertid inte varit av sådan art eller omfattning att det har krävt så mycket arbete. Målet har rört ett fåtal, redan från början väl definierade, rättsfrågor och sakomständigheterna har i princip varit ostridiga mellan parterna. Vad som yrkats av landstinget för arbete framstår mot bakgrund av ovanstående som alltför högt. Landstinget får därför anses skäligen tillgodosett med ersättning för arbete med 80 000 kr.

ANVISNING FÖR ÖVERKLAGANDE, se bilaga 1 (DV 401)

Överklagande senast den 27 november 2009 ställs till Hovrätten för Övre Norrland.

Anders Carlbaum

Pia Sandeskog

Malin Bergström

I tingsrättens avgörande har deltagit rådmännen Anders Carlbaum och Pia Sandeskog (referent) samt tingsfiskalen Malin Bergström. Enhälligt.