

Hotărârea CNCD privind Ordinul Ministrului Sănătății nr. 232/2011

Hotărârea nr. 352 din 5 octombrie 2011

Dosar nr.: 195/2011

Petiția nr.: 3448/06.06.2011

Petenți: B.T.I., S.B.A., E.T.

Reclamat: Ministerul Sănătății

Obiect: Prevederile O.M.S. nr. 232/2011

Domeniu: egalitate în activitatea economică și în materie de angajare și profesie

Criteriu: socio-profesional (specialitate în domeniul medical)

I. Numele și domiciliul părților

[...]

II. Obiectul sesizării și descrierea presupusei fapte de discriminare

2.1. Petenții, având calitatea de medici specialiști chirurgie generală (primii doi) respectiv medic specialist obstetrică ginecologie (al treilea), arată că au fost angajați la Spitalul Orășenesc „Dr. Maria Burghel” Buftea, județul Ilfov, cu contracte individuale de muncă pe perioadă nedeterminată. Spitalul a fost transformat în cămin pentru persoane vârstnice. Au solicitat să fie redistribuiți, dar în conformitate cu prevederile O.M.S. nr. 232/2011, Direcția de Sănătate Publică a Municipiului București nu a putut da curs solicitării petenților. O.M.S. nr. 232/2011, la art. 11 alin. (1), prevede următoarele: „Posturile vacante de medici din unitățile sanitare clinice din centrele universitare Iași, Cluj-Napoca, Timișoara, București, Târgu-Mureș, Craiova, Oradea, Sibiu, Arad, Brașov, Constanța și Galați nu pot fi ocupate ca urmare a redistribuirii, cu excepția posturilor de medici în specialitatea medicină de urgență, radiologie și imagistică medicală și anestezie și terapie intensivă”. Arată că în București există 44 de posturi vacante pentru specialitatea chirurgie generală și 20,5 posturi specialitatea obstetrică-ginecologie. În mod similar, consideră discriminatorie art. 11 alin. (3) a O.M.S. nr. 232/2011, care prevede: „Pot fi redistribuiți în unități sanitare clinice, numai medicii care au fost încadrați într-o unitate sanitară clinică propusă spre reorganizare în cămin pentru persoane vârstnice”.

III. Procedura de citare

3.1. În conformitate cu art. 20 alin. (4) din O.G. nr. 137/2000, republicată, s-a îndeplinit procedura de citare.

3.2. Părțile au fost citate pentru data de 28 iunie 2011.

3.3. La audierea din 28 iunie 2011 s-au prezentat petenții.

3.4. Au fost solicitate concluzii scrise din partea părților.

IV. Susținerile părților

4.1. Susținerile petenților

4.1.1. Petenții, având calitatea de medici specialiști chirurgie generală (primii doi) respectiv medic specialist obstetrică ginecologie (al treilea), arată că au fost angajați la Spitalul Orășenesc „Dr. Maria Burghel” Buftea, județul Ilfov, cu contracte individuale de muncă pe perioadă nedeterminată. Spitalul a fost transformat în cămin pentru persoane vârstnice. Au solicitat să fie redistribuiți, dar în conformitate cu prevederile O.M.S. nr. 232/2011, Direcția de Sănătate Publică a Municipiului București nu a putut da curs solicitării petenților. O.M.S. nr. 232/2011, la art. 11 alin. (1), prevede următoarele: „Posturile vacante de medici din unitățile sanitare clinice din centrele universitare Iași, Cluj-Napoca, Timișoara, București, Târgu-Mureș, Craiova, Oradea, Sibiu, Arad, Brașov, Constanța și Galați nu pot fi ocupate ca urmare a redistribuirii, cu excepția posturilor de medici în specialitatea medicină de urgență, radiologie și imagistică medicală și anestezie și terapie intensivă”. Arată că în București există 44 de posturi vacante pentru specialitatea chirurgie generală și 20,5 posturi specialitatea obstetrică-ginecologie. În mod similar, petenții consideră discriminatorie art. 11 alin. (3) a O.M.S. nr. 232/2011, care prevede: „Pot fi redistribuiți în unități sanitare clinice, numai medicii care au fost încadrați într-o unitate sanitară clinică propusă spre reorganizare în cămin pentru persoane vârstnice”.

4.1.2. Cu ocazia audierii petenții au depus acte la dosar, înregistrate la CNCD cu nr. 3862/28.06.2011.

4.1.3. Prin adresa înregistrată la CNCD cu nr. 3977/04.07.2011 petentul petenții au depus concluzii scrise prin care își mențin pozițiile arătate anterior.

4.2. Susținerile reclamatului

4.2.1. Reclamatul a depus la dosar adresa nr. 37028/28.06.2011, înregistrată la CNCD cu nr. 3874/28.06.2011 prin care arată prevederile O.M.S. nr. 232/2011, conform cărora petenții nu pot beneficia de redistribuire într-un spital clinic, însă pot ocupa un post în urma susținerii unui concurs/ examen.

V. Motivele de fapt și de drept

5.1. O.G. nr. 137/2000 privind combaterea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată, la art. 2, oferă următoarele definiții pentru discriminare:

(1) Potrivit prezentei ordonanțe, prin discriminare se înțelege orice deosebire, excludere, restricție sau preferință, pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu care are ca scop sau efect restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege, în domeniul politic, economic, social și cultural sau în orice alte domenii ale vieții publice.

[...]

(3) Sunt discriminatorii, potrivit prezentei ordonanțe, prevederile, criteriile sau practice aparent neutre care dezavantajează anumite persoane, pe baza criteriilor prevăzute la alin. (1),

față de alte persoane, în afară cazului în care aceste prevederi, criteriile sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a acelui scop sunt adecvate și necesare.

(4) Orice comportament activ ori pasiv care, prin efectele pe care le generează, favorizează sau defavorizează nejustificat ori supune unui tratament injust sau degradant o persoană, un grup de persoane sau o comunitate față de alte persoane, grupuri de persoane sau comunități atrage răspunderea contravențională conform prezentei ordonanțe, dacă nu intră sub incidența legii penale”.

5.1.2. Astfel se poate considera discriminare

- o diferențiere
- bazată pe un criteriu
- care atinge un drept
- fără să existe o justificare obiectivă.

5.1.2.1.1. În conformitate cu jurisprudența Curții Europene a Drepturilor Omului în domeniu, diferența de tratament devine discriminare atunci când se induc distincții între situații analoage și comparabile fără ca acestea să se bazeze pe o justificare rezonabilă și obiectivă. Instanța europeană a decis în mod constant că pentru ca o asemenea încălcare să se producă „trebuie stabilit că persoane plasate în situații analoage sau comparabile, în materie, beneficiază de un tratament preferențial și că această distincție nu-și găsește nicio justificare obiectivă sau rezonabilă”. Curtea a apreciat prin jurisprudența sa, că statele contractante dispun de o anumită marjă de apreciere pentru a determina dacă și în ce măsură diferențele între situații analoage sau comparabile sunt de natură să justifice distincțiile de tratament juridic aplicate (de exemplu, *Fredin c. Suedia*, 18 februarie 1991; *Hoffman c. Austria*, 23 iunie 1993, *Spadea și Scalabrino c. Italia*, 28 septembrie 1995, *Stubbings ș.a. c. Regatul Unit*, 22 octombrie 1996).

5.1.2.1.2. În hotărârea dată în cazul *Thlimmenos c. Grecia* din 6 aprilie 2000, Curtea a concluzionat că „dreptul de a nu fi discriminat, garantat de Convenție, este încălcat nu numai atunci când statele tratează în mod diferit persoane aflate în situații analoage, fără a oferi justificări obiective și rezonabile, dar și atunci când statele omit să trateze diferit, tot fără justificări obiective și rezonabile, persoane aflate în situații diferite, necomparabile”.

5.1.2.1.3. În concluzie, există o diferențiere dacă persoanele aflate în situații similare sunt tratate în mod diferențiat, sau dacă persoane aflate în situații diferite sunt tratate în mod identic.

5.1.2.1.4. Diferențierea trebuie să se bazeze pe comparația față de alte persoane, grupuri sau comunități [O.G. nr. 137/2000, art. 1 alin. (3): „Exercitarea drepturilor enunțate în cuprinsul prezentului articol privește persoanele aflate în situații comparabile”].

5.1.2.1.5. Privind primul capăt de cerere, Colegiul director constată că art. 11 alin. (1) al O.M.S. nr. 232/2011 („Posturile vacante de medici din unitățile sanitare clinice din centrele universitare Iași, Cluj-Napoca, Timișoara, București, Târgu-Mureș, Craiova, Oradea, Sibiu, Arad, Brașov, Constanța și Galați nu pot fi ocupate ca urmare a redistribuirii, cu excepția posturilor de medici în specialitatea medicină de urgență, radiologie și imagistică medicală și anestezie și terapie intensivă”) creează o diferențiere, întrucât persoanele aflate în situații analoage, medici din unități medicale desființate, sunt tratate în mod diferit, unii beneficiind de redistribuire, alții nu.

5.1.2.1.6. Privind al doilea capăt de cerere, Colegiul director constată că art. 11 alin. (3) al O.M.S. nr. 232/2011 („Pot fi redistribuiți în unități sanitare clinice, numai medicii care au fost încadrați într-o unitate sanitară clinică propusă spre reorganizare în cămin pentru persoane

vârșnice”) creează o diferențiere, întrucât persoanele aflate în situații analoage, medici din unități medicale desființate, sunt tratate în mod diferit, unii beneficiind de redistribuire, alții nu.

5.1.2.2.1. Fapta de discriminare este determinată de existența unui criteriu. Se poate invoca orice criteriu [O.G. nr. 137/2000, art. 2 alin. (1): [...] „pe bază de rasă, naționalitate, etnie, limbă, religie, categorie socială, convingeri, sex, orientare sexuală, vârstă, handicap, boală cronică necontagioasă, infectare HIV, apartenență la o categorie defavorizată, precum și orice alt criteriu” [...]; Protocolul adițional nr. 12 la Convenția europeană a drepturilor omului, art. 1 alin. (1): [...] „fără nicio discriminare bazată, în special, pe sex, pe rasă, culoare, limbă, religie, opinii politice sau orice alte opinii, origine națională sau socială, apartenență la o minoritate națională, avere, naștere sau oricare altă situație”], iar între acest criteriu și faptele imputate reclamatului trebuie să existe un raport de cauzalitate.

5.1.2.2.2. Privind primul capăt de cerere, Colegiul director constată că există un criteriu pentru diferențiere, și anume unul socio-profesional: stabilit clar de O.M.S. nr. 232/2011, art. 11 alin. (1): „...cu excepția posturilor de medici în specialitatea medicină de urgență, radiologie și imagistică medicală și anestezie și terapie intensivă”.

5.1.2.2.3. Privind al doilea capăt de cerere, Colegiul director constată că există un criteriu pentru diferențiere, și anume criteriul spitalului de proveniență: stabilit de O.M.S. nr. 232/2011, art. 11 alin. (3), prin specificarea: „unități sanitare clinice”, ceea ce, în mod implicit, înseamnă că prevederea nu este aplicabilă medicilor din unități sanitare ne-clinice.

5.1.2.3.1. O faptă poate fi considerată discriminatorie dacă atinge un drept, oricare dintre cele garantate de tratate internaționale ratificate de România sau cele prevăzute de legislația națională (O.G. nr. 137/2000, art. 1 alin. (2): „Principiul egalității între cetățeni, al excluderii privilegiilor și discriminării sunt garantate în special în exercitarea următoarelor drepturi: [...]”, art. 2 alin. (1): [...] „restrângerea, înlăturarea recunoașterii, folosinței sau exercitării, în condiții de egalitate, a drepturilor omului și a libertăților fundamentale sau a drepturilor recunoscute de lege [...]”; Protocolul 12, art. 1 alin. (1): „Exercitarea oricărui drept prevăzut de lege [...]”).

5.1.2.3.2. În cauza supusă soluționării (ambele capete de cerere), dreptul este instituit, pe de o parte, de însuși O.M.S. nr. 232/2011, și anume redistribuirea cadrelor medicale, pe de altă parte de O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 6 lit. a): „Constituie contravenție, conform prezentei ordonanțe, discriminarea unei persoane pentru motivul ca aparține unei anumite rase, naționalități, etniei, religii, categorii sociale sau unei categorii defavorizate, respectiv din cauza convingerilor, vârstei, sexului sau orientării sexuale a acesteia, într-un raport de muncă și protecție socială, cu excepția cazurilor prevăzute de lege, manifestată în următoarele domenii: a) încheierea, suspendarea, modificarea sau încetarea raportului de muncă [...]”.

5.1.2.4.1. Diferențierea nu reprezintă discriminare dacă pentru această diferențiere există o justificare obiectivă (O.G. nr. 137/2000, art. 2 alin. (3): [...] „în afară cazului în care aceste prevederi, criteriile sau practici sunt justificate obiectiv de un scop legitim, iar metodele de atingere a aceluia scop sunt adecvate și necesare”).

5.1.2.4.2. Justificarea obiectivă include existența unui scop legitim, atins prin metode adecvate și necesare.

5.1.2.4.3. Privind justificarea obiectivă, prin jurisprudența sa, Curtea Europeană a Drepturilor Omului a enunțat următoarele principii:

- Convenția nu interzice orice tratament diferențiat, ci doar acel tratament diferențiat care nu are o justificare obiectivă și rezonabilă, având în vedere faptul că de multe ori statele trebuie să adopte legi care prevăd un tratament diferențiat, menit să corecteze inegalitățile

faptice; justificarea trebuie să fie analizată în relație cu scopul legitim și efectele măsurii în cauză (*Cazul referitor la unele aspecte ale legislației cu privire la limba educației în Belgia c. Belgia*, 23 iulie 1968);

- prin discriminare se înțelege un tratament diferențiat al persoanelor aflate în situații comparabile, fără a exista o justificare obiectivă și rezonabilă; art. 14 din Convenție nu interzice statelor membre să trateze grupurile diferențiat în maniera de a corecta inegalitățile faptice; în anumite circumstanțe absența unui tratament diferențiat reprezintă o violare a dispoziției în cauză; poate fi discriminatorie aceea politică sau măsură generală care prejudiciază în mod disproporționat un grup de persoane, chiar dacă măsura nu vizează în mod specific acel grup; o discriminare potențială poate rezulta dintr-o situație faptică (*D.H. ș.a. c. Cehia*, 13 noiembrie 2007, *Sampanis ș.a. c. Grecia*, 5 iunie 2008);

- justificarea obiectivă și rezonabilă trebuie să urmărească un scop legitim, și măsura aplicată trebuie să fie proporțională cu scopul urmărit; în cazul tratamentului diferit bazat pe rasă, culoare sau origine etnică noțiunea de justificare obiectivă și rezonabilă trebuie interpretată într-o manieră cât se poate de strictă (*D.H. ș.a. c. Cehia*, 13 noiembrie 2007, *Sampanis ș.a. c. Grecia*, 5 iunie 2008).

5.1.2.4.4. În analiza scopului legitim, trebuie analizat existența acestui scop raportat la dreptul atins prin diferențiere (spre exemplu, conform Convenției europene a drepturilor omului, libertatea de exprimare poate fi restrânsă pentru următoarele scopuri legitime: pentru securitatea națională, integritatea teritorială, siguranța publică, apărarea ordinii, prevenirea infracțiunilor, protecția sănătății, moralei, reputației sau a drepturilor altora, pentru a împiedica divulgarea de informații confidențiale, pentru a garanta autoritatea și imparțialitatea puterii judecătorești).

5.1.2.4.5. În cauza supusă deciziei Consiliului Director reclamatul nu invocă nicio justificare obiectivă privind modul de formulare al O.M.S. nr. 232/2011. Această obligație a reclamatului nu poate fi preluată de Consiliul Național pentru Combaterea Discriminării, care, în absența invocării unei justificări, nu poate găsi o justificare obiectivă prezumată. Nici O.G. nr. 137/2000, republicată, nici Procedura internă de soluționare a petițiilor și sesizărilor nu prevede astfel de atribuții pentru Colegiul Director al CNCDD. În toate cazurile în care s-a invocat discriminarea în fața Curții Europene a Drepturilor Omului, nu Curtea a căutat să motiveze tratamentul diferențiat, ci a solicitat ca reclamații (guvernele statelor) să o facă. În mod similar, Curtea Europeană de Justiție arată că justificarea trebuie să fie invocată de reclamat, ea nu poate fi prezumată de instanțele care soluționează cazurile de discriminare (cauzele *Vasiliki Nikoloudi c. Organismos Tilepikoinonion Ellados AE*, *Regina c. Secretary of State for Employment, ex parte Nicole Seymour-Smith și Laura Perez, B.F. Cadman c. Health & Safety Executive*, *Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding c. Firma Feryn NV*, *Jämställdhetsombudsmannen împotriva Örebro läns landsting, Susanna Brunnhofer c. Bank der österreichischen Postsparkasse AG*).

5.2.1. În concluzie, excluderea unor categorii de medici de la redistribuire, cum stabilește O.M.S. nr. 232/2011, art. 11 alin. (1), reprezintă discriminare conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 2 alin. (1), întrucât creează o excludere pe bază de profesie care atinge dreptul la muncă, fără o justificare obiectivă.

5.2.2. În mod similar, art. 11 alin. (3) al O.M.S. nr. 232/2011 reprezintă discriminare conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 2 alin. (1), întrucât creează o excludere pe baza spitalului de proveniență care atinge dreptul la muncă, fără o justificare obiectivă.

5.2.3. Sunt incidente și prevederile O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 6 lit. a), întrucât prin neredistribuirea petenților raportul lor de muncă a fost suspendat, ca efect al O.M.S. nr. 232/2011.

5.3.1. O.G. nr. 137/2000, republicată, la art. 26 alin. (1), prevede sancționarea faptelor de discriminare cu amendă contravențională, fără să specifice posibilitatea aplicării sancțiunii de avertisment, ceea ce arată că legiuitorul a considerat că aceste fapte, prin gravitatea lor, trebuie sancționate ca atare.

5.3.2. O.G. 2/2001, actualizată, la art. 7 alin. (3) prevede că avertismentul poate fi aplicat și în cazul în care o astfel de sancțiune nu este expres prevăzută de lege [alin. (3)], arătând că „avertismentul se aplică în cazul în care fapta este de gravitate redusă”.

5.3.3. Discriminarea prezentată de petenți afectează dreptul la muncă, iar persoana care limitează acest drept este o persoană juridică de drept public, ceea ce agravează fapta (acest principiu s-a aplicat și prin Hotărârea nr. 43 din 9 ianuarie 2008).

5.3.4. Trebuie avut în vedere și Strategia națională de implementare a măsurilor de prevenire și combatere a discriminării (2007-2013), publicat în M.Of. nr. 674 din 3 octombrie 2007, care afirmă că prevenirea faptelor de discriminare trebuie să se realizeze prin „aplicarea unui grad de toleranță zero față de manifestările discriminatorii din societatea românească” [art. 4 alin. (1) pct. V].

5.3.5. Directivele Uniunii Europene în domeniu (de exemplu, Directiva Consiliului 2000/43/CE, prin art. 15) și jurisprudența Curții Europene de Justiție solicită Statelor membre Uniunii Europene aplicarea de sancțiuni efective, proporționale și descurajante. Neaplicarea unei amenzi contravenționale nu se poate considera a fi o sancțiune efectivă și descurajantă. Proporționalitatea se poate asigura prin acordarea graduală a amenzii, în funcție de gravitatea faptei, între limitele stabilite de lege.

5.3.6. În concluzie, Colegiul director sancționează cu amendă contravențională în valoare de 1.000 lei discriminarea creată de art. 11 alin. (1) al O.M.S. nr. 232/2011, și cu amendă contravențională în valoare de 1.000 lei discriminarea creată de art. 11 alin. (3) al O.M.S. nr. 232/2011.

Față de cele de mai sus, în temeiul art. 20 alin. (2) din O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea tuturor formelor de discriminare, republicată:

COLEGIUL DIRECTOR HOTĂRĂȘTE:

1. Limitarea prevăzută de O.M.S. nr. 232/2011, art. 11 alin. (1) reprezintă discriminare conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 6 lit. a) (vot unanim al membrilor prezenți la ședință);

2. Sancționarea Ministerului Sănătății cu amendă contravențională în valoare de 1.000 lei pentru discriminarea creată de art. 11 alin. (1) al O.M.S. nr. 232/2011, conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 26 alin. (1) și 2 (5 voturi pentru, 1 împotriva);

3. Limitarea prevăzută de O.M.S. nr. 232/2011, art. 11 alin. (3) reprezintă discriminare conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 2 alin. (1) coroborat cu art. 6 lit. a) (vot unanim al membrilor prezenți la ședință);

4. Sancționarea Ministerului Sănătății cu amendă contravențională în valoare de 1.000 lei pentru discriminarea creată de art. 11 alin. (3) al O.M.S. nr. 232/2011, conform O.G. nr. 137/2000, republicată, art. 26 alin. (1) și (2) (5 voturi pentru, 1 împotriva);

5. Clasarea dosarului;

6. O copie a prezentei hotărâri se va comunica părților și Direcției Generale a Finanțelor Publice a Municipiului București, pentru plata amenzii.

VI. Modalitatea de plată a amenzii

Ministerul Sănătății va plăti suma totală de 2.000 lei la Direcția Generale a Finanțelor Publice a Municipiului București și va depune dovada plății amenzii la sediul Consiliului Național pentru Combaterea Discriminării în cel mult 15 zile de la momentul în care hotărârea emisă constituie de drept titlu executoriu.

VII. Calea de atac și termenul în care se poate exercita

Prezenta hotărâre poate fi atacată în termenul legal de 15 zile potrivit O.G. nr. 137/2000 privind prevenirea și sancționarea faptelor de discriminare și Legii nr. 554/2004 a contenciosului administrativ la instanța de contencios administrativ.

Membrii Colegiului director prezenți la ședință: Asztalos Csaba Ferenc; Haller István; Niță Dragoș Tiberiu; Cazacu Ioana Liana; Vasile Alexandru Vasile; Vlaș Claudia Sorina.