



Likestillings- og  
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

12/782- 10-

Dato:

09.08.2012

## **Stillingsannonse- vikariat forbeholdt kvinner**

---

### **Sakens bakgrunn**

X legesenter v/ A la ut en stillingsannonse med overskriften «Vikar for fastlege i Oslo søkes omgående». I annonsen sto det følgende:

*«Det søkes en kvinnelig fastlegevikar i kurativ praksis 1-2 dager per uke i 1 år med stor mulighet til forlengelse.*

*Listelengde på ca 1150 pasienter som deles med vikar og hjemmelsinnehaver.*

*Legesenteret er et 4-legesenter (...). Vi bruker WinMed journal system.*

*Det vil bli lagt stor vekt på erfaring fra allmennpraksis i Norge.*

*Søkeren må beherske norsk godt, både muntlig og skriftlig.*

*Ønsker helst at aktuelle vikarer primært kontakter meg via e-post.*

*(...) Stilling: Vikariat i privat praksis, Allmennmedisin*

*Stillingstype: Vikariat (...)*

Fastlegers forhold til kommunen de jobber i er regulert av «Rammeavtale mellom KS og Den norske legeforening om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene – ASA 4310 for perioden 2008-2010» (Rammeavtalen). Avtalen er inngått under henvisning til helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 første ledd nr. 4 (tidligere kommunehelsetjenesteloven § 1-3) og forskrifter om fastlegeordningen. Avtalen ble i 2011 forlenget, og vil gjelde frem til 30. juni 2012.

I henhold til Rammeavtalen punkt 14, som omhandler inntak av vikar har:

«Legen [...] rett til å innta vikar ved fravær fra praksis. Inntak av vikar skal meddeles kommunen. Kommunen yter ikke særskilt basistilskudd til vikaren. Det økonomiske oppgjøret mellom legen og vikaren er kommunen uvedkommende. Dersom legen ikke selv stiller vikar kan dette i fravær utover 8 uker gjøres av kommunen. I slike tilfeller utbetales basisgodtgjørelsen til vikaren.

Fravær inntil 8 uker i året dekkes av kollegial fraværsordning eller egen vikar.»

B klaget på den aktuelle utlysningen i e- post til ombudet av 18. april 2012.

## **Partenes syn på saken**

### **B:**

Frydenlund hevder at utlysningen er i strid med likestillingsloven.

### **A:**

A opplyser at legesenteret består av fire leger og ligger på Z bydel i Oslo. Pasient gruppen består hovedsakelig av innvandrere med muslimsk bakgrunn. De pasientene som står på hennes liste er stort sett kvinner. De har bevisst valgt en kvinnelig lege fordi de ikke ønsker å oppsøke mannlige leger når de har problemer med magen/ brystet/ underlivet. Hennes kolleger på legesenteret er menn, og de ber henne ofte om å utføre undersøkelser av deres muslimske kvinnelige pasienter når dette er nødvendig. Av helsemessige årsaker arbeider hun

reduisert, og ønsker derfor en kvinnelig vikar 1- 2 dager per uke. Ved å ansette en mannlig vikar er det stor risiko for at hennes muslimske pasienter ikke vil ønske å oppsøke vedkommende.

Ombudet ba A i brev av 7. mai 2012 om å utdype følgende punkter:

1. *Kan du anslå hvor stor andel av pasientgruppen som foretrekker kvinnelig lege?*
2. *Kan du beskrive hvor omfattende behovet er i løpet av en uke?*
3. *Har du vurdert alternative måter å imøtekomme denne pasientgruppens behov på?*

A med at 80 % av hennes pasienter er kvinner, inkludert tenåringsjenter. Hun antar at 70 % av disse ønsker en kvinnelig lege ved undersøkelser. Behovet for en kvinnelig lege er aktuelt hver dag på hennes kontor. Hun har ikke vurdert noe annen måte å imøtekomme pasientenes behov på, da hun ivaretar sine egne pasienter alene.

## **Rettslig grunnlag**

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med likestillingsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 andre ledd nr. 1.

## **Likestillingsloven**

Likestillingsloven § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Det eksisterer en ulovfestet unntaksadgang fra forbudet mot direkte diskriminering, men denne unntaksadgangen er snever. Ombudet vil redegjøre nærmere for denne nedenfor.

Likestillingsloven § 4 første ledd slår fast at det ikke er tillatt å lyse ledig en stilling kun for det ene kjønn, eller at utlysningen for øvrig gir inntrykk av at arbeidsgiver forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen. Bestemmelsen presiserer forbudet i likestillingsloven § 3, og gjelder ved private og offentlige ansettelser, kortvarige og langvarige ansettelsesforhold, heltidsstillinger og deltidsstillinger, jf. Ot.prp. nr. 33 (1974-75) s. 57. Ved inngåelse av avtaler, som i denne saken, vil hovedregelen i § 3 gjelde. Se nærmere nedenfor under ombudets vurdering om dette.

Forbudet gjelder, med mindre man har en åpenbar grunn til å lyse stillingen ledig kun for personer av det ene kjønn. Lovens vilkår skal tolkes strengt, og åpenbar grunn må forstås slik at *en saklig og akseptabel grunn* knyttet til *stillingens innhold* må foreligge.

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, unnlatelsen eller ytringen* sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. likestillingsloven § 16.

## **Ombudets vurdering**

Ombudet skal ta stilling til om X legesenteret hadde anledning til å lyse ut vikariat i fastlegehjemmel kun for kvinner. Ombudet understreker at ombudet ikke skal vurdere konkrete søkere opp mot utlysningen, eller hvordan eventuelle søkere skal vurderes opp mot hverandre.

Ombudet vil først og fremst knytte noen bemerkninger til lovhjemmel for den videre vurderingen. Likestillingsloven § 4 gjelder kun ved ansettelser som kan innebære et arbeidsforhold i henhold til reglene i arbeidsmiljøloven. Dette er blant annet lagt til grunn i Klagenemnda for likestillings sak 9/2003 som omhandlet deltakelse i et ungdomslederprogram i en humanitær organisasjon.

Leger som tildeles fastlegehjemler av kommunen, anses for å være selvstendig næringsdrivende, og vil derfor ikke anses som arbeidstakere i henhold til arbeidsmiljølovens definisjon av begrepet. Det samme vil gjelde for en vikar i en fastlegehjemmel, som gjennom avtale har det samme ansvaret som fastlegen. På bakgrunn av dette vil ikke likestillingsloven § 4 komme til anvendelse. Fastleger må likevel forholde seg til likestillingsloven ved utlysning av vikariater, og i denne sammenhengen vil forbudet mot direkte diskriminering etter likestillingsloven § 3 gjelde. Det kan ikke sies at Rammeavtalen begrenser disse pliktene, noe som også er lagt til grunn i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2007, som omhandlet en kommunes tildeling av fastlegehjemmel. Ombudet understreker at vurderingstemaene hovedsakelig vil være de samme som om saken skulle vært vurdert etter § 4 første ledd.

Slik det fremstår for ombudet, gir den aktuelle utlysningen klart uttrykk for at vikariatet vil bli gitt til en kvinne. A har dessuten uttalt at hun ønsker en kvinnelig lege i vikariatet. Dette innebærer at utlysningen i utgangspunktet må sies å være i strid med forbudet mot direkte diskriminering på grunn av kjønn i § 3 første ledd, jf. andre ledd nr. 1. Mannlige leger vil da være utelukket fra å søke på vikariatet, og vil dermed kunne stilles dårligere enn kvinner.

Direkte forskjellsbehandling kan likevel være tillatt i enkelte tilfeller. Likestillings- og diskrimineringsnemnda redegjør for denne unntaksadgangen i sak 23/2007 som omhandler Tilsynsrådet for advokatvirksomhets praksis knyttet til beregning av praksistid for å bli advokat. Her fremgår det følgende:

*«Ved direkte forskjellsbehandling etter § 3 første og andre ledd utledes unntaksadgangen av ulovfestede saklighetsprinsipper, jf. Ot. prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27 og s. 160.*

*Unntaksadgangen er utdypet i Ot. prp. nr. 33 (1974-75) s. 31. Aksepterte eksempler er forskjellige klasser for menn og kvinner innen idretten og delinger som er begrunnet i bluferdighet.*

*Ut fra at loven selv ikke åpner for unntak, og på bakgrunn av lovens klare forarbeider, bør det etter Nemndas oppfatning legges til grunn bare en snever unntaksadgang. Lovens absolutte forbud mot direkte diskriminering og eksempler gitt i forarbeidene, tilsier at unntaksadgangen også begrenses til tilfeller der behovet for forskjellsbehandling er åpenbart.»*

Nemnda utdyper dette i sin sak 2/2010 som omhandlet en klausul i et boligselskap som utelukket menn fra å kjøpe leilighet:

*«Det er gjennom lang praksis lagt til grunn at forbudet mot direkte diskriminering ikke er absolutt. Direkte diskriminering vil kunne være tillatt dersom handlingen har et saklig formål uavhengig av kjønn, hvor det middel som er valgt er egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Det må foretas en interesseavveining, og det er lagt til grunn både i praksis og lovens forarbeider at det skal mye til for å fravike loven basert på denne ulovfestede unntaksadgangen.»*

Spørsmålet blir da om det finnes tungtveiende nok saklige grunner i denne saken for å forskjellsbehandle menn og kvinner. Det skal mye til før en handling som innebærer direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn skal tillates, og ombudet vil i denne forbindelse vurdere om forutsetningene for anvendelse av unntaket foreligger. Det kreves for det første at handlingen har et saklig formål som ikke har sammenheng med kjønn. Begrunnelsen for forskjellsbehandlingen skal bygge på et reelt behov og en konkret, objektiv vurdering av eventuelle ulemper, kostnader osv. som likebehandling vil innebære. Etter § 16 blir det i utgangspunktet opp til legesenteret å sannsynliggjøre de omstendighetene som kan begrunne anvendelse av unntaket.

### **Har forskjellsbehandlingen et saklig formål?**

Det fremgår av As redegjørelse at formålet med utlysningen var å ta hensyn til de kvinnelige pasientenes behov for å bli kroppsundersøkt av en kvinnelig lege. Det er etter det A har opplyst snakk om en betydelig andel pasienter. Denne begrunnelsen sto ikke i utlysningsteksten, men opplysningen om at legesenteret ligger i en bydel i Oslo hvor en vesentlig del av befolkningen har minoritetsbakgrunn, støtter hennes anførsel. Ombudet har på generelt grunnlag fått bekreftet at kvinnelige pasienter med minoritetsbakgrunn som regel ber om en kvinnelig fastlege (se ombudets sak 11/2455).

Ut i fra de generelle opplysninger som ombudet har fått og opplysningene fra A forstår ombudet det slik at hovedgrunnen til at disse kvinnelige pasientene har behov for en kvinnelig lege kan sies å være knyttet til disse kvinnenenes behov for å verne sin fysiske integritet og/eller bluferdighet. Det ser også ut til at pasientenes ønske om kvinnelig lege hovedsakelig er forankret i deres kulturelle/etniske/religiøse bakgrunn. Dette er forhold som kan anses saklige etter unntaksadgangen som drøftes her, men som også vil falle inn under diskrimineringsloven. Ombudet understreker imidlertid at det ligger utenfor denne saken å ta stilling til hvorvidt enkeltpasienter blir diskriminert på grunn av sin etnisitet/religion ved tildeling av fastlege i dette tilfellet.

Som nevnt ovenfor, fremgår det av forarbeidene til likestillingsloven at hensynet til bluferdighet kan legitimere forskjellsbehandling. Behov for å verne sin fysiske integritet kan altså være en legitim/saklig grunn for forskjellsbehandling. Å forbeholde vikariatet til kvinner av et slikt hensyn kan derfor sies å ha et saklig formål.

### **Nødvendig og ikke uforholdsmessig tiltak?**

Selv om formålet er saklig, må middelet være egnet, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende i forhold til formålet. Det skal foretas en interesseavveining. I denne saken vil ombudet avveie hensynet til pasientenes behov for å verne sin fysiske integritet og bluferdighet og hensynet til likestilling i arbeidslivet. I denne sammenheng vil ombudet vurdere om det foreligger mindre inngripende alternative løsninger som er egnet til å oppfylle formålet.

A opplyser at behovet for en kvinnelig lege gjelder 70 % av hennes kvinnelige pasienter, som i sin tur utgjør 80 % av samtlige pasienter på hennes liste. Dette utgjør 56 % av den totale pasientlisten hun har. Imidlertid sier hun at behovet for å ha en kvinnelig lege forekommer hver dag på hennes kontor, og at hun derfor trenger avlastning av en kvinnelig vikar 1-2 dager i uken. Ombudet forstår det slik at det angitte omfanget, altså fem dager i uken, gjelder både timene for As egne pasienter og henvisninger fra hennes tre kolleger på legesenteret.

Etter punkt 10.1 andre ledd i Rammeavtalen skal fastlegene i kommunen delta i kollegiale ordninger/vikarordninger for dekning av ordinært fravær hos andre fastleger i kommunen etter oppsett som er utarbeidet av allmenn-legeutvalget, jf. punkt 6.3. Imidlertid fremgår det av punkt 10.2 at innbyggere på andre legers liste har prioritet etter innbyggere på egen liste. Strengt tatt kan det altså sies at behovet for kvinnelig lege ved X legesenter kun gjelder As egne pasienter, og at behovet da er i underkant av 56 % av hennes egen drift.

A mener at det er stor fare for at en god del av hennes pasienter ikke vil oppsøke vikaren dersom vikaren er en mann. Ombudet mener at dersom A ansetter en mannlig vikar, vil det kunne være mulig å komme frem til løsninger som kan ivareta de kvinnelige pasientenes behov. Dette kan dreie seg om organisering av timefordelingen mellom A og vikaren, og/ eller å henvise en del pasienter til øvrige kvinnelige fastleger i bydelen, eventuelt i andre nærliggende bydeler i Oslo. I enkelttilfeller kan kanskje de øvrige legene på senteret kunne motta noen av As pasienter, dersom pasientene er villig til det og legene har kapasitet, noe som ikke er uvanlig i gruppepraksiser. Dersom det ikke er tilstrekkelig kapasitet hos andre kvinnelige fastleger i bydelen, vil da legesenteret også kunne henvise noen av pasientene til kvinnelige spesialister, herunder gynekologer.

Ombudet konstaterer også at kommunen etter Rammeavtalen punkt 5.1 har plikt til å opprette og utlyse ytterligere avtalehjemler for å dekke innbyggernes fastlegebehov. Videre har

kommunen etter punkt 6.3 plikt til å «skaffe vikar eller iverksette andre nødvendige tiltak for å avhjelpe legemangelen». Av punkt 5.5 fremgår det at *kjønns(...) sammensetning* i tildeling av avtalehjemmel til *gruppepraksis*, vil i tillegg til kompetanse, erfaring m.m., være et saklig kriterium i valget av legen som blir engasjert. Med andre ord har kommunen, ut i fra befolkningens behov, et visst handlingsrom når det gjelder å velge mellom mannlige og kvinnelige legekandidater. Dette vil imidlertid være konkrete vurderinger i hver enkelt sak, og tildelinger der kjønn er vektlagt kan påklages til ombudet og vurderes opp mot reglene i likestillingsloven. Etter punkt 7. 2 har også kommunen plikt til å informere innbyggere om at de blant annet har rett til fornyet vurdering av tildeling av fastlege. Når dette er sagt forstår ombudet at en større omrokking mellom de eksisterende fastlegene i bydelen og/eller en eventuell utvidelse av fastlegekapasitet vil ta tid.

Ombudet finner altså at det ved X legesenter foreligger et reelt behov for en kvinnelig lege. Allikevel mener ombudet at behovet er begrenset nok til at det kan ivaretas ved intern organisering på legesenteret og henvisning av pasienter dersom en mannlig vikar blir engasjert. Når dette er sagt, er ombudet klar over at en slik situasjon vil kunne medføre en del organisatoriske utfordringer for legesenteret og ulempe for de aktuelle pasientene, for eksempel lengre ventetid og muligens dyrere tjenester. Ombudet mener likevel at legesenteret, til tross for at slike løsninger ikke er vil være optimale, vil kunne imøtekomme pasientenes behov. Ombudet viser videre til at unntaksadgangen fra forbudet mot direkte forskjellsbehandling skal tolkes snevert, jf. det ombudet har referert ovenfor om dette. Ombudet mener at å utlyse vikariatet kun til kvinner, og dermed ekskludere kvalifiserte mannlige leger fra å søke, virker for inngripende i forhold til ulempene som lengre ventetid og/eller dyrere tjenester for pasientene vil innebære. Som nevnt ovenfor er kjønnsnøytrale utlysninger en forutsetning for et mer likestilt og dermed mindre kjønnssegregert arbeidsmarked.

## **Konklusjon**

X legesenter handlet i strid med likestillingsloven § 3 første ledd, jf. andre ledd nr. 1, ved utlysning av vikariat forbeholdt kvinner til en fastlegehjemmel.