



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

11/2432- 13-

Dato:

09.08.2012

Stillingsannonse- vikariat for kvinner

Sakens bakgrunn

X legesenter la ut en stillingsannonse med overskriften « Vikariat i allmennpraksis Oslo (...)». I annonsen sto det følgende:

«Kvinnelig lege søkes til vikariat i travel og hyggelig 4 legerspraksis Oslo (...) f.o.m 15.01.t.o.m. 10.02.2012. Erfaring fra allmennmedisin er ønskelig. (...)

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

vedkommende (...) 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

3. desember 2011.

Partenes syn på saken

B:

B hevder at utlysningen er i strid med likestillingsloven, da den gir uttrykk for at arbeidsgiver forventer eller foretrekker det ene kjønn til stillingen. Det fremgår ikke av utlysningsteksten at det er åpenbar grunn til å utlyse stillingen kun for kvinner.

A:

A sier at hun beklager hvis stillingsannonsen virket diskriminerende.

Begrunnelsen for å søke etter kvinnelige leger er at hun tok hensyn til legesenterets kvinnelige, utenlandske pasienter, tatt i betraktning av at disse ønsker en kvinnelig lege til gynekologiske undersøkelser, innsetting av spiral osv. På legesenteret er det fire leger, hvorav hun er den eneste kvinnen. A viser til at det var snakk om et kortvarig vikariat, og at annonsen derfor kun var et uttrykk for et behov for en kortere periode.

B har svart med at det er fint at A beklager stillingsannonsen. Likevel bestrider han en slik begrunnelse. Han viser til at han selv er lege og har innvandringsbakgrunn, og at han aldri har fått noen negativ reaksjon fra kvinnelige pasienter med utenlandsk bakgrunn i forbindelse med gjennomføring av gynekologiske undersøkelser. Han viser til at det i islam er akseptert at kvinnelige pasienter undersøkes av en mannlig lege. Han hevder at det ofte er legene selv som, ut fra egne fordommer, bestemmer seg for ikke å tilby gynekologiske tjenester til pasienter med innvandringsbakgrunn. Dette mener han er i strid med pasientrettighetsloven, som har som formål å bidra til å sikre befolkningen lik adgang på helsehjelp.

Ombudet ba A 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 har svart på telefon med at hun anslår at 20 % - 30 % av hennes pasienter ønsker en kvinnelig lege. Disse pasientene bor på (...) i Oslo, et område med høy andel familier fra Pakistan, Sri-Lanka, Somalia, m.m. Hun opplyser at disse pasientene av kulturelle/etniske/religiøse grunner nekter å bli gynekologisk undersøkt av en mannlig lege. Behovet for en kvinnelig lege har vært aktuelt hver dag på hennes kontor, altså fem dager i uken.

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 ansettelse, 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.

Formålet med kravet til kjønnsnøytrale annonser er at de vil virke som en oppfordring til både kvinner og menn om å søke arbeid ut fra interesser og kvalifikasjoner, uten hensyn til tradisjonelle oppfatninger av hva slags arbeid som passer for menn og kvinner. Kjønnsnøytrale annonser er en forutsetning for et mer likestilt og dermed mindre kjønnsdelt arbeidsmarked.

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.

En påstand om diskriminering er ikke nok til at ombudet kan konkludere med at det er "grunn til å tro" at diskriminering er skjedd. Påstanden må støttes av andre opplysninger eller sakens omstendigheter for øvrig.

Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om X legesenter 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 knytte noen bemerkninger til lovhjemmelen 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 fastlegehemler 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 fastlegehemmel, 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 fastlegehemmel. 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

Side 6 av 9

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 pasientenes behov for å få gynekologiske undersøkelser gjort av en kvinnelig lege. Dette gjelder etter det A har opplyst for ca 20 % - 30 % av hennes pasienter, men likevel er dette en betydelig andel. Begrunnelsen sto ikke i utlysningsteksten, men opplysningen om at legesenteret har en betydelig andel pasienter fra (...) i Oslo, støtter hennes anførsel, da det er riktig at en stor del av befolkningen på (...) har minoritetsbakgrunn. Ombudet har på generelt grunnlag fått bekreftet at mange kvinnelige pasienter med minoritetsbakgrunn ber om en kvinnelig fastlege (se ombudets sak 11/2455).

Ut i fra disse generelle opplysningene og opplysningene fra A forstår ombudet det slik at hovedgrunnen til at disse kvinnelige

ønsker en kvinnelig lege kan sies å være knyttet til behov for å verne om sin fysiske integritet og/eller bluferdighet. Det ser også ut til at pasientenes ønske 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

enkelpasienter 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.

Etter det ombudet forstår, gjelder behovet for en kvinnelig lege på X legesenter 20% - 30% av samtlige pasienter på legesenteret, (altså både As egne pasienter og henvisninger fra hennes tre kolleger). Etter As mening var det passende å uttrykke et slikt behov i stillingsannonser fordi vikariatet var kortvarig. Ombudet mener imidlertid at dersom A hadde ansatt en mannlig vikar, hadde det ikke vært problematisk å komme til løsninger som kunne ivareta de kvinnelige pasientenes behov, nettopp fordi det var snakk om en kort periode (fire uker) og et mindretall pasienter. Slike løsninger kunne innebære at pasientene som ikke ønsker å bli behandlet av en mannlig lege kunne fått timer hos A etter at hun var kommet tilbake, eventuelt kunne de blitt henvist til de øvrige kvinnelige leger i bydelen Vestre Aker eller nærliggende bydeler, eventuelt til kvinnelige gynekologer i området.

Ombudet finner altså at det ved X legesenter forelå et reelt behov for en kvinnelig lege, men at behovet var begrenset og kortvarig nok til at det kunne ivaretas ved løsninger som var mindre inngripende enn å forbeholde vikariatet til en mann. 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 for eksempel lengre ventetid og/eller dyrere gynekologtjenester for pasientene vil innebære. Som nevnt ovenfor er kjønnsnøytrale utlysninger en forutsetning for et mer likestilt og dermed mindre kjønnssegregert arbeidsmarked.

Konklusjon

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