



Likestillings- og  
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

11/2455- 12-

Dato:

02.08.2012

## **Spørsmål om stillingsannonse var i strid med likestillingsloven**

### **Sakens bakgrunn**

X Legekantor v/A la ut en stillingsannonse med overskriften «Fastlegevikariat (...)» på nettsiden [www.legejobber.no](http://www.legejobber.no). I annonsen stod det følgende:

«Ledig 11 mnds fastlegevikariat for kvinnelig leg f.o.m. 12.03.2012. Veldrevet solopraksis. Listelengde 1600 pasienter. Winmed journalsystem. (...)»

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.»

I Y kommune er det ifølge tall fra Helfo 33 praktiserende fastleger, og 14 av disse er kvinner. Helfo har opplyst for ombudet at for tiden har ingen av fastlegene i kommunen ledige plasser på sine lister.

B klaget på den aktuelle utlysningen i e-post til ombudet av 6. desember 2011.

## **Partenes syn på saken**

### **B:**

B hevder at utlysningen var i strid med likestillingsloven. Den gir klart uttrykk for at det ene kjønn er foretrukket til stillingen, og det er ikke beskrevet noe i annonsen som tilsier at det er en åpenbar grunn til å utlyse stillingen for personer av det ene kjønn.

### **A:**

A sier at hun nok er enig i at det er diskriminerende at hun har gått ut og søkt etter et spesifikt kjønn, og hun kunne vært litt mer diskré. Hun uttaler imidlertid at hun har gjort dette av hensyn til pasientene sine. Hun begrunner dette med følgende:

Hun er selv kvinne og driver legepraksis alene. Mange av pasientene er kvinner, og en stor andel av disse er utenlandske. Hun forklarer at spesielt muslimske kvinner foretrekker å gå til en kvinnelig lege. Hun har også mange menn på listen som har valgt henne fordi hun er kvinne. Disse pasientene har sagt at det er lettere å åpne seg for en kvinnelig lege enn for en mannlig lege, og pasientene føler de blir tatt på alvor.

For 2 år siden var A i permisjon. Hun lyste også da ut stilling som vikar, men uten å forbeholde vikariatet for et bestemt kjønn. Hun fikk inn mange gode kandidater. En av disse var en mann med mange års erfaring og han fikk stillingen. Han fikk mye skryt av pasientene da hun kom tilbake etter permisjonen, men mange av pasientene byttet lege (i snitt forsvant 100-200 pasienter fra lista). Videre ble mange av pasientene henvist til kvinnelige gynekologer fordi de selv ikke ønsket å bli undersøkt av en mannlig lege. Dette resulterte i lang ventetid for pasientene hos spesialist, det ble dyrere for pasientene og det ble dyrere for samfunnet. De fleste pasientene har hintet til henne at de nok ville foretrekke en kvinnelig lege om hun skulle i permisjon en gang i fremtiden.

Sekretæren hadde også ønsket en kvinnelig lege å jobbe med. Bakgrunnen for dette var at hun under den forrige permisjonen hadde fått mye negativ respons fra pasienter som måtte til en mannlig lege.

Ombudet ba A i brev av 17. januar 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?
4. Har du undersøkt nærmere om årsaken til at mange av dine pasienter skiftet lege kan ha vært begrunnet i andre omstendigheter enn det faktum at legen som var ansatt i vikariat var mann?

I brev av 19. januar 2012 svarte A med at 70 % av hennes pasienter ønsker en kvinnelig lege. Hun opplyser at hun også utfører gynekologiske inngrep på pasienter som hun mottar etter henvisning fra en mannlig kollega. Behovet for en kvinnelig lege omfatter omtrent 50 % av kontorets ukentlige drift. Det eneste alternativet for å imøtekomme pasientenes ønske er å henvise dem til spesialist, da ingen av de øvrige kvinnelige fastlegene i kommune har ledig kapasitet.

## **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 § 3 forbyr direkte og indirekte forskjellsbehandling av kvinner og menn. Med direkte forskjellsbehandling menes blant annet handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn, jf. § 3 andre ledd nr. 1. 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.

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 arbeidsgiver sannsynliggjør at det likevel ikke har skjedd diskriminering, jf. likestillingsloven § 16.

## **Ombudets vurdering**

Ombudet skal ta stilling til om Y Legekantor 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 legekantoret å sannsynliggjøre de omstendighetene som kan begrunne anvendelse av unntaket.

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

I redegjørelsen opplyser A at formålet med utlysningen var å ta hensyn til pasientenes behov. Det er etter det A har opplyst snakk om en betydelig andel pasienter, og pasientene har gitt klart uttrykk for sitt ønske. Denne begrunnelsen sto ikke i utlysningsteksten, men Kommuneoverlegen har gitt ombudet generelle opplysninger som bekrefter situasjonen slik A beskriver den i sine brev. Kommuneoverlegen har opplyst at 14 % av fastlegepasientene i kommunen har minoritetsbakgrunn, og at samtlige kvinner i denne gruppen forlanger en kvinnelig fastlege. Hun tilføyer at noen av de nylig etablerte familiene i kommunen har meddelt at de må ha en kvinnelig fastlege for hele familien. Hun bekrefter også at i de tilfellene hvor en kvinnelig lege har engasjert en mannlig vikar, skaper dette organisatoriske utfordringer.

Ut i fra disse opplysningene forstår ombudet det slik at det er to hovedgrunner for pasientenes ønske: Den første kan sies å være knyttet til kvinnes behov for å verne sin fysiske integritet og/eller bluferdighet. Den andre knytter seg til pasientenes generelle oppfatning av at legens kjønn påvirker tilliten pasientene har til ham/henne, det vil si når det gjelder å kunne « åpne seg» for sin lege, slik det står i As redegjørelse. A har opplyst at en slik oppfatning ser ut til å deles av både kvinnelige og mannlige pasienter. I begge tilfellene ser det også ut til at pasientenes mening hovedsakelig er sterkt 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. Derimot kan ikke

stillingsutlysninger/ansettelser som er basert på oppfatninger som automatisk kobler tillitsnivå fra pasient til lege på bakgrunn av legens kjønn anses å fremme et saklig formål.

Stillingsutlysninger/ansettelser basert på slike oppfatninger eksemplifiserer typiske fordommer og stereotyper som kan bidra til økende kjønnssegregering i samfunnet.

### **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 omfanget av behovet for en kvinnelig lege på hennes kontor gjelder omtrent 50 % av timene pr uke. Dette omfatter både timene for hennes egne pasienter og henvisninger fra en kollega. 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 Y Legekontor kun gjelder As egne pasienter, og dermed er det faktiske behovet for kvinnelig lege mindre enn halvparten av de ukentlige legetimene.

Dersom en mannlig vikar blir ansatt, og dersom de øvrige kvinnelige fastlegene i kommunen ikke har kapasitet, vil mannlige legers pasienter som hittil er blitt henvist til A, kunne henvises til kvinnelige spesialister, herunder gynekologer. Det samme vil kunne gjelde de av As egne pasienter som av hensyn til for eksempel bluferdighet eller religion ikke ønsker å bli undersøkt av en mannlig lege. For øvrig er det, etter det Helfo har opplyst for ombudet, også mulig å søke om plass på lister til leger i nærliggende kommuner, herunder Oslo.

Ombudet ser at As tidligere erfaring med henvisning av pasienter til spesialist, slik det også bekreftes av kommunens overlege, skaper en del utfordringer og ulemper, deriblant lang ventetid og dyrere tjenester for pasientene. Imidlertid vil en slik løsning være midlertidig, idet vikariatet gjelder for elleve måneder.

Ombudet konstaterer også at dersom det mangler fastleger i kommunen, har kommunen etter Rammeavtalen punkt 5.1 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 kommunen og/eller en eventuell utvidelse av fastlegekapasitet vil ta tid.

Ombudet finner altså at det ved Y legekantor foreligger et reelt behov for en kvinnelig lege. Allikevel er behovet begrenset nok til at det kan ivaretas ved å henvise pasienter, slik det ved en tidligere anledning ble gjort, eventuelt gjennom en større omorganisering. 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. Ombudet legger videre vekt på at behovet for en kvinnelig lege på Y Legekantoret omfatter 50 % eller mindre av kantorets ukentlige drift, og at vikariatet er midlertidig.

Ombudet finner derfor ikke at det i denne saken foreligger tilstrekkelige tungtveiende saklige grunner for å utlyse og forbeholde vikariatet for kvinnelige leger. Ombudet understreker imidlertid at tilrettelegging for enkeltpasienter ved å imøtekomme ønske om kvinnelig lege etter omstendighetene kan være tillatt etter likestillingsloven.

### **Konklusjon:**

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