



Likestillings- og  
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

Deres ref.:

Dato:

12/548- 17-

24.10.2012

## **Uttalelse - spørsmål om forbigåelse på grunn av kjønn ved tildeling av fastlegehjemler**

Likestillings- og diskrimineringsombudet viser til klage fra A datert 10. mars 2012.

A ba ombudet vurdere om han ble forbigått på grunn av kjønn ved X kommunes tildeling av to fastlegehjemler høsten 2011.

Likestillings- og diskrimineringsombudet har kommet til at X kommune handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved tildeling av fastlegehjemler på C og D legekantor.

Likestillings- og diskrimineringsombudets uttalelse kan bringes inn for Likestillings- og diskrimineringsnemnda. Fristen er tre uker fra dette brevet er mottatt, se vedlagte orientering.

## OMBUDETS UTTALELSE

### Sakens bakgrunn

Ombudets fremstilling av sakens bakgrunn bygger på partenes redegjørelser til ombudet.

X kommune utlyste to fastlegehjemler med søknadsfrist 25. juli 2011. Det

ble opplyst at hjemlene skulle lokaliseres ved C legekantor og D legekantor. I utlysningsteksten er det ikke oppgitt kvalifikasjonskrav utover at søkere må beherske norsk for muntlig og skriftlig kommunikasjon.

Kommunen har i prosessen vist til rammeavtale om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene, ASA 4310 (heretter Rammeavtalen). Avtalen er inngått mellom Kommunenes Sentralforbund og Den norske legeforening.

Avtalen sier i punkt 5.5 følgende om tildeling av avtalehjemler:

*«Kommunens tildeling av avtalehjemmel er enkeltvedtak etter forvaltningsloven, § 2 første ledd litra b og skal skje etter kommunehelsetjenesteloven § 4-2. Vedtak treffes av kommunen, normalt etter uttalelse fra samarbeidsutvalget.*

*Ved tildeling av hjemmel lokalisert til gruppepraksis skal gjenværende legers uttalelse tillegges stor vekt, såfremt det er lagt vekt på saklige kriterier i henhold til kommunehelsetjenesteloven § 4-2. Med saklige kriterier menes bl.a faglig kompetanse og erfaring, samarbeidsevner, kjønns- og alderssammensetning og evne til å drive privat praksis. Representant for*

*gruppepraksisen skal inviteres til å delta i intervjuer av aktuelle kandidater»*

Ved utløp av søknadsfristen var det 13 søkere. En av søkerne trakk sin søknad, slik at det av utvidet søkerliste fremgår at det var 12 søkere, seks menn og seks kvinner. Samtlige søkere ble innkalt på intervju.

Kommuneoverlegen holdt først en intervjurunde der en representant fra hvert av legekantorene var til stede. Kommuneoverlegen utarbeidet en innstilling

etter intervjurunden, og sendte denne til de to legekantorene 14. september

2011. A var da innstilt som nummer én til begge hjemlene. Z var innstilt som to og Y var innstilt som nummer tre. Kommuneoverlegen ba i innstillingsbrevet legekantorene velge én av de tre øverste kandidatene på listen.

De tre kandidatenes kvalifikasjoner fremgår av utvidet søkerliste. Søkerlisten

viser at A i tillegg til legeutdanningen har master i helseadministrasjon. Oversikten over hans yrkeserfaring ser slik ut:

*15.07.2001 - 15.07.2002, Turnuslege X*

*15.08.2002 - 15.02.2003, Turnuslege, X*

*15.02.2003 - 27.03.2007, Fastlege, Selvstendig/X kommune*

*15.08.2004 -15.07.2005, Lege, Forsvaret*

*15.01.2006 - 15.07.2006, Lege, Afghanistan*

*16.04.2007 - 29.07.2007, LiS Sykehuset X, psykiatrisk avd*

*30.07.2007- 23.03.2009, LiS Sykehuset X. Ortopedisk avdeling*

*23.03.2009 - 15.10.2009, Prosjektarbeid. Helse Sør/Øst og X kommune*

*17.10.2009 - 14.05.2011, Ass. Kommuneoverlege. X kommune*

*16.05.2011 - Fastlegevikar, X kommune*

Y er utdannet lege og oversikten over hennes yrkeserfaring ser

slik ut:

*20.08.2006 - , Lege, Legevakta i, X. Kommune*

*20.02.2006 - 15.08.2006, Lege, UiO, Legevakta i X*

*15.08.2004 – 14.02.2006, Turnuslege, X Sykehus, Distrikt C Legekontor. X Kommune*

*16.02.2004 - 25.07.2004, Medisinstudent med lisens, X, Klinikk for ortopedi og revmatologi*

*09.06.2003 - 20.07.2003, Medisinstudent med lisens, Sykehuset X, Nevrologisk avdeling*

Z er utdannet lege og oversikten over yrkeserfaringen ser slik ut:

*15. 06. 2005 -15.01.2006, Legevikar, Forsvaret*

*15.08.2008 - 21.06.2011, Fastlege X kommune. X kommune fram til*

*juni 2010, så sjølvstendig næringsdrivande*

*16.08.2008 - 21.06.2011, Helsestasjonslege, X kommune*

De to legekantorene holdt ny intervjurunde med de innstilte kandidatene. Den

26. september 2011 fikk kommuneoverlegen en e-post fra C legekantor

der det sto: «*Etter en samlet vurdering ønsker C legekantor at Z tildeles fastlegestillingen som er tillagt vårt senter*».

D legekantor sendte en e-post til kommuneoverlegen 13. oktober 2011 der

det sto: «*D legekantor har nå avsluttet sin vurdering av de innstilte til*

*stillingen som fastlege i X kommune med kontorsted D legekantor.*

*Y innstilles som fastlege ved D legekantor*».

Kommuneoverlegen sendte tilbud om fastlegehjemmel til Z og Y henholdsvis 27. september 2011 og 18. oktober 2011. Z var i innstillingen av 14. september 2011 innstilt som nummer to og Y var innstilt som nummer tre.

Ombudet har mottatt kopi av begrunnelsen fra D og C legekantor datert henholdsvis 3. og 5. november 2011.

D viser i sin begrunnelse til Rammeavtalen, og at de la vekt på personlig egnethet, samarbeidsevner og kjønns sammensetning. De viser til at de la avgjørende vekt på et spørsmål om hvordan kandidatene ville forholde seg til en eventuell konflikt på legekantoret. Y utmerket seg med sitt svar på dette spørsmålet, og hun hadde i tillegg usedvanlig gode referanser. D legekantor har utdypet sin begrunnelse i brev til ombudet av 18. april 2012. Her vises det til at kontoret består av tre menn og en kvinnelig lege. Legekantoret har 3700 pasienter, og mange kvinnelige pasienter ønsker en kvinnelig lege. Legekantoret fremholder at det likevel var deres vurdering av personlig egnethet, herunder samarbeidsevner og evne til konflikthåndtering som var avgjørende for deres valg og ikke kjønn.

C legekantor skriver at tre mannlige leger driver legekantoret, og at det ønsket å få inn en kvinnelig lege som en valgmulighet for pasientene. I tillegg viste det til at det vil være nyttig for arbeidsfellesskapet å ha en variert legegruppe. C legekantor har utdypet sin begrunnelse til ombudet i brev av 23. april 2012. Det viste her til at de har 4500 pasienter, og at de har vektlagt at erfaringsmessig vil en del av disse foretrekke kvinnelig lege. De viste også til

at kontorets kjønns sammensetning var en del av begrunnelsen til kommunen for å bli tildelt en ny hjemmel.

A ble ikke tildelt fastlegehjemmel, og påklaget vedtaket. Kommuneoverlegen opprettholdt sitt opprinnelige vedtak, og saken ble deretter behandlet i kommunal klagenemnd. Rådmannen fant at tildelingsprosessen ved C legekantor skulle vært foretatt på nytt, men at dette ikke er mulig å gjennomføre ettersom hjemmelen allerede er tiltrådt. Klager fikk dermed ikke medhold i at tildelingene ble kjent ugyldige, og at han skal tildeles en hjemmel.

A har i sin klage vist til flere mulige saksbehandlingsfeil i kommunens behandling av saken. Det er blant annet manglende begrunnelser, manglende

innsyn og sen saksbehandling fra kommunen som medfører at klageadgangen ikke blir reell.

## **Partenes syn på saken**

### **A:**

A hevder han ble forbigått ved tildeling av fastlegehjemler på D og C legekantor på grunn av kjønn.

Til støtte for dette viser A til at han er bedre kvalifisert enn de to kvinnelige legene som ble tildelt de ledige hjemlene. Han viser særlig til at han, i motsetning til de to kvinnene, har spesialistgodkjenning i allmenntidrett, at han har lengre praksis og at han i tillegg til legeutdanningen har mastergrad i helseledelse. Han viser videre til at han var innstilt som nummer en til begge hjemlene etter intervjuer med kommuneoverlege B og representant fra hvert av legekantorene.

A viser også til at kommunen ikke har gitt noen selvstendig begrunnelse for sitt vedtak, utover å vise til en kopi av legekantorenes begrunnelser.

Begrunnelsene fra legekantorene ble ikke innhentet før vedtakene var fattet.

A viser også til at den etterfølgende begrunnelsen fra legekantorene viser at begge kantorene har lagt vekt på kjønn.

### **X kommune:**

X kommune gjør oppmerksom på at kommuneoverlegen som var saksansvarlig har sluttet i stillingen, og at rådgiveren som skrev saksfremlegget til kommunen ikke er tilgjengelig på grunn av permisjon. Det er derfor vanskelig å gjøre rede for vurderinger som er gjort underveis i prosessen. X kommune har i sin redegjørelse vist til det som følger av rådmannens saksfremlegg til kommunal klagenemnd datert 14. februar 2012.

Når det gjelder de tre søkerne legekantorene ble bedt om å velge mellom, viser kommunen til at de mente det ikke var store forskjeller mellom kandidatene.

Rent objektivt sett er det A som har lengst ansiennitet og praksis. Kommuneoverlegen har likevel vurdert det slik at det var små forskjeller mellom kandidatene når det gjaldt relevant erfaring og praksis.

På grunn av de relativt små forskjellene i kompetanse valgte kommunen å legge vekt på også andre forhold, som kjønnssammensetning og personlig egnethet. I denne vurderingen ble det lagt stor vekt på begrunnelsene fra D og C legekantor, og det ble gjort vedtak i tråd med deres ønsker.

### **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.

Med direkte forskjellsbehandling menes blant annet handlinger som stiller kvinner og menn ulikt fordi de er av forskjellig kjønn jf. likestillingsloven § 3 annet ledd nr. 1. Adgangen til å gjøre unntak fra forbudet mot direkte diskriminering er svært begrenset. Unntaksadgangen må utledes av ulovfestede saklighetsprinsipper, jf. Ot.prp nr. 33 (1977-1978) s. 10 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27.

Likestillingsloven § 4 forbyr forskjellsbehandling av kvinner og menn ved ansettelser. Bestemmelsen presiserer forbudet i likestillingsloven § 3, og gjelder både 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.

Særbehandling av det ene kjønn kan i visse tilfeller være tillatt dersom dette fremmer likestilling mellom kjønnene i samsvar med lovens formål, jf. likestillingsloven § 3a. 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.



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 kommune handlet i strid med likestillingslovens forbud mot forskjellsbehandling på grunn av kjønn ved

tildeling av fastlegehjemler på D og C legekantor.

Spørsmål om saksbehandlingsfeil i strid med forvaltningsloven hører innunder Sivilombudsmannens vurdering og ombudet går derfor ikke inn på spørsmål om saksbehandlingsfeil i uttalelsen.

Ombudet vil innledningsvis knytte noen bemerkninger til lovhjemmel for den videre vurderingen. Likestillingsloven § 4 annet ledd 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. 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. På bakgrunn av dette vil ikke likestillingsloven § 4 komme til anvendelse i denne saken.

Kommunen må likevel følge likestillingsloven ved tildeling av fastlegehjemler, og i denne sammenheng vil forbudet mot direkte diskriminering etter likestillingsloven § 3 gjelde. Rammeavtalen, ASA 4310, begrenser ikke likestillingsloven, og vurderinger etter avtalen må dermed gjøres innenfor

rammene av likestillingsloven. Dette er også lagt til grunn i Likestillings- og diskrimineringsnemndas sak 8/2007, som også gjaldt en kommunes tildeling av fastlegehjemmel.

Ombudet vil kort slå fast at det å ikke få en stilling eller avtalehjemmel, er å «bli satt i en dårligere stilling», jf. likestillingsloven § 3.

Det første ombudet må ta stilling til er om det er *grunn til å tro* at kommuneoverlegen la negativ vekt på As kjønn ved vurderingen av han som aktuell for hjemlene. Dersom ombudet finner at det er grunn til å tro at As kjønn hadde betydning i ansettelsesprosessen, går bevisbyrden over på X kommune. X kommune må da sannsynliggjøre at forskjellsbehandling i strid med loven ikke har skjedd.

Det følger av ombudets og nemndas praksis at en påstand om forskjellsbehandling må støttes av hendelsesforløpet og sakens ytre omstendigheter for at bevisbyrden skal gå over fra klager til innklaget, jf. blant annet nemndas sak 26/2006.

Videre følger det av praksis at dersom klager etter en sammenligning av søkerens kvalifikasjoner fremstår som bedre kvalifisert, er det en omstendighet som kan gi "grunn til å tro" at det har skjedd forbigåelse i strid med diskrimineringslovgivningen. Ombudet foretar ikke en fullstendig overprøving av søkerens kvalifikasjoner og hvilke kvalifikasjoner som best egner seg for stillingen. Ombudet ser derimot på om det er noe som tyder på at den vurderingen arbeidsgiver har gjort ikke fremstår som saklig og balansert.

Ved tildeling av fastlegehjemler følger det av kommunehelsetjenesteloven § 4-2 (nå helse- og omsorgstjenesteloven) at kommunen skal inngå avtale med den som er «faglig best skikket». Sivilombudsmannen har i sak 2009/1111 uttalt at dette skal forstås som «et lovfestet kvalifikasjonskrav tilsvarende det som gjelder for tilsettingssaker i offentlig sektor». Prinsippet går ut på at den som etter en helhetsvurdering er best kvalifisert for stillingen skal ansettes. Utgangspunktet for denne vurderingen vil være kravene i utlysningsteksten, sammenholdt med kvalifikasjonene som fremgår av innsendte cv'er og søknader.

Ettersom det i utlysningsteksten her ikke var satt kvalifikasjonskrav utover at søkerne skulle beherske norsk for skriftlig og muntlig kommunikasjon, vil sammenligningen av søkeres kvalifikasjoner ta utgangspunkt i objektive kvalifikasjoner som utdanning, erfaring og praksis.

A viser til at han utfra opplysningene i utvidet søkerliste er bedre kvalifisert enn de to kandidatene som ble tildelt hjemlene.

A er den eneste av kandidatene som har en mastergrad i helseadministrasjon i tillegg til profesjonsutdanning som lege. A er i tillegg den av kandidatene som er nærmest spesialistgodkjenning i allmennmedisin. A har søkt om denne godkjenningen og fikk den 27. februar 2012. Z har to år igjen til hun kan søke om spesialistgodkjenning, mens Y har fire eller fem år igjen til hun kan søke om slik godkjenning. Både Z og Y mangler i tillegg ett år sykehuspraksis, noe som betyr at kommunen eventuelt må sørge for vikar i deres stillinger når denne skal gjennomføres.

Kommunen har i sin redegjørelse vist til at den mente det var liten forskjell i

kvalifikasjonene til disse tre kandidatene. Kommunen har vist til at det er den formelle kompetanse som teller, og har pekt på at As erfaring i Afghanistan ikke er ansett like relevant. Ombudet konstaterer at dette gjelder en seks måneders periode i 2006, og at A uansett har lengre erfaring også utenom dette. Ombudet er enig med kommunen i at en lege med kortere arbeidserfaring kan anses som faglig best skikket til en avtalehjemmel. Ombudet ser også at det er relativt liten forskjell på antall år i yrkeserfaring. Ombudet mener likevel en forskjell på to år og fem år utgjør mer i begynnelsen av en arbeidstakers karriere enn der kandidatene har jobbet i mange år. Ombudet mener sammenligningen av kvalifikasjonene viser at A fremstår som bedre formelt kvalifisert.

På bakgrunn av en sammenligning av søkerens formelle kvalifikasjoner og det at A ble innstilt som nummer én etter første intervjurunde, finner ombudet at de ovenstående omstendigheter samlet sett gir grunn til å tro at kommunen la negativ vekt på As kjønn ved vurderingen av han som aktuell for hjemlene. Bevisbyrden går dermed over på kommunen.

Det neste ombudet må ta stilling til er om kommunen har sannsynliggjort at As kjønn ikke spilte negativt inn i ansettelsesprosessen.

Kommunen skriver i brev til A av 28. november 2011 at den foretok en ny vurdering av søkerne etter at legekantorene hadde sendt inn sine ønsker. Ombudet har bedt kommunen redegjøre for denne vurderingen. Kommunen gir ingen redegjørelse for vurderingen utover å vise til at den mente det ikke var store forskjeller mellom kandidatenes formelle kvalifikasjoner.

Ombudet har mottatt kopi av begrunnelsen legekantorene sendte kommunen og ytterligere redegjørelse fra legekantorene. Ombudet ser at begge legekantorene viser til sine pasientgrupper, og at erfaringen tilsier at noen av pasientene foretrekker en kvinnelig lege.

D legekantor viser også til at det vektla personlig egnethet og redegjør for bakgrunnen for dette. Det viser i den forbindelse til at A ga et ufullstendig svar på spørsmålet om konflikthåndtering. Personlig egnethet er en kvalifikasjon som vil være en relevant vurderingsfaktor i en kvalifikasjonsvurdering. For at personlig egnethet skal være avgjørende har ombudet og nemnda i sin praksis imidlertid lagt vekt på at personlig egnethet er nærmere konkretisert, og at arbeidsgiver hadde tilstrekkelig grunnlag for å vurdere søkerens personlige egnethet. Ombudet mener begrunnelsen til D legekantor uansett viser at kandidatens kjønn ble vektlagt i deres vurdering selv om det ikke har vært avgjørende. Ombudet finner dermed ikke grunn til å gå nærmere inn i vurderingen som ble gjort av kandidatens personlige egnethet.

Det fremgår dermed av begge legekantorenes begrunnelser at kjønn ble vektlagt i deres vurdering av kandidatene. Det fremgår videre av sakens dokumenter at begrunnelsene fra legekantorene til kommunen ble sendt etter at kommunen hadde fattet sitt tildelingsvedtak.

Ombudet har merket seg at det i saksfremlegget for kommunen er skrevet at det ikke er noe som tilsier at kommuneoverlegen ikke hadde kjennskap til begrunnelsen for legekantorenes ønsker før vedtaket ble fattet. Ombudet er ikke

Side 13 av 19

enig i dette. Grunnen til det er at det ikke følger med begrunnelse fra legekantorene i deres e-post med valg av kandidat, kommuneoverlegen ba tvert

imot legekantorene begrunne sitt valg først da A ønsket begrunnelse etter at

tilbudene om hjemler ble sendt ut. Kommunen viser til at det er lagt stor vekt på

legekantorenes ønsker, uten at kommunen kan redegjøre for den vurderingen

den skal ha gjort etter at legekantorene sendte sine ønsker. Kommunen har

heller ikke kunnet redegjøre for hva det innebærer at legekantorene ble bedt om

å «velge» blant kandidatene. Ombudet mener dette tyder på at kommuneoverlegen ikke var kjent med begrunnelsene før vedtaket ble fattet.

Da kommunen utformet innstillingen av 14. september 2011, hadde kommunen

informasjon om søkerens formelle kvalifikasjoner gjennom søknad, cv og

inntrykk fra det første intervjuet. På bakgrunn av denne informasjonen vurderte

kommunen A som best kvalifisert, og innstilte han som nummer én til begge

hjemlene. Da vedtaket om å tilby Z og Y hjemlene ble fattet, hadde kommunen i tillegg til denne informasjonen ønskene fra legekantorene. Kommunen viser til at de gjenværende legers ønsker ble tillagt stor vekt.

Ettersom det fremgår av legekantorenes begrunnelse at kjønn ble vektlagt, og

kommunen ikke kan redegjøre for den vurderingen som ble gjort etter at den

fikk tilsendt ønskene fra legekantorene, mener ombudet at X kommunes

redegjørelse av ansettelsesprosessen ikke i tilstrekkelig grad har sannsynliggjort

at det utelukkende var andre grunner enn kjønn som lå bak beslutningen om å

ikke tildele en hjemmel til A. Ombudet finner dermed at tildelingen av

fastlegehjemler i utgangspunktet innebar forskjellsbehandling i strid med

likestillingsloven § 3 første ledd.

Spørsmålet blir videre om forskjellsbehandlingen likevel kan anses lovlig, slik at kommunen hadde anledning til å vektlegge kandidatenes kjønn. Kommunen har ikke selv anført at forskjellsbehandlingen var lovlig, men argumentene som kommer frem i legekantorenes etterfølgende begrunnelse og behandlingen i kommunal klagenemnd gjør at ombudet likevel vurderer spørsmålet.

### **Positiv særbehandling**

Et mulig unntak er forskjellsbehandling på grunn av positiv særbehandling, jf. likestillingsloven § 3a. Bestemmelsen slår fast at ulik behandling av kvinner og menn som i samsvar med lovens formål fremmer likestilling mellom kjønnene ikke er i strid med § 3. Slik særbehandling skal først og fremst benyttes til fordel for kvinner, jf. kravet om at forskjellsbehandlingen «i samsvar med lovens formål» skal fremme likestilling. Lovens formål «tar særlig sikte på å bedre kvinnens stilling», jf. § 1 første ledd.

Vilkårene for å iverksette slik særbehandling framgår ikke av lovens ordlyd. I lovens forarbeider, Ot.prp. nr. 77 (2000–2001) s. 41, oppstilles det følgende vilkår:

*«Adgangen til å særbehandle forutsetter at visse vilkår er oppfylt. Disse vilkårene følger ikke av lovens ordlyd, men må utledes av norsk og EF-rettslig praksis. Selv om EF-domstolens praksis etter 1992 ikke er direkte bindende for Norge, er den uten tvil sentral som fortolkningsmoment. For det første må tiltaket være egnet til å fremme likestilling. For det andre må særbehandlingen rettes mot det kjønn som står svakest på det aktuelle området. For det tredje gjelder adgangen til å særbehandle bare til formålet med tiltaket er oppnådd.*

*For det fjerde stilles det krav til proporsjonalitet. Dette innebærer at effekten av særbehandling i likestillingsøyemed må veies opp mot den ulempe det er for dem som blir stilt i en dårligere stilling som følge av særbehandlingen.»*

En forutsetning for bruk av positiv særbehandling i en ansettelsesprosess er at søkerne er tilnærmet like godt kvalifisert. Ombudet legger til grunn at det samme vil gjelde i en tildelingsprosess som her. Kommunen har i sin redegjørelse pekt på at den mener det ikke var store forskjeller på søkerne, noe som kan tale for at de mener den var tilnærmet like godt kvalifisert slik at positiv særbehandling kan benyttes. Kommunen har imidlertid ikke redegjort videre for sin vurdering og vekting av kvalifikasjonene og heller ikke at den har gjort en slik vurdering. I legekantorenes begrunnelser er ønskene om kvinnelig lege i all hovedsak basert på erfaringer med at deler av pasientgruppene ønsker en kvinnelig lege. Ombudet kan dermed ikke se at kommunen har vurdert at kandidatene var tilnærmet like godt kvalifisert slik at de kunne benytte positiv særbehandling.

Det kan reises spørsmål om forholdet egentlig kan vurderes som positiv særbehandling ettersom det i hovedsak er hensynet til pasientene som begrunner legekantorenes ønsker om kvinnelig lege, og ikke hensynet til de kvinnelige søkerne. Ettersom vilkårene for positiv særbehandling uansett ikke er oppfylt går ombudet ikke inn i denne vurderingen.

### **Det ulovfestede saklighetsprinsippet**

Et annet mulig unntak for direkte forskjellsbehandling er muligheten for saklig forskjellsbehandling på bakgrunn av ulovfestede saklighetsprinsipper, jf. Ot.prp



nr. 1 (1977-1978) s. 10 og Ot.prp. nr. 77 (2000-2001) s. 27.

Det følger av Ot.prp.nr. 1 (1977-1978) s. 10 at: *«Utenfor generalklausulens område faller en handling som har en saklig begrunnelse, dvs. som er både sann og relevant (eller akseptabel) i sin sammenheng»*

Unntaket er utdypet i Ot.prp nr. 33 (1974-1975) s. 31 hvor aksepterte eksempler er forskjellige klasser for menn og kvinner innen idretten og delinger som er begrunnet i bluferdighet.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda sier følgende om unntaksadgangen i sak 23/2007:

*«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»*

Lovens forarbeider og nemndas praksis viser at det skal mye til før en handling som innebærer direkte forskjellsbehandling på grunn av kjønn skal tillates. Det kreves for det første at handlingen har et saklig formål. Et krav om saklighet innebærer at begrunnelsen skal bygge på reelle behov og en konkret vurdering av de eventuelle ulemper en likebehandling vil innebære, jf. Ot.prp nr.77 (2000-2001) s. 112. Etter likestillingslovens § 16 blir det i utgangspunktet opp til

kommunen å sannsynliggjøre de omstendighetene som kan begrunne

anvendelse av unntaket.

Spørsmålet blir da om kommunen har sannsynliggjort at det i disse tilfellene var et reelt behov for å velge kvinner til hjemlene. Kommunen har ikke gitt noen selvstendig begrunnelse for sine valg utover å vise til at den la stor vekt på gjenværende legers ønsker. I legekantorenes begrunnelser går det frem at ønsket om kvinnelig lege i all hovedsak var basert på erfaringer om at deler av pasientgruppen ønsker en kvinnelig lege. Legekantorene har ikke opplyst hvorfor deler av pasientgruppen ønsker en kvinnelig lege. Ombudet antar likevel at årsaken til at kvinnelige pasienter ønsker kvinnelig lege er knyttet til bluferdighet og vern av fysisk integritet.

Det fremgår av saksdokumentene at D legekantor bestod av tre mannlige leger og én kvinnelig lege, mens C legekantor bestod av tre mannlige leger og én kvinnelig turnuslege. Legekantorene hadde henholdsvis 3700 og 4500 pasienter. Ombudet ser at begge kantorene har en kvinnelig lege på sitt kontor. Den kvinnelige legen på det ene kontoret er turnuslege, og ombudet ser behovet for at pasienter skal kunne få fast relasjon til sin lege over tid.

Ombudet har ikke fått opplyst hvor stor del av pasientgruppene som ønsker en kvinnelig lege. Ombudet har heller ikke fått opplyst i hvilket omfang det er behov for en kvinnelig lege eller om andre løsninger enn å velge kvinner til hjemlene er vurdert.

Ombudet mener kommunen ikke har dokumentert at det var et reelt behov for å ha kvinner i hjemlene, og at det var nødvendig å velge kvinnelige søkere i denne prosessen for å nå formålet. Ombudet finner dermed at vilkårene for lovlig forskjellsbehandling etter unntaksadgangen ikke er oppfylt.

## **Konklusjon**

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at X kommune handlet i strid med likestillingsloven § 3 ved tildeling av fastlegehjemler på C og D legekantor.