



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

NOTAT

Vår ref.

11/53-15 /SF-471, SF-514.6, SF-711,
SF-821, SF-826, SF-902 /

Dato:

07.11.2011

Assistent - barnehage - oppsigelse - nedsatt funksjonsevne - anonymisert uttalelse

OMBUDETS UTTALELSE:

SAKENS BAKGRUNN

A har vært ansatt i B kommune i 70 % stilling siden 1998. Hun har jobbet som assistent i X barnehage. Kvinne A har problemer med hørselen og hun har tinnitus. Hørselsproblemene har forverret seg med årene, og hun har gradvis mistet mer og mer av sin hørsel.

A fratradte sin stilling i X barnehage august 2010. Hun fikk permisjon fra jobben i påvente av tilvisning til en annen passende jobb.

PARTENES SYN PÅ SAKEN

Kvinne A:

A viser til at hun på grunn av sin hørselshemming ble fratatt sin jobb som assistent i X barnehage. Hun er enig med sin arbeidsgiver i at hun på grunn av manglende hørsel ikke kan fortsette med jobben i barnehagen. Hun mener imidlertid at kommunen ikke har gjort nok for å skaffe henne en ny passende jobb.

A viser til at selv om hun ikke har en høyere utdanning, så har hun erfaring. Hun ønsker å være i jobb. I referater fra samarbeidsmøter fremgår det at hun ønsker å

jobbe med mennesker. Hun har på grunn av helseproblemer, nakke/skuldre/rygg, ikke kunnet ta imot tilbud om jobb som hjemmehjelp og renholder. Hun har legeerklæring på dette. Hun ikke har skrevet under på papirer om at hun fratrer sin stilling. Og A ønsker erstatning for tapt arbeidsfortjeneste

B_kommune:

Kommunen viser til at A gradvis har mistet sin hørsel. Dette har ført til kommunikasjonsproblemer med barna, foreldre og andre ansatte. A er heller ikke i stand til å høre når barna gråter eller skader seg.

Arbeidsgiver har forsøkt flere tiltak for å tilrettelegge for at A kunne fortsette i jobben. Det første tiltaket var at A skulle jobbe på småbarnsavdeling fordi det var for mye støy på storavdeling. Dette ble iverksatt fra februar 2007.

Arbeidsgiver ba videre om oppfølging fra HMS-avdelingen i kommunen. Det ble holdt møte i mars 2008 der hjelpemiddelsentralen, bedriftshelsetjenesten, HMS og barnehagen var til stede. Etter dette møtet ble det bestilt trådløs telefon med bluetooth, øremikrofoner, det ble sendt henvisning til [sykehuset] og A søkte plass ved Y attføringscenter. Det blir ordnet skrivetolk til møter.

Da A senere ble sykemeldt, ble aktiv sykemelding foreslått som et tilretteleggingstiltak. A takket nei til dette.

Det ble utarbeidet en individuell oppfølgingsplan for A datert mai 2008. Denne ble fulgt gjennom oppfølgingssamtaler hos HMS, NAV og senter for yrkesrettet atføring (SYA), og familieterapeut.

Det ble foreslått at A kunne prøve ut å jobbe som hjemmehjelp i kommunen. A avsto tilbudet.

Det ble enighet om at A skulle fortsette i barnehagen med hjelpemidler. SYA skulle være tilstede for å observere funksjonsnivået. SYA trakk seg senere fra dette.

A har hatt to opphold på Y kompetansesenter.

Etter noen episoder der A ikke kommuniserte med barna, ble det konkludert med at A ikke kunne jobbe i barnehagen på grunn av sikkerhet og kommunikasjon. A fikk da inntil videre tilpasset arbeidsoppgaver på kjøkkenet med handling, vask og bistand til

avdelingen med oppstart av nytt barnehageår. En stilling som assistent på kjøkkenet er imidlertid en stilling barnehagen ikke har lønnsmidler til.

Hjelpemiddelsentralen har ikke nye hjelpemidler som kan lette arbeidsdagen for henne. Arbeidsgiver vurderte etter dette det slik at selv med tilrettelegging kunne ikke hennes lenger fylle stillingens arbeidsoppgaver. A ble derfor gitt permisjon fra sin stilling i påvente av at kommunen finner ny passende jobb til henne.

A har ingen formell utdanning. Kommunen har tilbudt henne stillinger hvor det ikke stilles formelle kvalifikasjonskrav. Hun er blitt tilbudt stilling som hjemmehjelp og renholder. Jobb som trafikkbetjent ble også vurdert. A takket nei til stillingene som ble tilbudt på grunn av helseproblemer.

Det arbeides videre i B kommune for å finne en annen ledig stilling for henne.

RETTLIG GRUNNLAG

Ombudet kan gi uttalelse om et forhold er i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven eller ikke, jf. diskrimineringsombudsloven § 3 tredje ledd, jf. § 1 annet ledd nr. 3.

Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd. Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlatelse har som formål eller virkning at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne blir behandlet dårligere enn andre blir, er blitt eller ville blitt behandlet i en tilsvarende situasjon. Forbudet mot diskriminering gjelder alle sider ved ansettelsesforholdet.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor arbeidstakeren, anses ikke som diskriminering etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd. I arbeidslivet må også forskjellsbehandlingen være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke.

Arbeidsgiver har også en tilretteleggingsplikt for personer med nedsatt funksjonsevne etter diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12. Arbeidsgiver skal så langt det er mulig iverksette nødvendige tiltak for at arbeidstaker med nedsatt funksjonsevne skal kunne få eller beholde arbeid. Dersom arbeidsgiver ikke tilrettelegger slik at arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne gis mulighet til å utføre arbeidet, anses dette som diskriminering.

Plikten til å tilrettelegge omfatter ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde. Hva som menes med en uforholdsmessig byrde presiseres i diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 femte ledd:

”Ved vurderingen av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmede barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.”

Brudd på plikten til individuell tilrettelegging regnes som diskriminering, jf. § 12 sjette ledd.

OMBUDETS VURDERING

Ombudet skal ta stilling til om arbeidsgiver B kommune har diskriminert A på grunn av nedsatt hørsel ved å ha permittert henne fra hennes stilling i X barnehage.

Permittering av en arbeidstaker begrunnet i at hun har nedsatt hørsel vil i utgangspunktet være i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4. I arbeidslivet har arbeidsgivere dessuten en plikt til å foreta en rimelig individuell tilrettelegging for å sikre at arbeidstakere med nedsatt funksjonsevne kan beholde arbeid, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12. Bestemmelsen i § 12 sjette ledd om at brudd på plikten til individuell tilrettelegging regnes som diskriminering må ses på som en presisering av det generelle vernet mot diskriminering i § 4. I vurderingen av om arbeidsgiver lovlig kunne permittere A på grunn av hennes manglende hørsel blir derfor spørsmålet om arbeidsgiver har oppfylt sin tilretteleggingsplikt i dette tilfellet.

Arbeidsgiver begrunner permitteringen av A med at hennes nedsatte hørsel gjorde at hun ikke lenger kunne fylle stillingens arbeidsoppgaver. Hun kunne ikke lenger kommunisere med barna, og hun hørte ikke når de gråt eller skadet seg.

En permittering på grunn av nedsatt hørsel kan være saklig etter loven dersom arbeidsgiver har gjort det som er mulig for å tilrettelegge for at arbeidstakeren kan beholde arbeidet. Det er derfor bare dersom ytterligere tilrettelegging av arbeidet vil være uforholdsmessig byrdefullt for arbeidsgiver at permitteringen ikke strider mot diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12.

Likestillings- og diskrimineringsnemnda vurderte i sak 21/2007 arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge arbeidsplassen for personer med nedsatt funksjonsevne. Spørsmålet ble vurdert etter dagjeldende arbeidsmiljølov § 13-5. Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 er en videreføring av gjeldende rett, jf. ot.prp nr 44 (2007-

2008) s. 182. Nemndas utgangspunkt i saken ble også videreført i spørsmål om tilrettelegging i sak 40/2009.

Nemnda sa blant annet følgende om innholdet i arbeidsgivers tilretteleggingsplikt:

”Tilretteleggingsplikten innebærer at arbeidsgiver, når de blir informert om at en arbeidstaker har fått stilt en diagnose som kan influere på utførelsen av arbeidet, setter seg inn i hva denne diagnosen innebærer. Arbeidsgiver må da, i samråd med arbeidstakeren, vurdere hva som kan gjøres for konkret å tilrettelegge for vedkommende arbeidstaker. Dette gjelder både arbeidstakere med stort fravær, og ansatte som er til stede på arbeidsplassen, men hvor funksjonsnedsettelsen gir andre utslag enn sykefravær.”

I denne saken har arbeidsgiver vist til flere tilretteleggingstiltak som er gjennomført, herunder bytte av avdeling, bruk av diverse hjelpemidler, utarbeidelse av oppfølgingsplan, alternative arbeidsoppgaver med videre. Ombudet viser til kommunens anførsler som gjengitt ovenfor om dette.

Tilretteleggingsplikten innebærer også at i de tilfellene arbeidstakeren ikke kan fortsette i sitt arbeid skal det vurderes om arbeidstakeren kan utføre andre arbeidsoppgaver innenfor samme virksomhet. A ønsker å være i jobb, og hun hevder arbeidsgiver ikke har gjort nok for å skaffe henne en annen jobb. Kommunen viser til at de har tilbudt A utprøving av andre typer jobber i kommunen. Kommunen har tilbudt A jobb som hjemmehjelp og renholder. A har takket nei til disse tilbudene grunnet helseplager med nakke, skuldre og rygg. A har ikke formell utdanning, noe som begrenser mulighetene for jobb i stillinger med formelle kvalifikasjonskrav.

Ombudet finner at arbeidsgiver gjennom møtoreferat dokumenterer flere møter vedrørende spørsmålet om tilrettelegging for A over flere år. Arbeidsgiver har også vist til tiltak iverksatt fra 2007. Arbeidsgiver har kontaktet relevante fagpersoner og eksterne aktører for oppfølging og mulige løsninger. Ombudet mener på denne bakgrunn at arbeidsgiver har forsøkt ulike tiltak for å sikre at hun kunne fortsette i stillingen som assistent i barnehagen.

Ombudet finner det dokumentert at kommunen flere ganger har drøftet spørsmålet om tilrettelegging med den ansatte, og at den har iverksatt ulike tilretteleggingstiltak for henne. Ombudet mener derfor at arbeidsgiver har forsøkt å tilrettelegge for A slik at hun kunne fortsette i sin stilling. Etter å ha gjennomført flere tiltak kom arbeidsgiver frem til at det ikke lenger var mulig å tilrettelegge i stillingen. Ombudet mener redegjørelsen fra kommunen viser at prosessen frem til denne konklusjonen har vært grundig.

Basert på de opplysningene som er fremlagt for ombudet kan ikke ombudet se at det verken er rimelig eller mulig å kreve ytterligere tilrettelegging for A; med andre ord at ytterligere tilrettelegging vil være uforholdsmessig for kommunen, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 femte ledd. Ombudet er derfor kommet til at kommunen ikke har brutt sin plikt til å tilrettelegge for A i denne saken, og at hun derfor ikke kan sies å ha blitt diskriminert.

Ombudet legger samtidig til grunn kommunens uttalelse om at den arbeider videre med å finne passende stillinger for A.

KONKLUSJON

Likestillings- og diskrimineringsombudet konkluderer med at B kommune ikke handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 12 da den permitterte A fra stillingen som assistent i X barnehage.

Oslo, 13.10.2011

Sunniva Ørstavik

likestillings- og diskrimineringsombud