



Likestillings- og
diskrimineringsombudet

Vår ref.:

11/504- 21- DFR

Dato:

06.03.2012

Klager ikke utsatt for diskriminering eller manglende tilrettelegging ved arbeid i barnehage

A, som har dysleksi, klaget til Likestillings- og diskrimineringsombudet fordi han mente seg diskriminert av B kommune. A arbeidet ved C barnehage, og mente han var diskriminert på bakgrunn av den måten de har organisert arbeidet på, det vil si ved at han gjentatte ganger på grunn av sin dysleksi måtte endre notat han hadde skrevet. Ombudet la til grunn at denne praksisen stilte A dårligere enn andre arbeidstakere, men at forskjellsbehandlingen av A ved C barnehage var saklig, nødvendig og ikke uforholdsmessig inngripende, og at den derfor ikke var diskriminerende.

A klagde også på at han ikke fikk tilrettelagt sin stilling i B kommune. Til dette pekte ombudet på at det må tillegges betydelig vekt at de har forsøkt å tilrettelegge ved å overføre A til stilling ved D barnehage. Han ble her fulgt opp av leder F og det ble tilrettelagt ved at han fikk få skriftlige oppgaver.

A mente seg også trakassert og utsatt for ulovlig gjengjeldelse av B kommune. Ombudet fant ikke noen holdepunkter for dette.

Saknr: 11/504

Lovgrunnlag: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4, § 6, § 8, § 12

Dato for uttalelse: 13. februar 2012

OMBUDETS UTTALELSE

Sakens bakgrunn

A klaget 17. mars 2011 B kommune inn for Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO). Han arbeidet som pedagogisk leder i C barnehage, og tok i mai 2010 kontakt med LDO grunnet opplevde represalier etter varsling om uverdige psykososiale arbeidsforhold.

Han opplever at hans varsling ikke ble tatt på alvor og at han blir diskriminert og trakassert av B kommune grunnet sin dysleksi. På bakgrunnen for dette, se 'partenes syn på saken' under.

A arbeidet ved C barnehage fra august 2007 til 1. januar 2010. Han fikk 13. januar 2009 en skriftlig advarsel, som etter sin ordlyd er basert på «ureglementert fravær, ordrenekt, mangelfull arbeidsutførelse og manglende samarbeidsvilje». I perioden 1. februar til 31. juli 2010 arbeidet A ved D barnehage i B kommune.

Den 1. august 2010 gikk A over i stilling som pedagogisk leder i G barnehage i H. Han hadde opprinnelig permisjon fra sin stilling i B kommune, men han sa denne opp 4. juli 2011.

Partenes syn på saken

A:

A hevder at B kommune ikke har tatt hans varsel om det psykososiale arbeidsmiljøet alvorlig. Hans nærmeste leder, E, retter alt hans arbeid flere ganger, herunder både språklige feil og endring av innhold. Han har funnet dette svært demotiverende, og mener at dette misbruker tid han heller kunne brukt sammen med barna. Han har av denne grunn valgt å ikke skrive månedsbrev.

Han tok først opp sin dysleksi med arbeidsgiver omtrent ett år før han varslet B kommune om saken, dvs. høsten 2008. Dette var fordi han motsatte seg Es retting og håndtering av hans skriftlige arbeid. Han opplever at «tilretteleggingstiltakene» ble foretatt av arbeidsgiver uten hans medvirkning. Han opplever videre at han har blitt møtt med «negativ vurdering» av kommunen etter å ha opplyst om sin dysleksi.

Når det gjelder advarselen, opplyser han at forsentkommingen kun gjaldt kort tid og fant sted i en vanskelig situasjon for familien. Det har vært vanskelig å ta dette opp med E grunnet hennes «kontrollbehov».

Han søkte etter hvert, fordi han så saken som fastlåst ved C, en stilling som pedagog II i D barnehage, vegg-i-vegg med C barnehage. Han fikk i utgangspunktet ikke denne stillingen, til tross for at han var eneste søker. Som et konfliktløsningsiltak ift. C, fikk han likevel en kortere utprøvningsperiode ved D. Han opplevde at dette fungerte dårlig, og at han ble vurdert etter skjulte kriterier. Alle på avdelingen skulle anonymt rapportere ting de observerte rundt ham.

Han søkte seg etter hvert til G barnehage i H, der han i dag arbeider. Han har sagt opp sin stilling i B kommune, men ønsker likevel at ombudet behandler saken.

B kommune

B kommune viser i sin redegjørelse til at de først ble klar over As dysleksi i møte den 9. desember 2008. Det er viktig for barnehagen at det materialet de sender ut, er av tilstrekkelig god kvalitet. Etter at kommunen ble kjent med As dysleksi, ble dette hensynstatt, men A nektet å ta imot hjelp. Ved overgangen til D barnehage ble det tilrettelagt ved at A fikk veiledning og at de andre pedagogiske lederne fordelte skriveansvaret.

Bakgrunnen for advarselen som ble gitt til A, var hans mangelfulle fungering og utøvelse av sin stilling, ikke hans lese- og skrivevansker. Kommunen ønsket å tilrettelegge et noe mindre krevende pedagogarbeid ved å tilby utprøving i en stilling uten lederansvar, og A søkte også stillingen og uttalte mistriivsel ved å arbeide under E i C barnehage.

B kommune opplyser videre at de ikke har trakassert A grunnet nedsatt funksjonsevne. Den pågående personalsaken har sitt utspring i As mangelfulle prestasjoner som pedagogisk leder, ikke hans dysleksi.

Rettslig grunnlag

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

Direkte og indirekte diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne er forbudt, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 første ledd.

Med direkte diskriminering menes at en handling eller unnlattelse 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.

Med indirekte diskriminering menes enhver tilsynelatende nøytral bestemmelse, betingelse, praksis, handling eller unnlattelse som fører til at personer på grunn av nedsatt funksjonsevne stilles dårligere enn andre.

Forskjellsbehandling som er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og som ikke er uforholdsmessig inngripende overfor den eller dem som forskjellsbehandles, anses ikke som diskriminering etter loven her. Forskjellsbehandling i arbeidslivet må i tillegg være nødvendig for utøvelsen av arbeid eller yrke, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd.

Trakassering grunnet nedsatt funksjonsevne er også forbudt, jf. lovens § 6. Med dette menes handlinger, unnlattelser eller ytringer som virker eller har til formål å virke krenkende, skremmende, fiendtlig, nedverdiggende eller ydmykende.

Arbeidsgiver skal foreta en rimelig individuell tilrettelegging av arbeidsplass og arbeidsoppgaver for å sikre at en arbeidstaker eller arbeidssøker med nedsatt funksjonsevne kan få eller beholde arbeid, ha tilgang til opplæring og annen kompetanseutvikling samt utføre og ha mulighet til fremgang i arbeidet på lik linje med andre, jf. lovens § 12 første ledd.

Arbeidsgivers plikt til individuell tilrettelegging er underlagt en uforholdsmessighetsbegrensning, jf. § 12 femte ledd. Plikten til individuell tilrettelegging omfatter ikke tilrettelegging som innebærer en uforholdsmessig byrde. Ved vurderingen av om tilretteleggingen medfører en uforholdsmessig byrde skal det særlig legges vekt på

Side 4 av 9

tilretteleggingens effekt for å nedbygge funksjonshemmende barrierer, de nødvendige kostnadene ved tilretteleggingen og virksomhetens ressurser.

Manglende individuell tilrettelegging regnes etter diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 12 sjette ledd som diskriminering.

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. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 13.

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.

Det er etter lovens § 8 forbudt å gjøre bruk av gjengjeldelse overfor noen som har fremmet klage om brudd på bestemmelsene i §§ 4, 6 og 12, med mindre klageren har opptrådt grovt uaktsomt.

Ombudets vurdering

Innledningsvis bemerker ombudet at det ikke er omstridt at A har dysleksi, og at dysleksi er å anse som «nedsatt funksjonsevne» etter dtl. Ombudet bemerker videre at vi kun har kompetanse til å vurdere sakens diskrimineringsrettslige sider. Den underliggende arbeidskonflikten vil derfor ikke bli berørt.

Slik ombudet ser saken, reiser den fire spørsmål:

- 1) Har B kommune utsatt A for diskriminering i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4?
- 2) Har B kommune brutt sin plikt til å tilrettelegge As stillinger i kommunen, jf. dtl § 12? Spørsmålet blir aktuelt for stillingene både ved C og D barnehage.
- 3) Har B kommune utsatt A for trakassering i strid med lovens § 6?

- 4) Har B kommune utsatt A for ulovlig gjengjeldelse etter hans klage til LDO, i strid med lovens § 8?

Spørsmålene vil bli behandlet separat i det følgende.

Ad. spørsmål 1: Har B kommune utsatt A for diskriminering i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4?

Ombudet skal ta stilling til om B kommune har diskriminert A på bakgrunn av den måten de har organisert arbeidet på, det vil si ved at han gjentatte ganger på grunn av sin dysleksi måtte endre notat han hadde skrevet.

Slik ombudet har forstått saken, ble notater fra alle ansatte i C barnehage oversendt E til godkjenning. Dersom det er behov for retting i det skriftlige materialet, blir dette sendt tilbake til de ansatte. Dette er derfor en nøytral praksis. En slik løsning vil likevel stille A dårligere enn andre arbeidstakere i C barnehage, da han grunnet sin dysleksi nødvendigvis må bruke mye lenger tid på en slik retting enn den jevne arbeidstaker.

Spørsmålet blir derfor om forskjellsbehandlingen likevel er lovlig etter § 4 fjerde ledd. Ombudet mener utvilsomt at det er et saklig formål at notater og brev som skal leses av flere, herunder utenforstående, er fri for skrivefeil og grammatisk riktig. Det neste vilkåret er at tiltaket er nødvendig, dvs. om det var mulig å arrangere As arbeidsoppgaver på en annen måte. Ombudet har merket seg at kommunen opplyser at et av tilretteleggingstiltakene på D barnehage nettopp var at han fikk færre skriftlige oppdrag. Ombudet mener dog at dette kan forklares ved at han ved D barnehage ikke hadde lederansvar. Det fremstår for ombudet som nødvendig at en leder bruker noe tid på skriftlig arbeid. Ombudet legger til grunn at det vil være ønskelig for A at han er kjent med endringsforslagene før brevet ferdigstilles, slik at han eventuelt kan kommentere disse. Det å lese korrektur fremstår uansett ikke som en oppgave for øverste leder. På denne bakgrunn vil det derfor heller ikke uten videre være et fullgodt alternativ at nærmeste leder sender ut brev etter å ha rettet på egen hånd.

Spørsmålet blir etter dette om dette er et uforholdsmessig tiltak overfor A. I forarbeidene, Ot. prp nr. 44 for 2007-2008 s. 107 beskrives vurderingstemaet slik:

«En vurdering av om forskjellsbehandlingen er forholdsmessig krever at det foretas en avveining av det positive formålet som sikres ved forskjellsbehandlingen og den negative virkningen for den eller de som forskjellsbehandles. Forskjellsbehandlingen må fremstå som en rimelig løsning, samlet sett».

Ombudet ser at gjentatte runder med rettinger vil være frustrerende for A. På den annen side mener ombudet at det er svært vesentlig for arbeidsgiver at skriftlig materiale er korrekt skrevet. Etter en konkret vurdering mener ombudet at dette må telle tyngst.

Etter dette har ombudet kommet til at forskjellsbehandlingen av A ved C barnehage er saklig etter § 4 fjerde ledd, og at den derfor ikke er diskriminerende. Ombudet kan heller ikke se at det ved As opphold ved D barnehage eller i etterkant har funnet sted noen handlinger, praksis eller unnlatelser som stiller ham dårligere enn andre.

Arbeidsgiver har imidlertid en selvstendig tilretteleggingsplikt etter § 12, og forholdet må derfor vurderes også etter denne bestemmelsen.

Ad. spørsmål 2: Har B kommune brutt sin plikt til å tilrettelegge As stillinger i kommunen, jf. dtl § 12?

Ombudet legger ut fra partenes redegjørelser til grunn at det er sannsynliggjort at kommunen ble kjent med A lese- og skrivevansker høsten 2008. B kommune forsøkte å tilrettelegge ved at A fikk beskjed om at hans dokumenter skulle fremlegges hans assistenter for kommentarer og supplering, noe A ikke ønsket. Ombudet mener det er et grunnvilkår for at tilrettelegging skal finne sted at arbeidstaker er tilgjengelig for å ta imot denne. Ombudet mener det i vurderingen av om kommunen har tilrettelagt for A, må tillegges betydelig vekt at de har forsøkt å tilrettelegge ved å overføre A til stilling ved D barnehage. Han ble her fulgt opp av leder F og det ble tilrettelagt ved at han fikk få skriftlige oppgaver. Ombudet ser at dette ikke fungerte godt for A, men mener bakgrunnen for dette mer fremstår som en uenighet om pedagogiske virkemidler innad i barnehagen enn manglende tilrettelegging.

Ombudet har videre vurdert om det var mulig for B kommune å tilrettelegge As stilling ved C barnehage ved at han ikke fikk skriveoppgaver. Administrative oppgaver fremstår som en del av arbeidsoppgavene til en pedagogisk leder i en barnehage. Ombudet legger derfor til grunn

at en annen underordnet arbeidstaker ikke kan henvises til å ta de delene av arbeidsoppgavene som A ikke kan fylle.

På bakgrunn av rettspraksis legger ombudet til grunn at en annen arbeidstaker ikke kan henvises til å ta de delene av arbeidsoppgavene som A ikke kan fylle. Det vises til Rt. 1995 s. 227. Dommen gjelder i utgangspunkt oppsigelse og spørsmålet om arbeidsgiver er pliktig til å omplassere en annen arbeidstaker for å skape plass til saksøkeren. Ombudet finner likevel å vektlegge Høyesteretts uttalelse. Fra dommen siteres:

”Jeg finner det for min del vanskelig å tolke [daværende arbeidsmiljølov] § 13 nr 2 slik at andre arbeidstakers rettigheter kan tilsesettes eller innskrenkes til fordel for den yrkeshemmete. Noe slikt ville etter min mening ha krevet klar tale i lovtekst eller iallfall i forarbeider. Derimot kan saken kanskje stille seg annerledes hvis arbeidsgiveren innenfor rammen av sin vanlige styringsrett kan beordre en annen arbeidstaker til å ta over den yrkeshemmetes arbeid, også om dette skjer mot vedkommendes ønske.”

Det følger også av Gulating Lagmannsretts dom LG-2006-100708, referert i Jan Tormod Dege, ”Den Individuelle Arbeidsrett, Del II”, s. 1114. Fra Deges bok siteres:

”I Gulating 06.02.2007 (LG-2006-100708) legger retten til grunn at det var sannsynlighetsovervekt for at det ikke var mulig for arbeidsgiver... verken å tilpasse arbeidstakers tidligere arbeid til hennes helsesituasjon eller å gi henne annet høvelig arbeid. Restarbeidsevnen oversteg ikke 50 %. Selv om arbeidstaker etter ny skolering var kvalifisert til å arbeide i regnskapsavdelingen, la flertallet til grunn at hun ikke hadde krav på at arbeidsgiver tvangsomplasserte en ekstra for å skape ledig stilling til henne, jf. Rt. 1995 s. 227.”

Det vil derfor her i praksis måtte skapes en ekstra stilling til å ta seg av de delene av stillingen som A ikke kan dekke, noe kommunen ikke har plikt til å gjøre.

Ut fra dette har ombudet kommet til at B kommune har oppfylt tilretteleggingsplikt overfor A.

Ad. spørsmål 3: Har B kommune utsatt A for trakassering i strid med lovens § 6?

Ombudet har ikke mottatt noen objektive bevis som skulle tilsi at det er «grunn til å tro» at B kommune har trakassert A grunnet hans lese- og skrivevansker. Ombudet ser at A kan ha opplevd seg trakassert grunnet Es lederstil, men dette faller utenfor ombudets mandat å vurdere dette videre.

Ad. spørsmål 4: Har B kommune utsatt A for ulovlig gjengjeldelse etter hans klage til LDO, i strid med lovens § 8?

LDO påpeker at advarselen datert 13. januar 2010 er datert *før* As innledende korrespondanse til ombudet i *mai* 2010. Den kan derfor ikke være en gjengjeldelse for hans kontakt med ombudet. Ombudet kan ikke vurdere om denne er en gjengjeldelse for at A har varslet om kritikkverdige forhold i B kommune.

Ombudet har merket seg at det i brev fra kommunen til A datert 8. juni 2011 fremgår at «når det gjelder sletting av personlige opplysninger i personalmappa, er dette noe kommunen ikke kan etterkomme. Det er en alvorlig anklage du har rettet mot B kommune som arbeidsgiver og så lenge denne saken ikke har funnet en løsning, kan ikke sakspapirer slettes.» Ombudet ser at det er naturlig at saken får en løsning gjennom ombudets uttalelse før opplysninger i personalmappa slettes, og anser dette derfor ikke som en ulovlig gjengjeldelse.

Konklusjon

- 1) B kommune har ikke utsatt A for diskriminering i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetslovens § 4.
- 2) B kommune har ikke brutt sin plikt til å tilrettelegge As stillinger i kommunen, jf. dtl § 12.
- 3) B kommune har ikke utsatt A for trakassering i strid med lovens § 6.
- 4) B kommune har ikke utsatt A for ulovlig gjengjeldelse etter hans klage til LDO, i strid med lovens § 8.

13. februar 2012

Sunniva Ørstavik, likestillings- og diskrimineringsombud.