

## NOTAT

Saksnr.:10/1095

Lovanvendelse: diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4.

Dato: 14.02.2011

### **Elever med nedsatt funksjonsevne ble permittert fra undervisning på grunn av streik – ikke brudd**

Ombudet vurderte om det var nødvendig for å oppnå et saklig formål å permittere de aktuelle elevene fra all undervisning i skolen når assistentene var i streik. Vurderingen beror på om det fantes handlingsalternativer som skolen kunne benyttet seg av for å gi de aktuelle elevene et undervisningstilbud under streiken.

Dersom skolen hadde ansatt nye arbeidstakere eller ikke streikende arbeidstakere til å utføre det arbeid som ellers utføres av assistentene, ville det blitt ansatt som streikebryteri. Etter ombudets vurdering betyr det at skolen ikke hadde mulighet til å sette inn annet personell som erstattet assistentene. Slik ombudet vurderer det har skolen gjort det de kan for å forsøke å gi de aktuelle elevene et undervisningstilbud. Det at en fagforening har bestemt at kommunalt ansatte assistenter skal ut i streik er en avgjørelse som er utenfor skolens kontroll. Skolen hadde derfor lite handlingsrom til å finne løsninger for å sikre at de aktuelle elevene fikk et undervisningstilbud under streiken.

Ombudet konkluderte derfor med at skolen ikke handlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven.

## OMBUDETS UTTALELSE

### Sakens bakgrunn

Ombudet mottok en henvendelse fra A den 11. juni 2010, og bekreftelse på klage den 7. juli 2010. A klager på at Barne- og ungdomskole X permitterte hans sønn, B, og fire andre elever, fra all undervisning da assistentlærerne ble tatt ut i streik av Fagforbund Y.

B er født 20. august 1997, og har diagnosen lett psykisk utviklingshemming. B er elev ved Barne- og ungdomskole X, og han er avhengig av assistent i undervisningen. Undervisningen er organisert slik at han og fire andre elever, som også har nedsatt funksjonsevne, har undervisning sammen. Det er kun i praktiske fag som kroppsøving, mat og helse, og formgivning at de har undervisning sammen med de andre elevene. De aktuelle elevene er avhengig av assistenter både i undervisningen de har adskilt, og i undervisningen de har felles med de andre elevene.

Kommunen hadde fått skriftlig orientering fra Fagforbund Y om at kommunalt ansatte assistenter var tatt ut i streik. Beskjeden ble gitt med kort varsel. Ettersom skolen har flere elever som er avhengig av assistenter, så sendte skolen søknad om dispensasjon for assistenter i skoledelen den 31. mai 2010 til kommunen. De var også i kontakt med Fagforbund Y. E-posten er dokumentert. Det ble søkt om dispensasjon for følgende assistenter, C, D, E, F, G, H. Til sammen har de ansvar for åtte elever. Skolen fikk imidlertid avslag på dette, både av kommunen og av Fagforbund Y. Skolen besluttet på bakgrunn av dette å permittere de elevene som er avhengig av assistent fra all undervisning i streikeperioden. Foreldrene til de berørte elevene ble informert per telefon om at assistentene var tatt ut i streik, og at de derfor var permittert fra all undervisning frem til streiken opphører. Streiken varte i en uke. Skolen har uttrykt at de har forståelse for at A klager på denne saken.

### Partenes syn på saken

A:

A hevder at hans sønn ble forskjellsbehandlet i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, da han ble permittert fra all undervisning i skolen på grunn av at hans assistent var tatt ut i streik.

A fremhever at de ikke fikk noen begrunnelse for beslutningen, utover det at assistentene var tatt ut i streik. De mener det var disse elevenes nedsatte funksjonsevne som er årsaken til permitteringen. Aviser særlig til at hans sønn heller ikke fikk ta del i den undervisningen der de følger klassen på ordinær måte. Han påpeker også at skolen ikke har truffet tiltak som dette tidligere for å kompensere for lærere og assistenter som har sluttet.

#### Barne- og ungdomskole X :

Skolen avviser at elevene med nedsatt funksjonsevne ble diskriminert da de ble permittert fra undervisningen under streiken.

Skolen viser til at de ble skriftlig informert av Fagforbund Y om hvordan de skulle forholde seg under den pågående streiken. Skolen hevder at de ga varsel hjem til alle elever ved skolen som har assistent under skoledagen, at disse ikke ville få den oppfølging de har krav på etter vedtak på grunn av streiken. De viser til at spillereglene for streik er klare, og at skolen derfor ikke hadde mulighet til å sette inn annet personell som erstattet assistentene, verken pedagoger eller assistenter som ikke var organisert. Dette ble fulgt opp av Fagforbund Y Sted L. Skolen viser til at de åtte elevene på skolen som er avhengig av assistent ikke kunne delta i undervisning uten oppfølging av assistentene, og at permittering var eneste løsning. Skolen påpeker at de kontaktet streikekomiteen i kommunen i Sted L og Fagforbund Y for å få dispensasjon for assistentene. De søkte også skriftlig til kommunen, men dette ble avslått. Skolen påpeker at de ønsket å gi de berørte elevene en skoledag på lik linje med de andre elevene, men at det ikke var mulig på grunn av streikekomiteens avslag.

#### Rettslig 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:

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.

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 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.

### Ombudets vurdering

Ombudet skal ta stilling til om A ble diskriminert da han ble permittert fra all undervisning ved Barne- og ungdomskole X under kommunestreiken.

Det er ikke tvilsomt at elevene med nedsatt funksjonsevne ble behandlet dårligere enn andre elever da de ble permittert fra undervisningen under streiken. Det er heller ikke tvilsomt at forskjellsbehandlingen har sammenheng med deres nedsatte

funksjonsevne, ved at de er avhengig av assistentene for å kunne delta i undervisningen.

Spørsmålet blir etter dette om lovens unntaksbestemmelse kommer til anvendelse.

Forskjellsbehandling på grunn av nedsatt funksjonsevne kan unntaksvis være lovlig dersom den er nødvendig for å oppnå et saklig formål, og den heller ikke er uforholdsmessig inngripende ovenfor de som forskjellsbehandles, jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4 fjerde ledd. Vilkårene er kumulative, dvs. at alle tre vilkårene må være oppfylt for at forskjellsbehandlingen skal være tillatt.

Det første spørsmålet er om det å permittere de aktuelle elevene fra undervisning når assistentene er i streik er å anse som et saklig formål. Det er enighet om at elevene er avhengig av assistenter for å kunne delta i undervisningen. Når assistentene som har kompetanse til å følge opp disse elevene ikke er tilstede på grunn av streik, må det anses som *saklig* at skolen ikke kan gi disse elevene et undervisningstilbud.

Spørsmålet er videre om det var *nødvendig* for å oppnå et saklig formål å permittere de aktuelle elevene fra all undervisning i skolen når assistentene var i streik. Vurderingen beror på om det fantes handlingsalternativer som skolen kunne benyttet seg av for å gi de aktuelle elevene et undervisningstilbud under streiken.

Skolen har anført at spillereglene ved streik er klare, og at de derfor ikke hadde mulighet til å erstatte assistentene med annet personell som kan utføre assistentenes oppgaver.

Ombudet vil bemerke at når arbeidstakere tas ut i streik, innebærer dette at arbeidskontrakten mellom arbeidsgiver og arbeidstaker opphører under streikens varighet. Dersom skolen hadde ansatt nye arbeidstakere eller ikke streikende arbeidstakere til å utføre det arbeid som ellers utføres av assistentene, ville det blitt ansatt som streikebryteri. Arbeidstvistloven forbyr ikke bruk av streikebrytere, men det anses som en illojal handling. Det er kun når arbeidet ikke har sterk tilknytning til den som vanligvis utfører oppgaven, at det ikke anses som streikebryteri dersom annet personell erstatter de streikendes arbeidsoppgaver. Assistentjobben er så nært tilknyttet den personen som er ansatt i stillingen, at arbeidet etter de kollektive spillereglene ikke kan erstattes av annet personell. Etter ombudets vurdering betyr

det at skolen ikke hadde mulighet til å sette inn annet personell som erstattet assistentene.

Skolen har videre vist til at de søkte Fagforbund Y og kommunen om å få dispensasjon for assistentene. Dette er dokumentert med kopi av e-post tilsendt Fagforbund Y. Skolen fikk imidlertid muntlig avslag på dette.

Ombudet ser det som positivt at skolen har søkt om dispensasjon for assistentene. De kollektive spillereglene er imidlertid så klare, at det heller ikke ville vært brudd på diskriminerings- og tilgjengelighetsloven dersom skolen ikke hadde søkt om dispensasjon. Det er kun i de tilfellene hvor det er fare for liv og helse at en streik kan avbrytes.

Slik ombudet vurderer det har skolen gjort det de kan for å forsøke å gi de aktuelle elevene et undervisningstilbud. Ombudet er derfor kommet til at det var *nødvendig* å permittere de aktuelle elevene fra undervisningen.

Spørsmålet er om det var *uforholdsmessig inngripende* å permittere elevene fra undervisningen i en uke. I forarbeidene til diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, Ot.prp.nr. 44 (2007-2008) s. 107, er det angitt at 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.

Det er ikke tvilsomt at virkningen av streiken var negativ for de aktuelle elevene. Det at Fagforbund Y har bestemt at kommunalt ansatte assistenter skal ut i streik er likevel en avgjørelse som er utenfor skolens kontroll. Skolen hadde derfor lite handlingsrom til å finne løsninger for å sikre at de aktuelle elevene fikk et undervisningstilbud under streiken.

Ombudet er på bakgrunn av dette kommet til at løsningen samlet sett fremsto som rimelig, tatt i betraktning av at streiken var utenfor skolens kontroll.

## **Konklusjon:**

Barne- og ungdomskole X handlet ikke i strid med diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 4, da de aktuelle elevene med nedsatt funksjonsevne ble permittert fra undervisningen under kommunestreiken.