



Frostating lagmannsrett - Dom - LF-2021-35670

Instans	Frostating lagmannsrett – Dom
Dato	2021-12-23
Publisert	LF-2021-35670
Stikkord	Arbeidsrett. Avtalebinding. Re integra. Ulovlig forskjellsbehandling. Kvalifikasjonsprinsippet. Erstatning. Arbeidsmiljøloven.
Sammendrag	<p>Saken gjaldt erstatningskrav. En kvinne under utdanning søkte sommervikariat ved en skjernet sengepost, hvor det kunne være påkrevd med bruk av tvang. Under intervjuet ble hun tilbudt å gjennomføre tre vakter, som arbeidsgiver anførte hadde til formål å avklare om søkeren var egnet for stillingen og arbeidsoppgavene. Etter intervjuet fikk arbeidsgiver informasjon om at kvinnen hadde klaget over bruk av tvang etter hun selv hadde vært innlagt ved samme sengepost. Arbeidsgiver mente det at hun ikke sa noe om dette i intervjuet skapte tvil om hennes evne til å utøve arbeidsoppgavene ved seksjonen og om andre ansattes tillit til hennes evne til å gå inn i vanskelige situasjoner. Arbeidsgiver trakk seg fra avtalen om ikke å gjennomføre de tre vaktene. Kvinnen mente det var inngått avtale om sommervikariat under intervjuet, og krevde erstatning for lidt inntektstap og oppreisning for brudd på arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven. Flertallet mente, i likhet med tingretten, at det ikke var grunnlag for erstatning. Uttalelser om avtalebinding, om skjæringstidspunktet mellom avtaleloven og arbeidsmiljøloven, om adgang til tilbakekall av avtale, om årsakssammenheng mellom diskrimineringsgrunnlag og beslutning, og om kvalifikasjonsprinsippet. Dissens 4 – 1.</p>
Saksgang	Inntrøndelag tingrett TINTR-2020-96602 – Frostating lagmannsrett LF-2021-35670 (21-035670ASD-FROS).
Parter	A (advokat Jan Arild Vikan) mot [helseforetak] (advokat Thorkil Howlid Aschehoug).
Forfatter	Kst. lagdommer Liv Shelby, lagdommer Toril Andersson og ekstraordinær lagdommer Arve Rosvold Alver.
Sist oppdatert	2022-01-05

Innholdsfortegnelse

Frostating lagmannsrett - Dom - LF-2021-35670	1
Innholdsfortegnelse	2
Fremstilling av saken	3
A har i det vesentlige anført:	4
[helseforetak] har i det vesentlige anført:	5
Lagmannsrettens vurdering	6
Sakskostnader.....	11

Saken gjelder krav om erstatning.

Fremstilling av saken

I desember 2019 lyste [helseforetak] ([helseforetak]) ut stilling som ferievikar for pleiepersonell på [sykehus] i ukene 25 til 35 for sommeren 2020. Det var en fellesutlysning for alle avdelinger, og det ble blant annet søkt etter helsefagarbeidere. I søknadsteksten er det opplyst at det vil legges stor vekt på personlig egnethet.

A søkte stilling. Hun var på dette tidspunktet tilkallingsvikar på en barneverninstitusjon driftet av [virksomhet].

I søknaden opplyste A at hun var ferdig utdannet [yrke] sommeren 2020. A ble innkalt til intervju for stilling som sommervikar ved akuttpsykiatrisk sengepost, som tilhører klinikk for psykisk helsevern og rus på [sykehus]. Dette er en lukket sengepost som tar imot pasienter med behov for akutt hjelp, både frivillig og på tvang. Pasientgruppen på sengeposten kan ha en atferd som gjør at personalet må være komfortabel med å bruke tvang i form av nedlegging, belter og tvangsmedisinering. Fysiske angrep og trusler mot personalet og deres familiemedlemmer kan forekomme.

Intervju ble gjennomført 27. februar 2020. Til stede på intervjuet var B, som den gang hadde stilling som sykepleier og driftskoordinator, i tillegg til verneombud C. C hadde ansvar for ferieturnusen. B er i dag fungerende seksjonsleder.

A gjorde et godt inntrykk på intervjuet. Hun ble tilbudt å gjennomføre tre vakter 5., 9. og 10. mars 2020. Vaktene skulle ha til formål å avklare hvorvidt kandidaten egner seg for arbeidsoppgavene på sengeposten, og om kandidaten var i stand til og komfortabel med den bruk av tvang som var forventet. Sentralt for saken er om partene i intervjuet inngikk arbeidsavtale om sommervikariat, og om de aktuelle vaktene var å anse som opplæring etter tilbud om ansettelse.

Kort tid etter intervjuet ble A kontaktet av seksjonsleder D, som innkalte henne til et møte 4. mars 2020. D hadde mottatt informasjon fra daværende seksjonsleder E om at A hadde vært innlagt på sengeposten i september 2015 og hadde fremsatt klage til Fylkesmannen i januar 2017 over behandlingen hun da fikk. Fylkesmannen vurderte den gang at saken egnet seg for lokal avklaring, og anmodet [helseforetak] i brev 2. februar 2017 om å legge til rette for en oppklarende dialog med A. Slikt dialogmøte ble gjennomført 24. mars 2017.

D opplyste til A at [helseforetak] trengte ytterligere informasjon. A kom på møtet 4. mars 2020. På møtet deltok D, B og F. I møtet ble innleggelsen og klagen tatt opp med A. D mente at det som fremkom i klagen gav grunnlag for bekymring om A ville være i stand til å utøve tvang overfor pasientene på seksjonen. A ble orientert om at [helseforetak] hadde besluttet at hun ikke skulle gjennomføre de avtalte vaktene.

A valgte å ta lydopptak av det som ble sagt. Utskrift av opptaket er fremlagt i saken.

A klaget 22. april 2020 [helseforetak] inn for Fylkesmannen som følge av brudd på taushetsplikten. Klagen ble ikke tatt til følge.

A tok 3. juli 2020 ut stevning for daværende Inntrøndelag tingrett med krav om erstatning for lidt inntektstap og oppreisning. Tingretten avsa dom 18. januar 2021 med slik slutning:

1. [helseforetak] frifinnes.
2. Hver av partene bærer egne sakskostnader.

A anket dommen til Frostating lagmannsrett 22. januar 2021. Anken gjelder rettsanvendelsen og bevisbedømmelsen. [helseforetak] tok til motmæle i anketilsvar 3. mars 2021.

Ankeforhandling ble holdt i Trondheim tinghus 6. og 7. desember 2021. A møtte og avga partsforklaring. Som stedfortreder for [helseforetak] møtte HR-sjef G, som avga partsforklaring. Lagmannsretten hørte forklaring fra seks vitner, i tillegg til at det ble avspilt lydfil fra utenrettslig vitneforklaring. Dokumentasjonen ellers fremkommer av rettsboken.

A har i det vesentlige anført:

A ble tilbudt stilling som sommervikar i intervjuet og takket ja til tilbudet. Ansettelsen ville trolig gitt anledning til å fungere som tilkallingsvikar frem til sommeren. Dato for opplæringsvakter ble avtalt. Ved gjennomføring av vaktene ville hun utført arbeid, blitt innmeldt i arbeidstakerregisteret, det ville vært opprettet yrkesskadedeforsikring, og hun ville mottatt ordinær lønn. Det er ikke tvilsomt at dette er å anse som et ordinært ansettelsesforhold.

Det skulle vært inngått skriftlig arbeidsavtale. Når arbeidsgiver ikke har sørget for skriftlig avtale, påhviler det arbeidsgiver en tung bevisbyrde for at innholdet er slik arbeidsgiver mener.

Vaktene A ble tilbudt var opplæringsvakter. Avklaringsvakter er et begrep [helseforetak] har innført etter A tok ut stevning. Det var naturlig for A å tolke opplæringsvaktene som innledning til et arbeidsforhold. Hun hadde grunn til å tro at hun også ville få tilbud om ekstravakter før sommeren. Dette var tilfellet for andre som fikk tilbud om sommerjobb. Lønn og arbeidsoppgaver var ikke et forhandlingstema. At dette ikke var avklart, er ikke et argument for at avtale ikke ble inngått. Hun hadde opplyst at hun ville arbeide så mye som mulig hele sommeren. Det var derfor opp til arbeidsgiver å fastlegge hennes turnus. Sykepleier ved sengeposten H bekreftet at andre hadde forstått opplæringsvaktene på samme måte som A. I klagen til Fylkesmannen kort tid etter, omtalte hun seg som nytilsatt. Hennes tidsnære oppfatning var at hun ble ansatt.

Arbeidsgiver har ikke sørget for å gjøre tilstrekkelig klart at opplæringsvaktene ikke var å anse som innledning til et arbeidsforhold. Utlysningsteksten sier intet om en slik praksis. Det er ikke fremlagt noen skriftlig rutine for intervjuene. [helseforetak]s praksis er ikke entydig. Opplæringsvakt er begrepet [helseforetak] bruker også når nyansatte tilkallingsvikarer skal motta opplæring.

Dersom lagmannsretten kommer til at det ble inngått avtale kun om opplæringsvakter, eventuelt under betingelse av at opplæringsvaktene gikk bra, vil dette være ulovlig midlertidig ansettelse. Adgangen til midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a skal tolkes strengt. Sentralt er å vurdere arbeidets likhet med det som utføres ordinært i virksomheten. Under opplæringsvaktene skulle A utføre de samme arbeidsoppgavene som de fast ansatte. Dersom [helseforetak] har behov for å prøve ut de nytilsatte, er lovens system prøvetid. [helseforetak] har valgt en løsning som ligger langt unna lovens system og som må anses ugyldig. Virkningen av den ugyldige betingelsen er at den bortfaller slik at A fikk ansettelse som sommervikar.

Begrunnelsen for at [helseforetak] gikk tilbake på ansettelse av A er brudd på likestillings- og diskrimineringsloven § 6. [helseforetak] vektla fire elementer: Klagesaken, klagen som uttrykk for at hun ikke var i stand til å utøve tvang, innleggelsen og det at hun ikke opplyste om innleggelsen og klagesaken. Psykisk sykdom er å anse som funksjonsnedsettelse. Dersom innleggelsen og klagesaken tenkes borte, ville A fått tilbud om sommerjobb. Hun er derfor blitt behandlet dårligere enn en person med de samme kvalifikasjoner.

Det foreligger ikke lovlig forskjellsbehandling. Det var usaklig å vektlegge klagen og at denne ikke ble opplyst om i intervjuet. A hadde ingen plikt til å gi opplysninger om sin psykiske helse. For henne var innleggelsen og klagen uten betydning for hvordan hun ville utøve arbeidsoppgavene ved seksjonen.

Forskjellsbehandlingen var hverken nødvendig eller forholdsmessig. Innleggelsen var situasjonsbetinget og lå fem år tilbake i tid. Klagen og møtet i etterkant gav ingen holdepunkter for at hun ikke ville være i stand til å utøve tvang nå. A har i arbeid på barneverninstitusjon utøvd tvang. Siden 30. april 2020 har hun arbeidet ved tilsvarende akuttinstitusjon, og har utøvd tvang der.

[helseforetak]s saksbehandling var ikke egnet til å få frem faktum. Beslutningen ble tatt før A fikk mulighet til å uttale seg. I møtet 4. mars 2020 var det ingen gjennomgang av klagen eller det etterfølgende møtet. A ble ikke gjort kjent med hva som var tema for møtet, hun fikk ikke ha med seg en tillitsvalgt, og D hadde et feilaktig bilde av innholdet i klagen. A burde fått muligheten til å redegjøre for hvordan hun så på tvang nå.

[helseforetak] hadde flere handlingsalternativ for å sikre at A ville være i stand til å utføre arbeidsoppgavene.

Tilbudet om ansettelse ble ikke trukket tilbake etter læren om «re integra». De særlige grunnene som [helseforetak] vektla, er diskriminerende og rettsstridige. Seks dager er uansett for lang tid i et arbeidsforhold.

Saken skal avgjøres på grunnlag av arbeidsmiljøloven, ikke avtaleloven. Ved anvendelse av arbeidsmiljølovens bestemmelser skal lovens formål vektlegges tungt, noe som gjenspeiles i rettspraksis. En arbeidsavtale har særegne trekk for å sikre arbeidstakers rettigheter gjennom forsvarlig saksbehandling.

Oppsigelsen av A var urettmessig og ugyldig både hva gjelder opplæringsvaktene og sommervikariatet. [helseforetak] fulgte ikke formkravene i arbeidsmiljøloven § 15-4. Begrunnelsen for oppsigelsen er klagen til Fylkesmannen. Dette er sanksjonering av en pasientrettighet og ingen saklig grunn etter arbeidsmiljøloven § 15-7.

A har krav på oppreisning etter arbeidsmiljøloven § 15-5, subsidiært § 15-12 andre ledd. Situasjonen har vært belastende for henne. Hun ble i tvil om eget utdanningsvalg og hvordan [helseforetak] hadde håndtert taushetsbelagte opplysninger om henne. [helseforetak] gav henne ingen anledning til å gjøre rede for sitt syn før beslutningen ble fattet og saksbehandlingen var uforsvarlig. Nivået på oppreisning bør være omtrent 100 000 kroner.

A har krav på oppreisning etter likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Oppreisningen skal virke preventivt. I henhold til rettspraksis og vedtak fra Likestillings- og diskrimineringsnemnda bør nivået på oppreisning settes til 80 000 kroner.

A har rett til erstatning for lidt inntektstap med 6 000 kroner for opplæringsvaktene og 170 000 kroner for sommervikariatet, til sammen 176 000 kroner. Det skal ikke gjøres fradrag for inntekt i perioden.

Foreligger ingen tilblivelsesmangel, skal forholdet vurderes etter arbeidsmiljølovens regler.

Skulle retten komme til at saken skal løses på grunnlag av avtaleloven, må retten likevel vurdere brudd på likestillings- og diskrimineringsloven.

Atter subsidiært for det tilfellet at avtalen har tilblivelsesmangel, foreligger brudd på kvalifikasjonsprinsippet. Prinsippet går ut på at den beste kvalifiserte kandidaten skal ansettes, og stiller krav til saksbehandlingen. [helseforetak] la vekt på diskriminerende hensyn. Uten disse ville A fått sommervikariat.

A har lagt ned slik påstand:

1. [helseforetak] dømmes til å betale A erstatning etter rettens skjønn med tillegg av forsinkelsesrente i medhold av forsinkelsesrenteloven § 3 første ledd første punktum fra forfall til betaling skjer.
2. [helseforetak] dømmes til å betale As sakskostnader for tingrett og lagmannsrett.

[helseforetak] har i det vesentlige anført:

Det ble ikke inngått avtale om sommervikariat. A hadde ikke rimelig grunn til å tro at [helseforetak] hadde bundet seg til en slik avtale. Det må legges til grunn at det ble tatt forbehold i intervjuet om endelig ansettelse etter gjennomføring av avklaringsvaktene. Praksis ved [helseforetak] var klar og entydig. Det har formodningen mot seg at intervjuerne ville håndtert A annerledes. C bekreftet at slikt forbehold ble tatt. Å fremsette et jobbtillbud i intervjuet, før intervjuerne hadde fått anledning til å diskutere seg imellom, er uvanlig. A visste dessuten at referanser ikke var sjekket, ettersom hun ikke hadde oppgitt noen. Avklaringsvaktene skulle gjennomføres i begynnelsen av mars, mens oppstart i jobben først var to til tre måneder senere. Opplæring så lang tid i forveien fremstår bortkastet.

Det ble aldri signert en skriftlig arbeidsavtale. Stillingsprosent, lønn, hvilke uker hun skulle jobbe, turnus mv. var ikke avklart: Hverken hva [helseforetak] kunne tilby, eller hva A ville akseptere. Vitnet I var tydelig på at han hadde oppfattet avklaringsvaktene slik formålet var.

Avtalen om avklaringsvakter var ingen arbeidsavtale. Avklaringsvaktene var en del av en utvidet rekrutteringsprosess ved seksjonen. A skulle ikke utføre arbeid i noen andres tjeneste, jf. arbeidsmiljøloven § 1-8. Formålet var en gjensidig vurdering av om hun kunne utføre arbeidsoppgavene. Hun skulle ikke erstatte noen andre i turnus, men følge det etablerte vaktlaget for å observere. Hun kunne når som helst trekke seg, uten at det utløste noen form for oppsigelsestid. Avklaringsvaktene er kortvarige. Det dreier seg ikke om en omgåelse av prøvetiden. Kandidatenes arbeidsprestasjoner blir ikke vurdert. Systemet med avklaringsvakter er spesiell for den akuttpsykiatriske sengeposten og var ikke nevnt i kunngjøringen fordi denne var generell og omfattet alle avdelinger ved sykehuset.

Dersom avklaringsvaktene er å anse som en arbeidsavtale, er det tale om lovlig midlertidig ansettelse etter arbeidsmiljøloven § 14-9 andre ledd bokstav a. Det skal gjøres en helhetlig vurdering. Sentralt er om det er tale

om et saklig begrunnet behov i et arbeidsforhold av særegen karakter, og tilsetningen er begrenset til det som er strengt nødvendig. Arbeidsmiljøet ved seksjonen er av særegen karakter, noe de mange avviksmeldingene viser. Formålet er saklig begrunnet for å verne ansatte og pasienter, så vel som å gi arbeidssøkeren forståelse av hva arbeidet innebærer. Arbeidet er begrenset til hva som er strengt nødvendig: to til tre vakter. De ansatte ved seksjonen, herunder verneombudet, mener dagens løsning med avklaringsvakter før tilsetning, er en god løsning.

Dersom det er inngått en arbeidsavtale, anføres atter subsidiært at den er brakt lovlig til opphør.

Det er kun dersom arbeidstaker påviser at det er grunn til å tro at diskriminering har skjedd at bevisbyrden går over på arbeidsgiver, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 37.

A har ikke blitt forskjellsbehandlet på grunn av en funksjonsnedsettelse. Det sentrale er om [helseforetak] har lagt avgjørende vekt på den vernede egenskapen. [helseforetak] la ikke vekt på at hun tidligere hadde vært innlagt, men på tvil knyttet til om hun hadde lagt egen sykdom bak seg og nå ville være i stand til å utøve tvang overfor pasientene. At A valgte å tie om sykdomshistorikk og påfølgende klage under intervjuet, skapte uro ved seksjonen. Hennes klage til Fylkesmannen i april 2020 viser at tvilen var berettiget.

Dersom det er tale om diskriminering, var den uansett lovlig etter likestillings- og diskrimineringsloven § 9. Formålet med forskjellsbehandlingen var saklig, nødvendig for å oppnå formålet uten å være uunnværlig, og den var ikke uforholdsmessig inngripende.

Hvorvidt avtalen er bortfalt reguleres av avtaleloven, ikke arbeidsmiljøloven. Skjæringstidspunktet for når arbeidsmiljølovens særlige vernebestemmelser aktualiseres er i henhold til rettspraksis ved tiltredelse. Tiltredelsestidspunktet gir en retts teknisk enkel regel. Det må legges vekt på at det var kort tid siden avtaleinngåelsen, A hadde ikke rukket å innrette seg, hun har ikke mistet lønn og grunnlag for livsopphold, og det var flere måneder til planlagt tiltredelse som sommervikar.

En eventuell avtale ble rettmessig tilbakekalt etter den ulovfestede læren om «re integra». Avgjørende er om det foreligger særlige grunner og hvorvidt avtaleparten har innrettet seg. Seksjonens sårbarhet, at det var tale om et kortvarig sommervikariat og manglende tillit, gjør at det samlet forelå særlige grunner. A hadde dessuten ikke innrettet seg på noe vis.

Alternativt er avtalen falt bort som følge av bristende forutsetninger. Ved vurdering av vilkårene; brudd med motiverende, synbar og relevant forutsetning, er de samme momenter sentrale.

For det tilfellet at forholdet skal vurderes etter arbeidsmiljøloven, er oppsigelsen uansett saklig etter § 15-7. Oppsigelsen var riktignok ikke formriktig, men det er her ikke påstått ugyldighet.

Det foreligger ikke brudd på kvalifikasjonsprinsippet. I henhold til utlysningsteksten var personlig egnethet av stor betydning. Dette er et saklig hensyn som [helseforetak] vektla. Hverken diskriminerende eller utenforliggende hensyn var avgjørende.

Dersom erstatning skal utmåles for lidt økonomisk tap, har A en tapsbegrensningsplikt. Det skal gjøres fradrag for annen inntekt uansett om avtaleloven eller arbeidsmiljøloven er rettslig utgangspunkt for utmålingen. Hun er i ettertid kommet i en fast og ordnet arbeidssituasjon, hun har ikke krevd stillingen tilbake, og lønnsinntektene hun nå mottar kommer fra samme helseforetak.

Dersom arbeidsmiljøloven ikke kommer til anvendelse og det heller ikke er skjedd diskriminering, skal det ikke utmåles oppreisningserstatning. Eventuell oppreisning må uansett settes lavt.

[helseforetak] har lagt ned slik påstand:

1. Anken forkastes hva gjelder tingrettens domsslutning punkt 1.
2. A dømmes til å erstatte ankemotpartens kostnader for begge instanser med forfall fjorten dager etter dommens forkynning.

Lagmannsrettens vurdering

Lagmannsretten har delt seg i et flertall, bestående av konstituert lagdommer Liv Shelby, lagdommer Toril Andersson, ekstraordinær lagdommer Arve Rosvold Alver, og meddommer Heidi Torstad, og et mindretall bestående av meddommer Pål Sture Nilsen.

Flertallet er kommet til at A ikke har krav på erstatning for lidt inntektstap eller oppreisning, hverken etter arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringsloven.

Flertallet behandler først spørsmålet om partene under intervjuet inngikk avtale om sommervikariat.

Når det ikke foreligger skriftlig avtale, vil vurderingen av om avtale er inngått måtte bero på en helhetlig vurdering av andre omstendigheter: Avtalens art og omfang, enighet om sentrale vilkår, godtgjørelse og partenes forutgående forhold, slik som partenes forventninger.

I praksis fra Høyesterett er det trukket opp enkelte veiledende kriterier for vurderingen av når avtale må anses kommet i stand. Disse er gjennomgått i HR-2017-971-A avsnittene 36 til 39. I avsnitt 41-42 er det uttalt:

«Det kan utledes av disse avgjørelsene at det ved spørsmålet om avtale er inngått, ikke er avgjørende hvordan løftemottakeren faktisk oppfattet løftegiverens opptreden, men om løftemottakeren hadde rimelig grunn til å forstå løftegiveren på en slik måte at han hadde bundet seg. Det er de berettigede forventningene som beskyttes. Vurderingen av hva løftemottakeren med rimelighet kunne forvente, skal gjøres ut fra en helhetsvurdering, hvor passivitet på løftegiverens side er et forhold av betydning. Rettspraksis viser at det skal foretas en konkret bedømmelse av omstendighetene i saken.

Ved helhetsvurderingen må det ses hen til hva løftemottakeren med rimelighet kunne legge i det løftegiveren «skrev, sa, gjorde eller unnlot å gjøre når alle forhold tas i betraktning.», jf. Woxholth, Avtalerett, 10. utgave side 35. Men det er også nærliggende å se hen til løftemottakerens forhold, ettersom det vil være en sammenheng mellom partenes opptreden i saken. Dersom løftemottakerens forventninger har gitt seg synlige utslag som viser løftegiveren at han tror en avtale er kommet i stand, vil løftegiveren ha en sterk oppfordring til å reagere, jf. også Optimogården-dommen».

A var innkalt til et intervju på bakgrunn av en søknad på ferievikariat. Hun hadde i søknaden ikke oppgitt referanser, og det fremkom at hun ville være ferdig utdannet [yrke] den aktuelle sommeren.

Flertallet mener det må legges til grunn som alminnelig kjent at ansettelse, også i ferievikariat, normalt skjer etter en prosess hvor alle aktuelle kandidaters erfaring og kompetanse mv. er vurdert opp mot hverandre. En slik vurdering kan først finne sted etter at alle intervjuer er gjennomført. Det er derfor uvanlig at en kandidat får tilbud om ansettelse under intervjuet. Ettersom A ikke hadde oppgitt referanser, hadde heller ikke intervjuerne fått mulighet til å gjøre en fullstendig vurdering av hennes søknad. Referansene er normalt viktige for at arbeidsgiver skal kunne ha en oppfatning av om hun hadde de personlige egenskapene som utlysningsteksten forutsatte at ville bli vektlagt.

Under intervjuet var det flere forhold som ikke var avklart: Hvilke uker hun skulle arbeide, hva slags turnus hun kunne gå i, stillingsprosent og lønn. Selv om A hadde opplyst at hun ville arbeide så mye som mulig, må hun ha forstått at [helseforetak] frem mot sommeren måtte legge en turnusplan som gjenspeilte behovene til et stort antall fast ansatte og ferievikarer. A kunne ikke ha en forventning om at disse forholdene, som ville ha betydning for hennes arbeidsomfang og stillingsbrøk, var avklart allerede i slutten av februar. Det var da seksten uker til sommerturnusen skulle begynne. Flertallet legger dessuten til grunn at lønnsnivå ville avhenge av om hun fullførte studiene til sommeren som planlagt eller ikke. Heller ikke dette var avklart under intervjuet.

På denne bakgrunn mener flertallet det har formodningen mot seg at B og C skulle ha fremsatt tilbud om sommerjobb overfor A, eller et tilbud med betingelse om tre tilfredsstillende utførte vakter. De samme omstendigheter gjør at A heller ikke kunne ha en berettiget forventning om at hun fikk slikt tilbud, heller ikke om B og C brukte begrepet opplæringsvakter om vaktene hun skulle gjennomføre få dager senere.

Det er uomtvistet at A fikk tilbud om og aksepterte å gjennomføre tre vakter i begynnelsen av mars 2020, og at [helseforetak] trakk tilbudet tilbake i møtet 4. mars 2020. Hvorvidt [helseforetak] hadde adgang til å fri seg fra avtalen, avhenger av hvilket regelsett som kommer til anvendelse: arbeidsmiljøloven eller avtaleloven. Denne problemstillingen er berørt i Rt-2004-76 avsnitt 47, som gjaldt en mann som var fast ansatt som allmennlærer. Det ble i ettertid oppdaget at han ikke fylte kravene for stillingen. Høyesterett uttalte:

«Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. At kommunen ville hatt en slik adgang, fremgår etter mitt syn forutsetningsvis av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-1988-766. I en slik situasjon vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen. Jeg kan heller ikke se at det på

dette stadium foreligger reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller.»

Uttalelsen var ikke nødvendig for avgjørelsen, ettersom mannen i den aktuelle saken hadde tiltrådt stillingen. I juridisk teori er uttalelsen kritisert som for lite nyansert. Flertallet legger til grunn at tiltredelsestidspunktet danner et utgangspunkt for grensdragningen mellom regelsettene, og at unntak kan tenkes der konkrete forhold tilsier at arbeidstakeren bør være vernet av stillingsvernreglene i arbeidsmiljøloven.

Det var her tale om tre vakter som ville gitt A en éngangsutbetaling på omtrent 6 000 kroner brutto. A hadde ikke innrettet seg på noen måte, for eksempel ved å si opp eller ta seg fri fra et annet arbeidsforhold. Det gikk omtrent én uke fra partene inngikk avtale om vaktene til [helseforetak] opplyste at de ville fri seg fra avtalen. Slik flertallet ser det, gir hverken de konkrete forholdene i denne saken eller rimelighetsbetraktninger grunnlag for at arbeidsmiljølovens stillingsvern skal gis anvendelse. Forholdet skal derfor vurderes etter de alminnelige bestemmelsene i avtaleloven. Det følger av dette at det da ikke er nødvendig for flertallet å ta stilling til hvorvidt vilkårene for midlertidig ansettelse var oppfylt for de tre vaktene, herunder om oppsigelsen var usaklig.

[helseforetak] har anført at de kunne fri seg fra avtalen om de tre vaktene etter læren om «re integra», jf. avtaleloven § 39 analogisk anvendt. Denne læren er sammenfattet slik i Rt-2012-1904 avsnitt 51:

«Avtaleloven oppstiller to vilkår for at det unntaksvis skal gjelde en utvidet rett til å tilbakekalle et avgitt løfte. Det er for det første et vilkår at løftemottakeren ikke har innrettet seg, og videre er det et krav om at særlige grunner skal tilsi at tilbakekall tillates. Selv om det er oppstilt to vilkår, er begge utslag av den samme interesseavveining, og dette fører til at det er en slik indre sammenheng mellom vilkårene at disse i noen grad må sees i sammenheng ved den endelige vurdering, jf. Aage Thor Falkanger, God Tro, sidene 329-330. Den samme indre sammenheng tilsier at det bør holdes fast ved de to vilkårene loven oppstiller, og da slik at det ikke konstrueres et selvstendig krav om at tilbakekallet må skje innen en nærmere bestemt tidsfrist. Tidsmomentet vil normalt ha betydelig vekt ved vurderingen av grad av innrettelse, og bør etter mitt syn inngå i den vurderingen.»

Tilbakekallet forelå som nevnt én uke etter avtaleinngåelsen og før A hadde innrettet seg på annen måte enn eventuell mental forberedelse på å vurdere arbeidsstedet og selv bli observert.

Avgjørende er om det forelå særlige grunner. [helseforetak] har i den forbindelse vist til at en ikke lenger hadde tillit til at A ville være i stand til å utføre sentrale arbeidsoppgaver ved seksjonen. Gjennom klagen til Fylkesmannen hadde hun gitt uttrykk for at hun mente det var feil å utøve tvang, og hun skulle arbeide med personer som hun hadde klaget på. Som nevnt innledningsvis var det påkrevd å utføre tvang. De øvrige ansatte var avhengig av tillit til at den som går inn i turnus er i stand til å utøve denne og å stå i situasjoner hvor tvangsbruken vil oppleves vanskelig og ubehagelig.

A har anført at særlige grunner ikke forelå som følge av at begrunnelsen [helseforetak] gav også var begrunnet i at A hadde vært innlagt, og at hun hadde brukt sin rett til å klage på behandlingen. Det er anført at begrunnelsen i så tilfellet er relatert til en funksjonsnedsettelse, og at det dreier seg om en ulovlig forskjellsbehandling etter likestillings- og diskrimineringsloven.

Dersom A ble utsatt for diskriminering, vil det være til hinder for rettmessig tilbakekall. Likestillings- og diskrimineringsloven § 6 setter forbud mot diskriminering «på grunn av» blant annet «funksjonsnedsettelse». Begrepet omfatter psykiske lidelser. Det stilles ikke krav til varighet eller alvorlighet, men det avgrenses mot forbigående og/eller bagatellmessige forhold. Hva som er årsaken til funksjonsnedsettelsen har ikke betydning, jf. Prop.81 L (2016–2017) side 313.

Det er ingen holdepunkt for at A har en psykisk lidelse i dag. Hun har selv opplyst at årsaken til innleggelsen i 2015 hadde sammenheng med en akutt livshendelse. Ettersom funksjonsnedsettelsen var forbigående, var hun ikke omfattet av det aktuelle diskrimineringsgrunnlaget i mars 2020.

Uansett mener flertallet at det ikke er årsakssammenheng mellom As psykiske helsetilstand i 2015 og [helseforetak]s beslutning om ikke å ansette henne. På bakgrunn av transkripsjonen fra lydopptaket, sammenholdt med de særlige arbeidsoppgavene som den ansatte må utføre ved seksjonen, mener flertallet at [helseforetak] har sannsynliggjort at begrunnelsen først og fremst var knyttet til tvil om hun hadde de personlige egenskapene for stillingen. Riktignok hadde denne tvilen ikke oppstått dersom innleggelsen tenkes borte. På samme måte som ellers når årsakssammenheng skal vurderes, må det foretas en rettslig avgrensning

mot årsaker som anses for fjerne eller avledete. Flertallet mener innleggelsen er for avledet som årsak til hvorfor tvilen oppstod, særlig sammenholdt med redegjørelsen under med hensyn til at A ikke opplyste om klagen mv. På denne bakgrunn konkluderer flertallet med at A ikke ble utsatt for diskriminering.

Klagen fra A til Fylkesmannen 27. januar 2017 gjaldt at seksjonen brukte tvang i form av stropper, som hun omtalte som nedverdiggende. Selv var hun ikke blitt utsatt for slik tvang. Den gjaldt også tilsnakk fordi hun hadde sittet på ganggulvet og hadde blitt bedt om å ta en dusj.

I oppklaringsmøtet 24. mars 2017 utdypet hun begrunnelse for klagen, og viste til at hun opplevde synet av stroppene som en trussel, at hun reagerte på at gjenstander var fjernet fra baderommet, og at hun ikke ble vist tilstrekkelig respekt fra de ansatte.

Ut fra forklaringene til C og B, legger flertallet til grunn at A under intervjuet ble presentert for arbeidet ved seksjonen og hvilke situasjoner som kan oppstå. Lagmannsretten må ta stilling til om A i den forbindelse burde nevnt klagen og begrunnelsen for den. Dette vil bero på hvilke opplysninger en arbeidsgiver må kunne forvente å få fra en arbeidssøker.

På noen områder er det lovfestede begrensninger for hva arbeidsgiver kan innhente av opplysninger før ansettelse. Som hovedregel er det ikke tillatt å spørre om graviditet, livssyn, etnisitet, funksjonsnedsettelse og seksuell orientering, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 30. Er arbeidsgiver forhindret fra å stille spørsmål om slike forhold, vil arbeidssøker naturlig nok heller ikke måtte opplyse om dem på eget initiativ.

I andre tilfeller må arbeidssøkers opplysningsplikt avgjøres på ulovfestet grunnlag. Også for arbeidsavtaler gjelder den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, som tar utgangspunkt i hva partene har rimelig grunn til å forvente av hverandre. Hvilke krav partene kan stille vil påvirkes av det rettslige rammeverket for den aktuelle kontraktstypen. På arbeidsrettens område vil arbeidsmiljølovens formål om å sikre et inkluderende arbeidsliv være en viktig tolkningsfaktor, jf. § 1-1 bokstav f. Dette får også betydning for rekkevidden av en arbeidssøkers eventuelle opplysningsplikt, jf. HR-2021-605-A avsnitt 45. I samme dom avsnitt 49-52 fremkommer:

«Som hovedregel må det, etter domstolens syn, være opp til arbeidsgiver å stille de spørsmål om arbeidssøkers bakgrunn som arbeidsgiver anser av betydning for stillingen.

For norsk retts del legger jeg til grunn at utgangspunktet må være at en arbeidssøker ikke kan gi direkte villedende informasjon om seg selv og tidligere arbeidsforhold. Samtidig vil arbeidssøker i en ansettelsesprosess ha rett til primært å trekke fram det som taler til hans eller hennes fordel. En eventuell opplysningsplikt vil først og fremst avhenge av om informasjonen gjelder forhold av direkte betydning for arbeidssøkers egnethet for stillingen, jf. Rt-2008-135 avsnitt 36. Dette gjelder primært opplysninger om faglige kvalifikasjoner og arbeidserfaring som er direkte relevant for stillingen.

Om arbeidsgiver kan forvente å få informasjon om ufordelaktige forhold av mer indirekte betydning, beror på en sammensatt vurdering. Det vil blant annet avhenge av alvorligheten av forholdet sett i sammenheng med den stillingen søknaden gjelder, og virksomhetens art. Det er uansett ingen skarp grense mellom informasjon direkte relatert til faglige kvalifikasjoner og informasjon om andre og mer perifere forhold, og vurderingen vil derfor også her avhenge av om forholdet må anses å være av direkte relevans for arbeidssøkers egnethet for stillingen.

Uansett må det være en forutsetning for informasjonsplikt at det gjelder spørsmål som arbeidssøker måtte forstå var av vesentlig betydning for ansettelsen. Å klargjøre hvilke kvalifikasjoner og egenskaper som er vesentlige for den aktuelle stillingen, er et ansvar som først og fremst hviler på virksomheten.»

Slik flertallet ser det, hadde A en klar oppfordring til å fortelle om klagen og begrunnelsen for denne i relasjon til spørsmålet om bruk av tvang, selv om det også ville medføre at hun da måtte fortelle om tidligere psykisk sykdom. I klagen fremkommer et syn på tvang og arbeidet ved seksjonen som ikke var forenelig med en sentral del av de arbeidsoppgaver som hun skulle utøve.

Det var tre år siden hun fremsatte klagen, og det var grunn til å tro at noen av de ansatte hun da klaget på fremdeles arbeidet ved seksjonen. Det i seg selv er egnet til å påvirke arbeidsmiljøet, og som hun burde tatt initiativ til å reflektere rundt. Til tross for at hun selv mente at hun var ferdig med innleggelsen og klagen, måtte hun forstå at ansatte som opplever å få en klage mot seg, kunne oppleve det som vanskelig å ha tillit til at hun nå aksepterte arbeidsmetoder som hun tidligere hadde klaget på.

Selv om det i utgangspunktet er arbeidsgiver som har ansvar for å stille de relevante spørsmål, hadde [helseforetak] på det aktuelle tidspunkt ingen foranledning til å ta opp klagen. Det var A som var nærmest til å invitere til en refleksjon med hensyn til om hennes personlige erfaring gjorde henne i stand til å utøve og stå i tvangssituasjoner.

Flertallet mener at da hun valgte ikke å si noe om dette i intervjuet, dannet grunnlag for svekket tillit til om hun var egnet for stillingen. Tillitsbruddet var av en slik karakter at flertallet mener det forelå slike særlige grunner som utløste en rett for [helseforetak] til å fri seg fra avtalen om de tre vaktene.

Endelig mener flertallet at det ikke var brudd på kvalifikasjonsprinsippet ikke å tilby A sommervikariat.

Kvalifikasjonsprinsippet har slik ordlyd i statsansatteloven § 3:

«Den best kvalifiserte søkeren skal ansettes eller utnevnes i ledig stilling eller embete, med mindre det er gjort unntak i lov eller forskrift.

Ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningen.»

Bestemmelsen kommer ikke direkte til anvendelse her, men flertallet legger til grunn at ordlyden samsvarer med det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet.

Innholdet i kvalifikasjonsprinsippet er definert slik i Prop.94 L (2016–2017) side 93:

«Det er de kravene som er fastsatt i kunngjøringsteksten som danner grunnlaget for den sammenlignende vurderingen av søkerens kvalifikasjoner. Retten til å fastsette kravene til stillingen eller embetet tilligger arbeidsgivers styringsrett. Det skal legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet. Med utdanning menes for noen stillinger absolutte utdanningskrav og for andre utdanning som er ønskelig for stillingen. Med erfaring menes både erfaring fra stillinger og yrke, og annen relevant erfaring for stillingen. Personlig egnethet er subjektive forhold hos søkeren som det er saklig å legge vekt på for eksempel samarbeidsegenskaper, lederegenskaper, resultatorientering mv.»

Det fremkommer av stillingsutlysningen at personlig egnethet ville bli sterkt vektlagt. Dette er riktignok ikke nærmere definert. Som redegjort for over, var det for denne stillingen sentralt at kandidaten var i stand til å utføre de særskilte arbeidsoppgavene ved seksjonen. Vurderingen av hvem som har de riktige kvalifikasjonene og som vil passe inn i arbeidsmiljøet, tillå [helseforetak] i kraft av styringsretten. Som følge av den tvil som var oppstått knyttet til om A hadde de nødvendige personlige egenskapene, mener flertallet at [helseforetak] ikke brøt kvalifikasjonsprinsippet ved ikke å tilby henne stilling. Det følger av konklusjonen knyttet til likestillings- og diskrimineringsloven § 6 over at det heller ikke er tatt utenforliggende hensyn.

Mindretallet mener at A hadde rimelig grunn til å tro at hun under intervjuet fikk tilbud om sommervikariat. Hun skulle gjennomføre tre opplæringsvakter. Begrepet opplæringsvakt indikerte at dette var opplæring til stillingen. Hun skulle dessuten motta lønn, meldes inn i arbeidstakerregisteret mv. Alle ytre omstendigheter tilsa at hun fikk tilbud om stillingen.

Mindretallet mener at arbeidsmiljølovens bestemmelser skal anvendes i vurderingen av om [helseforetak] kunne si seg fra avtalen. Uttalelsen med hensyn til skjæringstidspunktet i Rt-2004-76 avsnitt 47 inntatt over er et «obiter dictum», som er blitt kritisert i juridisk teori. Etter mindretallets vurdering må det legges avgjørende vekt på lovens formål om å sikre trygge ansettelsesforhold og likebehandling i arbeidslivet, og å bidra til et inkluderende arbeidsliv, jf. arbeidsmiljøloven § 1-1. Mindretallet mener at reelle hensyn sammenholdt med formålsbetraktninger tilsier at A bør vernes av arbeidsmiljølovens bestemmelser. Mindretallet mener at [helseforetak] ikke hadde saklig grunn til å si opp A, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7 første ledd. [helseforetak] la urettmessig vekt på As psykiske sykdom da de traff beslutningen. Saksbehandlingen var uforsvarlig. [helseforetak] kunne latt A gjennomføre vaktene, og en kunne lagt til rette for at hun fikk muligheten til å samtale med ansatte som eventuelt tvilte på hennes personlige egenskaper. Beslutningen ble fattet uten drøftelser med A. Bedre saksbehandling hadde gitt [helseforetak] et riktigere og bredere beslutningsgrunnlag med hensyn til om hun kunne utføre arbeidsoppgavene.

Oppsigelsen innebar dessuten ulovlig forskjellsbehandling etter likestillings- og diskrimineringsloven § 6. Det var nødvendig årsakssammenheng mellom beslutningen og diskrimineringsgrunnlaget. Forskjellsbehandlingen var ikke nødvendig for å oppnå formålet, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 7. Mindretallet viser til den manglende avklaringen av As egnethet omtalt over.

Etter mindretallets vurdering har A krav på erstatning for lidt inntektstap for opplæringsvaktene, og på oppreisningserstatning etter arbeidsmiljøloven § 15-12 andre ledd og likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Som følge av flertallets konklusjon er det ikke nødvendig for mindretallet å gå nærmere inn på utmåling av erstatningen.

Sakskostnader

[helseforetak] har vunnet saken fullt ut og har krav på sakskostnader etter tvisteloven § 20-2 andre jf. første ledd.

Etter tredje ledd kan den tapende parten fritas for erstatningsansvar helt eller delvis dersom tungtveiende grunner gjør det rimelig. Tredje ledd andre punktum bokstav a-c utpeker momenter det skal legges særlig vekt på, men uten at man må tape den overordnede norm av syne, jf. Rt-2012-209 avsnitt 16-17 og Rt-2011-717 avsnitt 20. Det skal gjøres en bred og helhetlig vurdering.

Saken er av velferdsmessig betydning for A, men i begrenset grad. Tvisten gjelder ikke hennes grunnlag for livsopphold, men anføres knyttet til en stilling som hun hadde søkt på. Flertallet mener resultatet ikke var tvilsomt og A har allerede fått prøvd saken i tingretten. Lagmannsretten mener på denne bakgrunn det ikke er grunnlag for å anvende tvisteloven § 20-2 tredje ledd.

Advokat Aschehoug har inngitt salæroppgave på 189 154 kroner eksklusive merverdiavgift, hvorav 13 304 kroner gjelder reise og opphold. [helseforetak] har fradragsrett for inngående merverdiavgift. Det er opplyst at det er medgått 105 timer til en timepris på 1 650 og 1 250 kroner. Advokat Vikan har ikke hatt merknader til oppgaven, og lagmannsretten legger denne til grunn, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Lagmannsretten skal legge sitt resultat til grunn for fastsettelsen av sakskostnader for tingretten, jf. tvisteloven § 20-9 andre ledd. Tingretten kom til at sakskostnader ikke skulle tilkjennes som følge av styrkeforholdet mellom partene og at saken var av stor velferdsmessig betydning for A. Lagmannsretten mener det ikke skal gjøres endringer tingrettens avgjørelse. Dette kommer til uttrykk i slutningen ved at anken forkastes.

Dommen er avsagt under den dissens som fremkommer over.

DOMSSLUTNING

- 1. Anken forkastes.*
- 2. Innen 2 – to – uker fra dommens forkynnelse betaler A 189 154 kroner i sakskostnader for lagmannsretten til [helseforetak].*