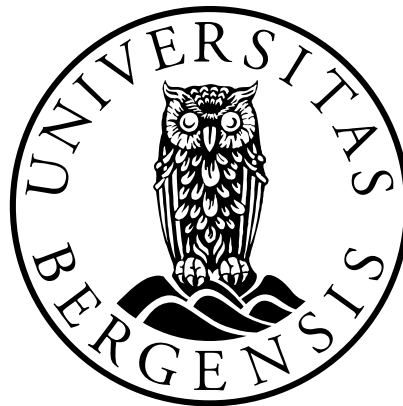


Straffedømte arbeidssøkere

En analyse av arbeidsgivers adgang til å behandle og vektlegge opplysninger om straffbare forhold ved ansettelse av arbeidstakere

Kandidatnummer: 67

Antall ord: 14 010



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

12.12.16

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	4
1.1	Presentasjon av problemstilling og underproblemstillinger	4
1.2	Hensyn.....	4
1.3	Avgrensninger og begrepsavklaringer.....	5
1.4	Rettskildebildet og metodiske særpreg.....	6
1.5	Videre fremstilling	11
2	Behandling av opplysninger om domfellelse ved ansettelse	13
2.1	Personopplysningslovens saklige virkeområde	13
2.2	Grunnvilkår for behandling: Hjemmel i lov, samtykke eller «nødvendig»	14
2.3	Lovhjemlet vandelskontroll.....	14
2.3.1	Forholdet mellom politiregisterloven og personopplysningsloven	14
2.3.2	Vandelskontroll etter politiregisterloven	15
2.3.3	Ulike former for politiattest.....	16
2.3.4	Nærmere om plikten til å kreve politiattest	16
2.3.5	Vandelskontroll ved sikkerhetsklarering	17
2.3.6	Om arbeidsgivers bruk og lagring av politiattester	18
2.4	Adgang til å behandle opplysninger uten lovhjemmel	20
2.4.1	Samtykke som selvstendig grunnlag for å innhente politiattest?.....	20
2.4.2	Bruk av egenerklæringer og lignende.....	21
2.5	Om muntlig innhenting av personopplysninger og arbeidssøkers opplysningsplikt	22
2.5.1	Om forholdet til personopplysningsloven	22
2.5.2	Opplysningspliktens rettslige grunnlag	23
2.5.3	Rettspraksis om opphør av arbeidsavtaler	24
2.5.4	Opplysningspliktens nærmere innhold	24
3	Vektlegging av straffbare forhold ved ansettelse	27
3.1	Forholdet mellom innhenting av opplysninger og adgang til å vektlegge opplysninger om straffbare forhold.....	27
3.2	Ansettelsesbeslutningen – styringsrett eller kontraktsfrihet?	27
3.3	Lovbestemt plikt til å vektlegge straffbare forhold	29
3.4	Utvelgelse av arbeidssøkere i offentlig sektor.....	30
3.4.1	Kvalifikasjonsprinsippet – rettslig utgangspunkt	30
3.4.2	Kvalifikasjonsprinsippet og vektlegging av straffbare forhold	31
3.5	Utvelgelse av arbeidssøkere i privat sektor	36
3.5.1	Saklighetsbegrensning?	36
3.5.2	Innholdet i den privatrettslige saklighetsbegrensningen	39
4	Avsluttende bemerkninger	41
4.1	Gjeldende rett for utvelgelse av arbeidssøkere, oppsummert	41
4.2	Rettspolitiske bemerkninger – domfellelse som diskrimineringsgrunnlag	41
4.2.1	Behov for diskrimineringsvern for straffedømte?	41
4.2.2	Vilkårene for saklig forskjellsbehandling av straffedømte.....	43
5	Kildehenvisninger	45

1 Innledning

1.1 Presentasjon av problemstilling og underproblemstillinger

Når arbeidsgiver skal ansette nye arbeidstakere, kan det være behov for å innhente opplysninger om arbeidssøkeres vandel som ledd i vurderingen av søkerne. Arbeidsgiveren driver for eksempel en barnehage, og er pålagt å sikre at søkeren som blir ansatt ikke tidligere har sonet straff for seksuelle overgrep mot barn. Innsyn i vandelsopplysninger innebærer å innhente opplysninger fra politiets reaksjonsregister. Det er imidlertid ikke gitt at arbeidsgiver har lov til å innhente slike opplysninger i alle tilfeller. Noen ganger forsøker arbeidsgiver å skaffe slike opplysninger på tross av manglende adgang til dette. Når arbeidsgiver får kunnskap om søkerens lovbrudd, kan denne kunnskapen påvirke ansettelsesbeslutningen.

Temaet i oppgaven er arbeidsgivers behandling og vektlegging av opplysninger om straffbare forhold ved utvelgelsen av arbeidssøkere. Oppgaven reiser hovedsakelig to underproblemstillinger. Den første er i hvilken grad arbeidsgiver har anledning til å behandle personopplysninger i ansettelsesøyemed. Spørsmålet handler om avveiningen mellom arbeidssøkers personvern og arbeidsgivers behov for kunnskap om potensielle ansatte. Den andre problemstillingen handler om hvorvidt arbeidsgiver kan vektlegge lovbrudd hos arbeidssøkeren. Dette er et spørsmål om grensene for arbeidsgivers handlefrihet overfor søkerne. Oppgaven er hovedsakelig rettsdogmatisk. Formålet er først og fremst å analysere gjeldende rett. Imidlertid vil jeg også kort vurdere om rettstilstanden for arbeidsgivers adgang til å vektlegge lovbrudd i utvelgelsesprosessen er tilfredsstillende.¹

1.2 Hensyn

En trygg arbeidstilknytning sikrer inkludering og hindrer utenforskap. Opplysninger om straffbare forhold kan ha effekt på muligheten til å skaffe seg arbeid, og medføre at straffedømte stiller svakere på arbeidsmarkedet. Straffedømte arbeidssøkere har derfor behov for å verne om slike opplysninger. Personvernens hensyn tilsier at vilkårene for innhenting av slike opplysninger er stramt definerte. Hensynet til rehabilitering tilsier at arbeidsgivers skjønnsmargin med hensyn til vektlegging av slike opplysninger ikke er for vid. Arbeidsforhold kjennetegnes ofte av et skjevt styrkeforhold mellom arbeidssøker og arbeidsgiver. Dette har ført til at rimelighetshensyn etter hvert har fått større plass på arbeidsrettens område.²

¹ Se punkt 4.2 nedenfor.

² Fougner 2015 s. 149-150.

Det overordnede målet med de fleste av arbeidsgivers beslutninger er å sikre god og forsvarlig drift av arbeidsplassen. I den forbindelse har arbeidsgiver behov for beslutningsfrihet, også med hensyn til hvem som skal ansettes. Et kriminelt rulleblad kan så tvil om arbeidssøkernes pålitelighet, og arbeidsgiver kan ønske å eliminere denne risikoen ved å velge bort straffedømte søkere. Videre er arbeidsgivere avhengig av å kunne ha tillit til arbeidstakerne for at arbeidsmiljøet skal fungere godt. Tillitshensynet har også et annet, mer utadrettet aspekt, nemlig hensynet til virksomhetens rennommé. Bedriftens rennommé har økonomiske følger. Kunder tiltrekkes av virksomheter med godt omdømme, som igjen sikrer lønnsomhet. Det er imidlertid ikke i arbeidsgivers interesse å komme i konflikt med arbeidssøkere som mener seg urettmessig forbigått i ansettelsesprosessen. Derfor har arbeidsgiver behov for forutberegnelighet med hensyn til hvilke forhold ansettelsesbeslutningen lovlig kan bygge på.

I tillegg til de nevnte hensyn har samfunnet et behov for å beskytte borgerne mot kriminalitet. På enkelte samfunnsområder er dette hensynet særlig viktig, som i eksempelet ovenfor. Formålet med reglene om vandelskontroll er ifølge politiregisterlovens³ forarbeider å «forhindre at en person får en stilling eller en offentlig tillatelse eller lignende som han eller hun ikke er egnet for på grunn av reaksjoner ilagt som en følge av straffbare handlinger».⁴

Imidlertid vil også rehabiliteringshensynet anføres under samfunnsmessige hensyn. Rehabilitering er undertiden fremhevet som et av straffens formål.⁵ Å være arbeidsløs etter soning kan være en risikofaktor for å begå ny kriminalitet.⁶ I tillegg til at rehabilitering er viktig for individet, er det også viktig av hensyn til økonomi- og ressursbruk i samfunnet. Kriminalitet er kostbart.

1.3 Avgrensninger og begrepsavklaringer

Siden oppgaven handler om ansettelse, skal jeg hovedsakelig ikke behandle materielle regler om opphør av arbeidsforhold. Imidlertid kan enkelte hensyn som begrunner heving, oppsigelse eller avskjed som følge av straffbare forhold, være relevante for å vurdere rekkevidden av arbeidssøkers opplysningsplikt om straffbare forhold, og grensene for arbeidsgivers frihet ved utvelgelsen av arbeidssøkere.⁷ Reglene om opphør av arbeidsavtaler

³ Lov 28. mai 2010 om behandling av personopplysninger i politiet og påtalemyndigheten.

⁴ Ot.prp. nr 108 (2008-2009) s. 143.

⁵ Dette er fremhevet av Høyesterett i Rt. 2003 s. 907 (premiss 10).

⁶ Skarøhamar og Telle 2009 s. 52.

⁷ Se punkt 2.5.4 og punkt 3.4 nedenfor.

vil ikke behandles utover det som er nødvendig for å behandle rekkevidden av opplysningsplikten.

Begrepet «arbeidssøker» brukes om tidligere straffedømte personer som søker på en ledig stilling. Begrepet illustrer at oppgaven fokuserer på den prekontraktuelle fasen, som inntreffer på det tidspunktet søkeren og arbeidsgiveren har kommunisert at de ønsker å inngå arbeidsavtale.⁸ Dette for å fremheve at spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å vektlegge straffbare forhold først og fremst er interessant når søkeren ellers er kvalifisert for stillingen. Reglene for når arbeidsgivere plikter å lyse ut ledige stillinger, eller prosessuelle regler om innkalling og gjennomføring av intervjuer og liknende, vil ikke behandles. Dette faller utenfor oppgavens tema.

Formuleringer som «opplysninger om straffbare forhold», «domfellelse», eller «straffedømte arbeidssøkere», skal i oppgaven forstås som opplysninger om domfellelse for lovbrudd. Dette innebærer at oppgaven hovedsakelig avgrenser mot situasjoner der søkeren har vært mistenkt, siktet og tiltalt, men frikjent.⁹ Avgrensningen har praktiske årsaker. For det første er det kun strafferettslige reaksjoner som følge av lovbrudd som vil anmerkes på en politiattest.¹⁰ Det er slike forhold arbeidsgiver har størst forutsetning til å gjøre seg kjent med, og som trolig har størst påvirkning på muligheten til å skaffe seg arbeid. Oppgaven tar ikke sikte på å gi en detaljert fremstilling av ulike *typer* lovbrudd eller reaksjoner.¹¹ Formålet er å illustrere noen generelle retningslinjer for når det er legitimt for arbeidsgiveren å vektlegge et lovbrudd i arbeidssøkerens disfavør.¹²

1.4 Rettskildebildet og metodiske særpreg

Arbeidsmiljøloven er ofte den primære rettskilden ved løsningen av arbeidsrettslige spørsmål. Oppgavens problemstillinger er imidlertid ikke direkte regulert i arbeidsmiljøloven. Problemstillingene må delvis løses på bakgrunn av lovfestede personvernregler, delvis på bakgrunn av lovfestet og ulovfestet rett om skrankene for arbeidsgivers utvelgelse av arbeidssøkere.

⁸ Simonsen 1997 s. 19.

⁹ Se imidlertid under punkt 2.4.2, der jeg behandler en dom hvor tiltalte var blitt frikjent for drap. Dommen gir uttrykk for noen momenter som har relevans i analysen av hvilke regler som gjelder for straffedømte arbeidssøkeres opplysningsplikt.

¹⁰ Se punkt 2.3.3 nedenfor.

¹¹ Poliattiester viser hovedsakelig domfellelse for lovbrudd som kan straffes med fengsel der den øvre strafferammen er mer enn 1 år, se punkt 2.3.3 nedenfor. Lov 20. mai 2005 om straff (straffeloven) opphever skillet mellom forbrytelser og forseelser.

¹² Se nærmere om dette under punkt 3.3 og punkt 3.4. nedenfor.

Personvernet kan defineres som «summen av lover, normer og tiltak som imøtekommer den enkeltes interesse av at personlige opplysninger tilfredsstiller kvalitetskrav og ikke behandles på en utilbørlig måte».¹³ Arbeidsgivers behandling av personopplysninger reguleres av personopplysningsloven,¹⁴ som suppleres av personopplysningsforskriften.¹⁵ Opplysninger om straffbare forhold er sensitive personopplysninger, jf. popplyl. § 2 nr. 1. Vilåårene for behandling av personopplysningsloven omtales nedenfor,¹⁶ men jeg vil allerede her nevne at behandling av personopplysninger krever hjemmel. Personopplysningsloven gjennomfører EUs personverndirektiv.¹⁷¹⁸

Innhenting av opplysninger om straffbare forhold skjer fortrinnsvis ved vandelskontroll. Vandelskontroll utføres av politiet og ptålemyndigheten og reguleres av politiregisterloven, jf. politiregisterloven § 3 og den tilhørende politiregisterforskriften.¹⁹ Personopplysningsloven er retningsgivende for politiregisterloven, men sistnevnte vil etter prinsippet om *lex specialis* gå foran førstnevnte.²⁰

Sikkerhetsloven²¹ gjelder for forvaltningsorganer, og for ethvert rettssubjekt som leverer varer eller tjenester til forvaltningsorganer i forbindelse med en sikkerhetsgradert anskaffelse, jf. sikl. § 2 første og andre avsnitt. Kapittel 6 gir regler om personkontroll, herunder vandelskontroll, der den ledige stillingen innebærer at den som ansettes skal få tilgang til gradert informasjon. Utfyllende regler er gitt i forskrift om personellsikkerhet.²²

Hvorvidt arbeidssøker har en generell opplysningsplikt ved inngåelse av arbeidsforhold, må løses på bakgrunn av ulovfestet rett.²³ Så vidt jeg kan se finnes det ikke høyesterettspraksis som tar direkte stilling til straffedømte arbeidssøkeres opplysningsplikt, noe som reiser spørsmål om bruk av underrettspraksis.²⁴

¹³ Johansen, Kaspersen og Skullerud s. 22.

¹⁴ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (popplyl.).

¹⁵ Forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften).

¹⁶ Se punkt 2.2

¹⁷ Direktiv 95/46/EF av 24. oktober 1995 (personverndirektivet).

¹⁸ Johansen, Kaspersen og Skullerud 2001 s. 18 og s.48.

¹⁹ Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og ptålemyndigheten (politiregisterforskriften).

²⁰ Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) s. 12, 38 og 68.

²¹ Lov 20. mars 1998 nr. 10 om forebyggende sikkerhetstjeneste (sikl.)

²² Forskrift 29. juni.2001 nr. 722 om personellsikkerhet.

²³ Se imidlertid punkt 2.3.5.

²⁴ Se nærmere om dette nedenfor i samme kapittel. Se også om bruk av opphrsdommer nedenfor.

EMK²⁵ er gjort til norsk lov ved menneskerettsloven²⁶ § 3. EMK artikkel 8 om retten til privatliv begrenser adgangen til behandling av personopplysninger. EMD²⁷ har slått fast at retten til personvern også gjelder i arbeidslivet.²⁸ Behandling av opplysninger om borgernes vandel utgjør et inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8.²⁹ Inngrep i retten til privatliv er kun legitimt når det er «necessary in a democratic society» for å beskytte et av de nærmere angitte formål; «national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others», jf. EMK artikkel 8 nr. 2.

Etablering av arbeidsforhold, herunder utvelgelse av arbeidssøkere, er i utgangspunktet et kontraktsrettslig anliggende. Tradisjonelt sett har utgangspunktet vært at arbeidsgiver har beslutningsfrihet ved valg av ansatte.³⁰ Den beslutningsmyndigheten arbeidsgiver har i kraft av sin posisjon som leder blir ofte kalt arbeidsgivers styringsrett. Rettsgrunnlaget for arbeidsgivers ansettelsesbeslutning drøftes nærmere nedenfor.³¹

Tidligere gjenspeilet arbeidsforhold et liberalistisk syn på arbeidsforholdet, hvor partene ble ansett å tilby varer og tjenester på markedet på likefot.³² Med tiden er det i økende grad anerkjent at styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er skjevt i førstnevntes favør, og at er behov for visse utjevningsmekanismer.³³ Utgangspunktet om beslutningsfrihet ved utvelgelse av arbeidssøkere begrenses nå av ulike regler, både lovfestede og ulovfestede. Nedenfor følger en kortfattet oversikt over regler som begrenser arbeidsgivers handlefrihet overfor arbeidssøkere.

Valg av arbeidssøkere begrenses av reglene om fortrinnsrett, jf. aml. §§ 14-2 og 14-3. Disse reglene gir imidlertid ikke svar på når arbeidsgiver kan velge bort arbeidssøkere på grunn av søkerens straffbare forhold. Oppgavens forutsetning er jo nettopp at det ikke enda er etablert et arbeidsforhold.

²⁵ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

²⁶ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (mrl.).

²⁷ Den europeiske menneskerettighetsdomstolen.

²⁸ EMDs dom 23. november 1992 *Niemietz mot Tyskland*, premiss 29.

²⁹ EMDs dom 26. Mars 1987 *Leander mot Sverige*, premiss 48. Se også Høyesteretts dom inntatt i Rt. 2001 s. 428 (Strafferegisteringssaken), s. 444.

³⁰ Evenrud 2009 s. 226.

³¹ Se punkt 3.2.

³² Skjønberg og Hognestad 2014 s. 20.

³³ *Ibid.* s. 22 flg.

Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er en praktisk viktig begrensning ved utvelgelse av arbeidssøkere. Diskrimineringsvernet følger dels av arbeidsmiljøloven, dels av diskriminerings- og tilgjengelighetslovgivningen.³⁴ Arbeidsmiljøloven § 13-1 nr. 1 forbyr diskriminering på bakgrunn av politisk syn og medlem i arbeidstakerorganisasjoner eller alder. Diskrimineringsforbudet gjelder alle sider av arbeidsforholdet, jf. aml. § 13-2 nr. 1. I aml. § 13-1 nr. 4-7 er det henvist til de nevnte diskrimineringslovene.

Straffedømte nyter ikke diskrimineringsvern etter verken arbeidsmiljøloven eller øvrig diskrimineringslovgivning. I forbindelse med forslag til en samlet diskrimineringslov, tok Diskrimineringslovutvalget til orde for å innføre en sekkebestemmelse om diskriminering på grunn av «andre liknende vesentlige forhold ved en person».³⁵ Tanken var at straffedømte etter omstendighetene kunne påberope seg dette diskrimineringsgrunnlaget.³⁶ Forslaget ble imidlertid ikke fulgt opp av Barne- og likstillingsdepartementet i proposisjonen til en ny likestillings- og diskrimineringslov.³⁷ Utredningen vil omtales nedenfor.³⁸

Norge er tilknyttet en rekke internasjonale konvensjoner som gir regler om diskriminering, samt regler om retten til arbeid. ILO-konvensjonen nr. 111³⁹ forbyr for det første enhver «skilnad, utelukkning eller særlig fordel» som på basis av rase, farge, kjønn, religion, politisk oppfatning, nasjonal opprinnelse eller sosial herkomst som vanskeliggjør eller forhindrer lik adgang til, eller likebehandling i, sysselsetting eller yrkesutleving, jf. artikkel 1 nr. 1a. Videre forbyr konvensjonen slik skilnad, utelukkning eller særlig fordel «for øvrig» (min kursivering) som hindrer eller vanskeliggjør likebehandling, jf. artikkel 1 nr. 1 bokstav b. SP⁴⁰ art. 26 pålegger konvensjonspartene å utforme lovgivning som skal forby «enhver form for forskjellsbehandling» og sikre alle likeverdig og effektiv beskyttelse mot forskjellsbehandling på ulike grunnlag, deriblant «stilling for øvrig». Bestemmelsen er ikke aksessorisk, og får anvendelse uavhengig av om det foreligger brudd på konvensjonens øvrige rettigheter. Den pålegger partene en positiv plikt til å hindre usaklig forskjellsbehandling.⁴¹ EMK art. 14 gir

³⁴ Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene; Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn; Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne; Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.

³⁵ NOU 2009: 14 s. 171.

³⁶ Ibid., s. 172.

³⁷ Prop. 88 L (2012-2013) punkt 10.4.3.1 flg. Departementet nevnte ikke vern mot diskriminering av straffedømte under vurderingen av hvilke andre diskrimineringsgrunnlag som skulle inntas i den nye loven.

³⁸ Se punkt 4.2.

³⁹ ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.

⁴⁰ FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).

⁴¹ Jf. Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) s. 32.

også vern mot diskriminering på grunnlag av «annen status». Forbudet er aksessorisk; for å utløse diskrimineringsvernet etter EMK må det foreligge brudd på en av konvensjonens grunnleggende rettigheter og friheter. Dette omfatter også rettigheter og friheter som følger av konvensjonens tilleggsprotokoller.⁴² EMK gir ikke noe eksplisitt vern av retten til arbeid, verken i selve konvensjonsteksten eller i tilleggsprotokollene. ØSK⁴³ artikkel 6 pålegger konvensjonspartene å sikre retten til arbeid. Det er imidlertid ikke konvensjonspartenes plikt til å sikre at straffedømte får tilgang til arbeid som fremheves som formålet med bestemmelsen, men det at funksjonshemmede får lik tilgang til arbeid som funksjonsfriske.⁴⁴ På bakgrunn av disse reglene kunne det vært interessant å undersøke om det er i tråd med våre internasjonale forpliktelser at straffedømte ikke nyter vern mot diskriminering etter nasjonal rett. Dette er imidlertid et tema som faller litt på siden av den rettsdogmatiske fremstillingen av gjeldende rett som oppgaven tar sikte på. Jeg vil derfor ikke forfølge denne problemstillingen videre.

Enkelte av arbeidsgivers beslutninger er underlaget lovfestede saklighetsnormer. Her kan nevnes aml. §§ 9-3 og 9-4 om innhenting av helseopplysninger ved ansettelse,⁴⁵ saklighetskravet for bruk av kontrolltiltak, jf. aml. § 9-1 første avsnitt, samt saklighetskravet knyttet til stillingsvernet, jf. aml. §§ 15-6-15-10 mv. Loven inneholder ingen saklighetskrav for adgang til å vektlegge opplysninger om lovbrudd.

I offentlig sektor er arbeidsgivers valg mellom arbeidssøkere regulert av ulovfestede saklighetsnormer.⁴⁶ Saklighetsnormene betraktes som rettslige standarder,⁴⁷ og vil dermed gi retningslinjer for hvilke opplysninger arbeidsgiver kan vektlegge i utvelgelsen. Det finnes ikke høyesterettspraksis som direkte tar stilling til hvordan forvaltningsrettslige saklighetsnormer styrer vektlegging av straffbare forhold ved valget mellom flere arbeidssøkere i offentlig sektor. Det finnes imidlertid noe høyesterettspraksis og en del underrettsavgjørelser om opphør av arbeidsforhold på bakgrunn av straffbare forhold hos arbeidstakeren. Om dette vil jeg bemerke to ting:

⁴² Jf. Rt. 2006 s. 1665, premiss 36.

⁴³ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

⁴⁴ General comment No. 5: Persons with disabilities, punkt 20.

⁴⁵ Bestemmelsens formål er å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet, jf. Ot.prp. nr. 49 (2004-2005).

⁴⁶ Jakhelln 2006 s. 215. Se nærmere om dette i punkt 3.4. flg.

⁴⁷ Evenrud 2009 s. 228.

For det første om det er legitimt å bruke høyesteretts- og underrettsdommer om *opphør* av arbeidsforhold til drøfte rettstilstanden for problemstillinger knyttet til *ansettelse*. Rettsavgjørelser om vilkårene for opphør av arbeidsforhold har ikke umiddelbar relevans for spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å vektlegge opplysninger om straffbare forhold. Likevel kan opphørsavgjørelser gi argumentasjonsbidrag i form av at regelsettene til en viss grad bygger på samme hensyn.⁴⁸ For det andre er det grunn til å problematisere vekten av underrettspraksis generelt sett; det vil si om dommer fra lagmannsretter og tingretter har selvstendig rettskildemessig vekt.⁴⁹ Som utgangspunkt legger jeg til grunn at underrettsdommer ikke har selvstendig rettskildemessig vekt dersom rettsoppfatningen de gir uttrykk for avviker fra oppfatningen i autoritative kilder.⁵⁰ Underrettsavgjørelser kan imidlertid ha argumentasjonsverdi i mangel av autoritative kilder, spesielt dersom argumentasjonen som ligger til grunn for resultatet er forankret i en etablert rettsoppfatning, eller gir uttrykk for en fornuftig avveining av relevante reelle hensyn.

Ved ansettelse i privat sektor er spørsmålet om arbeidsgiver er bundet av et tilsvarende saklighetsprinsipp som i det offentlige. Det er usikkert om Høyesterett har tatt direkte stilling til dette. Spørsmålet er diskutert i juridisk litteratur. Det er alminnelig antatt at den selvstendige rettskildemessige vekten av juridisk litteratur er liten, sammenlignet med autoritative kilder som lov, forarbeider og høyesterettspraksis. I mangel av klare autoritative rettskilder kan likevel juridisk teori gi argumentasjonsbidrag. Det er imidlertid nødvendig kontinuerlig å vurdere kvaliteten av forfatternes argumentasjon; om standpunktene som kommuniseres er et resultat av forsvarlig avveining av relevante rettskilder innenfor rammene av alminnelig rettskildelære, samt om argumentasjonen er transparent – med andre ord at den er utilslørt.

1.5 Videre fremstilling

Hjemlene for arbeidsgivers behandling av personopplysninger følger av personopplysningsloven. Oppgaven tar ikke sikte på en omfattende fremstilling av vilkår som gjelder for behandling av personopplysninger helt generelt, da dette ville blitt for omfattende innenfor ordgrensen. I den videre fremstillingen gjør jeg kort rede for de ulike hjemmelsgrunnlagene for å behandle opplysninger om lovbrudd hos arbeidssøkerne, før jeg går videre til å behandle noen særspørsmål som reises i tilknytning til behandling av

⁴⁸ Se punkt 2.5.4 og punkt 3.4.2 nedenfor.

⁴⁹ Skoghøy 2002 s. 326 og 332.

⁵⁰ Ibid. s. 326.

opplysninger om lovbrudd spesielt. Behandling av personopplysninger gjennom vandelskontroll reguleres av politiregisterloven. Dette reiser spørsmål om forholdet mellom lovene, som jeg vil behandle under punkt 2.3.1. For arbeidssøkeren er det relevant å vite i hvilke tilfeller arbeidsgiver kan foreta vandelskontroll, og hvilke lovbrudd kontrollen vil avdekke. Dette behandles i punkt 2.3.3 til 2.3.5. Lovskravet for vandelskontroll reiser spørsmål om lovligheten av å innhente opplysninger uten lovhjemmel, se punkt 2.4.2. Ikke all befatning med personopplysninger omfattes av personopplysningsloven, og spørsmålet er dermed om slik befatning reguleres av andre regler, se punkt 2.5.

Ved valg mellom søkere kan det stilles spørsmål om manglende hjemmel til å behandle vandelsopplysninger legger føringer for adgangen til å vektlegge slike opplysninger ved utvelgelsen av søkere. Spørsmålet fungerer som en innledning til analysen av hvilke regler som dikterer utvelgelsen av arbeidssøkere. Det er ikke nødvendigvis gitt at de samme reglene gjelder i det offentlige og det private, noe som fordrer at de respektive sektorene behandles separat. Basert på funnene vil jeg foreta en kort vurdering av om det bør innføres et diskrimineringsvern for straffedømte, og hva det i tilfellet bør gå ut på, se punkt 4.2.

2 Behandling av opplysninger om domfellelse ved ansettelse

2.1 Personopplysningslovens saklige virkeområde

Personopplysningsloven § 3 første avsnitt angir lovens saklige virkeområde. Håndtering av personopplysninger er «behandling» i lovens forstand dersom håndteringen «helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler», jf. bokstav a. Også «annen behandling av personopplysninger» omfattes dersom «disse inngår eller skal inngå i et personregister», jf. bokstav b. Etter ordlyden avgrenser loven mot manuell behandling av personopplysninger, med mindre de manuelle opplysningene skal inngå i et personregister.⁵¹ Det avgjørende for om opplysningene er innhentet ved hjelp av elektroniske hjelpemidler er hovedsakelig hvorvidt opplysningene er gjort maskinlesbare.⁵² Manuell behandling omfattes dersom opplysningene inngår eller skal inngå i et «personregister». Vilkåret «personregister» er legaldefinert i popplyl. § 2, nr. 3 som «registre, fortegnelser, mv. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte kan finnes igjen». Sentralt står det såkalte *gjenfinningskriteriet*; dersom opplysningene for eksempel er organisert alfabetisk på personnavn, vil personopplysningsloven komme til anvendelse.⁵³

Personopplysningsloven § 2 nr. 2 definerer «behandling» av personopplysninger som «enhver bruk av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter», herunder personaladministrativ behandling av personopplysninger. Ordlydens bruk av eksempler tilsier at opplistingen ikke er uttømmende. Ordlydstolkningen finner støtte i forarbeidene, som uttaler at formuleringen omfatter «enhver form for formålsrettet håndtering av personopplysninger». Videre er det presisert at det er formålet med behandlingen som er avgjørende, og som vil binde de ulike håndteringsmåtene sammen til én behandling.⁵⁴ Det avgjørende er at behandlingen som helhet oppfyller vilkårene i personopplysningsloven. I forbindelse med ansettelse er innhenting og lagring av opplysninger de mest aktuelle behandlingsmåtene. I oppgaven vil jeg derfor, av pedagogiske hensyn, skille mellom behandling i form av innhenting, og behandling i form av lagring, av opplysninger.

⁵¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 24.

⁵² Ibid., punkt 4.1.5.

⁵³ Dette kriteriet er lagt til grunn av Personvernemnda, se sak PVN-2005-1.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 102.

2.2 Grunnvilkår for behandling: Hjemmel i lov, samtykke eller «nødvendig»

Behandling av sensitive personopplysninger er underlagt strenge vilkår. Sensitive personopplysninger kan kun behandles dersom ett av vilkårene i § 8 bokstav a-f er oppfylt, og behandlingen oppfyller ett av vilkårene i § 9 første avsnitt, bokstav a-h. Kravet til oppfyllelse av vilkårene i § 8 vil normalt være oppfylt dersom behandlingen er tillatt i henhold til alternativene i § 9.⁵⁵ Paragraf 9, jf. § 8 angir tre alternative grunnvilkår for behandling av personopplysninger. Behandling kan skje dersom det enten; foreligger «samtykke», jf. popplyl. § 2 nr. 7; det foreligger lovhjemmel; eller dersom behandling er «nødvendig» for å fylle et av vilkårene i § 8 bokstav a-f, jf. § 9 første avsnitt, bokstav a-h.

Personopplysningslovens primære pliktsubjekt er den «behandlingsansvarlig[e]». Vilkåret er legaldefinert som «den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes», jf. popplyl. § 2 nr. 4. Det nærmere innholdet i definisjonen har forårsaket mye diskusjon, som jeg ikke vil gå inn på her.⁵⁶ Jeg nøyer meg med å nevne at den behandlingsansvarlige kan være en fysisk eller juridisk person,⁵⁷ i praksis instansens eller virksomhetens ledelse, men at ansvaret kan delegeres.⁵⁸ Den behandlingsansvarliges rolle er først og fremst å ha overoppsyn med at behandlingen skjer i samsvar med personopplysningsloven, jf. ordlyden.

2.3 Lovhjemlet vandelskontroll

2.3.1 Forholdet mellom politiregisterloven og personopplysningsloven

Både politiregisterloven og personopplysningsloven regulerer behandling av sensitive personopplysninger.⁵⁹ Dette reiser spørsmålet om forholdet mellom lovene. Politiregisterloven gjelder kun for «politiet og påtalemyndighetens behandling av opplysninger», jf. § 3. Etter ordlyden er det klart at arbeidsgivere som ikke er politiet eller påtalemyndigheten må følge personopplysningslovens regler for behandling av opplysninger om straffbare forhold. Etter ordlyden er det imidlertid ikke klart om loven kommer til anvendelse på politiets samlede virksomhet, eller kun deler av denne. Spørsmålet reises i de tilfeller politiet eller påtalemyndigheten selv er arbeidsgiver, og det blir behov for å behandle opplysninger om arbeidssøkernes vandel i forbindelse med ansettelse. I politiregisterlovens forarbeider er det knyttet noen bemerkninger til rekkevidden av lovens anvendelsesområde.

⁵⁵ Jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110.

⁵⁶ Begrepet ble grundig analysert i Schartum og Bygrave 2006, s. 28 flg.

⁵⁷ Ibid. s. 31

⁵⁸ Ibid. s. 32.

⁵⁹ Jf. politiregisterloven § 3 og personopplysningsloven § 3.

Justis- og beredskapsdepartementet uttalte at «... politiregisterloven ... ikke får anvendelse på politiets forvaltningsvirksomhet og sivile gjøremål, med den følge at disse fremdeles reguleres av personopplysningsloven ...».⁶⁰ Da ansettelse faller innunder politiets sivile gjøremål er det klart at behandling av opplysninger om straffbare forhold ved ansettelse reguleres av personopplysningsloven, uansett hvem som er arbeidsgiver.

2.3.2 Vandelskontroll etter politiregisterloven

Enkelte stillinger krever at arbeidssøkeren har plettfritt rulleblad, eller at vedkommende ikke er skyldig i et nærmere angitt lovbrudd. I slike tilfeller vil arbeidsgiver ha behov for å foreta en vandelskontroll med arbeidssøkeren. Vandelskontroll som gis i mottakerens interesse skal gis som politiattest, jf. politiregisterloven § 36 nr. 1. Utstedelse av politiattest «kan bare foretas når den har hjemmel i lov eller forskrift gitt i medhold av lov», jf. § 36 første avsnitt, første setning.⁶¹ Etter ordlyden er det utelukket for politiet og påtalemyndigheten å utstede politiattest uten hjemmel i lov eller forskrift gitt i medhold av lov. Dermed kan arbeidsgiver heller ikke kreve utlevert politiattest uten slik hjemmel, jf. også popplyl. § 9, jf. § 8 første avsnitt. Hjemmelskravet er slått fast i politiregisterlovens forarbeider og i rettspraksis.⁶²

Hjemmel til å innhente politiattest gis særskilt i spesiallovgivningen i medhold av politiregisterloven § 37 første avsnitt. Det kan gis hjemmel til å innhente politiattest for å utelukke en person fra «stilling, virksomhet, aktivitet eller annen funksjon». Utelukkelsen må videre oppfylle ett av formålene i bestemmelsens nummer 1-6. Formålene skal ikke forstås uttømmende. Også andre formål enn de opplistet i § 37 nr. 1-6 kan tenkes å legitimere en hjemmel i spesiallovgivningen til å innhente politiattest.⁶³ Jeg bemerker at oppgaven har ikke som formål å gi en fremstilling av spesiallovgivningens hjemler.

Vandelskontroll av personer som skal ha omsorgsoppgaver knyttet til barn er særskilt regulert i politiregisterloven § 39. Etter ordlyden skal det bemerkes om personen har blitt dømt for overtredelse av straffebud som gjør personen uegnet til å jobbe med barn, jf. også § 37 nr. 1. I så måte ramser bestemmelsen opp en rekke straffebud som jeg ikke skal gå nærmere inn på. Bestemmelsen er ikke en hjemmel til å utstede politiattest, men er gitt for at spesialhjemlene på områdene der det kreves politiattest for å arbeide med barn skal være ensartede.⁶⁴

⁶⁰ Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) s. 70.

⁶¹ Det samme følger av politiregisterforskriften § 28-2.

⁶² Se Rt. 2001 s. 428 (Strafferegistrering), s. 438, siste avsnitt, og Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) s. 146.

⁶³ Ibid. s. 311.

⁶⁴ Ibid. s. 313.

Kravet om hjemmel er et nødvendig, men ikke tilstrekkelig, vilkår for utstedelse av politiattest. Selv om det er arbeidsgiver som har interesse av opplysningene i politiattesten, er det arbeidssøkeren som skal fremsette søknad om denne, jf. politiregisterloven § 44. Forarbeidene utdyper dette ved å fastslå at attesten skal leveres direkte til søkeren, men at den kan videreformidles til andre, herunder arbeidsgiver, med søkerens samtykke.⁶⁵ Samtykket skal være skriftlig, jf. politiregisterforskriften § 36-6.

2.3.3 Ulike former for politiattest

Hovedregelen er at politiattesten skal utstedes som ordinær politiattest med mindre noe annet følger av lov eller forskrift, jf. politiregisterloven § 40 nr. 1. Etter ordlyden skal politiattesten være ordinær, dersom hjemmelsbestemmelsen ikke angir noe annet.⁶⁶ Hvilke forhold som skal bemerkes på ordinær politiattest følger av § 40 nr. 2-8. Jeg begrenser meg til kort å nevne de forholdene som i hovedsak skal angis, jf. § 40 nr. 2. Hovedregelen er at attesten skal oppgi dom for betinget og ubetinget fengsel; forvaring og samfunnsstraff; bøter idømt for overtredelse av straffebud med en øvre strafferamme på mer enn 6 måneder; samt idømmelse av tvungen psykisk helsevern, jf. § 40 nr. 2, bokstav a-g.

Enkelte stillinger gir adgang til å innhente uttømmende politiattest, jf. § 41 nr. 1, eller utvidet politiattest, jf. § 41 nr. 2. Også dette krever særskilt hjemmel i spesiallovgivningen, jf. § 40 nr. 1. En uttømmende attest skal inneholde «alle straffer, strafferettslige reaksjoner og andre tiltak som er registrert i reaksjonsregisteret som følge av lovbrudd», jf. § 41 nr. 1. Til forskjell fra ordinær attest omfatter uttømmende attest blant annet påtaleunntatelse. Utvidet politiattest gir en rett til å anmerke opplysninger om verserende saker, altså saker som ikke er ferdig etterforsket eller rettskraftig avgjort. Også utvidet politiattest krever etter ordlyden i § 41 nr. 2 hjemmel i lov.

2.3.4 Nærmere om plikten til å kreve politiattest

I de tilfellene arbeidsgivere har hjemmel i spesiallovgivningen til å innhente politiattest, er spørsmålet om denne retten også innebærer en plikt til innhenting. Barnehageloven⁶⁷ § 19 kan tjene som eksempel. Bestemmelsen første avsnitt stadfester at personer som ansettes midlertidig eller fast i barnehager «skal» fremlegge politiattest.

⁶⁵ Ibid. s. 314

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ Lov 17. juni 2005 nr. 4 om barnehager (bhl.).

Vilkåret «skal» tilsier etter ordlyden et utvetydig påbud om innhenting. Bestemmelsen må ses i sammenheng med bestemmelsen i § 19 tredje avsnitt, hvor det heter at personer dømt for seksuelle overgrep mot mindreårige «er utelukket» fra fast eller midlertidig ansettelse i barnehager. Bestemmelsen i tredje avsnitt ville vært uten realitet dersom ikke arbeidsgiver pliktet å innhente politiattest fra arbeidssøkere i slike tilfeller.

I noen tilfeller beror det på en skjønnsmessig vurdering om politiattest skal innhentes. Et eksempel på dette er bhl. § 19 andre avsnitt. Her «kan» arbeidsgiver (barnehageeier eller kommunen som barnehagemyndighet) kreve politiattest som nevnt i første avsnitt for «andre personer som regelmessig oppholder seg i barnehagen eller har vesentlig innflytelse på barnehagens drift». Spørsmålet er om beslutningen om å innhente politiattest utelukkende er opp til arbeidsgiveren.

Det er politiregisterloven og politiregisterforskriften som regulerer i hvilke tilfeller politiet har adgang til å utstede politiattest. Ordlyden av vilkåret «kan kreve» henspiller dermed på politiets myndighet til å overprøve barnehagens avgjørelse om å innhente politiattest. Imidlertid uttaler Politidirektoratet i et rundskriv at «[d]et vil være arbeidsgiveren eller den som skal bruke attesten som må vurdere om lovens vilkår for å utstede politiattest er til stede. Bare unntaksvis – når det er åpenbart at vilkårene ikke er til stede – vil politiet kunne overprøve arbeidsgiverens vurdering».⁶⁸ Med andre ord skal politiet være varsomme med å overprøve barnehageeieren eller kommunes vurdering. Ofte er det nettopp de som best kan vurdere behovet for å innhente politiattest.

2.3.5 Vandelskontroll ved sikkerhetsklarering

Enkelte stillinger innebærer at den som skal ansettes kan eller skal få tilgang til gradert informasjon. Dette gjelder for eksempel ved ansettelse av militært personell, eller ved ansettelse i Etterretningstjenesten. Sikkerhetslovens bestemmelser gir et system for å sikre at personell som skal eller kan få tilgang til gradert informasjon er sikkerhetsmessig skikket til det. Personell som skal gis tilgang til «skjermingsverdig informasjon gradert KONFIDENSIELT eller høyere»⁶⁹ skal på forhånd sikkerhetsklareres før autorisasjon, jf. § 19 andre avsnitt, jf. første avsnitt. Autorisasjon er en formell avgjørelse om at en person skal få tilgang til informasjon med angitt sikkerhetsgrad, jf. sikl. § 3 nr. 20. Sikkerhetsklarering

⁶⁸ Se rundskriv RPOD-2014-9 punkt 3.5.6, siste avsnitt.

⁶⁹ Sikkerhetsnivåene følger av sikl. § 19 siste avsnitt, bokstav a-c. De inndeles i KONFIDENSIELT (bokstav a), HEMMELIG (bokstav b) og STRENGT HEMMELIG (bokstav c).

innebærer at det treffes en avgjørelse av en persons antatte skikkethet for en angitt sikkerhetsgrad, jf. sikl. § 3 første avsnitt nr. 19.

Ved sikkerhetsklarering av personell foretas det personkontroll. Personkontroll innebærer innhenting av relevante opplysninger til vurdering av sikkerhetsklarering, jf. sikl. § 3 nr. 18. Ved vurdering av en persons sikkerhetsmessige skikkethet kan straffbare forhold, eller forberedelse av slike, tillegges vekt, jf. sikl. § 21 første avsnitt, bokstav b. Nasjonal sikkerhetsmyndighet (NSM) kan i den forbindelse kreve utlevert opplysninger fra blant annet reaksjonsregisteret, straffesaksregisteret og registre ved Politiets sikkerhetstjeneste, jf. forskriften § 3-4 første avsnitt, nr. 1.-3. EMD har fremhevet at statenes skjønnsmargin til å beslutte om det skal foretas personkontroll, og med hvilke virkemidler, er vid der formålet med behandlingen er å beskytte rikets sikkerhet.⁷⁰ Personellkontroll kan ikke iverksettes uten at den som skal sikkerhetsklareres informeres og samtykker til behandlingen, jf. sikl. § 20 andre avsnitt, første setning. I den forbindelse har arbeidssøkeren opplysningsplikt om forhold som kan være relevante for vurderingen av om det skal gis sikkerhetsklarering, jf. § 20 andre avsnitt, andre setning.⁷¹

2.3.6 Om arbeidsgivers bruk og lagring av politiattester

I tillegg til grunnvilkårene i popplyl. §§ 8 og 9, stiller § 11 bokstav a-e ytterligere krav til behandlingen. For det første gjentas grunnkravet til hjemmel i bl.a. lov etter §§ 8 og 9, jf. § 11 bokstav a. Opplysninger innhentet i medhold av lov oppfyller naturligvis hjemmelskravet i popplyl. § 8, jf. § 9. Imidlertid må også arbeidsgiverens bruk og lagring av personopplysningene fylle noen nærmere angitte krav.

For det første må opplysningene kun *brukes* til «uttrykkelig angitte formål» og være saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet», jf. § 11 bokstav b. I praksis vil arbeidsgiver gjerne gi arbeidssøkeren en ferdig formulert søknad om politiattest hvor formålet, f.eks. ansettelse som fengselsbetjent i Kriminalomsorgsdirektoratet, er angitt. At den behandlingsansvarlige selv skal oppgi hvilket formål opplysningene skal brukes til, er viktig for å sikre forsvarlig behandling: for det første innebærer det en ansvarliggjøring av den behandlingsansvarlige. For det andre blir det enklere å avgjøre om bruken er i samsvar med lov når den kan sammenlignes med et klart definert formål.

⁷⁰ EMDs dom 26. Mars 1987 *Leander mot Sverige*, premiss 59.

⁷¹ Om arbeidssøkers ulovfestede opplysningsplikt, se punkt 2.4.4 nedenfor.

Videre må den behandlingsansvarlige sørge for at opplysningene som behandles er «korrekte og oppdatert og ikke lagres lenger enn det som er nødvendig utfra formålet med behandlingen», jf. § 11 bokstav e. Bestemmelsen er omtalt som «sikringsbestemmelsen» i lovens forarbeider, og innebærer en «plikt til å etablere og anvende alminnelig anerkjente metoder for informasjons-/datasikkerhet for persondatabelandlinger».⁷²

Praktisk viktig er også bestemmelsen i § 11 bokstav e, andre alternativ, om at politiattesten ikke lagres lenger enn hva som er «nødvendig utfra formålet med behandlingen, jf. ... § 28». Dette reiser spørsmålet om hvorvidt politiattesten til den som ansettes kan lagres også etter ansettelsen. Det kan for eksempel tenkes at arbeidsgiver har interesse av å lagre attesten i personalmappen som bevis for at vedkommende var skikket til stillingen ved en senere arbeidstvist. Ordlyden «nødvendig» i § 11 bokstav e, jf. § 28 første avsnitt, tilsier at politiattesten, og opplysningene som finnes i den, ikke kan lagres lenger enn det som kreves for at arbeidsgiver kan ta stilling til om det foreligger straffbare forhold som medfører at vedkommende ikke er skikket til stillingen. Når ansettelsesbeslutningen er truffet, er formålet med innhenting, jf. § 11 bokstav b, oppfylt.

En slik ordlydstolkning støttes opp av en avgjørelse fra Personvernemnda. I forbindelse med ansettelse hadde arbeidsgiveren innhentet en vandelsattest, som vedkommende ønsket å oppbevare i sitt personalsystem. Arbeidsgiveren fikk ikke medhold. Nemnda uttalte at arbeidsgiver

«... ikke [kan] lagre personopplysninger i lenger tid enn det som er nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen. Innhenting av vandelsattest skjer i forbindelse med selve ansettelsen, og når denne prosessen er gjennomført, er formålet med den innhentede attest oppnådd».⁷³

Nemndas uttalelse illustrerer at ansettelse av arbeidstakere er en prosess. I noen tilfeller har arbeidsgiver anledning til å bruke skjønn i vurderingen av om et forhold utelukker vedkommende fra stillingen.⁷⁴ En slik vurdering kan være komplisert og tidkrevende. Politiattester må etter ordlyden kunne lagres i påvente av en slik skjønnsmessig vurdering.

⁷² Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 72.

⁷³ Jf. PVN-2005-6.

⁷⁴ Dette temaet behandles nærmere under punkt 3.1 nedenfor.

Hensynet til søkerens personvern tilsier imidlertid at det innfortolkes et krav om forsvarlig saksbehandlingstid.⁷⁵

Når formålet med behandlingen er oppfylt skal opplysningene som hovedregel slettes, jf. § 28 første avsnitt, siste setning. Å lagre opplysninger lengre enn dette vil kunne stride mot popplyl. § 10, som understreker at fullstendige straffedomsregistre kun kan føres under kontroll av offentlig myndighet. I den refererte avgjørelsen fra Personvernemnda ble det understreket at det «er lite ønskelig at det i en større bedrift etableres et sekundært strafferegister.»⁷⁶ Unntaksvis kan attesten lagres lenger dersom opplysningene skal oppbevares i henhold til arkivloven eller annen lovgivning, jf. popplyl. § 28 første avsnitt, siste setning. Brudd på bestemmelser i personopplysningsloven kan på nærmere vilkår resultere i overtredelsesgebyr, erstatning og/eller straff, jf. henholdsvis popplyl. §§ 46, 48 og 49.

2.4 Adgang til å behandle opplysninger uten lovhjemmel

2.4.1 Samtykke som selvstendig grunnlag for å innhente politiattest?

Dersom arbeidsgiveren ikke har hjemmel til å innhente politiattest i spesiallovgivningen, kan det være fristende for arbeidsgiver å be arbeidstaker om selv å innhente politiattest. Problemstillingen er aktuell fordi samtykke, jf. popplyl. § 2 nr. 7, sidestilles med lovhjemmel etter popplyl. § 9 første avsnitt, jf. 8 første avsnitt.⁷⁷ Dette reiser spørsmålet om arbeidssøkers samtykke om å innhente politiattest kan fungere som substitutt for lovhjemmel.

Svaret på dette spørsmålet er ganske enkelt nei, jf. politiregisterforskriften § 6-1 andre avsnitt, siste setning. Det samme følger av politiregisterlovens forarbeider, der det heter at «... samtykke kan være et selvstendig hjemmelsgrunnlag» men at «enkelte bestemmelser [likevel er] ufravikelige, som for eksempel at politiattester kun kan utstedes når dette følger av lov».⁷⁸ Ved motstrid vil regelen i popplyl. § 9 første avsnitt, bokstav a, få forrang, jf. lex specialis-prinsippet. En omvendt løsning kunne medført at arbeidssøker ble presset til å gi samtykke til innhenting, eller til å oppgi et falskt formål med søknaden om politiattest. Arbeidssøkers samtykke vil med andre ord ikke alltid være reelt, og dermed ivaretar regelen hensynet til søkerens personvern.

⁷⁵ Ved ansettelse i offentlig sektor følger et krav om forsvarlig fremdrift av saksbehandlingstid av Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (fv1.) § 17.

⁷⁶ Jf. PVN-2005-6.

⁷⁷ I forarbeidene er det slått fast at samtykke er hovedregelen, bl.a. for å styrke den registrertes muligheter til å råde over sine enge opplysninger, jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 108.

⁷⁸ Ibid. s. 62.

2.4.2 Bruk av egenerklæringer og lignende

Et annet spørsmål er om arbeidsgiver kan innhente opplysninger om straffbare forhold *direkte fra søkeren* på tross av manglende hjemmel å innhente politiattest, for eksempel ved å be arbeidssøkeren om å signere på egenerklæringer om vandel eller lignende.⁷⁹ Dersom vandelserklæringene behandles i samsvar med behandlingskriteriet, jf. popplyl. § 3 bokstav a eller b, kommer personopplysningsloven til anvendelse.⁸⁰ Innhenting av vandelserklæring som ikke har hjemmel i lov, krever da i utgangspunktet samtykke. Arbeidssøker har som utgangspunkt anledning til å samtykke til å signere vandelserklæring, jf. § 2 nr. 7. Ved å nekte å signere kan imidlertid arbeidsgiver få inntrykk av at arbeidssøker har noe å skjule, noe som kan vektlegges i negativ retning. Dermed vil ikke nødvendigvis samtykke til signering være reelt. Dette kan riktignok til en viss grad avhjelpes ved at den behandlingsansvarlige har bevisbyrden for at samtykket oppfyller vilkårene i popplyl. § 2 nr. 7.⁸¹ Likevel er nok dette en mager trøst for en arbeidssøker som ble forbigått ved ansettelsen på grunn av at vandelserklæringen avdekket tidligere lovbrudd.

Dersom arbeidssøker ikke samtykker, eller samtykket viser seg å være ugyldig, er spørsmålet om arbeidsgiver likevel kan stille som vilkår at arbeidssøker signerer. For innhenting av opplysninger om lovbrudd kan alternativet i § 8 bokstav f være en aktuell hjemmel. Etter bestemmelsen kan personopplysninger innhentes dersom det er «nødvendig» for at den behandlingsansvarlige kan vareta en «berettiget interesse», og «hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen».

Ordlyden «berettiget» tilsier at hensynet til personvern må avveies mot den behandlingsansvarliges behov for å vareta en legitim interesse, og at det kreves interesseovervekt i favør av arbeidsgiver. I seg selv stenger ikke ordlyden for innhenting uten lovhjemmel eller samtykke, da det som oftest vil kunne påvises legitime grunner for å få vite om vandelsopplysninger. Det kan imidlertid stilles spørsmål om bestemmelsen må tolkes innskrenkende i lys av lovens formål; å hindre krenkelse av personvernet.⁸²

At lovgiver har innført hjemler til å innhente politiattest i spesiallovgivningen tilsier at det på forhånd er vurdert i hvilke stillinger hensynet til arbeidsgivers interesse veier tyngre enn hensynet til arbeidssøkers personvern. Dersom arbeidsgiver kan kreve at søkeren signerer

⁷⁹ Denne problemstillingen tas opp i NOU 2009: 14 s. 143.

⁸⁰ Jf. personopplysningslovens saklige anvendelsesområde, punkt 2.1. ovenfor.

⁸¹ Jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 103.

⁸² Jf. popplyl. § 1 første avsnitt.

vandelserklæring, kan hjemmelskravet for innhenting av politiattester uthules. Hensynet til personvernet tilsier at bestemmelsen tolkes innskrenkende slik at arbeidsgiver ikke har anledning til å kreve en skriftlig vandelserklæring i tilfeller av manglende lovhjemmel eller samtykke. Det bør også nevnes at behandling av sensitive personopplysninger er konsesjonspliktig, jf. popplyl. § 33 første avsnitt, med mindre de er avgitt uoppfordret, jf. første avsnitt, andre setning. Det kan tenkes at Datatilsynet vil avslå en konsesjonssøknad dersom arbeidsgiver mangler hjemmel å behandle personopplysninger.

Dersom skriftlige opplysninger om lovbrudd er innhentet uten gyldig samtykke, oppstår det et spørsmål om hjemmelskravet også er til hinder for at opplysningene lagres.⁸³ Som nevnt krever også lagring at vilkårene i § 8, jf. § 9 er oppfylt. I forarbeidene uttales det at «[d]et forhold at opplysningene allerede er samlet inn, [ikke] har ... betydning for vurderingen av om vilkårene i § 8 er oppfylt».⁸⁴ Drøftelsen ovenfor, samt forarbeidsuttalelsen, tilsier at det ikke er anledning til å lagre opplysninger arbeidsgiver i utgangspunktet ikke hadde hjemmel til å innhente.

2.5 Om muntlig innhenting av personopplysninger og arbeidssøkers opplysningsplikt

2.5.1 Om forholdet til personopplysningsloven

Det kan også hende at arbeidsgiver spør arbeidssøker om vedkommende har noe å bemerke på vandel, for eksempel under intervju. Muntlige spørsmål faller utenfor personopplysningslovens anvendelsesområde, jf. popplyl. § 3.⁸⁵ Problemstillingen er om arbeidsgiver har anledning til å stille søkeren muntlige spørsmål om vandel i de tilfeller vedkommende mangler hjemmel til å innhente politiattest. Problemstillingen illustreres i Borgarting lagmannsretts dom LB-1998-3504. Saken gjaldt ansettelse i stilling som leder for ved Kristiansands byretts namsmannsavdeling. Arbeidsgiver fikk medhold i at det var anledning til å stille søkeren muntlige spørsmål om vandel. Retten uttalte at

«[s]pørsmålet i denne sammenheng gjelder hvorvidt det er berettiget av en arbeidsgiver å stille spørsmål om en søker er tidligere straffet, og om det er saklig å vektlegge et slikt forhold ved ansettelsen. Dette er et prinsipielt annet spørsmål enn spørsmålet om det er adgang til å innhente en offisiell dokumentasjon for søkerens vandel fra strafferegisteret, enten det skjer

⁸³ Se om vilkårene for lagring under punkt 2.3.6 ovenfor.

⁸⁴ Jf. Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 113.

⁸⁵ Forutsatt at de ikke skrives ned og gjøres søkbare, se punkt 2.1 ovenfor.

ved alminnelig eller utvidet politiattest, til søker eller til ansettelsesmyndigheten, med eller uten søkerens samtykke».

Uttalelsen illustrerer at arbeidsgivers adgang til muntlig å stille søkeren spørsmål om vandel, ikke aktualiserer personvernet på samme måte som formell behandling av personopplysninger. Innhentingsmåter som faller utenfor personopplysningslovens anvendelsesområde blir i realiteten et spørsmål om arbeidsgivers adgang til å vektlegge opplysningene som fremkommer. I slike tilfeller gir det ikke mening å skille mellom adgang til å innhente vandelsopplysninger, og adgang til å vektlegge dem. I den forbindelse er det betimelig å drøfte om arbeidssøker selv plikter å gi muntlige opplysninger om straffbare forhold. Spørsmålet har selvstendig betydning dersom arbeidsgiver ikke har hjemmel til å innhente politiattest etter spesiallovgivningen.

2.5.2 Opplysningspliktens rettslige grunnlag

I noen tilfeller, som ved sikkerhetsklarering, har arbeidssøker en lovfestet opplysningsplikt. Arbeidssøkere har ingen alminnelig opplysningsplikt etter arbeidsmiljøloven. Spørsmålet er om det eksisterer en ulovfestet hjemmel for arbeidssøkers opplysningsplikt. Den ulovfestede hovedregelen ved avtaleinngåelse er at partene bærer risikoen for sine egne forutsetninger.⁸⁶ I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1990 s. 607 uttalte retten at «[d]et må legges til grunn at det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold».⁸⁷ Lojalitetsplikten anses som en alminnelig arbeidsrettslig regel.⁸⁸ I etablerte ansettelsesforhold innebærer lojalitetsplikten blant annet at arbeidstakeren skal fremme arbeidsgivers interesser fremfor sine egne i en eventuell interessekonflikt.⁸⁹ Dette innebærer at arbeidstakeren har en opplysningsplikt overfor arbeidsgiveren. Særlig har Simonsen tatt til orde for at lojalitetsprinsippet medfører at kontraktspartene plikter å ta rimelig hensyn til hverandre også *før avtaleslutning*.⁹⁰ Også Jakhelln synes å forutsette at det eksisterer en prekontraktuell lojalitetsplikt i arbeidsforhold.⁹¹ I Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1988 s. 766 (Simlenes) la kjæremålsutvalget til grunn at tilbakeholdt informasjon om graviditet ved søknad om

⁸⁶ Jf. Rt. 2002 s. 1110 (Bodum), s. 1118. Se også RG-2003-268 (Eidsivating).

⁸⁷ Dommens s. 614

⁸⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) kap. 11.1.1 s. 128. Se også Rt. 1990 s. 607 (s. 614), Rt. 1997 s. 1128 (s. 1132). Lojalitetsplikten er også behandlet i Dege 2003 s. 136 og s. 201 flg.

⁸⁹ Dege 2003 s. 202.

⁹⁰ Simonsen 1997 s. 7.

⁹¹ Jakhelln 2006 s. 226. Tilsvarende, Nazarian 2007 s. 31-32.

vikariat kunne føre til at arbeidstakeren ikke lenger var ansatt.⁹² Dommen stadfester at den prekontraktuelle lojalitetsplikten undertiden pålegger arbeidssøkeren en prekontraktuell opplysningsplikt.

2.5.3 Rettspraksis om opphør av arbeidsavtaler

I rettspraksis finnes det eksempler på at arbeidsforhold har opphørt som følge av lovbrudd hos arbeidssøkeren, enten etter læren om bristende eller uriktige forutsetninger, eller om oppsigelse eller avskjed fra stilling. Et sentralt punkt i læren om uriktige og/eller bristende forutsetninger er om kontraktsparten har misligholdt sin opplysningsplikt.⁹³ I vurderingen av om en oppsigelse er saklig, jf. aml. § 15-7 eller om det foreligger vesentlig mislighold av arbeidsavtalen, jf. aml. § 15-14, kan det vektlegges om arbeidstakeren har opptrådt illojalt.⁹⁴ Derfor kan rettspraksis om opphør av arbeidsavtaler bidra til å illustrere rekkevidden av søkerens opplysningsplikt. I det følgende gis en kort fremstilling av det materielle innholdet i arbeidsgivers opplysningsplikt, eksemplifisert med rettspraksis.

2.5.4 Opplysningspliktens nærmere innhold

For å ha en opplysningsplikt må opplysningene være relevante for utføringen av stillingens arbeidsoppgaver. Dette illustreres i dommen inntatt i RG-2004-1069 (Oslo tingrett). Retten kom til at et firma kunne heve en konsulentavtale overfor en konsulent innleid som «Finance Controller» etter læren om bristende forutsetninger. Før ansettelsen hadde arbeidstakeren unnlatt å opplyse om at han tidligere hadde begått underslag overfor tre ulike arbeidsgivere, og i tillegg forsøkt å hindre at firmaet sjekket referanser. Retten uttalte at søkeren «måtte være klar over at det var av *vesentlig betydning* for motparten å få vite at han hadde vært involvert i økonomiske misligheter hos flere tidligere arbeidsgivere» (min kursivering). At opplysningene må være av vesentlig betydning innebærer imidlertid at relevans i seg selv ikke er nok. Opplysningene må være kvalifisert relevante.⁹⁵ Hvor viktig en opplysning er vil nødvendigvis måtte vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Spørsmålet er om kvalifisert relevans i seg selv er nok for å aktivere opplysningsplikten. I tingrettsdommen TSTAV-2011-81501 (Fokus Bank) uttalte retten at den relevante bristende

⁹² Kjennelsens side 769. Se Rt. 2004 s. 76 (Lærer). Høyesterett fastslo at det avgjørende for om opphør av arbeidsavtalen skal løses etter ugyldighetsregler eller etter stillingsvernsreglene, er om arbeidstaker har tiltrådt stillingen.

⁹³ Se Rt. 1995 s. 1460 (Haughom), s. 1471 flg.

⁹⁴ Forutsetningsvis Rt. 2001 s. 1362, s. 1376 flg, og Rt. 1997 s. 1128.

⁹⁵ Nazarian 2007 s. 386 omtaler dette som et krav til om at opplysningene må ha betydning for arbeidstakers mulighet til å utføre arbeidet på en tilfredsstillende måte.

forutsetningen «... måtte være synbar for [arbeidstakeren]». Da forutsetningen ikke var synbar for arbeidstakeren, kunne ikke arbeidsgivers beslutning om å heve arbeidsavtalen aksepteres. Likeledes uttalte retten i den nevnte dommen fra Oslo tingrett at søkeren «må ha skjønt at motparten ikke hadde engasjert ham om de hadde hatt ... viten [om underslagene]». De nevnte dommene tilsier at opplysningsplikten kun aktiveres der arbeidsgiverens forutsetning var kjent for søkeren.

Hva som ligger i synbarhetskravet kan imidlertid undersøkes nærmere. Spørsmålet er hvilke krav som stilles til arbeidssøkerens kunnskap. I de ovennevnte dommene brukes formuleringer som «må ha skjønt» og «måtte være synbar». I Hålogaland lagmannsretts dom LH-2012-145990 uttalte retten at

«A var involvert i prosessen som Tromsø barnehagedrift AS hadde hatt rundt fortsettelsen av hennes arbeidsforhold i X barnehage, og at hun *forsto at dommen kunne ha vesentlig betydning* ved nyansettelse hos annen arbeidsgiver» (min kursivering).

De uthevede formuleringene gir inntrykk av at opplysningsplikten aktiveres ved forsettlig tilbakeholdte opplysninger, eller grov uaktsomhet. Et så mildt aktsomhetskrav vil imidlertid gjøre det vanskeligere å beskytte seg mot illojal atferd, i tillegg til å medføre bevisproblemer.⁹⁶ Det taler for at det gjelder et krav om aktsom god tro.⁹⁷ Dermed vil opplysningsplikten som utgangspunkt inntre allerede dersom søkeren burde forstått at opplysningene var relevante.

Kravet til søkerens kunnskap vil avhenge av om arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har kommunisert sine egne forutsetninger.⁹⁸ Lagmannsrettsdommen inntatt i RG-2003-268 (Eidsivating) illustrerer dette. En kommunal arbeidsgiver hevet arbeidsavtalen med en økonomisjef som var tidligere domfelt for underslag. Lagmannsrettens flertall mente det ikke var grunnlag for heving. Forholdet ble bedømt som avskjedigelse, og ble ikke opprettholdt. I faktumbedømmelsen la lagmannsretten til grunn at kommunen hadde ansett det som uaktuelt å ansette en person tidligere dømt for underslag. Arbeidstakeren kunne likevel ikke lastes for ikke å ha opplyst om lovbruddene av eget initiativ. Det ble fremhevet arbeidsgiveren under intervjuet hadde spurt arbeidssøkeren om han ønsket å tilføye noe. Retten uttalte at

⁹⁶ Nazarian 2007 s. 258.

⁹⁷ Jf. Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) § 33. Se også Simonsen 1997 s. 164, som argumenterer for et alminnelig skyldkrav.

⁹⁸ Nazarian 2007 s. 391.

«[s]pørsmålet [ikke] var ... formulert med noen fokus på dette, og det kan ikke legges til grunn at det var naturlig å oppfatte spørsmålet som en oppfordring til å redegjøre for sine straffbare forhold».

Dommen gir også uttrykk for at arbeidssøker har en viss skjønnsmargin med hensyn til å opplyse om forhold som i og for seg kan være relevante. Retten uttalte at søkeren

«[g]enerelt må ... være berettiget til å søke å fremstille seg på en mest mulig positiv måte, og det må i betydelig utstrekning være legitimt å unnlate å opplyse om negative forhold ved en selv så lenge det ikke blir spurt om dette, eller det for øvrig følger klart av situasjonen at det dreier seg om absolutte vilkår for ansettelse i stillingen».

Denne dommen går nokså langt i arbeidssøkers favør. Dommen fra Hålogaland lagmannsrett referert ovenfor kan leses som at kunnskapskravet må nyanseres utfra hvor alvorlig det aktuelle forholdet er. Derfor må det antakelig stilles strengere krav til søkerens opplysningsplikt dersom stillingen krever særskilt tillit, eller det straffbare forholdet anses som særlig skadelige.⁹⁹

Hertil kommer at arbeidsgiver undertiden kan ha en undersøkelsesplikt, i alle fall for slike forhold som har særskilt betydning for ansettelsesforholdet.¹⁰⁰ Den nevnte dommen fra Oslo tingrett illustrerer forholdet mellom arbeidssøkers opplysningsplikt og arbeidsgivers undersøkelsesplikt. Konsulenten hadde bevisst nedtonet referansen fra sitt seneste arbeidsforhold. Selskapet kunne imidlertid ikke lastes for å ha unnlatt å kontakte den seneste referansen, fordi de ikke ville ha fått vite om underslaget der. Retten bemerket at selskapet kunne ha sjekket de øvrige referansene, men at dette ikke kunne tillegges vekt. Skulle underslagene vært avdekket, måtte selskapet ha sjekket referansene fra 10 år tilbake i tid. Selskapet kunne ikke lastes for ikke å ha sjekket de eldre referansene når konsulenten hadde hatt senere arbeidsforhold. Dommen viser at arbeidsgivers undersøkelsesplikt beror på om undersøkelsene ville avdekket forholdet, og om arbeidsgiver kan lastes for ikke å foreta ytterligere undersøkelser.

⁹⁹ Dege 2003 s. 64.

¹⁰⁰ Ibid.

3 Vektlegging av straffbare forhold ved ansettelse

3.1 Forholdet mellom innhenting av opplysninger og adgang til å vektlegge opplysninger om straffbare forhold

Som skissert ovenfor vil arbeidsgivere ikke nødvendigvis la seg hindre i å innhente opplysninger om straffbare forhold på tross av manglende hjemmel. Det kan imidlertid reises spørsmål om manglende hjemmel til å innhente politiattest også hindrer arbeidsgiver i å vektlegge opplysninger om lovbrudd.

Spørsmålet ble berørt i den nevnte lagmannsrettsdommen LB-1998-3504. I forlengelsen av den refererte uttalelsen ovenfor, bemerket retten at

«[d]et er ingen nødvendig sammenheng mellom adgangen til å innhente politiattest, og adgangen til å vektlegge opplysninger om søkerens tidligereandel, dersom slike opplysninger foreligger. Det er ikke de offentligrettslige skrankene for innhenting av politiattest som utgjør rammen for hvilke hensyn det er saklig å ta ved en ansettelse».

Uttalelsen illustrerer at hensynene bak formell vandelskontroll, og hensynene bak vektlegging av straffbare forhold, ikke er sammenfallende. Mens formålet med personopplysningsloven og politiregisterlovens hjemmelskrav er å hindre krenkelse av søkerens personvern, er formålet med reglene om utvelgelse av arbeidssøkere å sikre en «saklig» utvelgelsesprosess. Manglende hjemmel til å innhente politiattest vil derfor ikke automatisk hindre arbeidsgiver i å vektlegge opplysningene ved utvelgelsen mellom søkerne. Spørsmålet er da om arbeidsgivers adgang til å vektlegge opplysninger om straffbare forhold ved ansettelse er styrt av andre rettsregler. Dette er tema i det følgende.

3.2 Ansettelsesbeslutningen – styringsrett eller kontraktsfrihet?

Arbeidsrett er en form for spesiell kontraktsrett. For arbeidsgiver medfører prinsippet om kontraktsfrihet at arbeidsgiver kan binde seg selv til avtaler av eget ønske. Tradisjonelt sett har arbeidsgiver stått fritt til å velge sine ansatte – i alle fall i det private.¹⁰¹ Dermed kan man se retten til å ansette som et utslag av arbeidsgiverens kompetanse til å binde seg til avtaler, herunder ansettelsesavtaler. Parallelt med avtalefriheten gir det ulovfestede prinsippet om arbeidsgivers styringsrett uttrykk for arbeidsgivers adgang til å styre driften av virksomheten sin, og treffe tiltak for virksomheten som anses hensiktsmessige. Dette er en konsekvens av

¹⁰¹ Evenrud 2009 s. 226.

arbeidsavtalen ikke er en jevnbyrdig kontraktsform.¹⁰² Det er imidlertid grunn til å drøfte hvorvidt styringsretten også omfatter retten til å ansette arbeidstakere. Spørsmålet om hvorvidt retten til å ansette følger av kontraktsfrihet eller styringsrett er praktisk viktig. Konsekvensene av dette skal drøftes nedenfor.¹⁰³ Av pedagogiske hensyn vil jeg likevel foregripe drøftelsen noe: I privat sektor er styringsretten begrenset av ulovfestede saklighetsnormer. Kontraktsfriheten er i utgangspunktet ikke underlagt slike saklighetsbegrensninger. Sondringen mellom ansettelse som utslag av prinsippet om kontraktsfrihet, og ansettelse som en del av styringsretten, har dermed betydning for om ansettelsesvedtaket kan prøves opp mot en rettslig saklighetsnorm.

I Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen), ble styringsretten formulert som at «[a]rbeidsgiveren ... i henhold til styringsretten [har] rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet ...».¹⁰⁴ Dommen tar ikke uttrykkelig stilling til om også ansettelse er utøvelse av arbeidsgivers styringsrett.¹⁰⁵ Problemstillingen er verken omtalt i arbeidsmiljøloven eller dens forarbeider. I forbindelse med innføring av forbudet mot diskriminering som følge av etnisitet i den eldre arbeidsmiljøloven¹⁰⁶ ble imidlertid spørsmålet omtalt i forarbeidene. Komiteen uttalte at «arbeidsgiverens styringsrett er av grunnleggende viktighet, og at denne retten innbefatter å velge ut sine medarbeidere».¹⁰⁷

Spørsmålet er diskutert i litteraturen. Andersen definerer styringsretten som en rett til å «organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere ...».¹⁰⁸ Fougner mener den nevnte definisjonen ikke er vellykket. Etter hans mening bør det skilles mellom beslutninger som gjelder *virksomhetsledelse* – som først og fremst angår virksomheten – og beslutninger som gjelder *arbeidsledelse* – beslutninger med påvirkning for det individuelle arbeidsforholdet.¹⁰⁹ Ifølge ham er dette skillet viktig fordi begrensningene for arbeidsgivers styringsrett er større hva gjelder arbeidsledelse.¹¹⁰ Evju trekker et liknende skille mellom arbeidsledelse og foretaksledelse, der arbeidsledelse kjennetegnes av heteronom kompetanse (ensidig rett til å binde andre) og foretaksledelse kjennetegnes av autonom kompetanse (retten

¹⁰² For en utførlig redegjørelse for styringsretten som rettsnorm, se Evju 2003 s. 3-33.

¹⁰³ Se punkt 3.5.

¹⁰⁴ Dommens s. 1609.

¹⁰⁵ Se bl.a. Evenrud 2009 s. 225. Hun gir sin tilslutning til Kristen Andersens definisjon (se nedenfor) og betegner ansettelse som utøvelse av styringsrett.

¹⁰⁶ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (aml. 1977).

¹⁰⁷ Innst. O. nr. 27 (1997-1998) s. 10.

¹⁰⁸ Andersen 1967 s. 149. Gjengitt i Evju 2003 s. 15, Evenrud 2009 s. 225, samt Skjønberg og Hognestad 2015 s. 230.

¹⁰⁹ Fougner 2009 s. 235, 239-241.

¹¹⁰ Ibid. s. 240.

til å binde seg selv).¹¹¹ Ifølge Bratholm er ansettelse et utslag av autonom kompetanse, da arbeidsgiver ikke ensidig kan binde arbeidssøkeren til inngå en arbeidsavtale.¹¹² På denne bakgrunn konkluderer hun med at utvelgelse av arbeidssøkere ikke er utøvelse av styringsrett, men følger av prinsippet om kontraktsfrihet. Jakhelln mener at inngåelse av arbeidsavtaler er utøvelse av styringsrett, og begrunner dette med det underordningsforholdet arbeidsavtalen etablerer.¹¹³

Ved utvelgelse av arbeidssøkere er underordningsforholdet som kjennetegner arbeidsledelse ennå ikke etablert. I de henseendet er Bratholms argumentasjon er overbevisende. Imidlertid synes det kunstig å skille strengt mellom styringsrett og kontraktsfrihet. Fougner og Evjus skille mellom virksomhetsledelse og arbeidsledelse tar nettopp høyde for ulik grad av beslutningsfrihet, utfra om beslutningene har virkning kun for dem selv, eller også for det enkelte arbeidsforhold. Da arbeidsgiver adgang til å inngå arbeidsavtaler følger av den autonome kompetansen, synes det mer fornuftig å betegne utvelgelse av arbeidssøkere som virksomhetsledelse, og dermed som utøvelse av styringsrett. Dette samsvarer også med den refererte forarbeidsuttalelsen ovenfor.

Som antydnet ovenfor, gjelder ikke arbeidsgivers valg av ansatte uten begrensninger.¹¹⁴ Det finnes flere regelsett, både lovfestede og ulovfestede, som i ulik grad innskrenker arbeidsgiver beslutningsfrihet i ansettelsesprosessen. Disse vil omtales i det følgende.

3.3 Lovbestemt plikt til å vektlegge straffbare forhold

Enkelte steder gir spesiallovgivningen uttrykkelige føringer for i hvilken grad opplysninger om straffbare forhold skal vektlegges eller ikke. Igjen kan barnehageloven § 19 tjene som eksempel. Etter bestemmelsens tredje avsnitt, første setning, er personer dømt for seksualforbrytelse mot mindreårige «utelukket» fra fast eller midlertidig ansettelse i barnehager». Ordlyden av vilkåret «utelukket» tilsier et forbud mot å ansette personer dømt for seksuelt misbruk mot mindreårige, og dermed et påbud om utelukkelse. Tolkningen finner støtte i bestemmelsens forarbeider, hvor det uttales at det «[v]ed denne typen anmerkninger på politiattesten [ikke] åpnes ... for en vurdering av egnethet fra arbeidsgiveren – anmerkningen vil innebære et absolutt yrkesforbud».¹¹⁵ Arbeidsgiver ikke bare har en rett, men en plikt, til å

¹¹¹ Evju 2003 s. 15-17.

¹¹² Bratholm 2013 s. 191-192.

¹¹³ Se Jakhelln 2006 på bl.a. s. 24, s. 48 og s. 55 flg.

¹¹⁴ Se Evju 2003 s. 21.

¹¹⁵ Prop. 120 L. (2012-2013) s. 23.

vektlegge domfellelse for seksuelt misbruk av mindreårige i utvelgesprosessen. Dette er for så vidt ikke oppsiktsvekkende. Formålet om å beskytte barn mot risiko for overgrep ville ikke kunne gjennomføres dersom arbeidssøkeren kunne protestere mot en lovpålagt utelukkelse.

Det finnes imidlertid eksempler på at lovgiver ikke har lagt føringer på vektlegging av opplysninger om straffbare forhold. For eksempel fremgår det av bhl § 19 tredje avsnitt, siste setning, at i «andre tilfeller må konsekvensene av merknader på politiattesten vurderes i det enkelte tilfellet». Ordlyden tilsier at det må vurderes konkret hvorvidt man kan utelukke en søker som er dømt for andre lovbrudd enn seksualforbrytelser, men gir ingen nærmere presiseringer. Bestemmelsen er så vidt jeg kan se ikke omtalt i forarbeidene.

Avsnittet ovenfor viser at heller ikke spesiallovgivningen gir en uttømmende regulering av i hvilke tilfeller opplysninger om straffbare forhold legitimerer at en straffedømt arbeidssøker forbigås i utvelgesprosessen. Den videre behandlingen begrenses til å drøfte tilfeller der det *ikke* eksisterer påbud om vektlegging av det straffbare forholdet i spesiallovgivningen.

Som nevnt i innledningen, gir ikke arbeidsmiljøloven eller diskriminerings- og tilgjengelighetslovgivningen svar på i hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å vektlegge straffbare forhold i utvelgesprosessen. Spørsmålet er dermed, slik Evju stilte det, om det «[g]jelder ... begrensninger ut over dem som positivt kan forankres i lov eller avtaler?»¹¹⁶ I det følgende skal jeg redegjøre for eksistensen av og eventuelt innholdet i, ulovfestede saklighetsnormer som dikterer utvelgelse av arbeidssøkere. Jeg vil i det følgende skille mellom ansettelse i privat og offentlig sektor, da det ikke er gitt at offentlig og privat sektor er undergitt de samme begrensningene.

3.4 Utvelgelse av arbeidssøkere i offentlig sektor

3.4.1 Kvalifikasjonsprinsippet – rettslig utgangspunkt

Å ansette arbeidstakere i stat og kommune anses som utøvelse av offentlig myndighet, jf. forvaltningsloven § 2 første avsnitt bokstav c, jf. bokstav b, jf. tredje avsnitt. Dette medfører at ansettelse i offentlig sektor vil være underlagt ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper.¹¹⁷ Kjernen i disse prinsippene er at det ikke må tas utenforliggende eller usaklige hensyn, ikke treffes avgjørelser som er vilkårlige eller sterkt urimelige, at usaklig

¹¹⁶ Evju s. 22.

¹¹⁷ Engelsrud 2009 s. 149.

forskjellsbehandling ikke må finne sted, og at det ikke må treffes uforholdsmessige tiltak.¹¹⁸ Den forvaltningsrettslige saklighetsnormen har betydning for alle stadier i ansettelsesprosessen,¹¹⁹ hvor kjernen er hensynet til likebehandling.¹²⁰ Ved ansettelse uttrykkes vesentlige sider av denne saklighetsnormen gjennom kvalifikasjonsprinsippet. Prinsippet regnes som et grunnleggende ulovfestet prinsipp i både statlig, kommunal og fylkeskommunal forvaltning.¹²¹

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at arbeidsgiver utvelgelse av søkere er bundet til å vurdere tre kriterier; utdanning, yrkeserfaring og personlig egnethet.¹²² Utgangspunktet for vurderingen er kvalifikasjonskravene for stillingen som skal fylles.¹²³ Spørsmålet i det følgende er i hvilken grad arbeidsgiver kan vektlegge arbeidssøkers straffbare forhold i kvalifikasjonsbedømmelsen.

3.4.2 Kvalifikasjonsprinsippet og vektlegging av straffbare forhold

Arbeidssøkers lovbrudd er et forhold som naturligvis ikke faller innunder kriteriene arbeidserfaring eller utdanning. Opplysningene vil derfor måtte bedømmes etter kriteriet personlig egnethet. Som eksempler på personlig egnethet, også kalt «skikkethet»,¹²⁴ nevner Engelsrud blant annet momenter som kreativitet, evnen til å fatte beslutninger, og lojalitet.¹²⁵ Der det er relativt enkelt å evaluere søkerens utdanning og arbeidserfaring, tillater en vurdering av søkerens skikkethet i større grad skjønnsmessige betraktninger. Det kan derfor by på utfordringer å skulle fastsette helt klare kriterier for når arbeidsgiver saklig kan vektlegge straffbare forhold ved bedømmelse av søkerens skikkethet.

Det finnes så vidt jeg kan se ikke høyesterettspraksis som tar direkte stilling til vurderingen av straffbare forhold ved utvelgelse av søkere etter kvalifikasjonsprinsippet. Jeg vil derfor analysere andre rettskilder som kan tenkes å ha relevans for løsningen av spørsmålet. Dette vil først og fremst være rettspraksis om opphør av arbeidskontrakter grunnet straffbare forhold

¹¹⁸ Ibid., under henvisning til Eckhoff og Smith 2006 kapittel 24 punkt VI og VII. Se imidlertid referansen til Aulstad nedenfor.

¹¹⁹ Engelsrud 2009 s. 152.

¹²⁰ Se Engelsrud 2013 s. 55 for nærmere omtale.

¹²¹ Kvalifikasjonsprinsippet er grundig omtalt i Sivilombudsmannens årsmelding, SOMBU-2005-5.

¹²² Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) s. 30. Se også HR-2016-2229-A, premiss 45.

¹²³ Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) s. 30. Se også Rt. 2014 s. 402 og Engelsrud 2009 s. 153 og Engelsrud 2013 s. 60.

¹²⁴ SOMBU-2005-5 punkt 5.1.

¹²⁵ Engelsrud 2013 s. 60.

hos arbeidstakeren.¹²⁶ Med det vil jeg angi noen momenter ved avgjørelsen av om det er saklig å velge bort en straffedømt arbeidssøker på grunn av straffbare forhold.

Evnen til å utføre stillingens arbeidsoppgaver

Som nevnt ovenfor skal vurderingen av personlig egnethet tas med utgangspunkt i kvalifikasjonskravene for den enkelte stilling. Lagmannsrettens dom inntatt i RG-2001-1040 (Hålogaland) illustrerer dette. En lærer ved en skole hadde søkt på en ny stilling ved skolen, men fått avslag. Arbeidsgiveren mente søkerens betydelige fravær i hans nåværende stilling medførte at han ikke var personlig skikket for stillingen. I søksmålet påstod læreren blant annet at skolen hadde tatt utenforliggende hensyn i utvelgelsesprosessen ved å vektlegge fraværet som et ledd i skikkethetsvurderingen. Lagmannsretten bemerket at arbeidssøkers faktiske evne til å utføre stillingens arbeidsoppgaver står sentralt i arbeidsgivers vurdering av søkerens personlige skikkethet. At fraværet gikk utover søkerens evne til å skjøtte undervisningen, medførte at fraværet kunne vektlegges i vurderingen av søkerens skikkethet, selv om fraværet i og for seg var gyldig. Derfor hadde arbeidsgiver etter rettens mening ikke tatt utenforliggende hensyn når den vektla fraværet.

Da dommen gjaldt fravær kan det anføres at den har begrenset overføringsverdi for oppgavens spørsmål. Imidlertid gir lagmannsrettens synspunkt uttrykk for at kompetansekravene til stillingen er bestemmende for vurderingen av søkerens skikkethet. Dette er i samsvar med kvalifikasjonsprinsippet. Det samme må derfor gjelde ved vektlegging av straffbare forhold: I den grad det straffbare forholdet skal kunne vektlegges i skikkethetsvurderingen må det være et krav at forholdet er relevant for søkerens mulighet til å skjøtte stillingens oppgaver.

Det samme kan sies å følge av lagmannsrettsdommen inntatt i RG-2003-268. Ovenfor har jeg brukt dommen som eksempel på at det straffbare forholdet trolig må ha vesentlig betydning for stillingen for å utløse en opplysningsplikt for arbeidssøkeren. Den samme dommen kan brukes ved vurderingen av arbeidsgivers adgang til å vektlegge straffbare forhold etter kvalifikasjonsprinsippet. Lagmannsretten anså at arbeidsgiver urettmessig hadde hevet avtalen, og bedømte forholdet som en avskjed. De straffbare forholdene var ikke alvorlige nok til å utgjøre en avskjedsgrunn, men kunne etter rettens mening utgjøre en saklig grunn til

¹²⁶ Se punkt 1.4 ovenfor om bruk av underrettspraksis.

oppsigelse.¹²⁷ Retten uttalte blant annet at lovbruddene, underslag og tyveri, var «særlig relevante for *vurdering av egnetheten* som økonomisjef i kommunen» (min kursivering).

Dommen illustrerer at det i saklighetsvurderingen etter stillingsvernsreglene være et viktig moment hvorvidt det straffbare forholdet har betydning for arbeidstakerens skikkethet til den konkrete stillingen. Det kan likevel diskuteres om terskelen for saklig oppsigelse grunnet domfellelse sammenfaller med skikkethetsvurderingen etter kvalifikasjonsprinsippet. Å bli oppsagt må i alminnelighet ses på som mer inngripende enn å bli forbigått ved utvelgelse. Dersom arbeidsgiver saklig kan si opp en arbeidstaker grunnet et straffbart forhold, synes det fornuftig at arbeidsgiver kan velge bort en arbeidssøker som er dømt for det samme straffbare forholdet, jf. en «fra det mer til det mindre»-betraktning. Slike opphørsdommer kan derfor gi momenter til hva arbeidsgiver saklig kan vektlegge ved skikkethetsvurderingen etter kvalifikasjonsprinsippet.

Bratholm tar opp et annet poeng.¹²⁸ Hun viser til at arbeidsgiver, for å vektlegge opplysninger ved arbeidssøkerens helse i ansettelsesøyemed, må undersøke hvilken betydning de aktuelle opplysningene rent konkret vil få for arbeidsutførelsen, jf. forvaltningsloven § 17. Bestemmelsen pålegger offentlige arbeidsgivere en undersøkelsesplikt, slik at saken er så godt opplyst som mulig. Prinsippet gjelder for all saksbehandling i forvaltningen, også ansettelse. Dette medfører at arbeidsgiveren ikke kan nøye seg med å anta at det straffbare forholdet får betydning for utførelsen av arbeidsoppgavene. Arbeidsgiver må vise til at det er gjort en vurdering av forholdets konkrete betydning for stillingen.

Arten av det straffbare forholdet

Det kan også reises spørsmål om hvorvidt lovbruddets alvorlighet, både i art og grad, kan tillegges selvstendig vekt, det vil si isolert fra momentene behandlet ovenfor. I noen tilfeller, som ved ansettelse av personell til barnehager etter bhl. § 19, er svaret ubetinget ja. Her har lovgiver på forhånd vurdert at forholdets art automatisk medfører uskikkethet. I andre tilfeller vil arbeidsgiver som nevnt være forpliktet til å undersøke hvilken effekt lovbruddet konkret har for stillingen. Dermed kan det hende at arbeidsgiver må godta forhold som i og for seg er alvorlige, men som ikke har direkte påvirkning på evnen til å utføre oppgavene.

¹²⁷ Retten tok imidlertid ikke stilling til om vilkårene for oppsigelse forelå, da det ikke var nødvendig for resultatet.

¹²⁸ Bratholm 2013 s. 245.

Stillingen krever særskilt tillit eller aktelse

Selv om lovbruddets alvorlighetsgrad ikke direkte påvirker evnen til å utføre stillingen, kan særpreg ved stillingen medføre at alvorlighetsgraden likevel må tillegges avgjørende vekt. Enkelte stillinger i det offentlige krever en spesiell tillit eller aktelse. Dette er uttrykt indirekte i avskjedsbestemmelsen i tjenestemannsloven¹²⁹ § 15 første avsnitt, bokstav b, første og andre alternativ. Bestemmelsen gir grunnlag for avskjed dersom en embets- eller tjenestemann i eller utenfor tjenesten «viser seg uverdlig til sin stilling eller bryter ned den aktelse eller tillit som er *nødvendig for stillingen*» (min kursivering). Også her kan en «fra det mer til det mindre»-betraktning anføres. Dersom domfellelse medfører at en tjenestemann avskjediges etter tjml. § 15, kan det argumenteres for at det også bør være adgang til å vektlegge et lignende forhold i ansettelsesprosessen.

I Høyesteretts dom inntatt i Rt. 1988 s. 664 ble en håndverker som var sivilt ansatt i Forsvaret avskjediget grunnet domfellelse for voldtekt. Retten opprettholdt avskjedsvedtaket som følge av at den nødvendige tilliten til stillingen var brutt ned. En del av begrunnelsen var at en vesentlig del av håndverkerens arbeid bestod i oppussing av tjenesteboligene. Han ville dermed ofte være alene med husmødrene i tjenesteboligen, og det var overfor husmødrene at tilliten var vesentlig svekket. Dommen illustrerer at tillitshensynet i enkelte tilfeller kan veie tyngre enn kravet til tilknytning mellom lovbruddet og arbeidsoppgavene. Den illustrere videre at kravet om tillit etter tjenestemannsloven er todelt: Både arbeidsgivers og «utenverdenens» tillit kan være svekket, men at vilkårene ikke er kumulative.¹³⁰

Tillitskriteriet illustreres også i den ovennevnte lagmannsrettsdommen LB-1998-3504.¹³¹ Et sentralt spørsmål for retten var i hvilken grad det var adgang til å vektlegge det forhold at søkeren tidligere vært dømt for blant annet grovt tyveri og kjøring i ruspåvirket tilstand. Ved vurderingen av om lovbruddene utgjorde saklig utvelgelsesgrunn, uttalte retten at det ville «være av betydning for domstolens tillit og autoritet i lokalsamfunnet at de personer som utøver myndighet på domstolens vegne, ikke selv er tidligere straffet». Hvilke forhold som gjør søkeren uverdlig til å inneha stillingen må vurderes helt konkret.¹³²

Stillingens status vil være et moment i vurderingen. Høyesteretts kjennelse inntatt i Rt. 1955 s. 415 illustrerer dette. En overkonduktør i NSB ble dømt etter den dagjeldende straffeloven

¹²⁹ Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn (tjml.).

¹³⁰ Se Rt. 1988 s. 664, side 670.

¹³¹ Se punkt 2.5.1 og 3.1.

¹³² Dette fremgår av tjml. § 15 og ordlyden «nødvendig».

1902¹³³ § 272 for forsikringsbedrageri. Konduktøren ble besluttet degradert fra overkonduktør til konduktør. Under straffesaken påstod påtalemyndigheten at konduktøren skulle fradømmes stillingen etter strl. 1902 § 30. Høyesterett var ikke enig i dette. Etter rettens mening medførte lovbrudd med en øvre strafferamme på over seks måneder normalt at arbeidssøkeren ble ansett «uskikket til å inneha en offentlig tjenestestilling».¹³⁴ I det aktuelle tilfellet kunne det likevel gjøres et unntak for de «underordnede stillinger». Å degradere arbeidstakeren var derfor en tilstrekkelig reaksjon.

Kjennelsen gjaldt idømmelse av rettighetstap, som er en strafferettslig reaksjon. Det ulike saksforholdet medfører at kjennelsen ikke har umiddelbar overføringsverdi. Dommen gir uttrykk for at vurderingsmomentet knyttet til offentlige tjenestemenns tillit eller aktelse ikke alltid bør føre til rettighetstap. Høyesteretts standpunkt må trolig ses på bakgrunn av at rettighetstap er en streng reaksjonsform. Idømmelse av rettighetstap fordrer en forholdsmessighetsvurdering;¹³⁵ det skal vurderes om mildere reaksjonsformer vil være tilstrekkelig for å fylle formålet. Terskelen for å avvise en arbeidssøker for et straffbart forhold ved ansettelse er ikke nødvendigvis like høy. Det må også bemerkes at det er usikkert om det eksisterer et alminnelig krav til forholdsmessighet i forvaltningen.¹³⁶ Imidlertid tilsier fvl. § 17 første avsnitt at arbeidsgiver plikter å differensiere utfra stillingens status ved vurderingen av søkeren skikkethet.

Tidsaspektet

Den nevnte lagmannsrettsdommen LB-1998-3504 indikerer at det i saklighetsvurderingen også må tas hensyn til hvor lang tid som har gått siden det straffbare forholdet. Retten uttalte at tilsetningsrådets oppgave var å ta stilling til hvilken vekt en skulle tillegge opplysningene om straffbare forhold «ut fra en konkret vurdering av forholdenes art, hvor langt tilbake i tid de lå, etc.».¹³⁷ At tidsaspektet må vurderes samsvarer med kravet om å vurdere hvilken betydning forholdet har for spørsmålet om søkeren har den nødvendige tilliten til å inneha stillingen, og også med kravet om forsvarlig saksbehandling etter fvl. § 17. I tillegg ivaretar en slik regel hensynet til rehabilitering av straffedømte.

¹³³ Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov (strl.).

¹³⁴ Se dommens s. 416, der retten siterer Straffelovkomiteens uttalelse fra november 1950.

¹³⁵ Ot. prp. nr. 90 (2004-2005) s. 454 og 455.

¹³⁶ Aulstad 2008 s. 266-67 og s. 270 argumenterer for at det de lege lata ikke er et generelt krav til forholdsmessighet ved utøvelse av forvaltningsmyndighet etter Rt. 2008 s. 560.

¹³⁷ LB-1998-3504.

3.5 Utvelgelse av arbeidssøkere i privat sektor

3.5.1 Saklighetsbegrensning?

Utgangspunktet har som nevnt vært at arbeidsgiver har en betydelig frihet med hensyn til utvelgelse av arbeidssøkere. Innskrenkninger i dette utgangspunktet krever særskilt hjemmel.¹³⁸ Spørsmålet er om det i privat sektor finnes andre begrensninger for utvelgelsen enn de som positivt kan forankres i lov eller avtale.¹³⁹ Ved ansettelse i privat sektor, eller rettere sagt, i virksomheter som ikke er underlagt forvaltningsloven, er ikke arbeidsgiver bundet av offentligrettslige saklighetsnormer. Dermed vil ikke arbeidsgivere i privat sektor være bundet av kvalifikasjonsprinsippet ved utvelgelsen. Spørsmålet er om det eksisterer et ulovfestet saklighetsprinsipp ved ansettelse i privat sektor på annet grunnlag.

Spørsmålet om innføring av et saklighetsprinsipp ved ansettelse i privat sektor ble behandlet i forarbeidene til endring av aml. 1977 § 55 A. Departementet fant «... ikke grunnlag for å innføre et alminnelig krav om saklighet ved ansettelser i det private næringsliv.»¹⁴⁰ I den nye arbeidsmiljøloven ble det innført flere lovfestede saklighetsregler, f.eks. ved oppsigelse, jf. aml. § 15-7, ved kontrolltiltak etter aml. § 9-1, og ved vern mot diskriminering, jf. §§ 13-1, 13-2 og 13-3. Om det gjelder et generelt saklighetskrav ved ansettelse i det private er ikke berørt i forarbeidene til arbeidsmiljøloven 2005.

Etter dommen inntatt i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) er det diskutert om det nå gjelder et alminnelig saklighetsprinsipp i privat sektor. Spørsmålet var om arbeidsgiver, Statoil, hadde gått utenfor grensene for styringsretten ved å fastsette et nytt fremmøtested for arbeiderne etter en organisasjonsendring. Endringen fikk konsekvenser for beregning av arbeidstid, og dermed også for beregning av arbeidstakernes lønn. Høyesterett fant at endringen lå innenfor styringsretten grenser. I vurderingen av om grensene var overtrådt, uttalte førstvoterende at styringsretten «er begrenset av mer allmenne saklighetsnormer» som blant annet innebar at «saksbehandlingen må bygge på et forsvarlig grunnlag ... [og] ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»¹⁴¹ Uttalelsen ble gjengitt og fulgt opp i Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør).¹⁴²

¹³⁸ Fanebust 2015 s. 55.

¹³⁹ Se henvisningen til Evju s. 22 under punkt 3.4.1.

¹⁴⁰ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 46.

¹⁴¹ Se dommens s. 427.

¹⁴² Se premiss 57.

Spørsmålet er om rettsstilstanden for utvelgelse av arbeidssøkere er endret i kraft av disse dommene. Høyesterett tar stilling til konkrete spørsmål, og votumets betydning vil blant annet variere med om saksforholdet er tilstrekkelig likt. Begge dommene gjaldt grensene for styringsretten i *etablerte* arbeidsforhold, og i begge tilfeller var det tale om vesentlige endringer av arbeidsavtalens kjernepunkter.¹⁴³ Det at Høyesterett uttalte seg om styringsretten generelt, uten å ta noe forbehold for typen av beslutninger, tilsier likevel at utvelgelse av søkere i privat sektor er underlagt en saklighetsbegrensning. Det foreligger heller ikke annen høyesterettspraksis som tar direkte stilling til spørsmålet.

Hvorvidt det gjelder at alminnelig saklighetsnorm ved ansettelse, er det delte meninger om i litteraturen. Forfatterne som behandler spørsmålet deler seg grovt sett i tre fraksjoner. Evju og Jakhelln argumenterer for saklighetsbegrensning ved ansettelse. Evju viser til sin oppfatning om at en saklighetsnorm ved ansettelse følger av aml. 1977 § 55 A og «almene saklighetsnormer», og mener Kårstø-dommen støtter denne oppfatningen.¹⁴⁴ Han problematiserer likevel ikke at dommen ikke direkte tar stilling til et saklighetsprinsipp ved ansettelse. Jakhelln mener et saklighetsprinsipp er en konsekvens av det underordningsforholdet arbeidsavtalen etablerer.¹⁴⁵ Likevel drøfter han ikke om hensynene som begrunner et saklighetsprinsipp i etablerte arbeidsforhold er like tungtveiende *før* etablering av arbeidsavtalen som *under* arbeidsforholdet. Bratholm og Evenrud argumenterer for motsatt standpunkt. De kritiserer Jakhelln, og påpeker at underordningsforholdet som begrunner styringsretten ikke slår til på samme måte ved etablering av arbeidsavtalen.¹⁴⁶ Engelsrud gir uttrykk for en slags mellomposisjon; at ansettelsesbeslutningen følger av styringsretten, og derfor er underlagt en saklighetsbegrensning, men at saklighetsnormene ved ansettelse er mindre omfattende enn i etablerte arbeidsforhold.¹⁴⁷ Eidsvaag kan forstås i samme retning.¹⁴⁸

Uenigheten i litteraturen kan begrunnes i ulike tilnærminger til rettsgrunnlaget for utvelgelse av arbeidssøkere.¹⁴⁹ Dersom ansettelsesmyndigheten følger av kontraktsfriheten, krever innskrenkninger som utgangspunkt særskilt hjemmel.¹⁵⁰ Det samme utgangspunktet gjelder

¹⁴³ I Kårstø-dommen gjaldt endringene kontraktens bestemmelser om vederlag og arbeidstid. Undervisningsdommen gjaldt spørsmål flytting av arbeidssted.

¹⁴⁴ Evju 1990 s. 270 og Evju 2003 s. 23.

¹⁴⁵ Jakhelln 2006, se bl.a. s. 50-51, s. 55 flg. og s. 217.

¹⁴⁶ Evenrud s. 227 og Bratholm 2013 s. 199.

¹⁴⁷ Engelsrud 2009 s. 159.

¹⁴⁸ Eidsvaag 2009 s. 327.

¹⁴⁹ Se ovenfor under punkt 3.2.

¹⁵⁰ Fanebust 2015 s. 55.

nok også dersom man anser ansettelsesfriheten som utslag av autonom kompetanse i form av virksomhetsledelse, slik jeg har konkludert med ovenfor. Forutberegnelighet i omsetningslivet er et viktig utgangspunkt i formueretten.¹⁵¹ Selv om arbeidsretten har enkelte formuerettslige sider,¹⁵² er imidlertid rettsområdet særpreget av hensyn med et mer forvaltningsrettslig preg,¹⁵³ herunder hensynet til styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Forutberegnelighetshensyn må derfor avveies mot andre reelle hensyn, herunder rimelighetshensyn.¹⁵⁴

Arbeidssøkere står ofte i en svak posisjon sammenlignet med arbeidsgiver. Selv om diskrimineringslovgivningen til en viss grad bøter på dette, er vernet nokså avgrenset. Også forhold utenfor diskrimineringsvernet – for eksempel straffbare forhold – gir behov for en garanti for at arbeidsgivers beslutning bygger på akseptable og fornuftige avveininger. Hensynet til arbeidssøkers stilling taler dermed for en saklighetsbegrensning ved ansettelse i privat sektor.

Som nevnt er arbeidsretten etter hvert særpreget av saklighetsnormer.¹⁵⁵ Her kan saklighetsbegrensningen ved kontrolltiltak etter aml. § 9-1 og oppsigelse, jf. § 15-7, samt de «allmenne saklighetsnormer» fra Kårstø-dommen nevnes. Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling er også løftet frem som et særlig viktig prinsipp etter Grunnloven¹⁵⁶ § 98, og kan dermed ses på som en overordnet saklighetsnorm.¹⁵⁷ Dermed kan også hensynet til rettsutvikling og konsekvens i regelverket tale for en helt generell saklighetsbegrensning av arbeidsgivers styringsrett, også ved ansettelse.

Selv om Kårstø-dommens rekkevidde kan diskuteres, er det vanskelig å se bort fra at Høyesterett har uttalt seg om styringsretten i generelle ordelag.¹⁵⁸ Dette, sammenholdt med at rimelighetshensyn får større gjennomslag i arbeidsretten enn i formueretten ellers, samt hensynet til rettsutvikling og konsekvens, kan tilsi at det også ansettelse i privat sektor er underlagt et saklighetsprinsipp.

¹⁵¹ Se Fleischer 1998 s. 171, som mener det gjelder et legalitetsprinsipp også på formuerettens område. For motsatt synspunkt, se Kjøenstad 2006 s. 364.

¹⁵² Som f.eks. prinsippet om ytelse mot ytelse.

¹⁵³ Evju 2003 s. 22.

¹⁵⁴ Fougner 2015 s. 149-150.

¹⁵⁵ Jakhelln 2006 s. 56.

¹⁵⁶ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

¹⁵⁷ Jakhelln 2006 s. 51 argumenterer for at likebehandlingsregler er utslag av et mer omfattende saklighetsprinsipp.

¹⁵⁸ Jeg minner om min konklusjon om at ansettelse er utøvelse av styringsrett, jf. punkt 3.2 ovenfor.

3.5.2 Innholdet i den privatrettslige saklighetsbegrensningen

Spørsmålet er dermed hvilket innhold saklighetsnormen har ved ansettelse. Saklighetsnormen i etablerte arbeidsforhold ble i Kårstø-dommen formulert som et krav til forsvarlig saksbehandling, herunder et forbud mot usaklige hensyn og vilkårlige avgjørelser. I Undervisningsinspektør-dommen ble saklighetsnormen fra Kårstø-dommen gjengitt og oppsummert som et forbud mot «misbruk av styringsretten».¹⁵⁹ Om denne misbrukslæren også omfatter en interesseavveining, er det uenighet om i teorien. Evju gir uttrykk for at saklighetsnormen rekker like langt som på stillingsvernsrettens felt, noe som innebærer en avveining av arbeidsgivers og arbeidstakers interesser.¹⁶⁰ Det samme standpunktet ble fastholdt av kommunalkomiteens merknader til endringer i arbeidsmiljøloven 1977 § 55 A.¹⁶¹

Spørsmålet er om saklighetsbegrensningen ved ansettelse har samme innhold som i etablerte arbeidsforhold. Som nevnt kan det være grunn til å differensiere begrensningene i styringsretten utfra om det er tale om beslutninger som gjelder virksomhetsledelse eller arbeidsledelse.¹⁶² Jeg er enig i dette: Behovet for en saklighetsbegrensning er sterkere der arbeidsgiver ensidig endrer den opprinnelige avtalen med bindende virkning for arbeidstakeren, spesielt dersom endringen får konsekvenser for arbeidsforholdets kjernepunkter som lønn eller arbeidssted. I slike tilfeller har arbeidstakeren behov for en mekanisme som bøter på ubalansen endringen medfører. Som flere forfattere peker på, er ikke dette hensynet like tungtveiende før arbeidsavtalen er inngått.¹⁶³ Dette tilsier at saklighetsnormen ved ansettelse ikke kan være like omfattende som i etablerte arbeidsforhold.

Et annet poeng er at saklighetsvernet i etablerte arbeidsforhold åpner for en interesseavveining, noe som i større grad åpner for at domstolene kan vurdere arbeidsgivers skjønsmessige avveininger.¹⁶⁴ Dette samsvarer ikke med oppfatningen om at arbeidsgiver i det private nyter en større frihet med hensyn ved utvelgelse av søkere, enn arbeidsgivere i det offentlige.¹⁶⁵ Jeg slutter meg derfor til Engelsrud, og konkluderer med at saklighetskravet i privat sektor innebærer at arbeidssøkers kvalifikasjoner kun vil være momenter i en

¹⁵⁹ Premiss 58.

¹⁶⁰ Evju 2003 s. 23-24.

¹⁶¹ Innst. O. nr. 27 (1997-1998) punkt 7.2.

¹⁶² Fougner 2009 s. 240.

¹⁶³ Evenrud 2009 s. 227, tilsvarende Engelsrud 2009 s. 159 og Bratholm 2013 s. 199.

¹⁶⁴ Evju 2003 s. 23. Under den forutsetning at saklighetsnormen i etablerte arbeidsforhold er like omfattende som etter stillingsvernsreglene.

¹⁶⁵ Et liknende poeng tas opp i Bratholm 2013 s. 197.

helhetsvurdering som kan fravikes til fordel for andre hensyn.¹⁶⁶ Dette må innebære at det straffbare forholdet kan vektlegges med mindre det ikke er relevant for arbeidsforholdet, eller drift av virksomheten, overhodet.¹⁶⁷ Slik kan saklighetskravet ved ansettelse i privat sektor måtte begrenses til et forbud mot helt vilkårlige avgjørelser.

¹⁶⁶ Se Engelsrud 2009 s. 162, hvor hun konkluderer med at arbeidsgiver ikke er forpliktet til en sammenlignende vurdering av hvilken søker som er best kvalifisert for stillingen.

¹⁶⁷ Ibid. s. 160.

4 Avsluttende bemerkninger

4.1 Gjeldende rett for utvelgelse av arbeidssøkere, oppsummert

Som vist ovenfor, er arbeidsgivere i offentlig sektor bundet av et nokså stramt definert saklighetsprinsipp. Dersom en ellers kvalifisert straffedømt arbeidssøker skal kunne forbigås i utvelgelsesprosessen, må arbeidsgiveren kunne påvise at det straffbare forholdet medfører at søkeren ikke er skikket til stillingen. Retningslinjene er om lovbruddet innebærer at søkeren ikke er i stand til å skjøtte stillingens oppgaver, eller om ansettelse av en straffedømt søker vil medføre at den nødvendige tilliten til stillingen svekkes. Utvelgelse av arbeidssøkere i privat sektor operer på mange måter med motsatt utgangspunkt. I privat sektor vil arbeidsgivere i alle fall kunne vektlegge opplysninger om straffbare forhold i de tilfeller det ville vært saklig også i offentlige sektor, men er de lege lata ikke prinsipielt begrenset til slike tilfeller. Dermed kan risikoen for å bli forbigått i utvelgelsesprosessen være større i privat sektor, med den følge at ansettelsesbeslutningen vil prøves mot en mildere saklighetsnorm. Om dette er en tilfredsstillende løsning vil drøftes i det følgende delkapittelet.

4.2 Rettspolitiske bemerkninger – domfellelse som diskrimineringsgrunnlag

4.2.1 Behov for diskrimineringsvern for straffedømte?

Dette begrensede saklighetsvernet reiser spørsmål om det er et behov for et diskrimineringsvern for straffedømte. Som nevnt under punkt 1.6 ble et diskrimineringsvern for straffedømte drøftet i forbindelse med høringsrunden til en felles likestillings- og diskrimineringslov. Diskrimineringslovutvalget foreslo at det skulle innføres en sekkebestemmelse om diskriminering på grunnlag av «andre liknende vesentlige forhold ved en person», hvor straffedømte «etter omstendighetene» skulle vernes.¹⁶⁸ Begrunnelsen var blant annet at tidligere straffedømte stiller dårligere på arbeidsmarkedet, og at undersøkelser viser at forskjellsbehandling på grunnlag av domfellelse finner sted.¹⁶⁹

I mars 2013 la Barne- og likestillingsdepartementet frem en proposisjon om en felles likestillings- og diskrimineringslov.¹⁷⁰ I proposisjonen gikk departementet mot forslaget om å innføre en sekkebestemmelse overhodet. Et vesentlig punkt i departementets argumentasjon var at sekkebestemmelsen ville svekke forutberegnelighetshensyn, og dermed virke tvisteskapende. Videre ble det pekt på at det å utvide diskrimineringsgrunnlaget med en sekkebestemmelse vil flytte fokuset vekk fra grupper som har et særlig behov for vern mot

¹⁶⁸ NOU 2009: 14 s. 185.

¹⁶⁹ Ibid. s. 142.

¹⁷⁰ Prop. 88 L (2012-2013) punkt 10.4.3 flg.

diskriminering. Mot dette kan det påpekes at økte prosesskostnader kan avhjelpest ved å gi klare kriterier for hva slags forskjellsbehandling som aksepteres.¹⁷¹ Det er heller ikke lett å se hvordan en utvidelse vil svekke det någjeldende diskrimineringsvernet – vernet vil jo bestå uavhengig av om nye grunnlag inntas.

Spørsmålet om straffedømte trenger et diskrimineringsvern ble ikke behandlet i proposisjonen, men ble imidlertid behandlet av departementet i et høringsnotat under høringsrunden.¹⁷² I høringsnotatet besluttet Departementet at diskriminering på bakgrunn av domfellelse ikke skulle inngå i en eventuell sekkekategori. Begrunnelsen var blant annet at straffedømte har «et visst vern mot diskriminering på bakgrunn av annet lovverk». Som eksempel på annet lovverk nevnte departementet «blant annet politiregisterloven § 37, som regulerer hvilke formål som kan berettige bruk av politiattest for å utelukke fysiske og juridiske personer fra stillingen, virksomheten, aktiviteten eller funksjonen».¹⁷³ Dette standpunktet tar imidlertid ikke hensyn til at arbeidsgivere kan omgå hjemmelskravet i politiregisterloven ved å be søkere om å undertegne på en vandelsattest eller lignende.

Det kan diskuteres om det er et behov for et saklighetskrav, ettersom arbeidsgivere i verken privat eller offentlig sektor står helt fritt ved utvelgelse, jf. konklusjonen ovenfor. Private arbeidsgiver forvalter ikke det samme ansvaret som arbeidsgivere i det offentlige, noe som taler for at en noe større beslutningsfrihet bør aksepteres. At straffedømte har ulik mulighet til å skaffe seg arbeid i offentlig kontra privat sektor, rimer imidlertid dårlig med hensynet til likebehandling i arbeidslivet, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Det er vist at straffedømte er en sårbar gruppe,¹⁷⁴ noe som kan tilsi at hensynet til likebehandling må veie tyngre enn hensynet til beslutningsfrihet i privat sektor. Et forbud mot diskriminering på bakgrunn av domfellelse vil også kunne sette fokus på lovskravet for innhenting av vandelsopplysninger.¹⁷⁵

Også hensynet til rehabilitering taler for et diskrimineringsvern. Ved å synliggjøre at tidligere straffedømte er en utsatt gruppe, vil hensynet til rehabilitering av straffedømte blir løftet frem.¹⁷⁶ Som nevnt under kan manglende arbeid etter soning utgjøre en risikofaktor for å begå ny kriminalitet. Det må også presiseres at diskrimineringsvern for straffedømte bør innføres

¹⁷¹ Se punkt 4.2.2. nedenfor.

¹⁷² Høringsnotatet side 68-69. Høringsfristen utløp 22.01.16.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ NOU 2009: 14 s. 142.

¹⁷⁵ Ibid. s. 143. Se også punkt 2.4.2. Diskrimineringslovutvalget fremhevet dette som et særlig problem.

¹⁷⁶ Det er en uttalt politisk målsetting at rehabilitering av straffedømte skal styrkes, jf. St. Meld. nr. 37 (2007-2008), s. 7.

også på andre områder som er særlig viktige for straffedømte; for eksempel ved leie av bolig, i helsesektoren osv.¹⁷⁷ Også dette er forhold som kan påvirke utsiktene til rehabilitering.

4.2.2 Vilkårene for saklig forskjellsbehandling av straffedømte

Spørsmålet er hvordan diskrimineringsvernet skulle utformes. Hensynet til demokratisk legitimitet taler for å innføre domfellelse som eget diskrimineringsgrunnlag. Mot en slik løsning argumenterte utvalgets flertall for at lovteksten burde fokusere på de grunnlag «der det er et særlig behov for et diskrimineringsvern».¹⁷⁸ Uttalelsen underdriver kanskje hvor omfattende diskriminering av straffedømte er. Dersom diskrimineringsvernet stadig utvides med enkeltgrunnlag, kan det imidlertid være vanskelig å begrunne avgrensninger mot andre forhold.¹⁷⁹ Lovtekniske hensyn taler dermed for å innføre en sekkebestemmelse.

Utvalgets løsning innebar at straffedømte «etter omstendighetene» skulle omfattes av sekkebestemmelsen «andre liknende vesentlige forhold ved en person».¹⁸⁰ Hensynet til forutberegnelighet for arbeidsgiver vil imidlertid ikke sikres i tilstrekkelig grad med mindre det presiseres i forarbeidene hvilke grunnlag bestemmelsen er ment å omfatte. I stedet for å la det være opp til arbeidsgiver å vurdere hvilke grunnlag som kan omfattes, bør bestemmelsens kjerne presiseres. Videre bør det gis klart definerte vilkår for hva slags forskjellsbehandling som er saklig, etter modell av arbeidsmiljøloven kapittel 13. Dersom den forbigåtte søkeren klarer å etablere en presumsjon for diskriminering, jf. aml. § 13-8, vil arbeidsgiveren måtte påvise et saklig formål for vektlegge det straffbare forholdet, og godtgjøre at vektleggingen ikke er uforholdsmessig inngripende, jf. § 13-3. Det må naturligvis være saklig å utelukke en søker fra stilling med hjemmel i lov. Det bør imidlertid understrekes at enkelte bestemmelser åpner for en skjønnsmessig vurdering av om forholdet skal medføre utelukkelse, og at arbeidsgiver må påvise at det er foretatt en slik skjønnsmessig vurdering.¹⁸¹ Diskrimineringsvernet må gjøres effektivt gjennom bestemmelsen om arbeidsgivers opplysningsplikt, jf. aml. § 13-7. Dette er en viktig sikkerhetsventil for å kunne ta til motmæle ansettelsesbeslutningen uten å anlegge søksmål. For straffedømte er dette en praktisk problemstilling. Mange straffedømte har sårbar økonomi, og kan ikke risikere et kostbart søksmål.

¹⁷⁷ NOU 2009 s. 142 og 143, hvor det blant annet vises til at mange innsatte er har kroniske sykdommer.

¹⁷⁸ Ibid. s. 171.

¹⁷⁹ Ibid.

¹⁸⁰ Ibid. s. 154.

¹⁸¹ Se omtalen av barnehageloven § 19 tredje avsnitt ovenfor under punkt 3.3.

5 Kildehenvisninger

5.1 Lover og forskrifter

Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Arbeidsmiljøloven 1977 (opphøvet)	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø.
Avtaleloven	Jf. Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer.
Barnehageloven	Lov 17. juni 2005 nr. 4 om barnehager.
Diskrimineringsloven om etnisitet	Lov 21. juni 2013 nr. 60 om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn.
Diskriminerings- og tilgjengelighetsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne.
Diskrimineringsloven om seksuell orientering	Lov 21. juni 2013 nr. 58 om forbud mot diskriminering på grunn av seksuell orientering, kjønnsidentitet og kjønnsuttrykk.
Forvaltningsloven	Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.
Grunnloven	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.
Likestillingsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene.
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett.
Personopplysningsloven	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger.
Politiregisterloven	Lov 28. mai 2010 om behandling av personopplysninger i politiet og påtalemyndigheten.
Sikkerhetsloven	Lov 20. mars 1998 nr. 10 om forebyggende sikkerhetstjeneste.
Straffeloven 1907 (opphøvet)	Lov 22. mai 1902 nr. 10 Almindelig borgerlig Straffelov.

Straffeloven 2005	Lov 20. mai 2005 om straff.
Tjenestemannsloven	Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn.
Forskrift om personellsikkerhet	Forskrift 29. juni 2001 nr. 722 om personellsikkerhet.
Personopplysningsforskriften	Forskrift 15. desember 2000 nr. 1265 om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften).
Politiregisterforskriften	Forskrift 20. september 2013 nr. 1097 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten.

5.2 Forarbeider

Innstilling fra Straffelovkomiteen (Det sakkyndige råd for strafferettslige spørsmål) Om rettighetstap av november 1950. Vedlegg til Ot.prp. nr. 39 1952.

Innst. O. nr. 27 (1997-1998) «Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.»

NOU 2009: 14 «Et helhetlig diskrimineringsvern».

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) «Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)».

Ot.prp. nr. 33 (2004-2005) «Om lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion mv.».

Ot.prp. nr. 49 s. (2004-2005) «Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)»

Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) «Om lov om statens embets- og tjenestemenn (embets- og tjenestemannsloven)».

Ot.prp. nr. 108 (2008-2009) «Om lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)».

Prop. 88 L. (2012-2013) «Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)»

Prop. 120 L. (2012-2013) «Endringer i straffegjennomføringsloven mv. (Inflyt-systemet mv.)»

St. Meld. nr. 37 (2007-2008) «Straff som virker – mindre kriminalitet – tryggere samfunn (kriminalomsorgsmelding)».

Høringsnotat til felles likestillings- og diskrimineringslov:
<https://www.regjeringen.no/contentassets/5342e1dd1467426a98d4b02b7a4a79ca/horingsnotat.pdf> (sist besøkt 05.12.16)

5.3 Rettspraksis

5.3.1 Høyesterett

Rt. 1955 s. 415.

Rt. 1988 s. 664.

Rt. 1988 s. 766 (Simlenes).

Rt. 1990 s. 607.

Rt. 1995 s. 1460 (Haughom).

Rt. 1997 s. 1128.

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk).

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

Rt. 2001 s. 428 (Strafferegistrering).

Rt. 2001 s. 1362.

Rt. 2002 s. 1110 (Bodum).

Rt. 2003 s. 907.

Rt. 2004 s. 76 (Lærer).

Rt. 2006 s. 1665.

Rt. 2008 s. 560.

Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør).

Rt. 2014 s. 402 (Forsvarets skolesenter).

HR-2016-2229-A.

5.3.2 Lagmannsretter

LB-1998-3504.

RG-2001-1040 (Hålogaland).

RG-2003-268 (Eidsivating).

LH-2012-14599.

5.3.3 Tingretter

TSTAV-2011-81501 (Fokus Bank).

RG-2004-1069 (Oslo Tingrett).

5.4 Annen praksis og tolkningsuttalelser

PVN-2005-1.

PVN-2005-6.

SOMBU-2005-5.

Politidirektoratets rundskriv RPOD-2014-9.

Schartum, Dag Wiese og Lee A. Bygrave: Justis- og politidepartementets rapportserie 2006: *Utredning av behov for endringer i personopplysningsloven.*

5.5 Internasjonale kilder

5.5.1 Konvensjoner og direktiver

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK).

Europaparlaments- og rådsdirektiv 95/46/EF av 24. okt. 1995 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger (personverndirektivet).

ILO-konvensjon nr. 111 om diskriminering i sysselsetting og yrke.

FNs konvensjon om sivile og politiske rettigheter (SP).

FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter (ØSK).

5.5.2 Internasjonal praksis og tolkningsuttalelser

EMDs dom 23. november 1992 *Niemietz mot Tyskland.*

EMDs dom 26. Mars 1987 *Leander mot Sverige.*

Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR): General comment No. 5: Persons with disabilities.

5.6 Litteratur

- Andersen (1967) Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett* (Oslo 1967).
- Aulstad (2008) Aulstad, Johan Greger, «Ny Høyesterettsdom som klarlegger forholdet mellom myndighetsmisbrukslæren og kravet om forholdsmessighet» (Rt-2008-560)», *Jussens Venner*, s. 262-273, 2008.
- Bratholm (2013) Bratholm, Silvelin, «Helseopplysninger ved ansettelse», *Arbeidsrett*, vol.10 nr. 2/2013, s. 181-273.
- Dege (2003) Dege, Jan Tormod, *Arbeidsrett. Rettigheter og plikter i arbeidsforhold* (Oslo 2003).
- Eckhoff og Smith (2006) Eckhoff, Torstein og Eivind Smith: *Forvaltningsrett*, 8. utgave, (Oslo 2006)
- Engelsrud (2009) Engelsrud, Gerd, «Saklighetsprinsippet ved ansettelse – en sammenligning mellom offentlig og privat sektor», I: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Aune, Fauchald, Lilleholt, Michaelsen (red.), s. 149-166 (Oslo 2009).
- Engelsrud (2013) Engelsrud, Gerd, *Styring og vern. Arbeidsrett i offentlig sektor*, 5. utgave (Oslo 2013).
- Evenrud (2009) Evenrud, Liv Torill, «Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling», *Arbeidsrett*, vol. 6, nr. 4, 2009, s. 224-230.
- Evju (1990) Evju, Stein, «Norge», I: Sigman, Tore, Arnmundur Backman, Stein Evju, Ole Hasselbach og Antti Suviranta, *Arbätsretten i Norden*, (Stockholm 1990) s. 225-316.
- Evju, (2003) Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», I *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1/2003, s. 3-32.
- Fanebust (2015) Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett. Den individuelle del*. 4. utgave (Oslo 2015).
- Fleischer (1998) Fleischer, Carl August, *Rettskilder og juridisk metode* (Oslo 1998).
- Fougner (2009) Fougner, Jan, «Arbeidsgivers styringsrett – skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse», I: *Arbeid og rett. Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, Aune, Fauchald, Lilleholt, Michaelsen (red.), s. 235-256 (Oslo 2009).
- Fougner (2015) Fougner, Jan, «Avslutning av arbeidsforhold – vilkåret om saklig grunn», *Arbeidsrett*, volum 12, nr. 1, 2015, s. 147-157.

- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2006).
- Johansen, Kaspersen, Skullerud (2001) Johansen, Michael Wiik, Knut Brede Kaspersen, Åste Marie Bergsens Skullerud, *Personopplysningsloven, Kommentaarutgave*, (Oslo 2001)
- Kjønstad (2006) Kjønstad, Asbjørn, «Reelle hensyn som rettskilde», I: *Dog fred er ej det bedste: festskrift til Carl August Fleischer på hans 70-årsdag 26. august 2006*, Fauchald, Jakhelln, Syse (red.), (Oslo 2006) s. 357-382.
- Nazarian (2007) Nazarian, Henriette, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Oslo 2007).
- Simonsen (1997) Simonsen, Lasse, *Prekontraktuellet ansvar* (Oslo 1997).
- Skarðhamar og Telle (2009) Skarðhamar, Torbjørn og Kjetil Telle, «Livet etter soning – hindrer arbeid tilbakefall?», I: *Samfunnsspeilet*, nr. 4/2009, Statistisk Sentralbyrå, s. 47-53.
- Skjønberg og Hognestad (2014) Skjønberg, Alexander Ness, og Eirik Hognestad, *Individuell arbeidsrett* (Oslo 2014).
- Skoghøy (2002) Skoghøy, Jens Edvin A., «Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse», I: *Nybrott og odling - festskrift til Nils Nygaard*, Gudrun Holgersen, Kai Krüger, Kåre Lilleholt og Bjarte Askeland (red.), s. 323-343 (Bergen 2002).