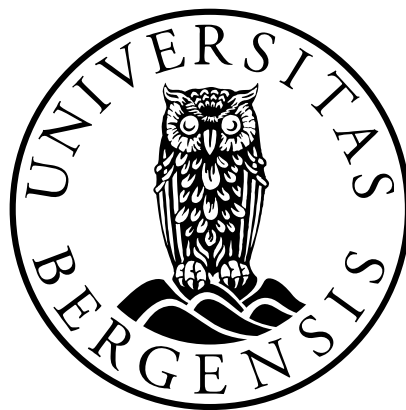


Kan det utledes et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor?

Kandidatnummer: 140

Antall ord: 14 611



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

07. juni 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet	4
1.2 Avgrensning og presisering.....	5
1.3 Begrepet saklighetskrav	5
1.4 Virksomhetsbegrepet.....	7
1.5 Rettskildebildet.....	8
1.6 Fremstillingen videre.....	9
2 Arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse	10
2.1 Nærmere om arbeidsgivers styringsrett.....	10
2.2 Styringsrettens rettslige grunnlag.....	11
2.3 Arbeidsgivers ansettelsesfrihet.....	11
2.4 Begrensninger i styringsretten.....	12
2.5 Den særegne arbeidsavtalen	13
2.6 Rett til å bli ansatt ved forbigåelse?	14
3 Lovfestede begrensninger ved ansettelse	16
3.1 Utgangspunktet.....	16
3.2 Grunnloven § 98.....	16
3.3 Reglene om diskriminering	17
3.4 Fortrinnsrett.....	19
3.5 Innhenting av opplysninger.....	19
3.6 Avtalerettslige regler	23
4 Saklighetskravet i offentlig sektor.....	25
4.1 Utgangspunktet.....	25
4.2 Innhold og rettslig grunnlag	25
4.3 Nærmere om kvalifikasjonsprinsippet	26
4.4 Kan det legges vekt på andre hensyn enn kvalifikasjonskriteriene?	27
5 Kan det utledes et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor?.....	31
5.1 Utgangspunktet.....	31
5.2 Rekkevidden av saklighetsnormen i Kårstø-dommen.....	31
5.3 Lovgivers oppfatning	32

5.4	Utviklingen i reglene	34
5.5	Har reglene fra offentlig sektor overføringsverdi?.....	37
5.6	Rettspraksis	38
5.7	Juridisk teori	43
5.8	Reelle hensyn	45
5.9	Konklusjon	47
6	Avsluttende bemerkninger	50
	Litteraturliste	51

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

I utgangspunktet kan arbeidsgiver, i kraft av styringsretten og avtalefriheten, ansette hvem han vil. Denne ansettelsesfriheten har imidlertid flere begrensninger. Tema for denne oppgaven er å undersøke hvorvidt det gjelder en ulovfestet begrensning, i form av et generelt saklighetskrav i privat sektor.

Det har vært en stor utvikling i arbeidsretten over tid, som blant annet har ført til et betydelig stillingsvern for arbeidstakere. For arbeidssøkeren er det ikke tilsvarende vern ved ansettelse. Det er likevel flere regler som beskytter arbeidssøkeren i ansettelsesprosessen. Først og fremst skaper diskrimineringsvernet en viktig beskyttelse. I tillegg er det regler om fortrinnsrett, som innebærer at arbeidsgiver må ansette den fortrinnsberettigede.

Reglene for ansettelse er på enkelte områder ulike i privat- og offentlig sektor. Til tross for ulike regler er det en felles målsetting om at flest mulig kommer i arbeid. Det er grunnlovsfestet at staten skal legge til rette for at alle kan komme i arbeid, jf. Grunnloven § 110.¹ For å sikre dette, er det nødvendig med begrensninger for arbeidsgivers valgfrihet.

I *offentlig sektor* følger det av forvaltningsrettslige prinsipper at ansettelsen må være saklig. Som følge av dette gjelder et ulovfestet kvalifikasjonsprinsipp, som innebærer at den som er best kvalifisert for stillingen skal ansettes. Prinsippet er kodifisert for statlig sektor og for undervisningssektoren, og er tariffestet for kommunal sektor. I *privat sektor* er det imidlertid *ikke* lovfestet et slikt saklighetskrav ved ansettelse. Oppgavens kjerneproblemmstilling er å redegjøre nærmere for hvorvidt det kan utledes et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor.

Temaet er aktuelt fordi arbeid er svært viktig for både samfunnet og den enkelte.

Arbeidsplasser og arbeidskraft bidrar til sysselsetting og produksjon, som gir samfunnsmessige fordeler i form av verdiskapning. Under NHOs årskonferanse i 2018 sa

¹ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

Erna Solberg i sin tale at «[v]erdien av arbeid er velferd. For Norge. Og for hver enkelt av oss.»² Arbeidets betydning for den enkelte gjør det viktig med en rettferdig ansettelsesprosess.

1.2 Avgrensning og presisering

Et krav til saklighet gjelder på flere områder i arbeidsretten. Oppgavens tema avgrenses til saklighetskravet ved ansettelse. Saklighetskrav i bestående arbeidsforhold vil derfor ikke bli behandlet utover overføringsverdien til et eventuelt saklighetskrav ved ansettelse.

Det er flere lovregulerte begrensninger for arbeidsgivers valg av hvem som skal ansettes. Reglene om fortrinnsrett, diskriminering og innhenting av opplysninger vil kun bli behandlet kort, for å vurdere hvorvidt de kan ha overføringsverdi til et eventuelt saklighetskrav ved ansettelse. En fullstendig behandling av disse reglene vil bli for omfattende, og er ikke i kjernen av oppgavens tema. Dette vil derfor ikke behandles nærmere. Oppgaven avgrenses videre mot reglene om positiv særbehandling.

1.3 Begrepet saklighetskrav

Et krav om saklighet går igjen flere steder i arbeidsretten. Det er for eksempel krav til saklig grunn ved kontrolltiltak og ved oppsigelse, jf. arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 15-7.³ Det gjelder også et ulovfestet saklighetskrav som begrenser arbeidsgivers styringsrett, samt et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelser i offentlig sektor.

Om saklighetskravet som begrenser styringsretten brukes det ulik terminologi. Høyesterett har betegnet det som «allmenne saklighetsnormer» i Rt. 2001 s. 418 A (Kårstø-dommen).

Jakhelln skriver om et saklighetskrav og et arbeidsrettslig saklighetsprinsipp.⁴ Fougner mener at det gjelder et saklighetskrav, som er en rettslig norm. Han bruker også betegnelsen saklighetsprinsippet om det samme.⁵ Evju taler både om en saklighetsnorm og et

² Solberg, Erna, *Verdien av arbeid*, statsministerens tale på NHOs årskonferanse 9. januar 2018, Oslo.

³ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven).

⁴ Se Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg., N.W. DAMM & SØN 2006, s. 56 og s. 184.

⁵ Se Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019, s. 183.

saklighetskrav.⁶ Arbeidsretten har brukt formuleringer som «saklig grunn», «saklighetsnormer» og «saklighetskravet».⁷

I utgangspunktet fremstår krav, norm og prinsipp som ulike termer med ulikt innhold. Etter ordlyden synes en norm å virke mer veiledende, og et krav kan synes mer absolutt. Et prinsipp fremstår derimot mer overordnet.

Til tross for at det brukes ulik terminologi, synes forfatterne og domstolene å mene det samme. Det er enighet om at saklighetskravet oppstiller en grense for hva arbeidsgiver kan bestemme i kraft av styringsretten. Selv velger jeg å bruke tilnærmingen «saklighetskrav», med mindre det henvises til kilder hvor det er brukt en annen terminologi.

Når det gjelder innholdet i et generelt saklighetskrav i arbeidsretten, skriver Evju at det «kan forstås som mer eller mindre vidtrekkende.»⁸ Etter Kårstø-dommen innebærer det krav til saksbehandlingen, at avgjørelsen tas på et forsvarlig grunnlag, ikke er vilkårlig og ikke basert på utenforliggende hensyn.⁹ Dette synes å være samme innhold som det forvaltningsrettslige saklighetskravet. I juridisk litteratur tar Evju til orde for at saklighetskravet rekker lenger, «slik at det også omfatter hensynet til virkningene for dem som berøres av disposisjonen og en interesseavveining mellom arbeidsgiverens behov og arbeidstagernes interesser.»¹⁰ Saklighetskravet ved oppsigelse har en slik videre rekkevidde. Saklighetskravet som er utviklet i Kårstø-dommen er en rettslig standard, og det kan variere hva som anses som «allmenne saklighetsnormer».¹¹ Evenrud mente at saklighetsnormen også innebar et krav om likebehandling.¹²

De nærmere beskrivelser av saklighetskravet i rettspraksis og juridisk litteratur gjelder først og fremst bestående arbeidsforhold. Dersom det tas utgangspunkt i Kårstø-dommen, vil saklighetskravet som nevnt innebære mye av det samme som det forvaltningsrettslige i offentlig sektor. En slik forståelse av saklighetskravet vil være en omfattende begrensning av arbeidsgivers beslutningsmyndighet.¹³ Juridiske forfattere som mener det kan oppstilles et

⁶ Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett et perspektiv.» I *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1, 2003, s. 22.

⁷ Se eksempelvis ARD-1980-42 og AR-2017-17 og AR-2019-28.

⁸ Evju (2003) s. 23.

⁹ Rt. 2001 s. 418 A på s. 427.

¹⁰ Evju (2003) s. 23.

¹¹ Evenrud, Liv Torill, «Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling» *Arbeidsrett*, 6 (2009) nr. 4, s. 228.

¹² *Ibid.* s. 229.

¹³ Bratholm, Silvelin, «Helseopplysninger ved ansettelse». *Arbeidsrett*, 10 (2013) nr. 2 s. 197.

ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor, mener det må være noe annerledes enn i offentlig sektor. Et eventuelt saklighetskrav må innebære et forbud mot å legge negativ vekt på irrelevante forhold, slik at kravet omhandler hva arbeidsgiver ikke kan vektlegge.¹⁴

Etter min mening gir det forvaltningsrettslige perspektivet og Kårstø-dommen veiledning til innholdet i et generelt saklighetskrav ved ansettelse, dersom det kan oppstilles. Som jeg kommer tilbake til, er det mye som tilsier at et slikt krav ikke bør være like omfattende som det forvaltningsrettslige. Et generelt saklighetskrav ved ansettelse forstås som et forbud mot å legge vekt på usaklige og utenforliggende hensyn. I tillegg vil det innebære krav til at avgjørelsen tas på et forsvarlig grunnlag. I dette siste ligger også at opplysninger om arbeidstakere veies opp mot hverandre på en forsvarlig måte.

1.4 Virksomhetsbegrepet

Et annet sentralt begrep er «virksomhet». Med virksomhet menes en juridisk person eller organisasjon som produserer varer eller tjenester. Det kan skilles mellom private og offentlige virksomheter, kommersielle, ikke-kommersielle og ideelle virksomheter.¹⁵ I arbeidsretten er betegnelsen gjerne knyttet til «den aktivitet arbeidsgiver driver og angir som regel et rettssubjekt.»¹⁶ I oppgaven er det kun skillet mellom private og offentlige virksomheter som er relevant.

Med offentlig sektor menes all offentlig virksomhet, herunder både statlig og kommunal forvaltning. Forretningsmessige foretak som eies av staten eller kommunen omfattes også av begrepet.¹⁷

Privat sektor er virksomheter som er eid av private. Det omfatter også ideelle organisasjoner og husholdninger.¹⁸ Det kan også brukes en negativ avgrensning som innebærer at virksomheter som ikke er del av offentlig sektor, vil omfattes av privat sektor.

¹⁴ Se Eidsvaag, Tine, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Bergen: Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultet 2009, s. 327-328 og Engelsrud, Gerd. "Saklighetsprinsippet ved ansettelse – en sammenligning mellom offentlig og privat sektor." I *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen red., Cappelen Akademisk Forlag, 2009, s. 166.

¹⁵ «Virksomhet» i jusleksikon.no, 5. februar 2012, <https://jusleksikon.no/wiki/Virksomhet> (lest 12. april 2021).

¹⁶ Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2016. s. 24.

¹⁷ «offentlig sektor» i snl.no, 30. mars 2020, https://snl.no/offentlig_sektor (lest 27. april 2021).

¹⁸ «privat sektor» i snl.no, 19. mars 2021, https://snl.no/privat_sektor (lest 27. april 2021).

1.5 Rettskildebildet

Det er flere lover som er av betydning for oppgavens tema. Sentrale lover er arbeidsmiljøloven, statsansatteloven,¹⁹ opplæringsloven²⁰ og likestillings- og diskrimineringsloven.²¹ Forarbeidene er også viktig for å tolke og presisere det nærmere innholdet i bestemmelsene.

Tariffavtaler er også en viktig kilde i arbeidsretten, som har betydning for innholdet i arbeidsavtalen. I tariffavtaler har arbeidsgiver påtatt seg ytterligere begrensninger enn det som følger av lovgivningen. En viktig tariffavtale i kommunal sektor er Hovedtariffavtalen (KS),²² som er inngått mellom kommunesektorens arbeidsgiverorganisasjon (KS) og de største arbeidstakerorganisasjonene for kommunalt ansatte.²³ I kommunal sektor er ikke kvalifikasjonsprinsippet lovfestet, men følger av tariffavtale. Hovedtariffavtalen (KS) gjelder for alle ansatte i kommunal sektor, utenom ansatte i Oslo kommune som har et eget tariffområde.²⁴

I Høyesterett er det utviklet en saklighetsnorm som begrenser arbeidsgivers styringsrett generelt. Rettspraksis er derfor en sentral kilde for å definere den nærmere rekkevidden av normen. Det er også en viktig kilde for å vurdere hvorvidt det er behov for et generelt saklighetskrav ved ansettelse. Underrettspraksis brukes også som illustrasjon til dette formålet.

Praksis fra arbeidsretten er også relevant. Arbeidsretten er en særdomstol som behandler tvister om tariffavtaler. Regler for hva som skal vektlegges i valget mellom ansatte kan følge av tariffavtale, slik at Arbeidsretten skal behandle tvisten. Arbeidsretten avsier endelige

¹⁹ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

²⁰ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregående opplæringa (opplæringslova).

²¹ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).

²² Hovedtariffavtalen for kommunesektoren inngått mellom KS - LO Kommune, Unio, YS-K og Akademikerne, 1.5.2020 – 30.4.2022.

²³ Engelsrud, Gerd. *Styring og vern: Arbeidsrett i offentlig sektor*, 6. utg., Cappelen Damm Akademisk 2017 s. 31.

²⁴ Se Overenskomsten inngått mellom Oslo kommune og KAH, Unio, Akademikerne-K og YS-K Oslo, 1.5.2020-30.4.2022.

dommer, og avgjørelsene gir derfor en rettesnor for hva som er gjeldende rett.²⁵ Eckhoff mener Arbeidsretten, på sitt område, kan ha samme innflytelse som Høyesterett.²⁶

Sivilombudsmannens praksis er en sentral kilde i offentlig sektor. Uttalelsene henger nært sammen med forvaltningspraksis, men er en type uttalte rettsoppfatninger.²⁷ I HR-2016-2229-A avsnitt 49 uttalte flertallet at «[d]en rettskildemessige vekten av Sivilombudsmannens standpunkter vil variere. Har det utviklet seg en forvaltningspraksis på bakgrunn av standpunktet, eller synspunktet har fått tilslutning fra lovgiveren [...], vil Sivilombudsmannens uttalelser kunne ha betydelig vekt. [...] Vekten må også ses i sammenheng med det øvrige rettskildet bildet.» Dommen viser at betydningen av Sivilombudsmannens uttalelser må vurderes konkret i det enkelte tilfelle. Det kan særlig stilles spørsmål ved hvilken vekt uttalelsene har for privat sektor. Dette kommer jeg tilbake til under punkt 4.4.

Oppgavens tema er også behandlet i juridisk litteratur, som er en relevant kilde. Hensikten er å få frem forfatterne ulike oppfatninger og argumentene for disse. Forfatterne begrunner imidlertid sitt standpunkt i varierende grad, og det er kun et fåtall som foretar en grundig argumentasjon.

1.6 Fremstillingen videre

I kapittel 2 vil det redegjøres kort for arbeidsgivers styringsrett, styringsrettens begrensninger og ansettelsesfriheten. Arbeidsavtalens særegenhet og rettsvirkninger ved eventuell forbigåelse behandles også. Videre vil det i kapittel 3 gis en presentasjon av de lovfestede begrensninger som innskrenker arbeidsgivers valgfrihet ved ansettelse. Begrensningene er felles for både privat og offentlig sektor. I kapittel 4 vil det redegjøres nærmere for saklighetskravet i offentlig sektor. Den nærmere vurderingen av om det kan oppstilles et saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor følger i kapittel 5. Det gis noen avsluttende bemerkninger i kapittel 6.

²⁵ Engelsrud (2017) s. 30.

²⁶ Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001, s 162.

²⁷ Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehaugen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019, s. 105.

2 Arbeidsgivers styringsrett ved ansettelse

2.1 Nærmere om arbeidsgivers styringsrett

Styringsretten kan forklares som arbeidsgivers rett til ensidig å treffe avgjørelser for virksomheten og i arbeidsforholdet.²⁸ Den tradisjonelle definisjonen er Kristen Andersens formulering fra 1967. Han formulerte styringsretten som arbeidsgivers rett «til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere».²⁹ Høyesterett fulgte opp formuleringen i Rt. 2000 s. 1602 A (Nøkk-dommen), hvor de uttalte at arbeidsgiver har i kraft av styringsretten en «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».

Jan Fougner mener beskrivelsen av styringsretten ikke er helt vellykket, fordi den ikke skiller mellom virksomhetsledelse og arbeidsledelse. Han hevder Stein Evjus videre formulering bedre får frem skillet.³⁰ Evju har i sin beskrivelse tatt til inntekt for at

«[i] ‘styringsretten’ ligger at ‘arbeidsgiveren som utgangspunkt har en ensidig rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten’. Dette har igjen to hovedelementer – retten til å ansette og si opp og til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og retten til å beslutte om virksomhetens generelle oppgaver, omfang og ressursdisponering.»³¹

De to hovedelementene kan betegnes som virksomhets- og arbeidsledelse. Skillet er av betydning for hvilke begrensninger som gjelder for styringsretten. Det er størst begrensninger for arbeidsledelsen, da virksomhetsledelse kan anses å være utøvelse av autonom kompetanse.³² Virksomhetsledelse er beslutninger om virksomheten. Dette dreier seg om organisering av driften, eksempelvis beslutninger om hva som skal produseres og hvor. Ansettelser og oppsigelser er også del av virksomhetsledelsen.³³ Arbeidsledelse dreier seg i større grad om bedriftens daglige drift, og innebærer beslutninger med direkte virkning for

²⁸ Evju, Stein. «Norge», i *Arbetsrätten i Norden: Pohjoismaiden työoikeus*, Tore Siegman, Arnmundur Backman, Stein Evju, Ole Hasselbalch og Antti Suviranta, Nordisk Ministerråd 1990, s. 225-316, på s. 262.

²⁹ Andersen, Kristen. *Fra arbeidslivets rett*, Johan Grundt Tanum Forlag 1967, s. 149.

³⁰ Fougner (2019) s. 104.

³¹ Evju (2003) s. 15.

³² Fougner (2019) s. 105.

³³ Fougner (2016) s. 158-159.

ansettelsesforholdet.³⁴ Dette kan typisk innebære å pålegge overtidsarbeid, fordele arbeidstider, gi advarsler, eller iverksette kontrolltiltak.³⁵

Arbeidsgivers valg av hvordan virksomheten skal ledes, kan begrenses av bestemmelser i andre regelverk. Eksempelvis er det krav til arbeidsmiljøet i arbeidsmiljøloven kapittel 4 og krav til hvordan et selskap skal organiseres etter aksjeloven.³⁶ Arbeidsgiver må sørge for å følge slike regler, og kan ikke utøve styringsrett utover disse rammene.

2.2 Styringsrettens rettslige grunnlag

Arbeidsgivers styringsrett er ulovfestet rett som kan utledes av rettspraksis. Styringsretten har blitt forutsatt som en ulovfestet regel i flere dommer, og det finnes mye rettspraksis. De mest sentrale høyesterettsdommene som utpensler styringsretten, er blant annet Rt. 2000 s. 1602 A (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 A (Kårstø), Rt. 2009 s. 1465 A (Seinvakt) og Rt. 2011 s. 841 A (Undervisningsinspektør).³⁷

Tariffavtalene bygger også på en forutsetning om at arbeidsgiver har styringsrett.

Arbeidsretten har forutsatt styringsrett siden 1920-tallet, og Høyesterett har fulgt disse utgangspunktene.³⁸

Det er ikke omtvistet at arbeidsgiver har styringsrett. Det er likevel usikkerhet og uenighet om styringsrettens nærmere rekkevidde.³⁹

2.3 Arbeidsgivers ansettelsesfrihet

Utgangspunktet er at arbeidsgiver, i kraft av styringsretten, har rett til å ansette den han vil.

Dette har tradisjonelt blitt ansett som en viktig del av styringsretten.⁴⁰ I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 uttalte departementet at det «fremheves betenkeligheter ved å foreta inngrep i arbeidsgiverens styringsrett ved ansettelse.»⁴¹ Forarbeidsuttalelsen begrunnes

³⁴ Fougner, Jan, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll» *Arbeidsrett*, 1 (2018) nr. 15 s. 45.

³⁵ Fougner (2016) s. 160-161.

³⁶ Se lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven) kapittel 6.

³⁷ Engelsrud (2017) s. 170.

³⁸ Se Fougner (2016) s. 146 og Rt. 1977 s. 902 A.

³⁹ Fougner (2016) s. 148.

⁴⁰ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v s. 46.

⁴¹ Ibid. s. 45.

med viktigheten av å sikre et godt samarbeid på arbeidsplassen. Dette kan være avgjørende både for driften og for å ivareta arbeidstakernes interesser.⁴²

Arbeidsgiver har normalt best forutsetninger for å vurdere hva som kreves for stillingen, og hvilke personer som best kan bidra til virksomhetens mål.⁴³ Det er derfor naturlig at det er arbeidsgiver som innehar retten til å ansette.

2.4 Begrensninger i styringsretten

Arbeidsgivers styringsrett er underlagt flere begrensninger etter både lov, tariffavtale, den individuelle arbeidsavtalen og alminnelige saklighetsnormer.

På grunn av alle begrensningene kan styringsretten karakteriseres som en «restkompetanse».⁴⁴ Høyesterett omtalte styringsretten som en restkompetanse i Kårstø-dommen på s. 427. Evju mener det sentrale i et rettslig perspektiv er alle de begrensninger styringsretten har, og tar til orde for at styringsretten ikke er et eget rettsgrunnlag.⁴⁵ Fougner mener styringsretten kan betegnes som en restkompetanse, men at den er et selvstendig rettsgrunnlag.⁴⁶

Unigheten i juridisk teori omhandler det nærmere innholdet av begrepet «restkompetanse». Det synes å være to tilnæringsmåter som hovedsakelig benyttes. Det ene er at «restkompetanse» karakteriserer styringsretten som en kompetanse, og dermed som et resultat etter alle begrensninger. Andre bruker betegnelsen som en tilnæringsmåte til rekkevidden av styringsretten.⁴⁷ Det redegjøres ikke ytterligere for diskusjonen, da det vil føre for langt og ligger utenfor oppgavens tema.

Styringsretten begrenses av et saklighetskrav, som er etablert av Arbeidsretten og utviklet gjennom Høyesteretts praksis.⁴⁸ Høyesterett uttalte i Kårstø-dommen at «[s]tyringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers

⁴² Ibid. s. 46.

⁴³ Fougner (2019) s. 106.

⁴⁴ Thorkildsen, Tarjei og Tonje H. Drevland, «Arbeidsgivers styringsrett – en «restkompetanse»?», *Arbeidsrett* 7 (2010) nr. 1-2 s. 30-48, på s. 30.

⁴⁵ Evju (2003) s. 20-21.

⁴⁶ Fougner (2016) s. 155.

⁴⁷ Thorkildsen (2010) s. 32.

⁴⁸ Fougner (2019) s. 183.

styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»⁴⁹

Det ble avklart med dommen at saklighetskravet omhandler plikten til å ha et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, og at det ikke tas usaklige eller utenforliggende hensyn.

Formuleringen samsvarer i stor grad med det forvaltningsrettslige saklighetsprinsippet, og det kan konkluderes med at saklighetsprinsippet i arbeidsretten og forvaltningsretten i stor grad sammenfaller.⁵⁰ Fougner viser samtidig til at domstolens kontroll og prøvingens intensitet kan være ulik.

2.5 Den særegne arbeidsavtalen

Arbeidsavtalen er i utgangspunktet en vanlig avtale som omfattes av de avtalerettslige reglene. I arbeidsretten er imidlertid arbeidsavtalen svært sentral, idet arbeidsgivers styringsrett må utøves «innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.»⁵¹

Arbeidsavtalen er særegen på flere måter. Etter arbeidsmiljøloven §§ 14-5 til 14-7 er det krav til skriftlig inngåelse, og nærmere krav til innholdet i avtalen. Arbeidsavtalen er vanligvis langsiktig og tidsbegrenset, og hovedregelen er at arbeidstaker skal ansettes fast.⁵²

Arbeidsgiver trenger ansatte for å dekke virksomhetens arbeidskraftsbehov. Behovet endrer seg i samsvar med utviklingen i samfunnet, markedet og teknologien. Ved nye behov kan det bli nødvendig å gjøre endringer i arbeidsforholdet. Arbeidsavtalen er derfor gjerne utformet dynamisk, og arbeidsplikten er ofte utformet generelt. Dette gjør det mulig å tilpasse arbeidskraften etter hva det er behov for. Det nærmere innholdet i arbeidsavtalen utfylles av arbeidsgivers styringsrett.⁵³ Arbeidstakeren leverer ikke en bestemt tjeneste som i en alminnelig kontrakt, men stiller sin arbeidskraft til disposisjon. Arbeidskraften kan derfor ikke skilles fra arbeidstakeren.⁵⁴

Noe annet som kjennetegner arbeidsavtalen er at partene ikke er jevnbyrdige. Arbeidsgiver kan som den sterke part treffe avgjørelser og styre over den svake part. Arbeidstakeren har

⁴⁹ Rt. 2001 s. 418 A på s. 427.

⁵⁰ Fougner (2019) s. 185.

⁵¹ Rt. 2000 s. 1602 A på s. 1609.

⁵² Se arbeidsmiljøloven § 14-9 første ledd.

⁵³ Fougner (2016) s. 148-150.

⁵⁴ Evju (2003) s. 6.

kun sin arbeidskraft å tilby.⁵⁵ Arbeidsavtalen etablerer dermed et over- og underordningsforhold, hvor arbeidstakeren normalt er økonomisk avhengig som lønsmottaker.⁵⁶ Det er derfor nødvendig med grenser for arbeidsgivers disposisjoner.

2.6 Rett til å bli ansatt ved forbigåelse?

Det kan stilles spørsmål ved hvilke rettsvirkninger det får at en arbeidstaker blir forbigått i ansettelsesprosessen. Vil arbeidssøkeren ha rett til å bli ansatt i stillingen, eller må han nøye seg med erstatning? Rettsvirkningene kan også være ulike alt etter hvilket grunnlag arbeidstakeren blir forbigått på.

Ved brudd på diskrimineringsreglene ved ansettelse kan det kreves oppreisning og erstatning etter arbeidsmiljøloven § 13-9 eller likestillings- og diskrimineringsloven § 38. Der en fortrinnsberettiget blir forbigått, følger det av arbeidsmiljøloven § 14-4 første ledd at retten skal avsi dom for ansettelse, med mindre det er «urimelig». Det kan også kreves erstatning etter § 14-4 andre ledd.

Det er usikkert hva som vil bli rettsvirkningen om arbeidsgiver ansetter i strid med et eventuelt saklighetskrav.

I Rt. 1989 s. 1152 U hevdet en søker seg forbigått ved ansettelse til vikarstilling i offentlig sektor og fremmet krav om å bli ansatt. Høyesterett uttalte at det ikke var adgang for domstolene til å gripe inn i ansettelsessaken og pålegge arbeidsgiver å ansette parten. Domstolen kunne bare ta stilling til hvorvidt ansettelsesvedtaket var ugyldig. Det samme var tilfellet i Rt. 1962 s. 122 A. Etter rettspraksis er det dermed klart at det ikke kan avsies dom for ansettelse i offentlig sektor.

Når det gjelder ansettelse i strid med tariffavtale, uttalte lagmannsretten i LB-2016-143816 at domstolene ikke kan «pålegge en arbeidsgiver å ansette en bestemt person ut fra en vurdering av kvalifikasjoner. Prinsippet [om at det ikke kan avsies dom for ansettelse] i Rt-1962-122 og Rt-1989-1152 må ikke minst gjelde der tilsetningen ikke skjer ved enkeltvedtak slik som i

⁵⁵ Ibid. s. 6-8.

⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) s. 73.

statlig og kommunal sektor.» Avgjørelser fra Arbeidsretten ved tariffstridige ansettelser viser at praksis er at retten avsier dom for tariffbrudd og tilkjenner erstatning.⁵⁷

På bakgrunn av gjennomgangen over må det kunne legges til grunn at rettsvirkningen ved brudd på et eventuelt saklighetskrav vil være at arbeidssøker kan få tilkjent erstatning, så lenge vilkårene for dette er oppfylt. Arbeidssøkeren vil ikke ha krav på ansettelse ved forbigåelse. For arbeidsgiver kan erstatning fremstå avskrekkende, og antakelig bidra til å hindre forbigåelse.

⁵⁷ Se eksempelvis ARD-1987-9, ARD-1990-87 og ARD-2012-54.

3 Lovfestede begrensninger ved ansettelse

3.1 Utgangspunktet

Som nevnt begrenses styringsretten av lov. Det er flere lovregler som setter begrensninger for ansettelsen. Reglene dreier seg både om hva slags opplysninger som kan innhentes, hva som kan vektlegges i vurderingen av hvem som skal ansettes og hva det kan inngås avtale om.

Utviklingen i lovgivningen har gått i retning av flere begrensninger for arbeidsgivers valg ved ansettelse, og større beskyttelse av arbeidssøker.

I det følgende presenteres noen lovfestede regler som oppstiller begrensninger ved ansettelse. Hensikten med å presentere reglene er å vise til hvilke begrensninger som allerede fremgår av lovgivningen. Ut fra dette kan det vurderes hvorvidt utviklingen og reglene samlet sett har betydning for om det kan oppstilles et saklighetskrav i privat sektor. Dette vil drøftes nærmere i kapittel 5.

3.2 Grunnloven § 98

Det følger av Grunnloven § 98 andre ledd at «[i]ntet menneske må utsettes for usaklig eller uforholdsmessig forskjellsbehandling.» Ved lovfesting ble det tatt et bevisst valg om ikke å liste opp ulike diskrimineringsgrunnlag i Grunnloven. Dette ble overlatt til ordinær lovgivning.⁵⁸ Utvalget begrunnet dette med at Grunnloven burde være «åpen for uventede situasjoner og endringer over tid.»⁵⁹

Bestemmelsen er en individuell rettighet som kan prøves for domstolen.⁶⁰ Det fremgår ikke direkte av ordlyden i bestemmelsen hvem som pålegges plikter. Bestemmelsen må imidlertid leses i sammenheng med Grunnloven § 92, hvor det fremgår at «[s]tatens myndigheter skal respektere og sikre menneskerettighetene». Det er også presisert i forarbeidene at det er statens myndigheter som er pålagt plikter.⁶¹ Både statlige og kommunale myndigheter

⁵⁸ Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven s. 149.

⁵⁹ Ibid. s. 150.

⁶⁰ Ibid. s. 148.

⁶¹ Prop. 81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) s. 35.

omfattes.⁶² Private er ikke pålagt plikter etter bestemmelsen. Myndighetene må derfor beskytte befolkningen mot diskriminering fra private gjennom lovverket.⁶³

Til tross for at det offentlige er pliktsubjekt, er bestemmelsen veldig generell og har derfor et svakt rettighetspreg. Bestemmelsen gir et generelt vern mot alle former for usaklig og uforholdsmessig forskjellsbehandling.⁶⁴ De nærmere grensene må trekkes av de politiske myndigheter.⁶⁵

Formålet bak den generelle utformingen av Grunnloven § 98 er å sikre at «diskriminering som åpenbart er usaklig og har sammenheng med vesentlige forhold ved en person, blir omfattet.»⁶⁶ Den generelle utformingen gjør at bestemmelsen fungerer som en rettslig standard. Grunnloven § 98 kan gi selvstendig vern til nye grupper som får behov for vern mot diskriminering.⁶⁷

3.3 Reglene om diskriminering

Arbeidsmiljøloven har bestemmelser om diskriminering i kapittel 13. Paragraf 13-1 forbyr direkte og indirekte diskriminering på grunn av «politisk syn, medlemskap i arbeidstakerorganisasjon eller alder». Bestemmelsen gjelder både ved utlysning av stilling og ved ansettelse, jf. § 13-2 første ledd bokstav a.

I likestillings- og diskrimineringsloven § 6 er det oppgitt en rekke diskrimineringsgrunnlag. Etter § 2 gjelder loven på alle samfunnsområder. Det er også uttrykkelig nedfelt i § 29 at diskrimineringsvernet gjelder alle sider av et arbeidsforhold, herunder utlysning av stilling og ansettelse. Arbeidsgiver kan derfor ikke unnlate å ansette noen på grunn av «kjønn, graviditet, permisjon ved fødsel eller adopsjon, omsorgsoppgaver, etnisitet, religion, livssyn, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet, kjønnsuttrykk, alder eller

⁶² Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 47.

⁶³ Ibid. s. 148.

⁶⁴ Prop. 81 L (2016-2017) s. 36.

⁶⁵ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 147.

⁶⁶ Innst. 186 S (2013-2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss mfl. om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV s. 25.

⁶⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 36.

kombinasjoner av disse grunnlagene [...]». Oppstillingen av diskrimineringsgrunnlagene er uttømmende.⁶⁸

Lovens formål er å fremme likestilling og hindre diskriminering på grunn av nevnte diskrimineringsgrunnlag og «andre vesentlige forhold ved en person», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 1. Alternativet «andre vesentlige forhold ved en person» er ikke oppgitt som et av diskrimineringsgrunnlagene i § 6. Departementet slo fast i forarbeidene at formålsbestemmelsen ikke medfører noen direkte rettigheter eller plikter, slik at alternativet ikke vil fungere som et selvstendig grunnlag. Alternativet har likevel betydning for de andre bestemmelsene i loven, da disse må tolkes i lys av formålet.⁶⁹ Tillegget kan derfor bidra til å fastlegge innholdet i ulovfestede regler.⁷⁰ Hvorvidt det kan ha betydning for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse behandles nærmere i kapittel 5.

Diskrimineringslovutvalget uttalte at alternativet skal være en sikkerhetsventil som gjerne vil omfatte «forskjellsbehandling som kan ha et visst vern etter de opplistede grunnlagene, men som ligger i ytterkanten eller som det er uklart om omfattes av grunnlaget.»⁷¹ Det er kun de «vesentlige forhold» som omfattes. Ifølge forarbeidene skal det forstås som «forhold ved en person som ikke kan endres eller som har stor betydning for den det gjelder.»⁷² Eksempler på slike forhold kan være overvekt, utseende, omsorgsoppgaver, straffedom og rusavhengighet. Forhold som ikke er vesentlige er blant annet hårfarge, musikksmak og fritidsinteresser.⁷³

Diskrimineringsforbudene gjelder alle deler av ansettelsesprosessen. Det stilles krav til utforming av utlysningsteksten, utvelgelse til intervju og ved valget av hvem som skal ansettes.⁷⁴ Reglene begrenser derfor arbeidsgivers styringsrett og utgangspunktet om at han kan ansette den han vil.

⁶⁸ Storeng, Nils H. mfl., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020, s. 333

⁶⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 310

⁷⁰ Tron Løkken Sundet, *Norsk Lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, note 6, Rettsdata.no (lest 26. mars 2021).

⁷¹ NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsværn og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK, s. 166.

⁷² I.c.

⁷³ I.c.

⁷⁴ Se blant annet LDN-2009-3 og LDN-2007-6.

3.4 Fortrinnsrett

Reglene om fortrinnsrett kan også begrense arbeidsgivers valg av hvem som skal ansettes. Dersom en arbeidstaker har fortrinnsrett og gjør krav på en ledig stilling, har vedkommende rettskrav på ansettelse.⁷⁵ En arbeidstaker kan ha fortrinnsrett i ulike situasjoner.

Arbeidstakere som har blitt sagt opp på grunn av virksomhetens forhold, har fortrinnsrett etter arbeidsmiljøloven § 14-2. Så lenge arbeidstakeren er kvalifisert, plikter arbeidsgiver å ansette vedkommende. Bestemmelsen gjelder der virksomheten må foreta driftsinnskrenkning eller rasjonaliseringstiltak.

Hensynet bak regelen er å forhindre at virksomheten foretar driftsinnskrenkninger for å kvitte seg med arbeidstakere, hvor dette ikke kan gjøres ved saklig oppsigelse.⁷⁶ Regelen styrker stillingsvernet, som er et av lovens formål.⁷⁷

Dersom virksomheten har deltidsansatte og skal foreta ny ansettelse, så har de deltidsansatte fortrinnsrett til utvidet stilling, jf. arbeidsmiljøloven § 14-3. I forarbeidene begrunnes bestemmelsen med et formål om å hindre uønsket deltid og med likestillingshensyn.⁷⁸

Arbeidstaker som utøver reservasjonsrett ved virksomhetsoverdragelse, har fortrinnsrett til ny ansettelse hos tidligere arbeidsgiver etter arbeidsmiljøloven § 16-3 tredje ledd.

3.5 Innhenting av opplysninger

En viktig del av ansettelsesprosessen for arbeidsgiver er å innhente opplysninger om søkerne. Det er behov for informasjon om de ulike søkerne, for å kunne beslutte hvem som skal ansettes. Lovgivningen oppstiller flere begrensninger i adgangen til å innhente opplysninger om arbeidstakerne. Det kan spørres om begrensningene også får betydning ved vektlegging av opplysningene, slik at det vil utgjøre begrensninger for arbeidsgivers valg av hvem som skal ansettes.

I arbeidsmiljøloven § 13-4 er det oppstilt forbud mot at arbeidsgiver kan innhente opplysninger om hvordan søkeren stiller seg til politiske spørsmål, eller om de er medlem av

⁷⁵ Storeng (2020) s. 93.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 222.

⁷⁷ Se arbeidsmiljøloven § 1-1 bokstav b.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 226.

arbeidstakerorganisasjoner. Slike opplysninger kan likevel innhentes hvor de er begrunnet i stillingens karakter, eller virksomhetens formål er å fremme bestemte politiske syn, jf. § 13-4 andre ledd. Dersom Arbeiderpartiet skal ansette ny sekretær, vil det være saklig å innhente informasjon om hvilket parti søkeren tilhører.⁷⁹ Motsatt vil det ikke være saklig å innhente slik informasjon om arbeidssøkere til Arbeiderpartiets kantine.

Arbeidsgiver kan i utgangspunktet heller ikke be om helseopplysninger ved ansettelse, jf. arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd. Det er likevel tillatt hvor opplysningene er «nødvendige» for å utføre arbeidsoppgaver.⁸⁰ Det fremgår av forarbeidene at arbeidsgiver ofte vil ha et «sterkt saklig behov for å avklare visse sider ved den arbeidssøkendes helsetilstand. Dette kan for eksempel være spørsmål om å imøtekomme offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø eller å søke å unngå å ansette personer som viser seg ikke å være skikket til arbeidet.»⁸¹ Eksempelvis kan ikke en nøtteallergiker arbeide på en nøttefabrikk. Tilsvarende bør en person med håndleddskader og eksem ikke arbeide som frisør. Det er grunnleggende å ha kunnskap om slike helseopplysninger, for å sikre at vedkommende som ansettes kan bidra til forsvarlig drift av virksomheten. Det er også viktig for arbeidssøkerens egen helsetilstand.

Etter likestillings- og diskrimineringsloven § 30 bokstav a til e fremgår det at arbeidsgiver ikke må innhente opplysninger om søkers graviditet, adopsjon, planer om å få barn, religion eller livssyn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuelle orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk. I andre og tredje ledd er det gitt unntak for opplysninger som er av «avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet», eller hvor «virksomheten har som formål å fremme bestemte livssyn eller religiøse syn, og arbeidstakers stilling vil ha betydning for å gjennomføre formålet.»

De nevnte bestemmelsene gjelder uttrykkelig ved «innhenting» av opplysninger. Ordlyden gir ingen veiledning om opplysningene kan vektlegges. Spørsmålet blir om det kan utledes et forbud mot også å vektlegge slike opplysninger.

Opplysningene det er forbud mot å innhente etter arbeidsmiljøloven § 13-4 og likestillings- og diskrimineringsloven § 30 har tilsvarende bestemmelser om forbud mot diskriminering.⁸² Diskrimineringsreglene gjør at informasjonen ikke kan vektlegges i negativ retning, ved ikke

⁷⁹ Kjølaas, Christian, *Personvern i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2010, s. 117.

⁸⁰ Se arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd.

⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

⁸² Se arbeidsmiljøloven § 13-1 og likestillings- og diskrimineringsloven § 6.

å tilby vedkommende jobben. Når det gjelder arbeidsmiljøloven § 9-3, er det ingen tilsvarende bestemmelse om diskriminering.

Det fremgår av forarbeidene at formålet bak forbud mot innhenting av helseopplysninger etter § 9-3 er «å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet.» Forbudet har også nær sammenheng med diskrimineringsvernet i arbeidslivet.⁸³ Formålet tilsier at bestemmelsen må forstås slik at opplysningene ikke kan vektlegges.

I Rt. 2001 s. 248 A (Olderdalen ambulanse) ble to ambulansearbeidere tilbudt ansettelse med betingelse om ikke å fagorganisere seg. Spørsmålet var om vilkåret om unnlatt fagorganisering var ulovlig. Etter arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 A var det forbud mot å innhente opplysninger om søkere var medlemmer av lønnstakerorganisasjoner.⁸⁴ Høyesterett viste til at formålet bak etterspøringsforbudet var å forhindre at arbeidsgiver ved ansettelse legger vekt på slike opplysninger. Vilkåret som ble stilt for ansettelsen var egnet til å få frem opplysninger om fagorganisering, og var nærmest en omgåelse av bestemmelsens forbud. Høyesterett viste også til at begrunnelse om fagorganisering ville blitt ansett som en usaklig oppsigelse. Sammenhengen i reglene tilsa derfor at det ikke kunne oppstilles slikt vilkår ved ansettelse. Det ble konkludert med at vilkåret om unnlatt fagorganisering var urettmessig.⁸⁵

Høyesterett uttalte ikke uttrykkelig at arbeidsmiljøloven § 55 A inneholdt et forbud mot å vektlegge slike opplysninger. Det er likevel nærliggende å anta at bestemmelsen ble forstått som et forbud mot å legge vekt på opplysningene.⁸⁶ Uten et slikt forbud ville ikke bestemmelsen forhindre at arbeidsgiver vektla opplysningene, og det ville være enkelt å omgå regelen. Siden arbeidsmiljøloven § 9-3 er formulert på samme måte som tidligere § 55 A og formålet tilsier at opplysningene ikke vektlegges, er det nærliggende at bestemmelsen tolkes på tilsvarende måte.⁸⁷ Opplysninger som ikke kan innhentes etter § 9-3, kan derfor heller ikke vektlegges.

Det kan oppstå situasjoner der arbeidstaker uoppfordret gir opplysninger som er omfattet av arbeidsmiljøloven § 9-3. Dette kan også være opplysninger arbeidsgiver er kjent med fra før. I

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

⁸⁴ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

⁸⁵ Rt. 2001 s. 248 på s. 259

⁸⁶ Se Jakhelln (2006) s. 204; Eidsvaag (2009) s. 328 og Bratholm (2013) s. 230-231.

⁸⁷ I.c.

slike tilfeller tilsier også formålet bak bestemmelsen at arbeidsgiver ikke kan vektlegge opplysningene.⁸⁸

Arbeidsmiljøloven § 9-3 setter dermed noen grenser for hva som kan vektlegges ved ansettelsen. Arbeidsgiver kan verken innhente eller vektlegge unødvendige helseopplysninger i valget av hvem som skal ansettes.⁸⁹

Ved innhenting av andre opplysninger om arbeidssøkeren enn det som er regulert i arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven, er det personopplysningsloven⁹⁰ og personvernforordningen⁹¹ som gjelder. Formålet er å verne personers grunnleggende rettigheter og friheter, jf. personvernforordningen art. 1. Den overordnede rettslige forankringen er Grunnloven § 102, som beskytter retten til privatliv.

Det følger av personopplysningsloven § 2 at loven og forordningen gjelder ved helt eller delvis «automatisert behandling» av «personopplysninger» og ved ikke-automatisert behandling av personopplysninger som «inngår eller skal inngå i et register».

Med «personopplysninger» menes «enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person», jf. personvernforordningen art. 4 nr. 1. Innsamling av personopplysninger foregår gjerne gjennom elektronisk søknad, noe som vil omfattes av alternativet «automatisert behandling». I et personregister vil opplysninger typisk være strukturert og tilgjengelige etter særlige kriterier. Der arbeidsgiver samler ulike opplysninger i en mappe kategorisert etter forskjellige søkere, vil det være et register hvor opplysninger er lagret og tilgjengelige. Disse opplysningene brukes igjen ved utvelgelse av de ulike arbeidssøkerne. Det fremgår av personvernforordningen art. 4 nr. 2 at med «behandling» menes f.eks. innsamling, lagring og bruk av personopplysninger. Loven har et vidt anvendelsesområde, og gjelder både innhenting, oppbevaring og bruk/vektlegging av opplysningene for å velge ut hvem som skal ansettes.

Det gjelder et generelt saklighetsprinsipp etter personvernreglene. Saklighetsprinsippet kommer til uttrykk av flere bestemmelser i personvernforordningen. Det følger av art. 5 nr. 1

⁸⁸ Jakhelln (2006) s. 204.

⁸⁹ Bratholm (2013) s. 231.

⁹⁰ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

⁹¹ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR] [PVF].

bokstav b at opplysningene som samles inn må være for «spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål». I dette inngår også et forholdsmessighetsprinsipp. Av bokstav c fremgår det at opplysningene må være relevante og begrenset til det som er «nødvendig» for formålene de behandles for.

Det sentrale ved reglene er at arbeidsgiver ikke kan innhente flere opplysninger om arbeidssøkerne enn nødvendig. Hva som regnes som nødvendig vil variere med hvilken type stilling det dreier seg om. Det må foretas en avveining av arbeidsgivers behov for informasjon, mot arbeidssøkerens behov for vern av opplysningene.⁹² Informasjon som ikke er nødvendig å innhente etter bestemmelsene, vil heller ikke kunne vektlegges i negativ retning.

3.6 Avtalerettslige regler

De avtalerettslige reglene kan også sette grenser for ansettelsesprosessen. Det følger av avtaleloven § 36 at en avtale kan settes til side eller endres der det vil være «urimelig» å gjøre den gjeldende.⁹³ En arbeidsavtale vil omfattes av disse reglene, og vil dermed kunne settes til side om den er urimelig. Dersom en avtale ikke kan opprettholdes på grunn av urimelige vilkår, bør den heller ikke kunne inngås på slike vilkår.

For å vurdere hvorvidt en avtale er urimelig etter avtaleloven § 36, må det foretas en helhetsvurdering. Sentrale momenter i helhetsvurderingen er om vilkår må anses utilbørlige, uforholdsmessig tyngende eller utenforliggende.⁹⁴ Disse momentene er også relevante i saklighetsvurderingen etter Kårstø-dommen. Så lenge vilkårene som inngås er saklige, vil ikke arbeidsavtalen være urimelig.

En urimelighetsvurdering etter avtaleloven § 36 er imidlertid et snevert unntak. Arbeidstaker er klar over vilkårene ved undertegnelse av kontrakten. I Rt. 2000 s. 1800, som er omtalt i punkt 5.6 nedenfor, kom Høyesterett til at det skulle atskillig til for å sensurere et vilkår som arbeidssøkeren kjente til ved ansettelsen. Det er derfor ikke sikkert at en avtale vil endres eller

⁹² Kjølaas (2010) s. 115.

⁹³ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven).

⁹⁴ Engelsrud (2009) s. 159.

settes til side som følge av usaklige vilkår. Det må foretas en konkret helhetsvurdering, hvor flere forhold spiller inn.

Avtaleloven § 36 begrenser arbeidsgivers styringsrett, ved at det settes en grense for hva det kan inngås avtale om. Arbeidsgiver kan risikere at ansettelsesavtalen endres, om den etter en helhetsvurdering anses som urimelig. Vilåårene som inngår i arbeidsavtalen bør derfor være saklige for å kunne opprettholdes.

4 Saklighetskravet i offentlig sektor

4.1 Utgangspunktet

Ved ansettelse i offentlig sektor utøver arbeidsgiver offentlig myndighet. Som følge av dette er det krav til saksbehandlingen. Det er også flere regler som begrenser arbeidsgivers valg av hvem som skal ansettes.

Hensikten med å presentere saklighetskravet i offentlig sektor, er å vurdere om reglene/momentene kan ha overføringsverdi til privat sektor. Det må vurderes hvorvidt hensynene bak reglene tilsier at det også kan oppstilles et saklighetskrav i privat sektor.

4.2 Innhold og rettslig grunnlag

Ved ansettelse i stat eller kommune opptrer arbeidsgiveren på vegne av det offentlige, slik at forvaltningsloven gjelder, jf. forvaltningsloven § 1.⁹⁵ Det følger av § 2 andre ledd at avgjørelse om ansettelse regnes som enkeltvedtak. Saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven må dermed følges ved ansettelser i offentlig sektor. Herunder følger det ulovfestede forvaltningsrettslige saklighetskravet.

Saklighetskravet innebærer at det ikke kan legges vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn, at det ikke må treffes vilkårlige avgjørelser og at resultatet ikke er kvalifisert urimelig. Disse prinsippene betegnes som det ulovfestede saklighetskravet i offentlig sektor.⁹⁶ Saklighetskravet stiller krav til saksbehandlingen, begrunnelsen og beslutningens innhold.

Ved utvelgelsen av søkere i ansettelsesprosessen, setter saklighetskravet skranker for hva som kan vektlegges i vurderingen. For å sikre at saklighetskravet følges, er hovedregelen i offentlig sektor at den som er best kvalifisert for stillingen skal ansettes. Denne hovedregelen betegnes som *kvalifikasjonsprinsippet*.

⁹⁵ Lov 10. februar 1967 om behandlingssaker (forvaltningsloven).

⁹⁶ Engelsrud (2009) s. 149.

4.3 Nærmere om kvalifikasjonsprinsippet

Kvalifikasjonsprinsippet er i utgangspunktet ulovfestet, og er stadfestet i rettspraksis, forvaltningspraksis og juridisk teori.⁹⁷ I statlig sektor er prinsippet nå lovfestet i statsansatteloven § 3. Lovfestingen for statsansatte er kodifisering av ulovfestet rett, og var ikke ment for å endre rettstilstanden.⁹⁸ For kommunal sektor er prinsippet nedfelt i Hovedtariffavtalen (KS) § 2 punkt 2.2, og i opplæringsloven § 10-5 for stillinger som underviser eller rektor. For Oslo kommune er prinsippet nedfelt i overenskomstens del A § 2.1 andre ledd.⁹⁹ Dersom prinsippet ikke følger av lov eller tariffavtale, kommer det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet til anvendelse.

Kvalifikasjonsprinsippet bygger på de grunnleggende prinsippene om likebehandling, rettferdighet og saklighet.¹⁰⁰ Formålet er å sikre at det ikke tas usaklige, urimelige eller utenforliggende hensyn, hindre vilkårlig forskjellsbehandling og sikre at den best kvalifiserte får stillingen.¹⁰¹ Ifølge forarbeidene er kvalifikasjonsprinsippet nødvendig for å sikre at hensynet til likebehandling og saklighet blir avgjørende for utvelgelsen.¹⁰² I tillegg bidrar det til å sørge for at befolkningen har tillit til forvaltningen.¹⁰³ Kvalifikasjonsprinsippet kan også begrunnes med å sikre effektivitet og rettssikkerhet i forvaltningen.¹⁰⁴ Ansatte som er godt kvalifisert vil som regel utføre offentlige oppgaver mest mulig hurtig og sikkert. Det kan også oppleves rettferdig at den best kvalifiserte får stillingen. Ansettelse i offentlig forvaltning kan anses som et gode, og derfor bør utvelgelsen følge allmenn aksepterte prinsipper.¹⁰⁵

Vurderingen av hvem som ansettes skal ta utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som fremgår av utlysningsteksten. Det å utforme utlysningsteksten er derfor viktig for hvilke kvalifikasjoner som kan vektlegges.¹⁰⁶ Departementet har uttalt i forarbeidene at «[s]tillingsutlysningen blir bindende for den vurderingen som skal gjøres av søkerens

⁹⁷ Ibid. s. 152.

⁹⁸ Prop. 94 L (2016-2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven) s. 69.

⁹⁹ Overenskomsten inngått mellom Oslo kommune og KAH, Unio, Akademikerne-K og YS-K Oslo, 1.5.2020-30.4.2022.

¹⁰⁰ Statens personall håndbok 2021, punkt 2.1.2.1

¹⁰¹ Engelsrud, Gerd, *Statsansatteloven: særlov om ansettelse og opphør av arbeidsforhold i staten*, Cappelen Damm Akademisk 2018, s. 31.

¹⁰² Prop. 94 L (2016-2017) s. 69.

¹⁰³ I.c.

¹⁰⁴ Fanebust, Arne, *Offentlig arbeidsrett: Rettigheter og plikter. Tilsetting og opphør*, Universitetsforlaget 2018, s. 105.

¹⁰⁵ I.c.

¹⁰⁶ Borgerud, Ingeborg Moen og Agathe Løwenborg, *Statsansatteloven: Lovkommentar*. Universitetsforlaget 2020, s. 66.

kvalifikasjoner. Det er ikke anledning til å gjøre endringer i kvalifikasjonskravene etter at stillingen er lyst ut. Skal kvalifikasjonskravene endres, må stillingen lyses ut på nytt.»¹⁰⁷

For å finne frem til hvilken søker som er den best kvalifiserte, må det legges vekt på ulike kriterier. Etter statsansatteloven § 3 fremgår det at det skal legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet. De samme kriteriene gjelder for det ulovfestede prinsippet, da bestemmelsen som nevnt er kodifisering av ulovfestet rett.¹⁰⁸

4.4 Kan det legges vekt på andre hensyn enn kvalifikasjonskriteriene?

Utgangspunktet for hva som kan vektlegges i kvalifikasjonsvurderingen er som nevnt utlysningsteksten og kvalifikasjonskriteriene. Det kan imidlertid oppstå situasjoner der flere søkere er like kvalifiserte, og da må det vurderes hvorvidt det kan legges vekt på andre hensyn for å avgjøre hvem som skal ansettes.¹⁰⁹

I utgangspunktet kan styringsretten, som en restkompetanse, tilsi at valget overlates til arbeidsgiver hvor søkere er like kvalifisert. Etter statsansatteloven § 3 og opplæringsloven § 10-5, er det imidlertid uttrykkelig oppramset hva som «skal» legges vekt på i kvalifikasjonsvurderingen. Ordlyden i bestemmelsene åpner ikke opp for at det kan legges vekt på andre hensyn. Av Hovedtariffavtalen (KS) § 2 punkt 2.2 fremgår det at det i «første rekke» skal tas hensyn til søkeres kvalifikasjoner. Tariffavtalen åpner dermed opp for å legge vekt på flere hensyn.

Spørsmålet blir om det kan legges vekt på andre hensyn etter statsansatteloven § 3 og opplæringslova § 10-5, til tross for at ordlyden ikke åpner for det.

Kvalifikasjonsprinsippet skal som nevnt sørge for at hensynet til likebehandling og saklighet blir avgjørende i utvelgelsen av søkere. Så lenge de hensyn som vektlegges er saklige og søkerne får samme muligheter, tilsier dette at andre hensyn kan vektlegges.¹¹⁰ Dette vil

¹⁰⁷ Prop. 94 L (2016-2017) s. 80.

¹⁰⁸ Ibid. s. 69.

¹⁰⁹ Engelsrud (2017) s. 64.

¹¹⁰ Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett: Den individuelle delen*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015, s.71.

likevel kunne variere med hvilken type hensyn det dreier seg om. Ifølge forarbeidene må det «bero på en konkret vurdering i hver enkelt sak».¹¹¹

Etter forvaltningsloven § 17 plikter ansettelsesmyndigheten å opplyse saken så godt som mulig. Alle søkerne bør derfor få anledning til å uttale seg om forhold det kan være relevant å legge vekt på. Dette kan stille seg annerledes i privat sektor, hvor arbeidsgiver ikke er bundet av forvaltningsloven ved ansettelsen.

Det kan stilles spørsmål ved om det kan tillegges vekt at søkeren tidligere har jobbet eller jobber i virksomheten som skal ansette. Tjenestetiden teller som erfaring, og kan også si noe om søkerens skikkethet til stillingen. På denne måten vil det være en del av kvalifikasjonsvurderingen. Arbeidsgiver kjenner søkeren og har kunnskap om vedkommende er egnet til stillingen.¹¹²

Det følger av Hovedtariffavtalen (KS) § 2 pkt. 2.2 tredje ledd at der søkere står kvalifikasjonsmessig likt, så foretrekkes søkeren med lengst tjeneste i kommunen. Arbeidsgiver må derfor ansette den med lengst ansiennitet, selv om han har en dårlig erfaring med den ansatte. Det er imidlertid tvilsomt om vedkommende vil være like kvalifisert som andre i et slikt tilfelle, da arbeidsgivers inntrykk kan gjøre at søkeren skårer dårlig på kriteriene erfaring og skikkethet.

Sosiale forhold og velferdshensyn kan være relevante momenter i arbeidsretten. Ved nedbemanning er sosiale hensyn et av utvelgelseskriteriene, og det er relevant å vektlegge hvor hardt arbeidstakeren rammes.¹¹³ Ved ansettelse er det mer usikkert om det er relevant å vektlegge hvem som trenger jobben mest.

I Rt. 1976 s. 614 A godtok Høyesterett at skolestyret la vekt på sosiale forhold ved ansettelse. Saken gjaldt ansettelse av en vaktmester ved en skole. Vedkommende som ble ansatt hadde en syk ektefelle og mindreårige barn, slik at det var viktig å komme over i lettere arbeid enn det han hadde ved et verksted. Dommen kan kritiseres ved at lignende sosiale forhold gjaldt også en annen arbeidssøker, men dette kjente ikke skolestyret til. Høyesterett mente dette var uheldig, men det førte likevel ikke til at avgjørelsen om ansettelse ble kjent ugyldig.

¹¹¹ Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) Om lov om statens embets- og tjenestemenn s. 31.

¹¹² Engelsrud (2017) s. 64.

¹¹³ Se Rt. 1986 s. 879 A hvor ulike sosiale hensyn ble vektlagt ved utvelgelsen.

Etter Grunnloven § 110 skal myndighetene legge til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan forsørge seg ved arbeid. Bak dette ligger likhetshensyn og et ønske om at enhver skal ha like muligheter.¹¹⁴ Slike hensyn ligger også bak diskrimineringslovgivningen, som gir arbeidsgiver mulighet for en slags positiv særbehandling. Det vil si en adgang til at personer som stiller svakere enn andre får styrket sin posisjon.¹¹⁵ Samme hensyn tilsier at sosiale forhold og velferdshensyn bør kunne vektlegges hvor kvalifikasjonene ellers er like.

Sosiale hensyn er imidlertid svært lite objektive kriterier. Det er ingen grense for hva som er relevante behov, eller regler for hvordan ulike behov skal veies opp mot hverandre. Det er også gjerne tilfeldig om søkere opplyser om slike behov. Ved slike hensyn må det også ses hen til forbudet mot å innhente opplysninger. Arbeidstaker har rett til privatliv, og arbeidsgiver kan ikke uten videre innhente slike opplysninger. Sosiale behov bør derfor være vesentlige for å kunne tillegges vekt.¹¹⁶

Arbeidsgiver kan også ha et ønske om å vektlegge ulike hensyn på grunn av egne behov. Slike behov kan eksempelvis være snarlig tiltredelse, økonomi, stabilitet eller bosted. Sivilombudsmannen har gitt uttrykk for en restriktiv linje i slike saker.¹¹⁷ Det er begrunnet med at hensyn som kontinuitet og kommunetilhørighet anses som irrelevante, fordi det gjerne baserer seg på usikre antakelser og lite dokumenterte fakta. For arbeidssøkerne kan vektlegging av slike hensyn innebære usaklig forskjellsbehandling, vilkårlighet eller utenforliggende hensyn.¹¹⁸

Adgangen til å legge vekt på arbeidsgivers egne behov kan være annerledes ved ansettelse i privat sektor. Det kan stilles spørsmål ved hvilket vekt Sivilombudsmannens uttalelser har for privat sektor. Sivilombudsmannen utøver kontroll av forvaltningen ved siden av domstolene, og skal sikre at forvaltningen ikke øver urett mot den enkelte borger, jf.

sivilombudsmannsloven § 3.¹¹⁹ Privat arbeidsgiver omfattes ikke av forvaltningen, og er derfor ikke bundet av forvaltningslovens krav til saksbehandlingen. Ettersom

Sivilombudsmannens uttalelser ikke er ment for å sikre kontroll av ansettelser i privat sektor,

¹¹⁴ Engelsrud (2009) s. 154.

¹¹⁵ Ibid. s. 156.

¹¹⁶ I.c.

¹¹⁷ Se eksempelvis SOMB-2006-20, SOMB-1994-14 og SOMB-1990-1.

¹¹⁸ Engelsrud (2009) s. 157.

¹¹⁹ Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven).

kan de ikke sies å ha særlig vekt. Dersom det gjelder et eventuelt saklighetskrav, vil det trolig være større adgang til å vektlegge arbeidsgivers egne behov.

Det vil ikke være relevant å unnlate å ansette en søker med begrunnelse at vedkommende er overkvalifisert. Med overkvalifisert menes at søkeren har bedre kvalifikasjoner enn det som kreves i stillingen. Det å ansette en som er mindre kvalifisert, vil være direkte i strid med ordlyden i statsansatteloven § 3 om at den «best kvalifiserte» skal ansettes. Det fremgår også av forarbeidene at en søker ikke kan forbigås med begrunnelse av å være «for godt kvalifisert».¹²⁰ Sivilombudsmannen har flere ganger fastslått at en søker som er «overkvalifisert» ikke er diskvalifiserende, og at det vil være usaklig å unnlate å ansette vedkommende med slik begrunnelse.¹²¹ Fanebust hevder også at det ikke kan vektlegges at en søker er overkvalifisert. Dersom en slik søker skal forbigås, må det for eksempel begrunnes med at vedkommende ikke vil bli i stillingen.¹²² En slik begrunnelse vil imidlertid innebære usikre antakelser.

I privat sektor gjelder ikke noe kvalifikasjonsprinsipp. Det er derfor adgang til å ansette andre enn den som isolert sett er best kvalifisert. Ved et eventuelt saklighetskrav kan det være relevant å unnlate å ansette en overkvalifisert søker, da det etter omstendighetene *kan* være saklig å vektlegge at vedkommende ikke vil bli værende i stillingen.

For å vurdere hvorvidt noe kan vektlegges i vurderingen, må arbeidsgivers behov veies mot hensynet likebehandling av arbeidstakere og folkets tillit. Det må foretas en konkret interesseavveining i hver sak. Forholdene det legges vekt på bør også være dokumenterbare, og ikke rene hypoteser.¹²³

¹²⁰ Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) s. 30.

¹²¹ Se blant annet SOMB-1997-32 og SOMB-2007-20.

¹²² Fanebust (2015) s. 71.

¹²³ Engelsrud (2009) s. 158.

5 Kan det utledes et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor?

5.1 Utgangspunktet

Utgangspunktet er som nevnt at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan ansette den han vil. Arbeidsgiver har også avtalefrihet til å inngå avtale med den han ønsker. Der arbeidsgivers muligheter og valgfrihet begrenses, må det kreves et særskilt grunnlag.¹²⁴ Slike begrensninger kan være lov, tariffavtale eller ulovfestede regler. Det må vurderes om rettskildene gir grunnlag for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav.

5.2 Rekkevidden av saklighetsnormen i Kårstø-dommen

Det er sikker rett at styringsretten begrenses av alminnelige saklighetsnormer etter Kårstø-dommen.¹²⁵ Spørsmålet er hvor langt dette alminnelige saklighetskravet rekker, og om det setter skranker for arbeidsgivers styringsrett også i ansettelsesprosessen.

Det første spørsmålet blir hva Høyesterett mener med «styringsretten», og når saklighetsnormene kommer til anvendelse.¹²⁶

Som det går frem av punkt 2.3 ovenfor, er retten til å ansette arbeidstakere en del av arbeidsgivers styringsrett. I utgangspunktet faller ansettelse derfor inn under styringsrettens begrensning av alminnelige saklighetsnormer.

I Kårstø-dommen vises det imidlertid til styringsrettens innhold slik det er formulert i Nøkk-dommen.¹²⁷ Styringsretten angis som en «rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».¹²⁸ Retten til å ansette nevnes ikke. Ansettelse er antakelig ikke nevnt fordi Høyesterett har formulert innholdet i styringsretten ut fra sakens spørsmål.¹²⁹ Saklighetskravet

¹²⁴ Fanebust (2015) s. 55.

¹²⁵ Rt. 2001 s. 418 A.

¹²⁶ Evenrud (2009) s. 225.

¹²⁷ Rt. 2000 s. 1602 A.

¹²⁸ Rt 2000 s. 1602 A på s. 1609 og Rt. 2001 s. 418 A på s. 427.

¹²⁹ Evenrud (2009) s. 226.

som er fastslått i Kårstø-dommen gjelder styringsretten generelt, og Høyesterett har ikke tatt noe forbehold mot ansettelse. Da ansettelse inngår i utøvelse av styringsrett, trekker dette i retning av at saklighetskravet også gjelder for ansettelsen.

På den andre siden må det likevel vektlegges at Høyesterett ikke tok direkte stilling til spørsmålet. Dommen kan derfor vanskelig brukes som grunnlag for å oppstille et saklighetskrav ved ansettelse.¹³⁰

Kårstø-dommen gjør det klart at det gjelder et alminnelig saklighetskrav som begrenser arbeidsgivers styringsrett. Dommen sier likevel ikke noe om rekkevidden av saklighetskravet når det gjelder ansettelsesprosessen. Dersom saklighetskravet skal omfatte ansettelsen, vil det gripe inn i arbeidsgivers styringsrett. Det bør derfor kreves klarere holdepunkter for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav for ansettelse.

5.3 Lovgivers oppfatning

I forarbeidene til endring av arbeidsmiljøloven av 1977, ble det blant annet fremmet forslag om å oppstille en ny regel om forbud mot etnisk diskriminering.¹³¹ I denne forbindelse behandlet departementet spørsmålet om det burde innføres et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor. Ved vurderingen av spørsmålet ble det vist til at det å kunne velge ansatte tradisjonelt er en viktig del av styringsretten. Valg av ansatte har særlig stor betydning for virksomheter med et tett og personlig forhold mellom arbeidsgiver og de ansatte. Det å ha et godt samarbeid kan være vesentlig for driften, og for å ivareta arbeidstakernes interesser. Departementet mente på bakgrunn av dette at innskrenkninger i styringsretten «bare [bør] foretas når det er særlige grunner for det, og det er i dag ikke grunnlag for å innføre et alminnelig krav om saklighet ved ansettelse i det private næringsliv.»¹³² Det ble også vist til at styringsretten er mindre omfattende ved oppsigelser enn ansettelse, og at oppsigelse må ha saklig grunn.¹³³

¹³⁰ I.c.

¹³¹ Ot.prp. nr. 67 (1996–1997) s. 6.

¹³² Ibid. s. 46.

¹³³ Ibid. s. 40.

Departementets uttalelse er imidlertid fra 1997, slik at det kan stilles spørsmål ved om den er dekkende for dagens rettstilstand.¹³⁴ Etter uttalelsen er det kommet ny arbeidsmiljølov med nye regler.

Hvorvidt det er grunnlag for å innføre et alminnelig krav om saklighet ved ansettelser i privat sektor, er ikke tatt stilling til i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005. I forbindelse med forslag til ny diskrimineringslov, uttalte diskrimineringslovutvalget at det må sondres mellom «saklighetskrav ved ansettelse og for arbeidsgivers disposisjoner etter at et arbeidsforhold er etablert. [...] Utenfor forvaltningens område fremkommer saklighetskrav ved ansettelser av diskrimineringslovgivningen.»¹³⁵

Det fremstår uklart hvordan utvalget stiller seg til spørsmålet om å oppstille et generelt saklighetskrav ved ansettelse. Uttalelsen er tvetydig, og tar ikke direkte stilling til spørsmålet. En nærliggende forståelse er at det ikke kan oppstilles et generelt saklighetskrav, fordi begrensningene uttømmende er regulert i diskrimineringslovgivningen. På den andre siden kan sontringen også tilsi at det gjelder et saklighetskrav ved ansettelse med et annet innhold. Uttalelsen kan forstås som at diskrimineringslovgivningen gir uttrykk for et generelt saklighetskrav.

Utvalget har referert til Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 2004 s. 192, som støtte for standpunktet. Jakhelln skriver i 2006-utgaven av boken på s. 217, at likebehandlings- og saklighetskrav får anvendelse også utenfor forvaltningens område. Det «innebærer at arbeidsgiver vil måtte holde sin vurdering av de enkelte søkere innen saklige rammer, slik at det ikke tas utenforliggende hensyn.»¹³⁶ Jakhellns tilnærming synes å være at det gjelder et generelt saklighetskrav utover diskrimineringslovgivningens regler.

På grunn av uttalelsens tvetydighet må det vises forsiktighet med å tillegge den vekt i noen retning. Utvalget har ikke vist til noen nærmere begrunnelse for uttalelsen. Sontringen ble heller ikke gjenstand for videre diskusjon i proposisjonen på Stortinget.¹³⁷ Dette er imidlertid ikke uventet, da behandlingen *ikke* omhandlet forslag til ny arbeidsmiljølov. Lovgivers oppfatning fremstår usikker etter uttalelsen.

¹³⁴ Bratholm (2013) s. 199.

¹³⁵ NOU 2009: 14 s. 72.

¹³⁶ Jakhelln (2006) s. 217.

¹³⁷ Se Prop. 88 L (2012-2013) Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven).

Arbeidsmiljølovens formål er etter § 1-1 bokstav b) å sikre «trygge ansettelsesforhold» og «likebehandling i arbeidslivet». «Likebehandling i arbeidslivet» innebærer at arbeidsgiver ikke på usaklig grunnlag skal holde arbeidstaker utenfor arbeidslivet.¹³⁸ Av forarbeidene fremgår det at formålsbestemmelsen «skal først og fremst gi veiledning, ved at den angir retning, gir inspirasjon og gir uttrykk for lovens overordnede visjon og verdisyn».¹³⁹

At lovgiver har angitt likebehandling som en overordnet verdi i formålsbestemmelsen, kan tilsa et ønske om ytterligere regler i denne retning. Et generelt saklighetskrav ved ansettelsen kan bidra til å oppnå formålet.

Det gjelder i dag flere diskrimineringsregler som setter en grense for hva arbeidsgiver kan legge vekt på i vurderingen. Utviklingen har også gått i retning av at arbeidsgivers disposisjoner overfor arbeidstaker må ha saklig grunn. Flere forfattere mener derfor at utviklingen i reglene tilsier at det kan oppstilles et saklighetskrav ved ansettelse.¹⁴⁰ Dette redegjøres nærmere for i punkt 5.4 nedenfor.

Lovgiver har ikke lovfestet noe generelt saklighetskrav, og har heller ikke uttalt seg direkte om dette etter forarbeidene fra 1997. Diskrimineringslovutvalgets uttalelse fra 2009 er uklar, men synes å trekke i retning av at det gjelder et generelt saklighetskrav. Lovens formålsbestemmelse tilsier også at en slik regel er ønskelig. Lovgiver har likevel ikke lovfestet noen slik generell regel, og det fremstår usikkert hva som er lovgivers oppfatning i dag.

5.4 Utviklingen i reglene

Bestemmelsene som ble vist til i kapittel 3 setter lovfestede begrensninger for arbeidsgivers valg ved ansettelsen i både privat og offentlig sektor. Spørsmålet blir om sammenhengen og utviklingen i lovgivningen tilsier at det må oppstilles et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor.

Som det fremgår av kapittel 3.2, gir Grunnloven § 98 et generelt forbud mot usaklig og uforholdsmessig behandling. Der tilfeller faller utenfor diskrimineringslovgivningen, kan

¹³⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 72.

¹³⁹ Ibid. s. 68.

¹⁴⁰ Bratholm (2013) s. 199.

bestemmelsen gi et selvstendig vern. Utseende, vekt og andre forhold som ikke omfattes av diskrimineringsvernet, vil derfor kunne fanges opp av denne bestemmelsen.

Det er imidlertid myndighetene som er pliktsubjekt etter bestemmelsen. Beskyttelse mot private reguleres gjennom lovgivning. Dersom et forhold ikke har vern etter diskrimineringsreglene, kan ikke arbeidssøker påberope at han er diskriminert etter Grunnloven § 98 ved privat ansettelse. Grunnlovens bestemmelse får derfor størst betydning for ansettelser i offentlig sektor. Ved ansettelser i offentlig sektor gjelder imidlertid et saklighetskrav og et kvalifikasjonsprinsipp. Forhold som utseende og overvekt vil kunne være usaklige i en kvalifikasjonsvurdering, og derfor vil Grunnloven § 98 i realiteten få liten betydning som selvstendig grunnlag.

Ved å grunnlovfeste et forbud mot usaklig og uforholdsmessig behandling, viser lovgiver at likebehandling er en grunnleggende og overordnet verdi i samfunnet. Det kan derfor spørres om Grunnloven § 98 kan brukes som argument for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav, om enn begrenset, også i privat sektor.

Det ble som nevnt presisert i utvalgets rapport at lovgiver må trekke opp de nærmere grensene for diskrimineringsvernet.¹⁴¹ Myndighetene har ansvar for å sørge for en forsvarlig lovgivning, slik at private ikke utøver usaklig forskjellsbehandling. Det er i dag diskrimineringslovgivning som verner ulike grupper og bidrar til likebehandling. Likevel er ikke alle grupper eller forhold vernet. Det er for eksempel ikke oppstilt noe diskrimineringsvern for utseende, bosted, hvor en kommer fra i landet eller hvilken dialekt en har. Hensynet til likebehandling tilsier at det bør oppstilles et saklighetskrav som også fanger opp slike forhold. Det vil være usaklig å forbigå noen på grunn av at arbeidsgiver ikke liker personens dialekt. For å fange opp flere former for usaklig forskjellsbehandling, er det nødvendig med et slikt generelt krav.

Flere grupper er beskyttet mot diskriminering etter likestillings- og diskrimineringsloven. I tillegg til å beskytte visse grupper, er formålet med loven å hindre diskriminering på grunn av «vesentlige forhold ved en person», jf. § 1. Ordlyden angir et vidt anvendelsesområde. I forarbeidene gis eksempler på at «vesentlige forhold» kan være overvekt, utseende,

¹⁴¹ Dok. nr. 16 (2011-2012) s. 149.

straffedom eller rusavhengighet.¹⁴² Det er derfor flere forhold som omfattes av formålsbestemmelsen, enn den uttømmende regelen om diskrimineringsvern.

Som nevnt gir ikke formålsbestemmelsen noe vern i seg selv. Alternativet kan bidra til å fastlegge innholdet i ulovfestede regler, men gir ikke noe nærmere svar på om det kan oppstilles en ulovfestet regel ved ansettelse. Før innholdet kan klarlegges, må det derfor vurderes om det i det hele tatt kan oppstilles en ulovfestet regel. At det er vist til «vesentlige forhold ved en person» viser imidlertid at lovgiver anser dette som beskyttelsesverdig. Det er derfor åpnet for at det kan oppstilles ulovfestede regler hvor det er behov for vern.

Hensynene bak reglene om fortrinnsrett samsvarer ikke med hensynene bak et eventuelt saklighetskrav ved ansettelse. Reglene om fortrinnsrett beskytter og effektiviserer arbeidstakerens stillingsvern, mens saklighetskravet vil beskytte en arbeidssøker før arbeidsforholdet oppstår. Fortrinnsretsreglene bidrar heller ikke til likebehandling, da vedkommende med fortrinnsrett ikke behøver å være den som er best kvalifisert til arbeidet. Reglene om fortrinnsrett har derfor mindre betydning i spørsmålet om det kan oppstilles et saklighetskrav.

Det er også begrensninger for å innhente opplysninger om arbeidssøkerne.

Personvernlovgivningen tar sikte på å sikre forsvarlig behandling og lagring av slike opplysninger. Formålet bak lovgivningen er imidlertid ikke å sørge for likebehandling av personer, men å verne privatlivet. Det å sikre en saklig ansettelsesprosess er derfor ikke i kjernen av personvernlovgivningen. Disse reglene kan dermed ikke tas til inntekt for å oppstille et generelt saklighetskrav som gjelder hele ansettelsesprosessen.

Samlet sett har utviklingen i lovgivningen gått i retning av mer omfattende reguleringer og begrensninger i arbeidsgivers frie valg ved ansettelse. Flere av reglene gir unntak, dersom disposisjonen begrunnes med å være saklig. Ved så mange begrensninger kan det tilsi at også ansettelsesprosessen generelt må være saklig.

På den andre siden kan alle begrensningene i arbeidsgivers valgfrihet tilsi at det ikke bør oppstilles ytterligere begrensninger. Etter alle lovbestemmelsene er det begrenset med frihet

¹⁴²NOU 2009: 14 s. 166.

igjen. Dette kan tilsi at arbeidsgiver bør kunne foreta et fritt valg innenfor rammen av de gjeldende begrensninger.

5.5 Har reglene fra offentlig sektor overføringsverdi?

Grunnlaget for saklighetsprinsippet i offentlig sektor er at arbeidsgiver utøver offentlig myndighet på vegne av stat eller kommune, og derfor er underlagt forvaltningsloven. Bak avgjørelsen om ansettelse er derfor hensyn til likebehandling og tillit svært viktig. En stilling i det offentlige kan oppleves som et gode, som må fordeles rettferdig. Et arbeidsforhold i offentlig sektor vil derfor være noe mer enn et avtaleforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Motsetningsvis er det i private arbeidsforhold selve avtalen som er det sentrale.¹⁴³

Da grunnlaget for saklighetskravet er at det offentlige er bundet av forvaltningsloven og dens prinsipper, kan det ikke sies å ha direkte overføringsverdi til privat sektor. Det kan likevel undersøkes hvorvidt hensynene som ligger bak kvalifikasjonsprinsippet også gjør seg gjeldende i privat sektor.

Arbeidsgiver har makt ved at han kan velge om han skal ansette noen til stillingen. Som den svake part har arbeidssøkerne derfor behov for vern både i offentlig og privat sektor. Offentlig myndigheter må i tillegg ivareta et godt rykte, og sørge for rettferdig tildeling av goder. Saksbehandlingsreglene skal sørge for dette, samt at det ikke oppstår myndighetsmisbruk. Det er derfor flere hensyn som tilsier strengere regler for arbeidsgiver i offentlig sektor.

At det ikke skal tas usaklige hensyn følger til en viss grad av diskrimineringsreglene. Det er dermed flere skranker for utvelgelsen i privat sektor. Likevel er det flere tilfeller som ikke omfattes av diskrimineringsvernet. Det er ikke ønskelig at arbeidsgiver skal la utseende eller dialekt bli avgjørende for utvelgelsen. Hensynet til saklighet og likebehandling kan derfor tilsi at reglene har overføringsverdi.

Det er normalt ønskelig å ansette den som har best kompetanse også i privat sektor. Dette vil sørge for effektivitet og forsvarlig drift. I tillegg kan det sørge for at andre har tillit til

¹⁴³ Engelsrud (2009) s. 165.

virksomheten. Tillitshensynet vil imidlertid variere med hva slags virksomhet det dreier seg om.

En regel om et eventuelt saklighetskrav i privat sektor, vil ikke fungere på samme måte som i offentlig sektor. Ved ansettelse i privat sektor kan det ikke kreves begrunnelse ved forbigåelse på et slikt grunnlag. En arbeidssøker i offentlig sektor har rett til innsyn i samsvar med forvaltningslovforskriftens §§ 15 til 19.¹⁴⁴ Forskriftsbestemmelsene regulerer rett til innsyn i utvidet søkerliste, intervjuer, innstillingen og opplysninger om parten selv og andre søkere. En arbeidssøker som mener seg forbigått kan derfor få opplysninger om de andre søkerne og deres kvalifikasjoner, for å sammenligne med seg selv. Motsatt kan det i privat sektor bare kreves begrunnelse ved forbigåelse i strid med diskrimineringsreglene, jf. arbeidsmiljøloven § 13-7 og likestilling- og diskrimineringsloven § 31.

Dersom det gjelder et saklighetskrav ved ansettelser i privat sektor, vil det ikke kunne kreves begrunnelse hvor en arbeidssøker mener seg forbigått. Et generelt saklighetskrav vil derfor ikke få særlig realitet uten ytterligere regler om begrunnelse.

Hensynene bak reglene i offentlig sektor gjør seg ikke gjeldende med samme tyngde i privat sektor. Da et saklighetskrav vil gripe sterkt inn i arbeidsgivers valgfrihet ved ansettelse, må det kreves klarere holdepunkter. At det er noen likheter bak hensynene kan ikke sies å være tilstrekkelig til at det offentligrettslige saklighetskravet har overføringsverdi til privat sektor.

5.6 Rettspraksis

Høyesterett har som nevnt ikke tatt direkte stilling til spørsmålet om det kan oppstilles et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor. Som det ble vist til i punkt 5.2 kan ikke Kårstø-dommen tas til inntekt for å oppstille et saklighetskrav ved ansettelse. I gjennomgangen nedenfor vil det vurderes om rettspraksis gir uttrykk for at det er behov for et slikt generelt saklighetskrav.

Saken i Rt. 1988 s. 766 (U) gjaldt en kvinne som ble ansatt i et fire måneders vikariat. Etter ansettelsen ble det kjent at hun var gravid, og ville søke permisjon etter omtrent en måned. Arbeidsgiveren anførte at det forelå bristende forutsetninger. Det forelå ingen bestemmelser i

¹⁴⁴ Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften).

arbeidsmiljøloven eller lovgivningen som regulerte dette. Høyesteretts kjæremålsutvalg kom til at bristende forutsetninger gjorde at arbeidsgiver kunne gå fra avtalen.

Selv om prinsippet om bristende forutsetninger gjorde at arbeidsgiver kunne gå fra avtalen, ville saken fått et annet resultat i dag. Det er nå lovfestet i likestilling- og diskrimineringsloven § 6 at diskriminering på grunn av graviditet er forbudt. I dag ville saken blitt fanget opp av disse reglene, slik at arbeidsgiver ikke kunne gått fra avtalen med begrunnelse at arbeidstaker er gravid. Dommen viser at lovgiver har ønsket å trekke noen grenser for hva det er saklig å vektlegge, og at arbeidsretten stadig er i utvikling. Samtidig kan lovfestingens tilsi at lovgiver ikke har funnet grunn til å lovfeste mer enn de gjorde, slik at det ikke er behov for et generelt saklighetskrav.

Det kan spørres om prinsippet om bristende forutsetninger fremdeles er relevant ved ansettelse, selv om saken ovenfor ville blitt løst annerledes i dag. Saken i Rt. 2000 s. 1800 A viser at avtalerettslige regler kan få betydning for vilkårene i arbeidsavtalen. Saken gjaldt en banksjef som ved ansettelsen forpliktet seg til å bo i samme kommune som banken. Han startet i jobben i januar 1998, men ble oppsagt i august/september samme år. Grunnlaget for oppsigelsen var at han ikke oppfylte bostedsvilkåret. Et av spørsmålene i saken var om bostedskravet måtte settes til side etter avtaleloven § 36, slik at grunnlaget for oppsigelsen falt bort. Høyesterett uttalte at «det [skal] atskillig til for at retten kan sette til side som urimelig en vurdering av denne art som en privat arbeidsgiver har foretatt, når vilkåret er klart presisert før arbeidsavtalen blir inngått.»¹⁴⁵ Høyesterett kom til at vilkåret ikke kunne settes til side etter avtaleloven § 36 og at oppsigelsen var saklig begrunnet. Det ble særlig lagt vekt på at bostedskravet knyttet seg til saklige formål, som at banksjefen trengte kunnskap om næringslivet i kommunen og kontakter i nærmiljøet.

Dommen gjelder ikke ansettelsesprosessen, men har overføringsverdi med hva arbeidsgiver kan stille som vilkår ved ansettelse. Høyesterett godtok at et bostedskrav knyttet til ansettelse var saklig og la særlig vekt på at arbeidsgiver ga en god begrunnelse for vilkåret.

Bostedskravet hadde betydning for ansettelsen ved at en annen ville fått stillingen, dersom arbeidstaker ikke godtok vilkåret. Dommen kan tas til inntekt for at vilkår som oppstilles ved ansettelse ikke må være usaklige.

¹⁴⁵ Rt. 2000 s. 1800 A på s. 1806.

Dommen Rt. 1992 s. 1039 A gjaldt en gruppe arbeidstakere som mente seg forbigått i strid med fortrinnsrettsregelen i arbeidsmiljøloven av 1977 § 67 (nå § 14-2). I valget mellom flere fortrinnsberettigede mente arbeidstakerne at arbeidsgiver måtte følge saklighetsnormen ved oppsigelse i arbeidsmiljøloven § 60 nr. 2 (nå § 15-7 (2)). Høyesterett kom til at det ikke var holdepunkter for dette, og viste til at en slik regel «ville legge en byrde på arbeidsgiveren.»¹⁴⁶ Det ble vist til at «[e]n regulering av arbeidstakernes stillingsvern reiser vanskelige og vidtrekkende lovgivningspolitiske spørsmål i skjæringspunktet mellom arbeidstakernes interesser, bedriftenes interesser og brede samfunnsmessige hensyn.»¹⁴⁷ Høyesterett la avgjørende vekt på at det hørte til lovgiver å vurdere disse spørsmålene, slik at det måtte kreves holdepunkter i loven for å legge en slik plikt på arbeidsgiveren.

Dommen gjelder valg mellom fortrinnsberettigede. Fortrinnsrett er en del av stillingsvernet, slik at dommen ikke har direkte overføringsverdi til ansettelsen. Momentene som Høyesterett vektla mot å oppstille en regel om saklig utvelgelse kan likevel ha overføringsverdi. Dommen viser at det bør utvises forsiktighet med å oppstille regler som pålegger arbeidsgiver en byrde. En regel om saklighetskrav ved ansettelse vil også reise vanskelige spørsmål med ulike interesser for arbeidssøker, virksomheten og samfunnet. Det vil være en byrde for arbeidsgiver, og derfor bør det overlates til lovgiver å foreta slike avveininger.

En dom som illustrerer grensen til diskrimineringsvern og saklighet er sak C-354/13 («Fedme-dommen») fra EU-domstolen.¹⁴⁸ Saken gjaldt en mann som ble oppsagt fra sin stilling i kommunen. Spørsmålene i saken var hvorvidt fedme utgjorde et handikap, og hvorvidt det forelå et forbud mot forskjellsbehandling på grunn av fedme.

EU-domstolen viste til at EU-retten ikke inneholder noe generelt prinsipp om forbud mot forskjellsbehandling på grunn av fedme. Videre viste domstolen til at fedme ikke utgjør noe handikap i seg selv, fordi det ikke nødvendigvis medfører yrkesmessige begrensninger.¹⁴⁹ EU-domstolen presiserte likevel at fedme kan utgjøre et handikap når «denne tilstand innebærer en begrensning som [...] kan hindre den berørte person i fullt og effektivt at delta i arbeidslivet på like fod med andre arbeidstakere.»¹⁵⁰

¹⁴⁶ Rt. 1992 s. 1039 A på s. 1044

¹⁴⁷ I.c.

¹⁴⁸ Dom av 18. desember 2014 [C5], *Fag og Arbejde (FOA) mot Kommunernes Landsforening (KL)*, C-354/14, EU:C:2014:2463.

¹⁴⁹ *FOA mot KL* [C5] C-354/14, avsnitt 58.

¹⁵⁰ *Ibid.* avsnitt 64.

Dommen omhandler ikke ansettelsesprosessen, men har likevel interesse ved at tilfellet falt på siden av diskrimineringsreglene. Arbeidstakeren var derfor ikke beskyttet mot at arbeidsgiver vektla hans fedme i utvelgelsen av hvem som skulle sies opp. Dommen kan illustrere at det er behov for et saklighetskrav som fanger opp tilfeller som faller utenfor diskrimineringsvernet. Et saklighetskrav ville beskyttet mannen mot at hans fedme ble vektlagt i utvelgelsen, så lenge det ikke hadde betydning for utførelsen av arbeidsoppgaver.

I en ny avgjørelse fra Høyesterett, HR-2021-605-A, er det uttalelser som kan knyttes opp mot arbeidsgivers valg ved ansettelse. Spørsmålet var om en servitør som var ansatt på prøve, pliktet å opplyse om samarbeidsproblemer i tidligere arbeidsforhold. Høyesterett mente utgangspunktet er at arbeidssøker ikke kan gi direkte villedende informasjon om seg selv og tidligere arbeidsforhold. Likevel har en arbeidssøker rett til i hovedsak å trekke frem positive opplysninger. Om det gjelder en opplysningsplikt, vil «avhenge av om informasjonen gjelder forhold av direkte betydning for arbeidssøkers egnethet for stillingen [...]. Dette gjelder primært opplysninger om faglige kvalifikasjoner og arbeidserfaring som er direkte relevant for stillingen.»¹⁵¹ Det ble også lagt vekt på at en arbeidssøker kan få store utfordringer med å få arbeid, dersom søkeren plikter å opplyse om tidligere arbeidskonflikter. Høyesterett viste også til hensynet om at «arbeidstakere skal ha mulighet til å få en ny sjanse, og at det primært er forhold av direkte betydning for søkers faglige kvalifikasjoner og evnen til å utføre arbeidet som er vesentlige.»¹⁵²

Dersom arbeidsgiver hadde fått informasjon om samarbeidsproblemene før de ansatte servitøren, ville de sannsynligvis valgt å ansette en annen. Høyesterett viser til viktigheten av å få arbeid, og gir derfor arbeidstaker muligheter for å trekke frem positive opplysninger. Ansvar for å spørre om eksempelvis tidligere konflikter tillegges arbeidsgiver. Dersom arbeidsgiver ikke har spurt, kan ikke arbeidstaker klandres for ikke å ha opplyst om det. Opplysninger som kan forventes, må ha sammenheng med kvalifikasjoner for arbeidet. Dette vil være saklig og nødvendig informasjon for stillingen, for å sikre at den som ansettes mestrer stillingen. Høyesterett oppstiller en form for beskyttelse av arbeidssøkere også i privat sektor. Dommen viser også at det å få arbeid er et viktig hensyn i seg selv og at arbeidstakere må få mulighet til å få en ny sjanse.

¹⁵¹ HR-2021-605-A avsnitt 50.

¹⁵² Ibid. avsnitt 58.

Tariffavtaler kan som nevnt ha regler som begrenser arbeidsgivers styringsrett. Bestemmelser i tariffavtalen kan blant annet omhandle hva arbeidsgiver kan vektlegge i vurderingen av hvem som skal ansettes.

I LB-2016-143816 vurderte lagmannsretten om en arbeidstaker (A) var forbigått, da en annen person ble tilsatt i et utlyst vikariat på sykehuset. Rammene for hva som skulle legges vekt på i valget mellom søkerne fulgte av tariffavtalen. Rangeringen skulle foretas etter faglige kvalifikasjoner. Lagmannsretten vurderte at det kunne ilegges erstatning dersom sykehusets vurdering av søkerens kvalifikasjoner og hvordan disse skal veies opp mot hverandre ikke hadde vært tilstrekkelig saklig eller forsvarlig. A klarte ikke å sannsynliggjøre at vurderingen var uforsvarlig, og fikk ikke tilkjent erstatning.

I dommen fulgte det av tariffavtale hva som skulle vektlegges i valget mellom søkere. Tariffavtalen oppstiller dermed et krav om at rangeringen foretas på et saklig og forsvarlig grunnlag. Dommen omhandler også hva domstolen kan prøve ved arbeidsgivers vurdering. Domstolen kan bare prøve hvorvidt arbeidsgiver har holdt seg innenfor en saklig og forsvarlig vurdering.

I ARD 1961 s. 61 fremkom det av partenes overenskomst at der søkere sto kvalifikasjonsmessig likt ved ansettelse, er ansiennitet avgjørende. Dette medførte at arbeidsgiver ikke kunne legge avgjørende vekt på momenter som ikke hadde noe å gjøre med søkerens kvalifikasjoner eller ansiennitet i valget av hvem som skulle ansettes. Arbeidsretten kom til at virksomhetens ansettelse var «bestemt av en saklig og samvittighetsfull vurdering, som ikke på noe punkt krenker bestemmelsen i overenskomsten[...]»

Saken gjaldt en privat virksomhet, hvor det var tariffestet hva som kunne legges vekt på ved ansettelse. Arbeidsgiver hadde dermed påtatt seg begrensninger for hva som kunne vektlegges i valget mellom hvem som skulle ansettes. Arbeidsretten vurderte derfor om arbeidsgiver hadde opptrådt tariffstridig, ved å vurdere hvorvidt vurderingen var saklig og samvittighetsfull.

I tilfeller hvor det er tariffestet hva som kan vektlegges ved ansettelsen, vil det indirekte oppstilles et saklighetskrav. Dette kravet gjelder ikke generelt, men for de enkelte forhold som kan vektlegges. Arbeidsgiver må dermed sørge for å foreta en saklig vurdering av de forhold som er relevante etter tariffavtalen.

Rettspraksis gir ikke noe entydig svar på om det er behov for å oppstille et generelt saklighetskrav ved ansettelse. Dommene viser at arbeidsretten stadig er i utvikling og at lovgiver har trukket opp noen lovfestede grenser. Lovfestingen kan tilsi at lovgiver ikke har funnet grunn til å trekke opp ytterligere grenser. Samtidig kan utviklingen med flere begrensninger tilsi at et generelt saklighetskrav kan oppstilles på ulovfestet grunnlag. Rettspraksis viser også at noen forhold faller utenfor det lovfestede diskrimineringsvernet. I slike tilfeller kan det være behov for et generelt saklighetskrav som fanger opp forholdene.

5.7 Juridisk teori

I juridisk teori er det ulike oppfatninger til spørsmålet om det gjelder et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor. I det følgende vil noen ulike forfatteres syn presenteres.

Jan Fougner skriver at utgangspunktet i privat sektor er at arbeidsgiver i kraft av styringsretten kan ansette den han vil, med de begrensninger som loven oppstiller.¹⁵³ Han begrunner sitt synspunkt med å vise til forarbeidene til endring av arbeidsmiljøloven av 1977, hvor det fremgår at arbeidsgiver bør ha «muligheter til å drive sin virksomhet på mest mulig hensiktsmessig måte, herunder også utvelgelse av sine medarbeidere».¹⁵⁴ Det ble også understreket i de samme forarbeidene at det ikke gjaldt et prinsipp om at den «objektivt best kvalifiserte søker[en] har et rettskrav på å bli ansatt.»¹⁵⁵ Kvalifikasjonsprinsippet gjelder ikke i privat sektor, og arbeidsgiver har derfor ingen plikt til å ansette «den beste».¹⁵⁶ Fougner mener arbeidsgiver står fritt til å ansette den han vil, med de begrensninger som følger av lov.¹⁵⁷

Liv Torill Evenrud hadde samme synspunkt som Fougner. Hun begrunnet det med at begrensninger i arbeidsgivers ansettelsesadgang bør ha holdepunkter i loven og at begrunnelsen bak saklighetskravet i styringsretten først slår til etter arbeidsforholdet er etablert.¹⁵⁸

¹⁵³ Fougner (2019) s. 717.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 67 (1996-97) s. 45.

¹⁵⁵ Ibid. s. 48.

¹⁵⁶ Fougner (2019) s. 723.

¹⁵⁷ I.c.

¹⁵⁸ Evenrud (2009) s. 226-227.

Stein Evju synes noe mer liberal til et generelt saklighetskrav, men tar ikke noe klart standpunkt. Han viser til at det tradisjonelle utgangspunktet ved private ansettelse er at arbeidsgiver, i kraft av styringsretten, har frihet til å velge hvem som skal ansettes.¹⁵⁹ Til tross for dette tar han til orde for at det muligens kan oppstilles visse krav til saklig grunn ved ansettelse. Dette mener han kan støttes av allmenne saklighetsnormer og den tidligere arbeidsmiljøloven av 1977 § 55 A, som gjaldt forbud mot innhenting av visse opplysninger ved ansettelse, og forbud mot forskjellsbehandling av søkere på grunn av ulike diskrimineringsgrunnlag.¹⁶⁰

Henning Jakhelln er positiv til å oppstille et saklighetskrav ved ansettelse. Han uttrykker at det «neppe [er] for dristig å anta at det gjelder et saklighetskrav ved ansettelse i privat virksomhet.»¹⁶¹ Dette begrunnes med å vise til de lovfestede begrensningene ved ansettelse, og at regelverket går i retning av at arbeidsgiver må legge til grunn saklige kriterier i arbeidsforholdet. Jakhelln skriver også at «saklighetsprinsipp[et] i arbeidsretten får anvendelse også i forhold til ansettelsen, og den prosess som går forut for ansettelsen».¹⁶² Han begrunner standpunktet med at arbeidssøkernes rettsvern er blitt styrket med forbud mot forskjellsbehandling og innhenting av opplysninger.¹⁶³

Tine Eidsvaag er enig med Jakhellns vurdering om å anta at det gjelder et saklighetskrav ved valget mellom søkere. Hun viser til det har skjedd en utvikling mot flere begrensninger i arbeidsgivers valgfrihet, herunder ved ansettelse. Hun trekker frem personopplysningslovens generelle saklighetskrav, etterspøringsforbudet i arbeidsmiljøloven § 9-3 og Høyesteretts uttalelser i Kårstø-dommen. Hva gjelder innholdet i et slikt saklighetskrav, mener hun det må være annerledes enn i offentlig sektor. Et saklighetskrav for privat arbeidsgiver må være i form av forbud mot å legge negativ vekt på irrelevante forhold.¹⁶⁴

Gerd Engelsrud tar til orde for at det gjelder et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse. Hun mener imidlertid at det ulovfestede saklighetsprinsippet som gjelder ved styringsrettsbeslutninger har mindre rekkevidde ved stiftelsen av arbeidsforhold, og at det derfor vil ha et annet innhold.¹⁶⁵ Hensynet til arbeidsgivers avtalefrihet veier tungt, og derfor

¹⁵⁹ Evju (1990) s. 269.

¹⁶⁰ Ibid. s. 270.

¹⁶¹ Jakhelln (2006) s. 56.

¹⁶² Ibid s. 184.

¹⁶³ Ibid s. 186.

¹⁶⁴ Eidsvaag (2009) s. 327-328.

¹⁶⁵ Engelsrud (2009) s. 159.

må mothensynet for å oppstille et saklighetskrav veie tungt. Engelsrud mener «[d]et arbeidsrettslige saklighetskravet beskytter enkeltindividet mot brudd på integritet, menneskeverd, retten til en legal livsførsel etc. ved ansettelse.»¹⁶⁶ Ytterligere begrensninger for privat arbeidsgiver mener hun ikke kan hjemles i saklighetskravet, da det kreves holdepunkter i lov.¹⁶⁷

Som gjennomgangen viser, er det ulike oppfatninger i teorien om det gjelder et generelt saklighetskrav ved ansettelse. Begrunnelsen blant forfatterne som mener et slikt krav ikke kan oppstilles, er at begrensning av arbeidsgivers valgfrihet krever holdepunkter i lov. Forfatterne som mener det gjelder et generelt saklighetskrav, legger særlig vekt på utviklingen i reglene mot flere begrensninger for arbeidsgivers valgfrihet.

5.8 Reelle hensyn

Reelle hensyn kan trekke i begge retninger til spørsmålet om å oppstille et ulovfestet saklighetskrav. Det er ulike hensyn og nyanser som får betydning, og som vil kunne være ulike etter hvilken virksomhet det dreier seg om.

Hensynet til utvikling og sammenheng i regelverket taler for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav. Regelutviklingen i arbeidsmiljøloven har ført til at arbeidsgiver må ha saklig grunn til å foreta flere disposisjoner. Det kreves blant annet saklig grunn for å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1, for å innhente helseopplysninger etter § 9-3 og for oppsigelse etter § 15-7. Tendensen i regelverket er derfor at arbeidsgiver må ha saklig grunn til å foreta disposisjoner som berører arbeidstakeren.

Et saklighetskrav kan være hensiktsmessig for å sikre lik konkurranse. Arbeidssøker er til en viss grad beskyttet av diskrimineringslovgivningen, men det er flere forhold som faller utenfor. Dersom arbeidssøkerne vet at ansettelsesprosessen har vært saklig og rettferdig, kan det oppleves mer akseptabelt at en annen tilbys jobben.

Det kan variere om det er behov for økt beskyttelse, i form av et saklighetskrav, i privat sektor. Noen kan ha bekjentskap eller venner som driver en bedrift, og har derfor muligheter for jobb gjennom dette. Arbeidsgiver kjenner da vedkommende, og vet hvem de ansetter.

¹⁶⁶ Ibid. s. 161.

¹⁶⁷ I.c.

Dette kan være en fordel for søkere som ikke har like mye erfaring og utdanning, men som har gode personlige forutsetninger for virksomheten.

Arbeid har en stor verdi for den enkelte arbeidstaker. Arbeidsgiver har et gode i form av en stilling, og har makt til å bestemme om noen i det hele tatt skal ansettes. Arbeidssøker kan måtte finne seg i mye for å få stillingen, og har derfor behov for vern som den svake part i ansettelsesprosessen.

På den andre siden kan behovet for vern stå sterkere hvor arbeidsforholdet er etablert. Ved ansettelse er det ikke etablert et avhengighetsforhold, som gjør at arbeidstaker (som den svake part) har behov for beskyttelse mot arbeidsgivers disposisjoner. Dette tilsier at arbeidssøkers behov for beskyttelse ikke er like stort ved ansettelsen.

Det tilfører samfunnet store verdier at folk er i arbeid. Arbeid fører til sysselsetting og produksjon, som gir økte ressurser. Flere virksomheter får gjerne støtteordninger fra staten for å drifte og sikre arbeidsplasser. Det er et samfunnsansvar å få folk i arbeid, og det kan derfor spørres om større virksomheter som mottar offentlig støtte har et særlig ansvar. Det beste for samfunnet er at flest mulig er i arbeid. Arbeidsgiver bør også ansette den han tror vil gjøre best jobb for virksomheten, for å utnytte ressursene best mulig. Det bør kunne forventes at større virksomheter bidrar til å sikre at folk kommer i arbeid, ved å foreta en saklig og rettferdig ansettelse. Slike virksomheter har stor betydning i samfunnet, og hensynet til tillit er derfor viktig.

Hensynene bak ansettelsesprosessen vil variere med hvilken type virksomhet det dreier seg om. Ved en liten kafe kan det være viktigere at den som kommer best overens med resten av personalet ansettes, enn at den best kvalifiserte ansettes.¹⁶⁸ De ansatte jobber tett sammen flere timer om dagen, og derfor er det svært viktig med gode relasjoner. Hensynet til tillit vil ikke få særlig betydning, da kunder i mindre grad er opptatt av den ansattes kompetanse ved kjøp av en sort kaffe. Det viktigste er at det er en hyggelig plass å komme innom. Hensynet til tillit vil imidlertid variere med hvilken kafe det dreier seg om. Ved en kaffebar vil det i større grad forventes at baristaen har kvalifikasjoner til å lage ulike kaffetyper.

Der en større virksomhet skal ansette, kan hensyn gjøre seg gjeldende på annen måte. Det kan for eksempel dreie seg om et stort forsikringselskap. Slike selskap har en viktig rolle for hele

¹⁶⁸ Engelsrud (2009) s. 164-165.

samfunnet, ved å sørge for økonomisk trygghet for både enkeltpersoner og virksomheter. Dette kan være en viktig faktor for at noen våger å starte opp en bedrift, eller engasjere et byggefirma til å bygge hus. Slike valg bidrar til arbeidsplasser og økonomisk vekst. Det vil av effektivitetshensyn være hensiktsmessig at den best kvalifiserte ansettes. I tillegg vil det skape større tillit utad om prosessen er rettferdig og går riktig for seg. For at folk skal velge akkurat dette forsikringselskapet, kan det spille inn at de har et godt rykte.

Virksomheter må være bevisst på hva slags forventinger kunder eller klienter har, og forsøke å imøtegå disse ved ansettelse. Et eksempel er en kvinnelig undertøysbutikk. Etter hensynet til bluferdighet, må arbeidstaker trolig i større grad akseptere at arbeidsgiver ønsker å ansette en kvinne. De fleste kvinner er sannsynligvis mer komfortable med å bli målt og hjulpet av butikkpersonell som er av samme kjønn, og selv har erfaring med undertøyet. Butikken må søke å imøtegå kundens behov og ønsker. Det er mye som tilsier at preferanse av en kvinne i slike tilfeller vil være lovlig forskjellsbehandling.

Det kan være behov for et saklighetskrav i tilfeller hvor arbeidsgiver har en tidligere konflikt med arbeidssøkeren. I slike tilfeller kan arbeidsgiver ønske å «hevne seg» på vedkommende, og derfor velge å ansette en annen. Et slikt forhold vil ikke omfattes av diskrimineringsvernet, slik at søkeren ikke er beskyttet mot at arbeidsgiver foretar valg på dette grunnlaget. Det at en arbeidsgiver personlig ønsker å hevne seg bør ikke være grunnlag for å ansette noen andre. Et slikt tilfelle kunne blitt fanget opp av et eventuelt saklighetskrav.

Et hensyn mot å oppstille et saklighetskrav, er at det ikke vil kunne kreves begrunnelse ved forbigåelse på dette grunnlaget i privat sektor. En ulovfestet regel om et generelt saklighetskrav vil derfor føre til bevisproblematikk, slik at det vil bli en vanskelig å sannsynliggjøre en forbigåelse etter en slik regel. Saklighetskravet vil derfor ikke få særlig realitet. For at det skal bli en effektiv regel må det ytterligere lovgivning til. Dette trekker i retning av at et saklighetskrav ikke kan oppstilles, og at avgjørelsen må overlates til lovgiver.

5.9 Konklusjon

Utgangspunktet er som nevnt at arbeidsgiver har rett til å ansette den han vil i kraft av styringsretten. For å begrense arbeidsgivers valgfrihet kreves det særskilt grunnlag.

Som redegjørelsen viser er det flere lovfestede regler som begrenser utgangspunktet om at arbeidsgiver kan velge hvem som skal ansettes. Utviklingen har ført til flere begrensninger, hvor flere forhold nå er beskyttet av diskrimineringslovgivningen. Det er likevel også flere forhold som faller utenfor denne lovgivningen, og dermed ikke har noe vern. Slike forhold kan eksempelvis være utseende, interesser/hobbyer, bosted, dialekt eller hvor en kommer fra i landet. Et generelt saklighetskrav kan bidra til at også slike forhold blir vernet.

Lovgiver uttalte i forarbeidene i 1997 at det ikke kan oppstilles et saklighetskrav. Den etterfølgende utviklingen tilsier likevel at det må utvises forsiktighet med å legge uttalelsen til grunn uten videre. Formålet etter arbeidsmiljøloven av 2005 er å sikre likebehandling i arbeidslivet, slik at ingen holdes utenfor på usaklig grunnlag. Dette kan gi indikasjoner på at lovgivers oppfatning av et saklighetskrav ved ansettelse er annerledes i dag.

Utviklingen i arbeidsretten har ført til flere begrensninger av arbeidsgivers styringsrett gjennom lov, rettspraksis og tariffavtaler. Arbeidsgiver står derfor ikke fritt ved valget av hvem som skal ansettes. Begrensningene kan i sammenheng med formålet om likebehandling, tilsi at det gjelder et generelt krav om at ansettelsen må være saklig.

Motsatt kan det argumenteres for at arbeidsgiver ikke bør pålegges ytterligere begrensninger. Det som er igjen av valgfrihet bør overlates til arbeidsgiver. Lovgiver har ikke lovfestet et saklighetskrav, og kan bevisst ha regulert kun konkrete tilfeller. Som det fremgår av Rt. 1992 s. 1039 A, bør det utvises forsiktighet med å oppstille regler som pålegger arbeidsgiver en byrde. En regel om et generelt saklighetskrav innebærer vanskelige spørsmål og en avveining av arbeidsgiver, arbeidssøker og samfunnets interesser. Dette tilsier at vurderingen bør overlates til lovgiver.

Rettspraksis gir ikke noe klart svar på om et saklighetskrav kan oppstilles. «Fedme-dommen» kan tilsi at det er behov for et saklighetskrav for forhold som faller utenfor diskrimineringsvernet. Samtidig viser rettspraksis at det må utvises forsiktighet med å oppstille begrensninger i arbeidsgivers frihet, og at valget bør overlates til lovgiver.

Juridisk teori gir ikke noe klart svar på spørsmålet, og forfatterne har ulike oppfatninger. Behovet for et saklighetskrav vil også variere med hvem som er arbeidssøker. Noen søkere har flere bekjentskaper, og dermed har gode muligheter for jobb gjennom dette. For disse kan det virke negativt om arbeidstaker må ansette en annen, grunnet et saklighetskrav.

Det kan også stille spørsmål ved realiteten av å oppstille et saklighetskrav. Det kan som nevnt ikke kreves begrunnelse ved forbigåelse på grunn av et mulig saklighetskrav. For at et slikt krav skal ha realitet, må det også oppstilles en regel om begrunnelse. Det vil derfor være flere avveininger og endringer som må gjøres for å kunne oppstille et slikt generelt krav.

Samlet sett trekker rettskildene i ulike retninger til spørsmålet om det kan oppstilles et saklighetskrav. Forarbeidsuttalelsen fra 1997 kan ikke isolert tillegges avgjørende vekt, og må ses i lys av den etterfølgende utviklingen. Utenom nevnte uttalelse er det ikke klare holdepunkter i verken lov, forarbeider eller rettspraksis. Det er heller ikke enighet i juridisk teori og reelle hensyn trekker i begge retninger. På bakgrunn av dette konkluderes det med at det ikke kan oppstilles et generelt saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor. Som det fremgår ovenfor, må det særskilt grunnlag til for å gjøre begrensninger i arbeidsgivers frihet. Utviklingen i regelverket og reelle hensyn kan ikke sies å være tilstrekkelig til å begrense arbeidsgivers ansettelsesfrihet ved å oppstille et saklighetskrav. Det bør derfor overlates til lovgiver å oppstille et slikt krav.

6 Avsluttende bemerkninger

Med konklusjonen tar jeg avstand fra juridiske forfattere som Jakhelln, Engelsrud og Eidsvaag. De to sistnevnte tar til orde for at det kan oppstilles et ulovfestet saklighetskrav, som innebærer et forbud mot å legge negativ vekt på irrelevante forhold. Etter min drøftelse er det ikke rettskildemessig grunnlag for å oppstille et ulovfestet saklighetskrav ved ansettelse i privat sektor. Det er heller ikke grunnlag for å oppstille et vagere saklighetskrav, i form av et forbud mot utenforliggende hensyn.

Det utelukkes likevel ikke at det kan tenkes tilfeller som vil være så utenforliggende at det muligens kan være grunnlag for erstatning. Grunnloven § 98, arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse og utviklingen i lovverket kan gi støtte for at arbeidsgivers ansettelsesfrihet har en grense. Hvor denne grensen skal trekkes, og om den i det hele tatt kan oppstilles, er imidlertid svært usikkert.

Litteraturliste

Lover, forskrifter og forordninger

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven)

Lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven)

Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. [opphevet]

Lov 13. juni 1997 nr. 44 om aksjeselskaper (aksjeloven)

Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den vidaregåande opplæringa (opplæringslova)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv (arbeidsmiljøloven)

Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR] [PVF]

Norske lovforarbeider

Stortingsproposisjoner fra departementene

Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) Om lov om endringer i lov av 4 februar 1977 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

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

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

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

Prop. 81 L (2016–2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Prop. 94 L (2016–2017) Lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

Offentlige utredninger, dokumenter m.v.

NOU 2009: 14 Et helhetlig diskrimineringsvern

Diskrimineringslovutvalgets utredning om en samlet diskrimineringslov, grunnlovsvern og ratifikasjon av tilleggsprotokoll nr. 12 til EMK

Dok. nr. 16 (2011–2012) Rapport fra Menneskerettighetsutvalget om menneskerettigheter i Grunnloven

Innst. 186 S (2013–2014) Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovsforslag fra Per-Kristian Foss, Martin Kolberg, Marit Nybakk, Jette F. Christensen, Anders Anundsen, Hallgeir H Langeland, Per Olaf Lundteigen, Geir Jørgen Bekkevold og Trine Skei Grande om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter, med unntak av romertall X og romertall XXIV

Avgjørelser

Høyesterett

Rt. 1962 s. 122 A

Rt. 1976 s. 614 A

Rt. 1977 s. 902 A

Rt. 1986 s. 879 A

Rt. 1989 s. 1152 U

Rt. 1992 s. 1039 A

Rt. 2000 s. 1602 A

Rt. 2000 s. 1800 A

Rt. 2001 s. 248 A

Rt. 2001 s. 418 A

Rt. 2009 s. 1465 A

Rt. 2011 s. 841 A

HR-2016-2229-A

HR-2021-605-A

Lagmannsrettene

LB-2016-143816

Arbeidsretten:

ARD-1980-42

ARD-1987-9

ARD-1990-87

ARD-2012-54

AR-2017-17

AR-2019-28

EU-domstolen:

Dom av 18. desember 2014 [C5], *Fag og Arbejde (FOA) mot Kommunernes Landsforening (KL)*, C-354/14, EU:C:2014:2463

Uttalelser fra andre norske organer

Sivilombudsmannen

SOMB-1990-1

SOMB-1994-14

SOMB-1997-32

SOMB-2006-20

SOMB-2007-20

Likestillings- og diskrimineringsnemnda

LDN-2007-6

LDN-2009-3

Reglement og avtaler

Hovedtariffavtalen for kommunesektoren inngått mellom KS - LO Kommune, Unio, YS-K og Akademikerne, 1.5.2020 – 30.4.2022, <https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/lonn-og-tariff/Hovedtariffavtalen-2020-2022-interaktiv.pdf>

Hovedavtalen, NHO - LO 2018-2021, <https://lovdata.no/pro/#document/TARH/tariff/tarh-2018-1?searchResultContext=3889&rowNumber=1&totalHits=208>

Kommunal- og moderniseringsdepartementet (2021): *Statens personalhåndbok*, <https://lovdata.no/pro/#document/SPH/sph-2021>

Overenskomsten inngått mellom Oslo kommune og KAH, Unio, Akademikerne-K og YS-K Oslo, 1.5.2020-30.4.2022, <https://www.oslo.kommune.no/getfile.php/13389317-1607952019/Tjenester%20og%20tilbud/Jobb%20i%20Oslo%20kommune/Lønns-%20og%20arbeidsforhold/Dok%2025%202020%20-%202022.pdf>

Juridisk litteratur

Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Johan Grundt Tanum Forlag 1967.

Borgerud, Ingeborg Moen og Agathe Løwenborg, *Statsansatteloven: Lovkommentar*. Universitetsforlaget 2020.

Bratholm, Silvelin. «Helseopplysninger ved ansettelse», *Arbeidsrett*, 10 (2013) nr. 2 s. 181-273.

Eckhoff, Torstein og Jan E. Helgesen, *Rettskildelære*, 5. utg., Universitetsforlaget 2001.

Eidsvaag, Tine, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Bergen: Universitetet i Bergen, Det juridiske fakultet 2009.

Engelsrud, Gerd, «Saklighetsprinsippet ved ansettelse – en sammenligning mellom offentlig og privat sektor», I *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*. Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen red., Cappelen Akademisk Forlag, 2009, s. 149-166.

Engelsrud, Gerd, *Styring og vern: Arbeidsrett i offentlig sektor*, 6. utg., Cappelen Damm Akademisk 2017.

Engelsrud, Gerd, *Statsansatteloven: særlov om ansettelse og opphør av arbeidsforhold i staten*, Cappelen Damm Akademisk 2018.

- Evenrud, Liv Torill, «Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling», *Arbeidsrett*, 6 (2009) nr. 4 s. 224-230.
- Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett et perspektiv», I *Arbeidsrett og arbeidsliv*. Bind 1, 2003, s. 3-32.
- Evju, Stein. «Norge», i *Arbetsrätten i Norden: Pohjoismaiden työoikeus*, Tore Siegman, Armundur Backman, Stein Evju, Ole Hasselbalch og Antti Suviranta, Nordisk Ministerråd 1990, s. 225-316.
- Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett: Den individuelle delen*, 4. utg., Universitetsforlaget 2015.
- Fanebust, Arne, *Offentlig arbeidsrett: Rettigheter og plikter. Tilsetting og opphør*, Universitetsforlaget 2018.
- Fougner, Jan, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett*, 1 (2018) nr. 15 s. 37-60.
- Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utg., Universitetsforlaget 2016.
- Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019.
- Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde (red.), *Juridisk metode og tenkemåte*, Universitetsforlaget 2019.
- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg., N.W. DAMM & SØN 2006.
- Kjølaas, Christian, *Personvern i arbeidsforhold*, Universitetsforlaget 2010.
- Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020.
- Thorkildsen, Tarjei og Tonje H. Drevland, «Arbeidsgivers styringsrett – en «restkompetanse»?», *Arbeidsrett* 7 (2010) nr. 1-2 s. 30-48.

Elektroniske kilder:

Idsø, Johannes, «offentlig sektor» i Store norske leksikon, 30. mars 2020, https://snl.no/offentlig_sektor, (lest 27. april 2021).

Idsø, Johannes, «privat sektor» i Store norske leksikon, 19. mars 2021, https://snl.no/privat_sektor, (lest 27. april 2021).

Solberg, Erna, *Verdien av arbeid*, statsministerens tale på NHOs årskonferanse 9. januar 2018, Oslo, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/verdien-av-arbeid/id2584149/>

Tron Løkken Sundet, *Norsk Lovkommentar: Likestillings- og diskrimineringsloven*, note 6, Rettsdata.no (lest 26. mars 2021).

«Virksomhet» i Jusleksikon.no, Ljone, Fredrik (red.), 5. februar 2012, <https://jusleksikon.no/wiki/Virksomhet> (lest 12. april 2021).