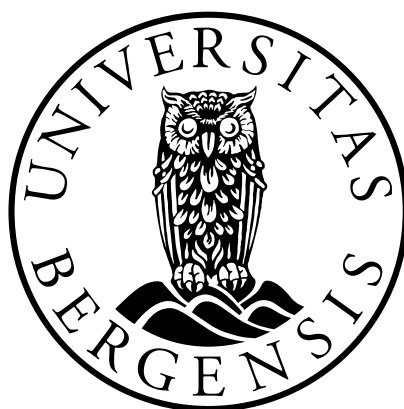


Saklighetskravets betydning for arbeidsgivers skjønn ved ansettelse i offentlig sektor

Kandidatnummer: 240

Antall ord: 14 534



JUS399 Masteroppgave

Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning.....	4
1.1 Tema, problemstilling og aktualitet.....	4
1.2 Enkelte utgangspunkter	5
1.2.1 Kort om ansettelse i offentlig sektor	5
1.2.2 Arbeidsgivers styringsrett	6
1.2.3 Kvalifikasjonsprinsippet.....	6
1.3 Rettskildebildet.....	7
1.4 Avgrensninger og presiseringer	8
1.5 Videre fremstilling.....	10
2 Innledende om arbeidsgivers styringsrett i relasjon til offentlige ansettelse	11
2.1 Nærmere om styringsrettens innhold, rettsgrunnlag og begrunnelse	11
2.2 Behovet for beskyttelse	13
3 Kvalifikasjonsprinsippetets rolle ved offentlige ansettelse	16
3.1 Hvor forankres kvalifikasjonsprinsippet?.....	16
3.2 Hvilke hensyn begrunner kvalifikasjonsprinsippet?.....	17
3.3 Hvordan vektet kvalifikasjonskravene mot hverandre?	18
4 Saklighetskravet	23
4.1 Innledning.....	23
4.2 Krav om saklighet ved ansettelse i offentlig sektor	24
4.3 Saklighetskravets innhold ved offentlige ansettelse.....	26
4.3.1 Utgangspunkt: Minimumsvurdering	26
4.3.2 Saklighet som generelt arbeidsrettslig prinsipp?.....	26
4.3.3 Overføringsverdi fra krav til saklighet i lovgivningen?	28
4.3.4 Overføringsverdi fra krav til saklighet i forarbeider og rettspraksis?	30

4.3.5	Krav til rimelighet eller rom for rimelighetsvurderinger?	34
5	Nærmere om likt kvalifiserte søkere	37
5.1	Innledning	37
5.2	Åpning i praksis for å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn?.....	38
5.3	Står praksisen seg i dag?.....	40
5.4	Hvor går yttergrensene for skjønnnet?	42
6	Avslutning	44
	Kildeliste	46

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for denne avhandlingen er grensene for arbeidsgivers valgfrihet ved ansettelse i offentlig sektor. Hovedproblemstillingen er hvilken betydning saklighetskravet har for arbeidsgivers skjønn i valget mellom flere søkere til samme stilling i offentlig sektor.

Arbeid og ansettelse er et tidløst tema. Spørsmål rundt ansettelse er viktig både for arbeidsgiver, arbeidssøker og samfunnet generelt. For arbeidsgiver er det viktig å finne riktig person til virksomheten ettersom feilansettelser kan bli svært dyrt for virksomheten.¹ For arbeidssøker er det viktig å komme inn i arbeidslivet, og for mange er det viktig å være ansatt i en stilling som er i tråd med eget nivå og ambisjoner.

Med det store årlige omfanget av ansettelser, mottar Sivilombudet en rekke spørsmål og klager rundt ansettelsesprosessen.² Ansettelsessaker er et av områdene hvor Sivilombudet mottar flest klager,³ og i 2020 var klagene rekordmange.⁴ Mange av klagene kommer fra søkere som mener seg forbigått på usaklig grunnlag i en offentlig ansettelsesprosess. Klageomfanget underbygger temaets viktighet og aktualitet.

I offentlig sektor skal arbeidsgiver i tråd med det såkalte kvalifikasjonsprinsippet ansette den best kvalifiserte søkeren til en stilling.⁵ Kvalifikasjonsprinsippet springer ut av saklighetskravet. Både i forvaltningsretten og arbeidsretten stilles det krav om at arbeidsgivers beslutninger skal være saklige. Hva som ligger i dette saklighetskravet og hvordan det stiller seg i offentlige ansettelser, er relevant for spørsmålet om arbeidsgivers spillerom i valget mellom arbeidssøkere. Videre er styringsretten og arbeidsgivers kompetanse i kraft av denne relevant når det kommer til diskusjonen av saklighetskravet, fordi det kan klargjøre hva saklighetskravet skal knyttes til når det gjelder ansettelse i offentlig sektor.

¹ Blant annet fordi terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må vise til gode grunner, jf. for eksempel Rt. 2009 s. 685.

² Se for eksempel Sivilombudets årsmeldinger for 2019 s. 2, 2020 s. 1 og 2021 s. 36.

³ Sivilombudet (2021) s. 5.

⁴ Sivilombudets årsmelding for 2020 s. 1 og 2.

⁵ Se nærmere om kvalifikasjonsprinsippet i punkt 1.2.3 og kapittel 3.

1.2 Enkelte utgangspunkter

1.2.1 Kort om ansettelse i offentlig sektor

En ansettelse skjer ved at arbeidsgiver inngår en avtale med arbeidssøker etter å ha utlyst stillingen offentlig,⁶ og gjennomgått en utvelgelsesprosess basert på kvalifikasjonsprinsippet,⁷ dokumentasjon, intervju og referanser.⁸ Ansettelse i stat eller kommune er utøvelse av forvaltningsmyndighet fordi arbeidsgiver opptrer på vegne av det offentlige. En ansettelse er et enkeltvedtak og derfor underlagt forvaltningslovens saksbehandlingsregler,⁹ med unntak av reglene om begrunnelse, klage og omgjøring.¹⁰ Saksbehandlingsreglene som gjelder er utredning,¹¹ partsinnsyn i egne opplysninger,¹² krav til skriftlighet,¹³ likebehandling¹⁴ og kontradiksjon.¹⁵ Grunnleggende sett handler det om at saksbehandlingen skal være saklig og forsvarlig.¹⁶ For eksempel kan kravet til skriftlighet redusere faren for at det tas usaklige hensyn i ansettelsesprosessen, særlig når det ikke gjelder en begrunnelsesplikt overfor søkerne. Ansettelsen skal like fullt være saklig begrunnet.¹⁷ Sivilombudet har likevel i en rekke uttalelser kritisert kommuner for lite betryggende saksbehandling i ansettelsesprosessen.¹⁸

Arbeidsgivers rett til å velge sine ansatte er et sentralt element i styringsretten i vid forstand.¹⁹ Dette henger sammen med at arbeidsgiver har og bør ha muligheten til å drive virksomheten mest mulig hensiktsmessig, likevel slik at det skjer innenfor de offentligrettslige rammene.²⁰ I tillegg er det arbeidsgivers ansvar å foreta ansettelsen og de skjønsmessige vurderingene

⁶ Jf. lov 16. juni 2017 nr. 76 om statens ansatte mv. (statsansatteloven) § 4.

⁷ Se punkt 1.2.3 og kapittel 3.

⁸ Prop. 94 L (2016-2017) punkt 9.4.1.

⁹ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) § 2 andre avsnitt.

¹⁰ Se forvaltningsloven § 3 andre avsnitt andre setning.

¹¹ Forvaltningsloven § 17.

¹² Forskrift 15. desember 2006 nr. 1456 til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften) kapittel 5.

¹³ Skriftlighet er en forutsetning for en forsvarlig og etterprøvable ansettelsesprosess. Se om kravet til skriftlighet i for eksempel Prop. 94 L (2016-2017) s. 72, SOM-2015-938 og Sivilombudets årsmelding for 2021 s. 37.

¹⁴ Prop. 94 L (2016-2017) s. 78.

¹⁵ Det ulovfestede kontradiksjonsprinsippet.

¹⁶ Prop. 94 L (2016-2017) s. 72.

¹⁷ Se for eksempel Prop. 94 L (2016-2017) s. 78.

¹⁸ Se for eksempel SOM-2008-96, SOM-2012-1435 og SOM-2015-938.

¹⁹ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 40 og 46. Dette ble uttalt i forbindelse med omfanget av diskrimineringsvernet, men uttalelsens karakter tilsier at den gjelder generelt for styringsretten, også i relasjon til ansettelser. Se også Rt. 2001 s. 248 på s. 259. Se nærmere om styringsretten i vid forstand i punkt 2.2.

²⁰ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) s. 45.

som ligger bak, og normalt arbeidsgiver som har best forutsetninger for å foreta dette skjønnet.²¹

1.2.2 Arbeidsgivers styringsrett

Arbeidsgivers styringsrett følger av omfattende rettspraksis og spiller en helt sentral rolle i arbeidsretten. Styringsretten defineres gjerne som arbeidsgiverens rett til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere.²² Arbeidsgivers styringsrett fungerer som en restkompetanse fordi den begrenses av lov, avtaler og et ulovfestet saklighetskrav.²³ Man kan tale om styringsrett i vid og snever forstand, herunder arbeidsgivers beslutningskompetanse som henholdsvis heteronom og autonom kompetanse. Hensikten med å trekke opp et skille er å klargjøre hva saklighetskravet skal knyttes til når det gjelder ansettelse, og hvem som trenger beskyttelse. Dette, samt en innledende redegjørelse av styringsretten, behandles nærmere i kapittel 2.

1.2.3 Kvalifikasjonsprinsippet

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer at arbeidsgiver skal ansette den best kvalifiserte søkeren til en ledig stilling.²⁴ Denne personen finner arbeidsgiver gjennom å foreta en sammenlignende vurdering av alle søkerne til stillingen.²⁵ Vurderingen må skje på bakgrunn av søkerens utdanning, erfaring og personlige egenskaper, sett opp mot kravene som arbeidsgiver har satt i stillingsutlysningen.²⁶ Kvalifikasjonskravene bestemmer arbeidsgiver i kraft av styringsretten.²⁷ At arbeidsgiver må foreta en slik helhetsvurdering basert på visse kriterier, reiser spørsmålet om hvor stort skjønn arbeidsgiver egentlig har i vurderingen av hvem som er best kvalifisert. I forlengelsen av dette kan en spørre hvordan kvalifikasjonene stiller seg i skjønnet og hvordan de skal vektas mot hverandre. Dette er tema i kapittel 3.

²¹ Fougner (2019) s. 106.

²² Se punkt 2.1.

²³ Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen) avsnitt 34, Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 35 og HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26. Se også Evju (2021) s. 148.

²⁴ Se Prop. 94 L (2016–2017) punkt 9.1. Forarbeidene gir en generell og dekkende beskrivelse av det ulovfestede kvalifikasjonsprinsippet. Se nærmere om forarbeidene og kodifiseringen av kvalifikasjonsprinsippet i statsansatteloven § 3 i punkt 3.1.

²⁵ Prop. 94 L (2016–2017) punkt 9.1.

²⁶ Prop. 94 L (2016–2017) punkt 9.1.

²⁷ Understreket i Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) avsnitt 69.

1.3 Rettskildebildet

Arbeidsretten er en særegen rettsdisiplin med en helt spesiell karakter, blant annet gjennom at arbeidsgiver har en styringsrett. Dette påvirker rettskildebildet. Styringsrettsspørsmål i relasjon til ansettelse er ikke reist inngående i rettspraksis eller juridisk litteratur. For å kartlegge saklighetskravets betydning i ansettelsesprosessen, er det derfor nyttig å se hen til saklighetskravets eksistens og innhold ved andre områder innen arbeidsretten, særlig i bestående arbeidsforhold. Her er det relevant å analysere hvilken rolle styringsretten spiller i bestående arbeidsforhold kontra ved ansettelse.

Lovgivning har ikke en fremtredende rolle i avhandlingen, foruten forvaltningslovens betydning for ansettelse og lovfestingen av kvalifikasjonsprinsippet i statsansatteloven²⁸ § 3. Statsansattelovens forarbeider²⁹ gir nyttige bidrag for å kartlegge forståelsen og det nærmere innholdet av prinsippet.

Omfanget av høyesterettspraksis som gjelder ansettelser i offentlig sektor er begrenset. Noen få høyesterettsdommer knyttet til kvalifikasjonsprinsippet og saklighetskravet gir bidrag til avhandlingens problemstillinger, i alle fall et stykke på vei. Derimot er det en rekke høyesterettsdommer om saklighetskravet i relasjon til arbeidsgivers styringsrett i bestående arbeidsforhold. Dommene er egnet til å belyse likheter og forskjeller til offentlige ansettelser.

Praksis fra Arbeidsretten benyttes enkelte plasser som illustrasjonsmateriale. Avgjørelser fra Arbeidsretten har i tråd med tradisjonell rettskildelære mindre vekt enn høyesterettsavgjørelser. Likevel avsier Arbeidsretten endelige dommer innenfor sin domsmyndighet,³⁰ slik at praksisen gir uttrykk for hva som er gjeldende rett på området.³¹

I fravær av klare svar fra høyesterettspraksis knyttet til avhandlingens sentrale problemstillinger, blir det større rom for rettskilder av lavere autoritet og vekt.³² Relevant underrettspraksis er begrenset, men lagmannsrettspraksis benyttes tidvis som supplement til drøftelsen.

²⁸ Lov 16. juni 2017 nr. 76 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

²⁹ Prop. 94 L (2016–2017).

³⁰ Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) § 59 første og tredje avsnitt.

³¹ Se blant annet Rt. 2002 s. 1638, hvor Høyesterett aksepterte at Arbeidsretten har det siste ordet innenfor sitt felt. Se også for eksempel Eckhoff og Helgesen (2001) s. 162, Sundet (2014) s. 28 og Engelsrud (2017) s. 30.

³² Se blant annet Nygaard (2004) s. 210.

I lys av det som er sagt om de øvrige rettskildene, sammenholdt med det omfattende klageomfanget av ansettelsessaker til Sivilombudet, blir uttalelser fra Sivilombudet viktigere i rettskildebildet. Da er det nødvendig å se nærmere på hvilken relevans og vekt de har.

Høyesterett har uttalt seg om dette:

«Den 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. For øvrig vil Sivilombudsmannens uttalelser hovedsakelig ha vekt på bakgrunn av verdien i de argumenter som presenteres. Vekten må også ses i sammenheng med det øvrige rettskildebildet.»³³

Hvilken vekt Sivilombudets uttalelser har i analysene jeg skal foreta, må derfor vurderes konkret. Sivilombudets årsmeldinger til Stortinget gir uttrykk for Sivilombudets syn på dagsaktuelle spørsmål, og kan gi viktige kildegrunnlag i de rettslige spørsmålene ombudet behandler.³⁴

Avhandlingens tema er berørt en rekke ganger i juridisk litteratur, men det er få som går i dybden. Dette gjelder enkelte spørsmål knyttet til kvalifikasjonsprinsippet, og særlig saklighetskravets betydning for offentlige ansettelser. Litteraturen egner seg imidlertid godt som supplement til flere av redegjørelsene og drøftelsene, og i mange tilfeller deles standpunktet av flere forfattere.

1.4 Avgrensninger og presiseringer

Hensikten med avhandlingen er ikke å gi en uttømmende redegjørelse av grensene for arbeidsgivers skjønn i en ansettelsesprosess. Målet er derimot å se på noen av de grensene som kan være vanskelig å trekke og som særlig skaper rom for diskusjon. Jeg avgrenser også mot en generell og omfattende drøftelse av styringsretten – det har mange gjort før meg og er ikke relevant i denne avhandlingen.³⁵ Likevel er styringsretten et høyaktuelt tema,³⁶ og bidrar

³³ HR-2016-2229-A avsnitt 49. Merk at Sivilombudet i juli 2021 endret navn fra Sivilombudsmannen. Derfor vil gjengivelse av eldre rettskilder inneholde det gamle navnet.

³⁴ Fanebust (2018) s. 25.

³⁵ For en mer omfattende gjennomgang av styringsretten, se for eksempel Evju (2003), Fougner (2019) og Skjønberg, Bråthen, Hemmingby, Hotvedt og Weltzien (2021).

³⁶ Se blant annet Evju (2021) s. 131 og Evju (2010) s. 49–65.

til relevante refleksjoner i spørsmålet om arbeidsgivers skjønn ved ansettelse i offentlig sektor.

Ansettelse i offentlig sektor har flere regler og begrensninger enn i privat sektor, blant annet fordi offentlig sektor baserer seg på velferdsstaten og skattemidler, noe som medfører større samfunnsansvar. En sentral forskjell er at kvalifikasjonsprinsippet ikke gjelder i privat sektor, noe som gjør valgfriheten mellom søkerne til privat arbeidsgiver langt større enn til offentlig arbeidsgiver. Dette gjør det naturlig å avgrense oppgaven mot privat sektor.

Reglene om fortrinnsrett, positiv særbehandling og forbud mot diskriminering er eksempler på lovregulerte begrensninger av kvalifikasjonsprinsippet.³⁷ Slike begrensninger av arbeidsgivers skjønn ved ansettelse er viktige i relasjon til arbeidstakervernet, men går utenfor rammen av hva masteroppgaven kan omfatte. Jeg vil likevel nevne reglene der det er naturlig eller nødvendig av hensyn til diskusjonen.

Kvalifikasjonsprinsippet gjelder også embetsutnevnelser, som foretas i statsråd og behandles etter egne regler, noe som gjør det naturlig å avgrense mot det.

Spørsmålet om kriteriet «personlig egnethet» som en kvalifikasjon er interessant, men en annen diskusjon enn det som er gjenstand for analyse her. Fokuset ligger snarere på hvordan kvalifikasjonen personlig egnethet stiller seg i skjønnet til arbeidsgiver.

En naturlig følge av å diskutere arbeidsgivers skjønn i relasjon til offentlige ansettelse, er å spørre hvordan domstolene må forholde seg til skjønnet. Domstolenes prøvingskompetanse kunne derimot vært tema for en egen avhandling og får ikke plass innenfor denne. Jeg vil likevel knytte korte bemerkninger til prøvelsen der det gir bidrag til drøftelsen.

³⁷ Se blant annet fortrinnsretsreglene i statsansatteloven §§ 13 første og andre avsnitt, som bestemmer at kvalifiserte ansatte går foran en best kvalifisert søker. Se også forbudene mot diskriminering i lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), og reglene om positiv særbehandling av tilnærmet like godt kvalifiserte søkere i forskrift 21. juni 2017 nr. 838 til lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven) §§ 4, 4a og 4b.

1.5 Videre fremstilling

I kapittel 2 gir jeg noen innledende bemerkninger om arbeidsgivers styringsrett, før jeg diskuterer dens betydning for offentlige ansettelser. Sentralt i denne sammenheng er å se på skillet mellom arbeidsgivers styringsrettskompetanse i ansettelsesforhold og bestående arbeidsforhold. Dette bidrar til å synliggjøre arbeidssøkers behov for beskyttelse i ansettelsesprosessen. Kvalifikasjonsprinsippet behandles i kapittel 3. Hensikten er å belyse kvalifikasjonsprinsippetets rolle ved ansettelser i offentlig sektor, ved å se hvor prinsippet forankres og hvilke hensyn som begrunner det. Jeg analyserer deretter hvordan kvalifikasjonskravene vektet mot hverandre, som en del av analysen av arbeidsgivers skjønn i ansettelsesprosessen. I kapittel 4 behandler jeg saklighetskravet. Først analyserer jeg hvordan et saklighetskrav ved ansettelser i offentlig sektor ser ut, før jeg diskuterer det nærmere innholdet av kravet. Her vurderer jeg om saklighetskravet i offentlig sektor baserer seg på en minimumsvurdering ut fra forvaltningsrettslige prinsipper, eller om det rekker videre, herunder om krav til saklighet er et arbeidsrettslig prinsipp, og om kravet i ulike arbeidsrettslige sammenhenger har overføringsverdi til offentlige ansettelser. Om saklighetskravet ved ansettelser også inkluderer et krav til rimelighet, og om det gir rom for rimelighetsvurderinger, diskuteres avslutningsvis i kapitlet. I kapittel 5 ser jeg nærmere på situasjonen hvor flere søkere er likt kvalifisert, og spør hvordan arbeidsgiver skal skille mellom kandidatene. Jeg vurderer om praksis og litteratur har åpnet for å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn, før jeg diskuterer om den aktuelle praksisen står seg i dag. Deretter kommenterer jeg yttergrensene for arbeidsgivers skjønn. Avslutningsvis i kapittel 6 samler jeg trådene, før jeg knytter noen bemerkninger til potensiell omgåelse av kvalifikasjonsprinsippet og forbigåtte søkeres klageadgang.

2 Innledende om arbeidsgivers styringsrett i relasjon til offentlige ansettelses

2.1 Nærmere om styringsrettens innhold, rettsgrunnlag og begrunnelse

For å føre diskusjonen om saklighetskravets betydning for arbeidsgivers skjønn når det gjelder offentlig ansettelse, er det nødvendig å presentere noen grunnleggende utgangspunkter om styringsretten.

Tradisjonelt har styringsretten blitt definert som arbeidsgiverens rett «til å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere.»³⁸ Formuleringen er fulgt opp i høyesterettspraksis, men uten momentene om ansettelse og oppsigelse: «Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet.»³⁹ At Høyesterett ikke inkluderte ansettelse i definisjonen, er et poeng som diskuteres nærmere i punkt 2.2 og 4.3.4.

Rettsgrunnlaget for arbeidsgivers styringsrett følger ikke direkte av lov eller tariffavtale, men kan utledes av omfattende rettspraksis.⁴⁰ Høyesteretts anerkjennelse av styringsretten bygger på Arbeidsrettens utgangspunkter, som tidlig viste til styringsretten i sine avgjørelser.⁴¹ Praksis fra Høyesterett og Arbeidsretten viser også at styringsretten har anerkjennelse hos partene i arbeidslivet, og nyter en tariffrettslig forankring.⁴² Også innholdet i og utarbeidelsen av arbeidsavtalen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker synliggjør styringsretten,⁴³ selv om rettsgrunnlaget for styringsretten følger av kildene som akkurat er nevnt. På bakgrunn av dette

³⁸ Andersen (1967) s. 149.

³⁹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609, Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 427 og Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen) avsnitt 34.

⁴⁰ Se blant annet Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) og Rt. 2011 s. 841 (Osloskolen).

⁴¹ Se Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk) på s. 914 og ARD-1922-86 (Jernbeton).

⁴² Se Rt. 1977 s. 902 (Hammerverk) på s. 914 og gjennomgående praksis fra Arbeidsretten, særlig ARD-1922-86 (Jernbeton), men også blant annet ARD-1976-111 og ARD-2014-25 avsnitt 159. Se mer om arbeidsrettens og Høyesteretts bruk av styringsretten som kompetansegrunnlag i Fougner (2021) s. 150–184.

⁴³ Rt. 1977 s. 902 Hammerverk på s. 914 og Skjønberg mfl. (2017) s. 96.

er det rettskildemessig dekning for å si at styringsretten er et selvstendig rettsgrunnlag på linje med lov og avtale.⁴⁴

At styringsretten eksisterer, er altså ikke tvilsomt. Dens nærmere innhold og rekkevidde er derimot uavklart, da styringsretten kan begrenses av både lov, tariffavtale, individuelle arbeidsavtaler og ulovfestede normer.⁴⁵ Etter å ha fastsatt slike begrensninger finner man ut hvor fritt spillerom arbeidsgiver egentlig har til å fatte beslutninger. Styringsretten er derfor omtalt som en «restkompetanse»⁴⁶ og fremstår som det i dagens rettskildebilde.⁴⁷ Ulovfestede saklighetsnormer som begrensning på styringsretten, herunder kvalifikasjonsprinsippet, er det sentrale i avhandlingen.

Styringsrettens spesielle særpreg gjør det naturlig å spørre om begrunnelsen bak den.

Arbeidsgivers eierskap til virksomheten og ansvaret for driften og resultatene av den, gjør det naturlig for arbeidsgiver å treffe beslutninger for virksomheten og de ansatte.⁴⁸ Dessuten vil en virksomhet vanskelig fungere godt uten en ledelse med bestemmelsesrett.⁴⁹ Styringsretten blir også en naturlig følge av det underordningsforholdet som oppstår mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, når arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til rådighet i bytte mot lønn.⁵⁰

Arbeidsavtalens ufullstendighet og dynamiske karakter kan også begrunne at arbeidsgiver må treffe ensidige beslutninger.⁵¹ Hemmingby oppsummerer at det er «eierskap til produksjonsmidlene sett i *sammenheng* med arbeidsavtalens ufullstendighet og det underordningsforhold som følger av den», som begrunner styringsretten.⁵² Et sentralt poeng er at styringsretten begrunnes av forhold som gjør det nødvendig å foreta beslutninger og endringer i virksomheten. Begrunnelsen treffer ikke ansettelsestilfellene i like stor grad, fordi det ikke er etablert et underordningsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidssøker. Derfor er

⁴⁴ Både lovgiver, domstoler og juridisk litteratur har forutsatt at styringsretten er et selvstendig rettsgrunnlag, se Ot.prp. nr. 3 (1975–76) s. 31, Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) og Rt. 2002 s. 1576 (Hakon) og blant annet Fougner (2021) s. 169–170. Sundet peker derimot på at tilnærmingen er «mindre treffende», og at styringsrett «fremstår mer som et element i arbeidsforholdet.», Sundet (2021) s. 193. Jeg lar denne diskusjonen ligge, og nøyer meg med å vise til det som er lagt til grunn i rettspraksis og gjennomgående juridisk litteratur: At styringsretten er et selvstendig rettsgrunnlag.

⁴⁵ Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen) avsnitt 34, Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 35 og HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26. Se også Evju (2021) s. 148.

⁴⁶ Se særlig Evju (2003) s. 21. Se også Skjønberg mfl. (2017) s. 100. Termen er fulgt opp i rettspraksis, se Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 427 og Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 41. Restkompetansebegrepet er også vist til i forarbeider, se for eksempel Ot.prp. nr. 67 (2006–2007) s. 7.

⁴⁷ Se Hemmingby (2021) s. 81.

⁴⁸ Evju (2003) s. 10, Fanebust (2015) s. 118, Skjønberg mfl. (2017) s. 97 og Hemmingby (2021) s. 79.

⁴⁹ Engelsrud (2017) s. 170.

⁵⁰ Se Evju (2003) s. 10–13, med videre henvisninger. Se også Hemmingby (2021) s. 79.

⁵¹ Evju (2003) s. 7. Se også Skjønberg mfl. (2017) s. 97 og Fougner (2019) s. 92.

⁵² Hemmingby (2021) s. 80.

det et poeng å undersøke hvilken kompetanse arbeidsgiver har i kraft av styringsretten, og om kompetansen i relasjon til ansettelser er en annen enn kompetansen arbeidsgiver utøver innenfor rammen av et eksisterende arbeidsforhold. Beskyttelsesaspektet er sentralt i denne sammenheng.

2.2 Behovet for beskyttelse

Et sentralt spørsmål i relasjon til styringsretten er hvem det er som trenger beskyttelse. I bestående arbeidsforhold vil arbeidstakerne kunne trenge beskyttelse mot arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger, mens det i ansettelsesprosessen er arbeidssøkerne som trenger beskyttelse. Behovet for graden av beskyttelse i disse to tilfellene er ikke nødvendigvis det samme, ettersom en arbeidstaker og en arbeidssøker er i ulik situasjon. Et poeng er derfor å undersøke hvilken beslutningskompetanse arbeidsgiver har når det gjelder utøvelse av styringsrett i henholdsvis bestående arbeidsforhold og ansettelsesprosesser.

I den juridiske litteraturen er det forskjellige synspunkter rundt Høyesteretts definisjon av styringsretten.⁵³ Enkelte forfattere mener definisjonen rekker videre, og benytter ulike begreper for å beskrive styringsretten og dens innhold.⁵⁴ Noen av begrepene er styringsrett i «vid og snever forstand», herunder «autonom og heteronom kompetanse».⁵⁵ Styringsrett i vid forstand inkluderer arbeidsgivers beslutninger angående virksomhetens drift og ledelse, inkludert ansettelse og oppsigelse av arbeidstakere.⁵⁶ Vi kan her tale om autonom kompetanse, som omfatter beslutninger arbeidsgiver tar i kraft av å være eier av produksjonsmidlene.⁵⁷ Den autonome kompetansen følger av avtalefriheten og er konvensjonell gjennom at alle har rett til å inngå avtaler. Derfor kan ansettelse, som er en avtaleinngåelse mellom arbeidsgiver og arbeidssøker, sies å være en form for autonom kompetanse.⁵⁸

⁵³ Se definisjonen i punkt 2.1.

⁵⁴ Se for eksempel Evju (2003) s. 14 flg., Fanebust (2015) s. 117 og Engelsrud (2017) s. 167.

⁵⁵ Se for eksempel Evju (2003) s. 15–17, Hotvedt (2016) s. 127–128, Skjønberg mfl. (2017) s. 98–99, Fougner (2019) s. 105–106 og Hemmingby (2021) s. 74–75. Andre begreper som nevnes i disse fremstillingene, er virksomhetsledelse og arbeidsledelse. Jeg velger for enkelthets skyld å forholde meg til begrepene heteronom og autonom kompetanse.

⁵⁶ Hemmingby (2021) s. 74.

⁵⁷ Evju (2003) s. 16 og Hemmingby (2021) s. 74.

⁵⁸ Se Evju (2003) s. 16–18 og fotnote 23, samt Evju (2021) s. 133.

Styringsrett i snever forstand vil typisk være den kompetansen Høyesterett har definert: At arbeidsgivers rett til å «organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet [...] må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått.»⁵⁹ Dette omfatter den heteronome kompetansen, som innebærer at arbeidsgivers beslutninger har bindende virkning for arbeidstakerne i virksomheten.⁶⁰ Søkere i en ansettelsesprosess er ikke arbeidstakere. Ansettelsesprosessen skjer før et eventuelt arbeidsforhold, og aktualiserer ikke arbeidsgivers heteronome kompetanse. Ansettelser faller derfor utenfor Høyesteretts definisjon av styringsretten og følger ikke av heteronom, men bare autonom kompetanse.⁶¹

I denne sammenheng er det et poeng at Evju har tatt til orde for en tredje kompetansevariant, hvor han spalter opp den autonome kompetansen i ansettelseskompetanse og eierrådighet.⁶² Ansettelseskompetanse innebærer at arbeidsgiver «forplikter seg selv gjensidig overfor en annen», mens eierrådighet innebærer at arbeidsgiver «disponerer over det man selv eier, men som prinsipielt ikke nødvendigvis innebærer å forplikte seg selv overfor andre.»⁶³ Evju og Hemmingby har i et par fotnoter reist spørsmål om en kanskje bør ha en reservasjon for ansettelser når man snakker om den autonome kompetansen. Tanken er at kompetansen til å inngå en ansettelsesavtale skiller seg fra arbeidsgivers beslutningskompetanse om driften av virksomheten i kraft av å eie produksjonsmidlene, selv om begge typer beslutninger kan utledes fra den autonome kompetansen.⁶⁴

At ansettelse er styringsrett i vid forstand kan påvirke diskusjonen av saklighetskravet i ansettelsesprosessen, og i sin tur si noe om skjønnnet til arbeidsgiver i utvelgelsesprosessen. Dette leder oss tilbake til spørsmålet om hvem som trenger beskyttelse. Beslutninger arbeidsgiver fatter i kraft av den heteronome kompetansen er inngripende overfor arbeidstakerne, ettersom beslutningene er ensidige og har bindende virkning for dem.⁶⁵ Arbeidstakerne trenger derfor beskyttelse mot den type beslutninger. Saklighetskravet er en form for slik beskyttelse. Behovet for beskyttelse er ikke nødvendigvis like stort mot beslutninger som fattes i kraft av den autonome kompetansen, nettopp på grunn av at alle har

⁵⁹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609.

⁶⁰ Hemmingby (2021) s. 75. Termen arbeidsledelse er også brukt om denne kompetansen, men det lar jeg ligge. Se nærmere om arbeidsledelse i for eksempel Evju (2003) s. 15.

⁶¹ Se for øvrig Evju (2003) s. 15, Hemmingby (2021) s. 75 og Skjønberg mfl. (2017) s. 99.

⁶² Evju (2021) s. 132–134.

⁶³ Evju (2021) s. 133.

⁶⁴ Se Evju (2003) s. 17 fotnote 23 og Hemmingby (2021) s. 75 fotnote 165. En nærmere diskusjon av dette faller utenfor kjernen av avhandlingens tema. Jeg nøyer meg derfor med å peke på reservasjonen, og vise til at oppspaltningen kan tydeliggjøre ansettelse som styringsrett i vid forstand.

⁶⁵ Se for eksempel Jakhelln (2006) s. 50.

en slik kompetanse i kraft av retten til å kontrahere med den de vil. Derfor er det i utgangspunktet ikke så mange regler eller hensyn som beskytter mot arbeidsgivers beslutninger i kraft av sin autonome kompetanse.

Likevel er offentlig sektor så spesiell at lovgiver har funnet det nødvendig å beskytte arbeidssøkere gjennom å vedta lovregler som skal sørge for en ordentlig og sikrere ansettelsesprosess. Særlig diskrimineringsreglene og kvalifikasjonsprinsippet er slike beskyttende lovregler. Saklighetskravet kommer også inn som en beskyttende mekanisme. I situasjoner hvor det er to eller flere likt kvalifiserte søkere til stillingen, er det derimot ingen lovregler som beskytter arbeidssøkeren. Spørsmålet er derfor hvordan saklighetskravet kommer inn som en beskyttende mekanisme. For å finne svaret på dette, må saklighetskravets plass, rekkevidde og betydning i ansettelsesprosesser først kartlegges. Aller først er det nødvendig å redegjøre for og diskutere noen sider ved kvalifikasjonsprinsippet.

3 Kvalifikasjonsprinsippets rolle ved offentlige ansettelser

3.1 Hvor forankres kvalifikasjonsprinsippet?

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer som nevnt at arbeidsgiver skal finne den best kvalifiserte kandidaten gjennom å foreta en sammenlignende vurdering av søkerens utdanning, erfaring og personlige egenskaper opp mot kravene i stillingsutlysningen.⁶⁶ Før vi ser nærmere på hvilken rolle kvalifikasjonsprinsippet spiller ved ansettelser i offentlig sektor, er det nødvendig å se hvor prinsippet har sin forankring.

Kvalifikasjonsprinsippet har historisk sett vært ulovfestet med lovs rang, og har lang tradisjon på det arbeidsrettslige området.⁶⁷ Allerede ved forarbeidene til den første tjenestemannsloven⁶⁸ fra 1918 ble prinsippet lagt til grunn.⁶⁹ Rettspraksis fra domstolene og Arbeidsretten har lagt prinsippet til grunn for ansettelsesprosessen i en lang rekke avgjørelser.⁷⁰ Det samme har forvaltningspraksis og Sivilombudet.⁷¹ Prinsippet er også omtalt i omfattende juridisk litteratur.⁷²

I dag er kvalifikasjonsprinsippet lovfestet for enkelte sektorer. I 2017 ble prinsippet lovfestet for statlig ansatte gjennom statsansatteloven § 3. For lærer- og rektorstillinger ble prinsippet lovfestet i opplæringslova⁷³ § 10-5 allerede i 1998. I kommunesektoren generelt er prinsippet nedfelt i Hovedavtalen KS,⁷⁴ noe som gir prinsippet også tariffmessig forankring.⁷⁵ Kvalifikasjonsprinsippet nyter med andre ord et godt rettskildemessig grunnlag.

⁶⁶ Se punkt 1.2.3.

⁶⁷ Ot.prp. nr. 67 (2004–2005) s. 30 og Prop. 94 L (2016–2017) s. 69. Se også Fougner (2019) s. 724.

⁶⁸ Lov 15. februar 1918 nr. 1 om offentlige tjenestemænd (tjenestemannsloven).

⁶⁹ Ot.prp. nr. 38 (1915) s. 33.

⁷⁰ Se for eksempel Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret), HR-2016-2229-A, RG-1983-1078 og ARD-2008-27.

⁷¹ Se for eksempel Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 20, SOM-2015-938 og SOM-2020-1921.

⁷² Se for eksempel Engelsrud (2017) kapittel II punkt 2.2, Fanebust (2018) kapittel IV punkt 4 og Fougner (2019) punkt 24.5.

⁷³ Lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova).

⁷⁴ Hovedavtalen KS § 2 punkt 2.2 første avsnitt.

⁷⁵ Se blant annet ARD-2008-27.

Forarbeidene til statsansatteloven sier at lovfesting av kvalifikasjonsprinsippet i § 3 ikke innebar noen endring av gjeldende rett.⁷⁶ Formålet bak lovfesting var blant annet å være «klargjørende både for arbeidssøkere og for arbeidsgivere», og «bidra til å øke bevisstheten om anvendelsen av kvalifikasjonsprinsippet i ansettelsesprosesser» i statlig sektor.⁷⁷

Forarbeider knyttet til kvalifikasjonsprinsippet gir derfor nyttige bidrag for å kartlegge forståelsen og det nærmere innholdet av prinsippet. Selv om retningslinjene er direkte tilknyttet statlig sektor, vil de også kunne ha overføringsverdi for kvalifikasjonsprinsippet i kommunal sektor, fordi det rettslige innholdet i prinsippet er det samme.

3.2 Hvilke hensyn begrunner kvalifikasjonsprinsippet?

Et interessant spørsmål er hvilke hensyn som begrunner kvalifikasjonsprinsippet. Ifølge forarbeidene til statsansatteloven er kvalifikasjonsprinsippet et «viktig prinsipp for rekruttering i staten.»⁷⁸ Hensynene som nevnes i det følgende er egnet til å vise hvorfor.

Hovedhensynet bak plikten til å ansette den best kvalifiserte personen til stillingen er å «sikre legitimitet og tillit til beslutningsprosesser i forvaltningen, samt å forhindre at det tas utenforliggende hensyn ved ansettelser».⁷⁹ Kvalifikasjonsprinsippet bidrar til å styrke befolkningens tillit til at forvaltningen opptrer upartisk og nøytralt.⁸⁰ Videre er tre bærende hensyn bak prinsippet å sikre likebehandling, rettferdighet og saklighet i offentlig sektor.⁸¹ Ettersom offentlige ansettelser er et knapphetsgode, er det mest rettferdig om fordelingen skjer etter normer som er aksepterte.⁸² I tillegg vil søkerne ha forventninger⁸³ om at den som ansettes er best kvalifisert ut fra utdanning, erfaring og egnethet i lys av stillingsutlysningen. Det ville føltes urettferdig om ansettelsesmyndigheten gikk utenfor dette.

Videre har samfunnet et behov for kvalifiserte ansatte i offentlige stillinger, noe kvalifikasjonsprinsippet bidrar til å ivareta.⁸⁴ Forarbeidene trekker frem at prinsippet kan bidra til å «styrke den enkeltes rettssikkerhet.»⁸⁵ Kompetente og kvalifiserte ansatte i alle

⁷⁶ Prop. 94 L (2016–2017) s. 203.

⁷⁷ Prop. 94 L (2016–2017) s. 70.

⁷⁸ Se Prop. 94 L (2016–2017) s. 203.

⁷⁹ Prop. 94 L (2016–2017) s. 77.

⁸⁰ Prop. 94 L (2016–2017) s. 69.

⁸¹ Prop. 94 L (2016–2017) s. 69 og 77.

⁸² Fanebust (2018) s. 105.

⁸³ Fanebust (2018) s. 105.

⁸⁴ Prop. 94 L (2016–2017) s. 77.

⁸⁵ Prop. 94 L (2016–2017) s. 77.

offentlige stillinger vil være bedre rustet til å utføre oppgavene sine på en hurtig og sikker måte.⁸⁶ Sjansen for å gjøre feil blir da mindre, og sikrer i større grad at borgerne slipper å lide av feil gjort av det offentlige.

Det er også hevdet at kvalifikasjonsprinsippet historisk sett kan begrunnes gjennom prinsippene om konkurranse og merittering.⁸⁷ Med konkurranse menes at søkerne skal vurderes upartisk «på grunnlag av sine kvaliteter, sin innsats og oppnådde resultater, og hvordan de står seg i forhold til øvrige deltakere.»⁸⁸ Merittering innebærer at søkeren «skal gis tilgang og opprykk til posisjoner, ansvar og arbeidsoppgaver i samsvar med hvor dyktig personen er.»⁸⁹ Hensynene synliggjør viktigheten av å legge til rette for at søkerne konkurrerer på like vilkår.

3.3 Hvordan vektes kvalifikasjonskravene mot hverandre?

At arbeidsgiver i kraft av styringsretten fastsetter kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten, gir arbeidsgiver et betydelig spillerom til å *utforme* kravene så lenge de angår kriteriene utdanning, erfaring og personlig egnethet.⁹⁰ Utdanning og erfaring er objektive og målbare kriterier som kan dokumenteres med for eksempel vitnemål og attester.⁹¹ Personlig egnethet er derimot subjektive forhold som for eksempel samarbeidsegenskaper, lederegenskaper, resultatorientering, selvstendighet, effektivitet og så videre.⁹² Vurderingen av personlig egnethet er skjønnsmessig fordi kriteriene ikke kan dokumenteres på samme måte som utdanning og erfaring. Her oppstår mange av klagen fra søkere som føler seg forbigått. De er for eksempel uenige med skjønnsutøvelsen, eller mener personlig egnethet er tillagt for stor vekt hvis de fremstår bedre kvalifisert ut fra utdanning og praksis.⁹³ Et interessant spørsmål i denne sammenheng er hvordan kravene til utdanning, erfaring og personlig egnethet skal vektes mot hverandre, og særlig hvor stor vekt det kan legges på personlig egnethet.

⁸⁶ Fanebust (2018) s. 105.

⁸⁷ Berg og Hwang (2016) s. 69–70.

⁸⁸ Berg og Hwang (2016) s. 69–70.

⁸⁹ Berg og Hwang (2016) s. 69–70.

⁹⁰ Prop. 94 L (2016–2017) s. 78 og Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) avsnitt 69.

⁹¹ Prop. 94 L (2016–2017) s. 77.

⁹² Prop. 94 L (2016–2017) s. 78 og 203.

⁹³ Se for eksempel Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 20.

Rettskildene synes i utgangspunktet å være sprikende. Formuleringen av kvalifikasjonsprinsippet i statsansatteloven § 3 indikerer at alle kriteriene skal vektlegges, men sier ikke noe om hvordan de skal vektes mot hverandre. Ettersom arbeidsgiver skal kunngjøre elementene i stillingsutlysningen og er den som vet hvilken kompetanse som trengs til den aktuelle stillingen, må en kunne si som et utgangspunkt at prinsippet åpner for et spillerom når det gjelder hvordan kriteriene skal vektes.⁹⁴

Det følger av forarbeidene at arbeidsgiver kan legge stor vekt på personlig egnethet dersom det fremkommer av stillingsutlysningen.⁹⁵ Forarbeidene understreker videre at vektleggingen av personlige egenskaper vil «avhenge av hvilken type stilling det er snakk om.»⁹⁶ Som eksempel nevner forarbeidene at «[d]ersom en stilling som har en utadrettet funksjon, for eksempel at arbeidstakeren skal arbeide med forhandlinger eller i internasjonalt arbeid, vil det kunne være saklig å legge vekt på andre personlige egenskaper enn hva som kreves for eksempel i en stilling som utreder.»⁹⁷ Uttalelsene kan forstås på to måter. Enten at det for visse stillinger kan legges *større* vekt på personlig egnethet enn andre stillinger, eller bare at det vil variere fra stilling til stilling *hvilke* personlige egenskaper som kreves. Problemet med å legge til grunn den første forståelsen, er at innadrettede funksjoner som skriveferdigheter, analyseferdigheter og digitale ferdigheter også er eksempler på personlige egenskaper. Det ville gitt lite mening å legge mindre vekt på personlige egenskaper fordi stillingen ikke har en «utadrettet funksjon». Likevel har Sivilombudet uttalt at personlig egnethet for eksempel «vil være mer utslagsgivende for en stilling som helsefagarbeider, enn for en stilling som saksbehandler.»⁹⁸ Uttalelsen støtter best den første forståelsen av forarbeidsuttalelsene, slik at det for en stilling som helsefagarbeider kan legges større vekt på personlig egnethet enn for en saksbehandlerstilling. Etter min mening er oppspaltingen uheldig. Det er ikke tvil om at personlige egenskaper som samarbeidsevner og omsorg spiller en viktig og fremtredende rolle for en stilling som helsefagarbeider. Til en saksbehandlerstilling kan en tenke seg at personlige egenskaper ikke er like fremtredende fordi arbeidsoppgavene er preget av mindre menneskekontakt. Likevel vil arbeidsgiver typisk se etter personlige egenskaper som skriftlig formidlingsevne, selvstendighet og effektivitet hos en saksbehandler. Med andre ord kan det være vel så viktig å vektlegge personlige egenskaper til en saksbehandlerstilling som til en

⁹⁴ Se tilsvarende synspunkter i Engelsrud (2009) s. 153.

⁹⁵ Prop. 94 L (2016–2017) s. 78.

⁹⁶ Prop. 94 L (2016–2017) s. 78.

⁹⁷ Prop. 94 L (2016–2017) s. 78.

⁹⁸ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 21.

helsefagarbeiderstilling, selv om de aktuelle egenskapene som ønskes er forskjellige. På bakgrunn av dette er det mest nærliggende å tolke forarbeidsuttalelsen slik at det vil variere fra stilling til stilling *hvilke* personlige egenskaper som kreves, og at det er opp til arbeidsgiver å bestemme hvilken vekt egenskapene skal tillegges.

Lignende tilnærming finnes i høyesterettspraksis. I Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) uttalte Høyesterett at arbeidsgiveren i kraft av sin styringsrett bestemmer hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre.⁹⁹ Uttalelsen indikerer at personlig egnethet kan tillegges størst vekt dersom arbeidsgiver ønsker det. Dette ble for øvrig resultatet i Forsvaretsdommen, hvor søkerne var tilnærmet likt kvalifisert. Hun som fikk stillingen ble imidlertid ansett best kvalifisert, fordi hun hadde et fortrinn gjennom den konkrete erfaringen sin, men også fordi personlig egnethet ble vektlagt i hennes favør. Høyesterett presiserte for øvrig at det for lederstillinger er vid adgang til å vektlekke personlig egnethet, «særlig for stillinger på toppledernivå.»¹⁰⁰

Også underrettspraksis viser at vektingen er opp til arbeidsgiver. I RG-1983-1078 uttalte herredsretten at ansettelsesmyndigheten som utgangspunkt «står relativt fritt til å veie» utdanning, erfaring og personlig egnethet mot hverandre.¹⁰¹ I NAD-1987-1075 uttalte lagmannsretten at «søkerens personlige skikkethet for stillingen [må] kunne tillegges betydning uten at dette representerer noen fravikelse av kvalifikasjonsprinsippet.» Retten bemerket at dette ikke bare gjelder «når det er konkurranse mellom søkere som står tilnærmet likt mht. utdanning og praksis, men også ellers». I den konkrete saken godtok lagmannsretten at arbeidsgiver la avgjørende vekt på lærerens undervisningsevne og pedagogiske evne. Når lagmannsretten uttaler at personlige egenskaper kan tillegges betydning også i tilfeller der søkerne ikke står tilnærmet likt, kan det ikke utelukkes at personlig egnethet kan tillegges vekt i favør av en søker som stiller dårligere etter de faglige kvalifikasjonene. Uttalelsens vekt er likevel begrenset ettersom den kommer fra en lagmannsrettsdom.

Sivilombudet har derimot ved flere anledninger vært klar på at utdanning og erfaring i utgangspunktet skal veie tyngre enn personlig egnethet i helhetsvurderingen.¹⁰² I 2016 uttalte Sivilombudet at «feilen som ofte går igjen [...] er at personlig egnethet tillegges for stor vekt

⁹⁹ Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) avsnitt 69.

¹⁰⁰ Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) avsnitt 70.

¹⁰¹ RG-1983-1078 på s. 1083.

¹⁰² Se for eksempel Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 23 og SOM-2019-3885.

ved avgjørelsen av hvilken søker som skal anses «best kvalifisert».¹⁰³ Videre uttalte Sivilombudet følgende:

«Hovedregelen er at det etter kvalifikasjonsprinsippet skal svært mye til for at én søkers personlige egnethet kan veie tyngre enn en annen søkers klart dokumenterte bedre faglige kvalifikasjoner. Den faglig best kvalifisertes manglende egnethet for stillingen må i så tilfelle være betydelig, og klart og tydelig dokumentert gjennom en grundig saksbehandling i tilsettingsprosessen.»¹⁰⁴

Selv om høyesterettspraksis har markant større rettskildemessig vekt enn uttalelser fra Sivilombudet, er det påfallende at Sivilombudet kom med slike uttalelser *etter* Forsvaretsdommen.¹⁰⁵ Det er likevel viktig å merke seg at søkerne i Forsvaretsdommen var likt kvalifiserte, og at Sivilombudet uttalte seg om tilfeller hvor den ene søkeren har klart bedre faglige kvalifikasjoner. Men uttalelsen står også i motstrid til lagmannsrettsuttalelsene. Sivilombudet kommenterte imidlertid i SOM-2020-1921 at de ser at sitatet i avsnittet over her «kan gi inntrykk at det rettslig sett er mindre anledning til å vektlegge personlig egnethet enn det som faktisk er tilfelle», og kom derfor med en «generell klargjøring.»¹⁰⁶ Sivilombudet presiserte at vektingen av personlig egnethet «må vurderes konkret i hver sak», ut fra stillingsutlysningen og «ansettelsesmyndighetens skjønn.»¹⁰⁷ I den konkrete saken kom Sivilombudet til at kommunen ikke hadde brutt kvalifikasjonsprinsippet ved å legge avgjørende vekt på personlig egnethet ved ansettelsen. På bakgrunn av dette synes det som Sivilombudets presisering samsvarer med det som skisseres i forarbeid og rettspraksis.

En annen situasjon er der ingen har den utdannelsen eller erfaringen arbeidsgiver søker. Må arbeidsgiver da lyse stillingen ut på nytt, eller vil det være større rom for å legge vekt på personlig egnethet? Forarbeidene sier at stillingen må lyses ut på nytt dersom arbeidsgiver vil endre kvalifikasjonskravene, men sier ikke noe om situasjonen hvor søkerne ikke oppfyller de objektive kvalifikasjonskravene.¹⁰⁸ I Rt. 1988 s. 20 hadde ingen av de to søkerne den ønskede utdannelsen til en stilling som fritidsleder. Den ene søkeren ble ansatt under henvisning til at hun var litt yngre og ble ansett bedre skikket for de konkrete arbeidsoppgavene med ungdommene. Arbeidsgiver la dermed avgjørende vekt på personlig egnethet, noe Høyesterett

¹⁰³ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 23.

¹⁰⁴ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 23–24.

¹⁰⁵ Sivilombudets uttalelse ble gitt til Stortinget 30. mars 2017. Det kan ikke forventes at Sivilombudet var kjent med forarbeidenes syn, da Prop. 94 L (2016–2017) ble publisert 5. april 2017.

¹⁰⁶ SOM-2020-1921.

¹⁰⁷ SOM-2020-1921.

¹⁰⁸ Prop. 94 L (2016–2017) s. 80.

godtok. Dommen gir anvisning på at arbeidsgiver ikke må lyse ut stillingen på nytt, og at valget kan avgjøres ut fra søkerens personlige egnethet.

Selv om det i utgangspunktet virket å være sprikende synspunkter i rettskildene, viser fremstillingen at kildene er mer samstemte i hvordan kravene til utdanning, erfaring og personlig egnethet skal vektes mot hverandre enn først antatt. Arbeidsgiver har adgang til å tillegge personlig egnethet stor, og i noen tilfeller avgjørende vekt, trolig også der de faglige kvalifikasjonene er lavere enn hos andre søkere. Når det er opp til arbeidsgiver å bestemme hvordan kravene skal vektes mot hverandre, blir skjønnnet og spillerommet til arbeidsgiver tilsvarende vidt. Forutsetningen er at viktigheten av kriteriene fremkommer i stillingsutlysningen.

4 Saklighetskravet

4.1 Innledning

Krav til at beslutninger skal være saklige fremkommer flere ulike plasser i det rettslige landskapet. I forvaltningsretten gjelder et ulovfestet saklighetskrav. I arbeidsrettslig sammenheng er saklighetskravet lovfestet i arbeidsmiljøloven¹⁰⁹ for tilfeller hvor arbeidsgiver foretar særlig inngripende beslutninger overfor arbeidstakerne: Lovgiver krever «saklig» grunn til oppsigelse og gjennomføring av kontrolltiltak.¹¹⁰ Reglene som forbyr diskriminering stiller et saklighetskrav gjennom at forskjellsbehandling må ha et «saklig formål».¹¹¹ Videre fastslo Høyesterett i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) at styringsrettslige avgjørelser fra arbeidsgiver begrenses av allmenne saklighetsnormer. Det kan også tenkes andre varianter og områder hvor saklighetskravet kommer til uttrykk. Saklighetskravet dekker med andre ord mange ulike aspekter, og kan ha ulikt innhold avhengig av hvor i det rettslige landskapet det fremkommer.

Betydningen av og innholdet i saklighetskravet ved ansettelse i offentlig sektor er derimot ikke avklart. Derfor er det et poeng å vurdere om det nevnte rettskildematerialet har overføringsverdi og kan benyttes ved vurderingen av saklighetskravets eksistens og innhold når det gjelder ansettelse i offentlig sektor. Spørsmålet er om saklighetskravet i offentlig sektor baserer seg på en minimumsvurdering ut fra forvaltningsrettslige prinsipper, eller om det rekker videre, herunder om kravet i ulike arbeidsrettslige sammenhenger har betydning for offentlige ansettelse. Måten saklighetskravet begrenser styringsretten i *bestående* arbeidsforhold, har ikke nødvendigvis samme rekkevidde ved *stiftelsen* av et arbeidsforhold.¹¹²

¹⁰⁹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

¹¹⁰ Se nærmere om oppsigelse og kontrolltiltak i punkt 4.3.3.

¹¹¹ Se nærmere om usaklig forskjellsbehandling i punkt 4.3.3.

¹¹² Se samme betraktning i Engelsrud (2009) s. 159.

4.2 Krav om saklighet ved ansettelse i offentlig sektor

Spørsmålet er først og fremst *hvordan* et krav til saklighet viser seg ved offentlige ansettelse. Hensikten i det følgende er å peke på ulike rettskilder som viser at det gjelder et krav til saklighet ved ansettelse i offentlig sektor.

Alle avgjørelser som treffes av det offentlige er underlagt ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper.¹¹³ Prinsippene går ut på at avgjørelsene som treffes ikke er vilkårlige eller sterkt urimelige, at det offentlige ikke vektlegger utenforliggende eller usaklige hensyn, og at det ikke skjer usaklig forskjellsbehandling.¹¹⁴ Ettersom ansettelse i offentlig sektor er avgjørelser truffet på vegne av det offentlige, må de naturligvis underlegges slike forvaltningsrettslige prinsipper. Ser vi på hensynene bak kvalifikasjonsprinsippet, som skal sikre at ansettelse skjer på grunnlag av saklige kriterier og ikke utenforliggende hensyn, bygger disse på de forvaltningsrettslige prinsippene.¹¹⁵

Også rettspraksis viser at saklighetskravet ved ansettelse følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler. For eksempel foretok Høyesterett i Forsvaret-dommen¹¹⁶ en overprøving av om ansettelsesmyndighetens fastsettelse av kvalifikasjonskrav og vektingen av kravene var saklig og forsvarlig. I HR-2016-2229-A presiserte flertallet at ansettelsesmyndighetens kvalifikasjonsvurdering etter opplæringslova «ikke innebærer at arbeidsgiveren står fritt i valget blant søkerne» – vurderingen måtte være «saklig, bygge på korrekt faktum og ikke være preget av utenforliggende hensyn.»¹¹⁷ I Rt. 1988 s. 20 (Fritidsleder) mente en søker til vikariat som fritidsleder seg forbigått på usaklig grunnlag. Høyesterett mente derimot at «saksbehandlingen har vært forsvarlig, at det ikke kan konstateres at avgjørelsen i saken bygger på uriktige opplysninger eller på utenforliggende hensyn, og at avgjørelsene ligger innen rammen av et forsvarlig skjønn».¹¹⁸ Saklighetskravet ved ansettelse fremkommer også i for eksempel Rt. 1976 s. 614 og Rt. 1968 s. 283, som begge gjaldt ansettelse av vaktmester ved kommunal skole. I den første saken mente

¹¹³ Se punkt 1.2.1.

¹¹⁴ Se om disse prinsippene i for eksempel Eckhoff/Smith (2018) kapittel 24 punkt VI og VII. Se også for eksempel Rt. 2000 s. 1056 og Rt. 1992 s. 453, som gjaldt henholdsvis forkjøpsrett og oppsigelse.

¹¹⁵ Se Ot.prp. nr. 67 (2004–2005) s. 31, Prop. 94 L (2016–2017) s. 77 og Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret) avsnitt 54. Se for øvrig punkt 3.2.

¹¹⁶ Rt. 2014 s. 402.

¹¹⁷ HR-2016-2229-A avsnitt 52.

¹¹⁸ Rt. 1988 s. 20 på s. 30–31.

Høyesterett at kommunen ikke hadde tatt «usaklige hensyn» ved ansettelsen.¹¹⁹ Den andre saken gjaldt omgjøring av et ansettelsesvedtak av en søker som ble ansatt, selv om han led av en kronisk hjertesykdom. Kommunen ville omgjøre vedtaket under henvisning til sykdommen. Høyesterett godtok omgjøringen, og uttalte at skolestyrets avgjørelse ble «truffet på rent saklig grunnlag og kan verken anfektes som vilkårlig eller på det grunnlag at utenforliggende hensyn skal ha gjort seg gjeldende.»¹²⁰ Et siste eksempel er NAD-1987-1075, som gjaldt ansettelse av lærer. Lagmannsretten uttalte at det i den konkrete saken «ikke foreligger myndighetsmisbruk fra forvaltningens side ved at det er skjedd usaklige forbigåelser eller tatt utenforliggende hensyn».

I tillegg mener flere forfattere at saklighetskravet i offentligrettslig tjenesteforhold, herunder ansettelse, følger av alminnelige forvaltningsrettslige regler.¹²¹ Jakhelln begrunner det for eksempel med støtte i den nevnte Fritidsleder-dommen og Vaktmester-dommene.¹²² Sivilombudet legger også til grunn et saklighetskrav ved offentlige ansettelser. I Sivilombudets veileder om ansettelse, som skal forebygge feil i forvaltningen, understreker Sivilombudet at ansettelsessaker er «omfattet av grunnleggende ulovfestede krav til at offentlige forvaltningsavgjørelser skal være saklig begrunnet, og til at saksbehandlingen skal være forsvarlig.»¹²³ Disse retningslinjene legges gjennomgående til grunn i Sivilombudets praksis.¹²⁴

Kildene viser at det ikke er tvil om at saklighetskravet som viser seg ved ansettelser i offentlig sektor, er underlagt forvaltningsrettslige prinsipper. Som vi skal se i det følgende, representerer arbeidsrettslige og forvaltningsrettslige regler ulike tilnærminger til begrepet 'saklighet'.¹²⁵ Et naturlig spørsmål i forlengelsen av dette, er hva som er det nærmere innholdet av saklighetskravet ved ansettelser i offentlig sektor. Er saklighetskravet bare underlagt forvaltningsrettslige prinsipper, eller har også arbeidsrettslige regler betydning for innholdet? En slik drøftelse bidrar til å kartlegge hvilken betydning saklighetskravet har for arbeidsgivers skjønn i valget mellom flere søkere til en stilling.

¹¹⁹ Rt. 1976 s. 614 på s. 616. Det er imidlertid ikke gitt at dommen står seg i dag. Dette diskuterer jeg nærmere i punkt 5.1.2.

¹²⁰ Rt. 1968 s. 283 på s. 289.

¹²¹ Bjørnaraa mfl. (2000) s. 472, Jakhelln (2006) s. 50 og 56 og Fougner (2016) s. 164.

¹²² Jakhelln (2006) s. 56.

¹²³ Sivilombudet (2021) s. 8.

¹²⁴ Se for eksempel SOM-1967-1 (NRK programtekniker), SOM-2014-514, SOM-2019-4200 og SOM-2020-42.

¹²⁵ Se lignende betraktning i Hotvedt (2018) s. 5. Selv om artikkelen gjelder prøvelsesrett i saker om statsansattes stillingsvern, er betraktningen knyttet til saklighetskravet relevant også for ansettelse.

4.3 Saklighetskravets innhold ved offentlige ansettelser

4.3.1 Utgangspunkt: Minimumsvurdering

Saklighetskravet ved ansettelser i offentlig sektor er som nevnt tuftet på ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Basert på kildene som ble nevnt i punktet over, er det rettskildemessig grunnlag for å si at prinsippene danner en minimumsvurdering av saklighetskravet.¹²⁶ Overført til ansettelsessaker kan en dermed slå fast at arbeidsgiver må foreta valget mellom flere søkere til en stilling på et forsvarlig grunnlag, som ikke er basert på vilkårlighet eller diskriminering, eller usaklige og utenforliggende hensyn.

En slik minimumsvurdering kan også ses som et uttrykk for en nedre grense for hva arbeidsgiver kan gjøre i lys av sin autonome kompetanse.¹²⁷ Det faller utenfor det tillatelige å foreta en vilkårlig, sterkt urimelig, usaklig og diskriminerende ansettelse. For eksempel vil ansettelse av en nær venn eller slektning på grunnlag av relasjonen være vilkårlig og rammes av den nedre grensen. Å legge vekt på personlige egenskaper som samarbeidsevne, selvstendighet og godt humør er imidlertid ikke usaklig så lenge det fremgår av stillingsutlysningen.¹²⁸ Derimot vil det være usaklig å legge vekt på at søkeren for eksempel er ansatt en annen plass i kommunen.¹²⁹ En ansettelse er også i strid med forbudet mot usaklig forskjellsbehandling dersom den legger avgjørende vekt på for eksempel kjønn.¹³⁰

Spørsmålet er om saklighetskravet ved ansettelser i offentlig sektor rekker videre enn disse minstekravene. Er saklighetskravet universelt i den forstand at det kan anses som et arbeidsrettslig prinsipp, slik at krav til saklighet etter noen av de arbeidsrettslige reglene har overføringsverdi til innholdet av saklighetskravet ved offentlige ansettelser?

4.3.2 Saklighet som generelt arbeidsrettslig prinsipp?

Ettersom et krav til saklighet fremkommer en rekke plasser i arbeidsretten, og har stor betydning i relasjon til avgjørelsene som arbeidsgiver tar, er det hevdet at saklighetskravet

¹²⁶ Om minimumsvurdering, se Hemmingby (2021) punkt 10.3.5.

¹²⁷ Om nedre grense, se Hemmingby (2021) punkt 10.3.4.

¹²⁸ Se Prop. 94 L (2016–2017) s. 78 og punkt 3.3.

¹²⁹ SOM-2014-514.

¹³⁰ Likestillings- og diskrimineringsloven § 6. Se også Rt. 2014 s. 402 (Forsvaret).

kan anses som et generelt arbeidsrettslig prinsipp.¹³¹ Før jeg vurderer overføringsverdien fra det arbeidsrettslige rettskildematerialet, er det derfor nyttig å spørre om saklighetskravet er et generelt arbeidsrettslig prinsipp.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven har omtalt «kravet om saklighet» som et «sentral prinsipp».¹³² Uttalelsen gjaldt saklighetskrav i relasjon til gjennomføringen av kontrolltiltak, men står under kapitteloverskriften «Arbeidsrettslige utgangspunkter».¹³³ Forarbeidene uttalte deretter at det «[g]enerelt må [...] legges til grunn at arbeidsgivers utøvelse av styringsretten begrenses av alminnelige saklighetsnormer.»¹³⁴ Dette blant annet fordi Høyesterett har uttalt at styringsretten begrenses av «mer allmenne saklighetsnormer.»¹³⁵ Forarbeidene og rettspraksis gir med andre ord uttrykk for å anerkjenne saklighetskravet som et generelt arbeidsrettslig prinsipp.¹³⁶ Det samme har støtte flere plasser i litteraturen, blant annet hos Jakhelln og Evju.¹³⁷ Hemmingby har en inngående diskusjon av spørsmålet, og konkluderer med at gode grunner taler for å anse saklighetskravet som et arbeidsrettslig prinsipp.¹³⁸

Et argument mot at saklighetskravet kan regnes som et arbeidsrettslig prinsipp, er at kravet ikke nødvendigvis ville hatt samme rekkevidde og innhold i ulike arbeidsrettslige spørsmål, for eksempel om henholdsvis styringsrett, stillingsvern og ansettelse.¹³⁹ Det er imidlertid støtte i litteraturen for at et slikt argument ikke er holdbart. Hemmingby peker på at rettslige prinsipper ikke alltid er skarpt avgrenset, men tvert imot kan være en samling av normer med varierende grad av gjennomslagskraft og anvendelsesområde.¹⁴⁰ Hun mener derfor et uensartet saklighetskrav ikke er til hinder for å anse kravet som et arbeidsrettslig prinsipp.¹⁴¹

På bakgrunn av uttalelsene i forarbeidene, rettspraksis og juridisk litteratur, taler gode grunner for å anse saklighetskravet som et generelt arbeidsrettslig prinsipp.¹⁴² De aktuelle rettskildene gjelder imidlertid saklighetskravet i relasjon til arbeidsgivers utøvelse av styringsretten i

¹³¹ For en mer inngående diskusjon av om saklighetskravet kan anses som et generelt arbeidsrettslig prinsipp, se Hemmingby (2021) punkt 10.4. Mine refleksjoner i dette punktet er inspirert av hennes fremstilling.

¹³² Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 139.

¹³³ Se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 139.

¹³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 139–140.

¹³⁵ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 427.

¹³⁶ Forarbeidene, Nøkk-dommen og Kårstø-dommen behandles nærmere i punkt 4.3.4.

¹³⁷ Jakhelln (2006) s. 50 og Evju (2003) s. 11. Se tilsvarende Engelsrud (2009) s. 149–151 og 160 samt Evenrud (2009) kapittel 1 og 4.

¹³⁸ Hemmingby (2021) punkt 10.4, se særlig s. 233.

¹³⁹ Hemmingby (2021) s. 232.

¹⁴⁰ Hemmingby (2021) s. 232–233 med videre henvisninger.

¹⁴¹ Hemmingby (2021) s. 233.

¹⁴² Hemmingby (2021) s. 233.

bestående arbeidsforhold, ikke ansettelse. Styringsretten må alltid vurderes i lys av hvilken type beslutning det er tale om. Men ettersom saklighetskravet kan anses som et generelt arbeidsrettslig prinsipp, er det desto større grunn til å vurdere overføringsverdien fra saklighetskravet i arbeidsrettslig lovgivning, forarbeider til arbeidsmiljøloven og rettspraksis. Dette er målet i de to neste punktene.

4.3.3 Overføringsverdi fra krav til saklighet i lovgivningen?

Gjennom de lovfestede reglene om kontrolltiltak, oppsigelse og diskriminering, er arbeidsgivers handlingsrom begrenset av et krav til saklighet. Hensikten i det følgende er å vurdere om dette saklighetskravet har overføringsverdi til ansettelsesprosessen.

Saklighetskravet ved kontrolltiltak er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 9-1 første avsnitt. Bestemmelsen fastslår at arbeidsgiver bare kan iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har «saklig grunn» i virksomhetens forhold og ikke er en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstakeren. Kontrolltiltak favner et vidt spekter av tiltak fra arbeidsgiver, med alt fra vanlig tidsregistrering til inngripende undersøkelser av arbeidstakernes helse,¹⁴³ og skiller seg dermed vesentlig fra ansettelser. Mens kontrolltiltak er et inngripende virkemiddel overfor arbeidstaker, er ansettelse det motsatte: En mulighet for arbeidssøker til å skaffe seg arbeid i virksomheten. I tillegg inneholder kravet en rekke forhold som kan utgjøre saklig grunn for kontrolltiltak. Disse kan ikke angis uttømmende, men eksempler er teknologiske, økonomiske, sosiale, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold, samt samfunnshensyn.¹⁴⁴ Slike forhold ville det vært mindre grunn til å legge vekt på i en ansettelse, nettopp fordi de er begrunnet i virksomhetens behov og ikke i forhold ved arbeidssøkeren. På bakgrunn av dette er det vanskelig å se at saklighetskravet ved kontrolltiltak har overføringsverdi til ansettelser.

Saklighetskravet ved oppsigelse er lovfestet i arbeidsmiljøloven § 15-7 første avsnitt, som sier at arbeidstaker ikke kan sies opp uten at det er «saklig begrunnet» i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold. Innholdet i kravet er ikke helt avklart, men oppsigelsen må i alle fall bygge på et riktig og tilstrekkelig faktisk grunnlag, ha en relevant begrunnelse, og vurderingen må ha tilstrekkelig bredde og være rimelig.¹⁴⁵

¹⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 135 og 147.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 144.

¹⁴⁵ Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret) på s. 1067.

Oppsigelsesreglene kan ha en viss overføringsverdi til ansettelse ettersom både oppsigelse og ansettelse er begrunnet i virksomhetens behov for henholdsvis færre eller flere ansatte.

Samtidig begrenses overføringsverdien av flere grunner. For det første handler oppsigelser blant annet om utvalgskrets mellom forskjellige arbeidstakere, og dermed forholdet mellom arbeidstakerne. Ansettelse handler derimot om forholdet mellom arbeidssøker og arbeidsgiver. For det andre er beskyttelsesbehovet ved oppsigelser et annet enn ved ansettelse. Arbeidstakere har sterkere behov for beskyttelse enn arbeidssøkere, som følge av underordningsforholdet til arbeidsgiver og spillerommet arbeidsgiver får innenfor sin heteronome styringsrettskompetanse. Oppsigelse er et svært inngripende tiltak overfor arbeidstaker, grunnet forventning, innrettelse og store økonomiske konsekvenser. Dette øker beskyttelsesbehovet mot usaklige oppsigelser. En arbeidssøker har ikke nødvendigvis det samme behovet for beskyttelse mot usaklig ansettelse av en konkurrerende arbeidssøker. Ansettelse er heller ikke et resultat av heteronom, men autonom kompetanse. En «usaklig ansettelse» skjer ikke mot arbeidssøkeren direkte, men indirekte. Videre vil det i saklighetsvurderingen av oppsigelsessaker ofte legges vekt på forhold som ansiennitet, kvalifikasjoner, alder, kompetanse og sosiale eller menneskelige forhold.¹⁴⁶ Selv om noen av disse forholdene også vektlegges ved ansettelse, som kvalifikasjoner og kompetanse, er det i oppsigelsessaker anledning til å legge vekt på langt flere forhold enn arbeidsgiver kan legge vekt på innenfor rammene av kvalifikasjonsprinsippet. Sammenlignet med oppsigelsessaker, vil saklighetsvurderingen i en ansettelsessak dermed være snevrere. På denne bakgrunn er hensynene og beskyttelsesbehovet bak henholdsvis etableringen og avslutningen av et arbeidsforhold ikke de samme. Saklighetskravet ved oppsigelse har derfor liten overføringsverdi til saklighetskravet ved ansettelse, i alle fall når det gjelder hensynene som ligger bak.

Diskrimineringsreglene stiller også et saklighetskrav gjennom at forskjellsbehandling må ha et «saklig formål», jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 9 første avsnitt bokstav a og arbeidsmiljøloven § 13-3 første og andre avsnitt. Saklig forskjellsbehandling er tillatt både i etablerte arbeidsforhold og i ansettelsesprosessen. Arbeidsgiver kan for eksempel på nærmere angitte vilkår positivt særbehandle en arbeidssøker med en funksjonsnedsettelse, fravær fra arbeid eller med innvandrerbakgrunn.¹⁴⁷ Dette er ikke usaklig diskriminering mot en

¹⁴⁶ Se blant annet Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) på s. 887.

¹⁴⁷ Forskrift til statsansatteloven §§ 4, 4a og 4b.

konkurrerende arbeidssøker, så lenge søkeren som særbehandles er tilnærmet like godt kvalifisert som den best kvalifiserte søkeren.¹⁴⁸ Saklighetskravet i diskrimineringsreglene lovfester det forvaltningsrettslige prinsippet om at det ikke skal skje usaklig forskjellsbehandling. Diskrimineringsreglene gir med dette ett form for uttrykk av saklighetskravet ved offentlige ansettelser. Det sier likevel lite om innholdet i saklighetskravet for øvrig.

Oppsummert kan en si at de lovfestede saklighetskravene har begrenset overføringsverdi til ansettelsessaker. Reglene om kontrolltiltak og oppsigelse gjelder bestående arbeidsforhold, med hensyn og beskyttelsesbehov som ikke gjør seg gjeldende i samme grad ved ansettelser. Diskrimineringsreglene gir ikke overføringsverdi til innholdet ut over at det ikke skal forekomme usaklig forskjellsbehandling.

4.3.4 Overføringsverdi fra krav til saklighet i forarbeider og rettspraksis?

Det neste spørsmålet er om saklighetskravet som viser seg i forarbeider og rettspraksis i relasjon til styringsrettsbeslutninger i bestående arbeidsforhold, har overføringsverdi til saklighetskravets innhold ved ansettelser i offentlig sektor.

Etter å ha omtalt saklighetskravet som et sentralt prinsipp,¹⁴⁹ ble det i forarbeidene til arbeidsmiljøloven uttalt følgende:

«Med saklighet menes i denne sammenheng at tiltaket skal være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten, tiltaket skal være egnet til å fremme formålet, og tiltaket skal ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne.»¹⁵⁰

Særlig to aspekter ved uttalelsen er interessante. Det første er at departementet uttalte seg på en måte som vitner om at det er styringsrettsbeslutninger innad i virksomheten som skal være saklige. Departementet siktet for eksempel til at «tiltaket» skal være saklig. En ansettelse kan vanskelig karakteriseres som et tiltak i virksomheten. Det å starte en ansettelsesprosess kan riktignok ses på som et virksomhetstiltak, men selve utvelgelsen av den best kvalifiserte søkeren passer ikke en slik beskrivelse. *Behovet* for å ansette noen, er noe annet enn *valget*

¹⁴⁸ Forskrift til statsansatteloven §§ 4, 4a og 4b.

¹⁴⁹ Se punkt 4.2.

¹⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 139–140.

mellom søkerne til stillingen. Overføringsverdien av forarbeidsuttalelsen er derfor begrenset, i alle fall når det gjelder saklighetskravets innhold ved utvelgesprosessen av en ansettelse.

Det andre interessante aspektet med forarbeidsuttalelsen, er at departementet støttet seg til Nøkk-dommen og Kårstø-dommen for å bekrefte at saklighetsprinsippet gjelder for arbeidsgivers utøvelse av styringsretten mer generelt.¹⁵¹ I Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) kom Høyesterett til at Stavanger kommune med hjemmel i styringsretten kunne omplassere to maskinister fra brannbåten Nøkk, til kommunens hovedbrannstyrke på land. Høyesterett uttalte at det gjennom tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalen blant annet må legges vekt på «(...) hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.»¹⁵² Retten mente omplasseringen ville «medføre ikke ubetydelige endringer» i maskinistenes arbeidsoppgaver. Hovedoppgaven ville likevel være den samme, og endringene var ikke større enn at maskinistene måtte akseptere dem. Høyesterett uttalte seg ikke eksplisitt om saklighetskravet. Hemmingby hevder imidlertid at det er «tydelig gjennom rettens argumentasjon at det nettopp er en bredt anlagt saklighetsvurdering som ligger til grunn for tolkningen.»¹⁵³ Hun peker på at Høyesterett tok «utgangspunkt i en bred rimelighetsvurdering og en interesseavveining mellom partene og avgjorde saken på dette grunnlaget.»¹⁵⁴ Betydningen av slike rimelighetsvurderinger i relasjon til ansettelse er gjenstand for analyse i punkt 4.3.5.

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) gjaldt endringer av arbeidstiden og fremmøtested for to grupper ansatte på et oljeanlegg. Høyesterett viste til styringsrettsdefinisjonen i Nøkk-dommen, og konkluderte med at arbeidsgivers endringer lå innenfor rammen av arbeidsforholdet og dermed innenfor styringsretten. Videre uttalte retten følgende:

«Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer. Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.»¹⁵⁵

Uttalelsen er fulgt opp i blant annet Rt. 2011 s. 841 (Osloskolen), som gjaldt omplassering av en undervisningsinspektør, og HR-2016-2286-A (Rygge kommune), som gjaldt å avslutte en etablert velferdsordning i arbeidsforholdet. Høyesterett uttalte seg om saklighetskravet i generelle termer, men kan synes å ha vært mer tilbakeholden enn i Nøkk-dommen.

¹⁵¹ Se samme betraktning i Hemmingby (2021) s. 201.

¹⁵² Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) på s. 1609.

¹⁵³ Hemmingby (2021) s. 202.

¹⁵⁴ Hemmingby (2021) s. 202.

¹⁵⁵ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) på s. 427.

Hemmingby mener de to avgjørelsene derfor «ikke [kan] sies å være helt konsistente når det gjelder saklighetskravet og dets innhold. Det blir derfor unaturlig når departementet viser til disse to avgjørelsene for å underbygge innholdet av saklighetskravet.»¹⁵⁶ At forarbeidene og rettspraksis indikerer ulike innhold til et krav om saklighet, viser manglende konsistens. Dette begrenser overføringsverdien. I tillegg taler alle om styringsrett i relasjon til bestående arbeidsforhold. Ansettelse ble som nevnt ikke inkludert i styringsrettsdefinisjonen.¹⁵⁷ Både Nøkk-dommen og Kårstø-dommen gjaldt endringer i arbeidsforholdet med hjemmel i arbeidsgivers heteronome kompetanse. Dette begrenser overføringsverdien til ansettelser og den autonome kompetansen som utøves der.

Fougner omtaler saklighetskravet som ble utpenslet i Kårstø-dommen som det arbeidsrettslige saklighetskravet. Han peker på at «det arbeidsrettslige saklighetskravet» langt på vei sammenfaller med det han omtaler som «det forvaltningsrettslige saklighetskravet».¹⁵⁸ Sistnevnte inneholder de forvaltningsrettslige prinsippene som redegjort for i punkt 4.2 og 4.3.1. Fougner viser til at domstolene i begge tilfellene kontrollerer det faktiske grunnlaget bak avgjørelsen, om det er tatt usaklige eller utenforliggende hensyn, og om det er skjedd usaklig forskjellsbehandling. Ikke i noen av tilfellene kan det frie skjønnnet overprøves.¹⁵⁹ Han begrunner det blant annet med at formuleringen i Kårstø-dommen «er som tatt ut av en forvaltningsrettslig lærebok».¹⁶⁰ Holder vi «det arbeidsrettslige» og «det forvaltningsrettslige» saklighetskravet opp mot hverandre, er innholdet likt. Høyesterett tegnet i realiteten opp et innhold som er tilnærmet likt minimumsvurderingen til et saklighetskrav ved offentlige ansettelser. En bør likevel være forsiktig med å trekke slutninger fra dommen som overføringsverdi til ansettelsessaker for øvrig, fordi dommen som sagt ikke gjelder ansettelser.

En dom som derimot omhandlet saklighetskravet i relasjon til *ansettelser*, er Forsvaret-dommen.¹⁶¹ Saken gjaldt en mannlig offiser som mente at staten hadde lagt vekt på kjønn i strid med forbudet mot kjønnsdiskriminering da de ansatte en kvinne i konkurransen om stilling som sjef for Forsvarets skolesenter. Høyesterett sluttet seg til uttalelser fra

¹⁵⁶ Se sitatet og den nærmere begrunnelsen for resonnementet i Hemmingby (2021) s. 202.

¹⁵⁷ Se punkt 2.1.

¹⁵⁸ Se Fougner (2019) s. 185.

¹⁵⁹ Fougner (2019) s. 185.

¹⁶⁰ Førstvoterende i Kårstø-dommen hadde i en årrekke jobbet med forvaltningsrett i lovavdelingen. Se Fougner (2019) s. 184–185.

¹⁶¹ Rt. 2014 s. 402.

Osloskolen-dommen om at domstolen bare kan overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten, og uttalte at det innebærer «at domstolene må kunne foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene.»¹⁶² I den konkrete saken kom et flertall på fire av fem dommere til at fastsettelsen av kvalifikasjonskravene og vektingen av dem var saklig og forsvarlig. Det var også saklig og forsvarlig å anse kvinnen som best kvalifisert for stillingen. At hun var kvinne, var bare et tilleggsargument, men ikke avgjørende for ansettelsen, og dermed ikke i strid med diskrimineringsforbudet.

At Høyesterett videreførte uttalelsen om misbruk av styringsretten fra Osloskolen-dommen, kan indikere at retten la til grunn den samme forståelsen av styringsretten som i dommene som omhandler endringer i bestående arbeidsforhold.¹⁶³ Retten skilte ikke mellom styringsrett i kraft av henholdsvis heteronom og autonom kompetanse. Sånn sett kan det virke som de heller ikke skilte mellom saklighetskravet som gjelder i bestående arbeidsforhold og saklighetskravet ved ansettelser. I begge tilfeller gir Høyesterett anvisning på at arbeidsgiver har et vidt spillerom så lenge kvalifikasjonsvurderingen er innenfor rammene av hva som er saklig og forsvarlig.

Oppsummert kan en si at saklighetskravet som viser seg i arbeidsmiljølovens forarbeider, Nøkk-dommen, Kårstø-dommen og øvrig høyesterettspraksis om styringsrettsbeslutninger i bestående arbeidsforhold, gir begrenset overføringsverdi til saklighetskravets innhold ved ansettelser i offentlig sektor. Kildene indikerer ulike innhold til et krav om saklighet. Selv om innholdet til saklighetskravet som utpensles i Kårstø-dommen er tilnærmet likt det som minimum kan regnes som et krav til saklighet ved ansettelser, bør en være varsom med å trekke konkrete slutninger fra dommen. Ansettelser og beslutninger i bestående arbeidsforhold er ikke det samme, og representerer utøvelse av ulik type styringsrettskompetanse. Forsvaret-dommen gir lite bidrag til det nærmere innholdet av saklighetskravet, ut over at arbeidsgiver har et stort spillerom i vurderingen av søkerne så lenge kvalifikasjonsvurderingen er saklig og forsvarlig.

¹⁶² Rt. 2014 s. 401 (Forsvaret) avsnitt 69.

¹⁶³ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 (Kårstø), Rt. 2011 s. 841 (Osloskolen) og HR-2016-2286-A (Rygge kommune). Ettersom jeg avgrensner mot domstolskontrollen, nøyer jeg meg med å trekke fram noen poenger som kan bidra til analysen av saklighetskravets innhold ved offentlige ansettelser. For en mer omfattende gjennomgang av domstolskontrollen, se for eksempel Fougner (2018) s. 37–60, Hotvedt (2018) s. 1–36 og Hemmingby (2021) punkt 10.3.4 og kapittel 12.

En annen grunn til at en bør være varsom med å trekke overføringsverdi fra kildene, er at saklighetskravet i bestående arbeidsforhold åpner for rimelighetsvurderinger.¹⁶⁴ Det er ikke gitt at rimelighet har plass i ansettelsesprosessen, noe som diskuteres nærmere i det følgende.

4.3.5 Krav til rimelighet eller rom for rimelighetsvurderinger?

Et krav til rimelighet fremkommer flere plasser i ulike regelsett. I arbeidsmiljølovens bestemmelser knyttet til stillingsvern og kontrolltiltak er det lagt opp til at rimelighetsvurderinger skal foretas som en del av saklighetsvurderingen.¹⁶⁵ Det samme har rettspraksis vist en utvikling av, fra stillingsvernssaker på 60-tallet til nyere styringsrettsavgjørelser fra 2000-tallet og frem til i dag.¹⁶⁶ Også i nordisk rett har rimelighetsvurderinger fått en mer framtrædende rolle.¹⁶⁷ Rimelighetsvurderingene kan inneholde ulike typer avveininger og variere ut fra hva som skal vurderes. Det kan være interesseavveininger, forholdsmessighetsvurderinger eller andre typer avveininger, som for eksempel hensiktsmessighetsvurderinger og vurderinger ut fra hensynet til samfunnsutviklingen.¹⁶⁸ Derfor er rimelighet ikke nødvendigvis så entydig som det kan virke som. Det er heller ikke gitt at rimelighet og saklighet er det samme, eller hva som er det nærmere forholdet mellom disse. Hvordan rimelighet stiller seg i sammenheng med ansettelsesprosessen, er ikke klart. Et interessant spørsmål er derfor om saklighetskravet ved ansettelser også inkluderer et krav til rimelighet, og om det gir rom for rimelighetsvurderinger.

Et av de forvaltningsrettslige prinsippene er at forvaltningsmyndigheten ikke skal treffe sterkt urimelige avgjørelser.¹⁶⁹ Sivilombudet kan for eksempel bare kritisere arbeidsgivers skjønnsmessige vurderinger der det hefter feil ved skjønnen, ved at det for eksempel er lagt

¹⁶⁴ Se diskusjonen av Rt. 2000 s. 1609 (Nøkk) ovenfor. Se også for eksempel Hemmingby (2021) punkt 10.3.4, punkt 10.3.5 og kapittel 11.

¹⁶⁵ For stillingsvern, se arbeidsmiljøloven § 15-7 andre avsnitt andre setning. Når det gjelder kontrolltiltak, se arbeidsmiljøloven § 9-1: Forarbeidene (som ble nevnt i punkt 4.3.4) sin henvisning til Nøkk-dommen og Kårstø-dommen gir anvisning på at det skal foretas rimelighetsvurderinger, se Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 140. Se for øvrig Hemmingby (2021) s. 247–248.

¹⁶⁶ Se for eksempel Rt. 1966 s. 393 (Papyrus), Rt. 1984 s. 1058 (Nationaltheatret) og Rt. 2009 s. 685, som alle gjaldt rimelighetsvurderinger i relasjon til stillingsvern. Også styringsrettsavgjørelser i nyere tid trekker i retning av å foreta rimelighetsvurderinger i saklighetsvurderingen, se for eksempel Rt. 2000 s. 1609 (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 (Kårstø), Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt), Rt. 2011 s. 841 (Osloskolen) og HR-2016-2286-A (Rygge kommune). Se for øvrig Hemmingby s. 241–245 og 250.

¹⁶⁷ Om forholdsmessighetsvurderinger i svensk og dansk rett, se for eksempel Källström/Malmberg (2013) s. 72–81 og Hasselbalch (2005) s. 36–42.

¹⁶⁸ Se nærmere om dette i Hemmingby (2021) s. 237–239 og punkt 11.4.8.

¹⁶⁹ Se punkt 4.3.

vekt på usaklige eller utenforliggende hensyn, eller der avgjørelsen fremstår *klart urimelig*.¹⁷⁰ Det er også en del av myndighetsmisbrukslæren at avgjørelser fattet under forvaltningens frie skjønn, likevel anses ugyldige dersom avgjørelsen må karakteriseres som sterkt urimelig.¹⁷¹ Terskelen er imidlertid høy, og skranken synes å være ment som en sikkerhetsventil, da det i rettspraksis og juridisk litteratur er lagt til grunn at det skal «svært mye» til før et vedtak settes til side som urimelig.¹⁷²

Om et ansettelsesvedtak er sterkt urimelig, er imidlertid ikke tema i sakene hvor en søker mener seg forbigått. Ingen av kildene som ble trukket fram i punkt 4.2, om saklighetskravet ved ansettelser i offentlig sektor, nevner urimelige avgjørelser når de taler om saklighetskravet. Fokuset ligger derimot på om avgjørelsen er saklig, forsvarlig og ikke basert på utenforliggende hensyn. Poenget er at rimelighet synes å være av underordnet betydning i ansettelsessaker, selv om saklighetskravet stiller krav til at avgjørelsen ikke skal være sterkt urimelig. I tillegg er dette noe annet enn spørsmålet om arbeidsgiver faktisk kan foreta en rimelighetsvurdering i selve utvelgelsen.¹⁷³ Dette siste skal drøftes i det følgende.

Hemmingby hevder at det er naturlig at en rimelighetsvurdering inkluderes i et generelt arbeidsrettslig prinsipp, fordi den utgjør en betydelig del av saklighetskravet.¹⁷⁴ Hun begrunner det med at Høyesterett i en rekke saker om styringsrettsbeslutninger i form av endringer, har lagt betydelig vekt på interesseavveininger og rimelighetsvurderinger.¹⁷⁵ Også i stillingsvernsaker viser rettspraksis som nevnt at rimelighetshensyn og interesseavveininger er en sentral del av saklighetsvurderingen.¹⁷⁶ Dersom rimelighetsvurderingen er innbakt i det generelle saklighetsprinsippet, kan det være naturlig at en rimelighetsvurdering også gjør seg gjeldende ved ansettelser. En slik generell slutning kan imidlertid ikke trekkes, da spørsmålet må vurderes konkret.

¹⁷⁰ Lov 18. juni 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven) § 12 første avsnitt bokstav a og b og for eksempel SOM-2020-672.

¹⁷¹ Se blant annet Rt. 2007 s. 257 avsnitt 36 og Rt. 2009 s. 1374 avsnitt 36.

¹⁷² Se Eckhoff/Smith (2014) s. 382–400, som viser til Rt. 1997 s. 1784 på s. 1795 og Rt. 2011 s. 111 (avsnitt 71). Se også Hotvedt (2018) s. 7.

¹⁷³ Se for øvrig Hotvedt (2018) s. 7, som også peker på at saklighetskravets element om at avgjørelsen ikke skal være sterkt urimelig, er noe annet enn et krav om at virksomhetens behov skal avveies mot individuelle rimelighetshensyn.

¹⁷⁴ Hemmingby (2021) s. 234.

¹⁷⁵ Se Hemmingby (2021) s. 233–234, hvor hun viser til blant annet Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), Rt. 2001 s. 418 (Kårstø), Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt), Rt. 2011 s. 841 (Osloskolen) og HR-2016-2286-A (Rygge kommune).

¹⁷⁶ Se fotnote 171.

Høyesterettspraksisen Hemmingby bruker for å begrunne standpunktet sitt, handler bare om interesseavveininger og rimelighetsvurderinger som arbeidsgiver foretar i bestående arbeidsforhold. Slike avveininger går i sin enkle form ut på å vurdere arbeidsgivers behov for å gjennomføre en endring, opp mot virkningen endringen har for arbeidstakeren.¹⁷⁷

Tilsvarende må det ved oppsigelse foretas en rimelighetsvurdering der arbeidsgivers behov for oppsigelse veies opp mot de ulemper arbeidstakeren påføres.¹⁷⁸ I ansettelsesprosessen vil situasjonen imidlertid være en annen. Arbeidsgiver skal velge den best kvalifiserte kandidaten. Hvem arbeidsgiver og virksomheten har behov for å ansette, kommer frem av stillingsutlysningen. I den konkrete vurderingen av kandidatene er det ikke relevant å vurdere hvem av søkerne som har mest behov for jobben, eller hvem det er mest rimelig å ansette. Det er følgelig ikke tale om en avveining mellom arbeidssøkers og arbeidsgivers interesser, hvor virksomhetens ansettelsesønske står opp mot virkningen valget har for søkeren.

Å vurdere om det er rimelig å ansette en arbeidssøker, vil med andre ord ikke være i tråd med kvalifikasjonsprinsippet. Saklighetsvurderingen ville blitt bredere enn det er rettslig grunnlag for. En kan i og for seg si at noe som er saklig er rimelig, og at noe som er usaklig er urimelig. Men en slik tilnærming knytter seg til et overordnet spørsmål av om ansettelsen i sin helhet fremstår usaklig og sterkt urimelig, ikke hvem det er mest rimelig å ansette. Ansettelsen av den best kvalifiserte kandidaten kan fremstå som rimelig selv om det ikke er lagt vekt på rimelighet i den konkrete avveiningen. Dette tilsier at det ikke er rom for rimelighetsvurderinger i en kvalifikasjonsvurdering.

Oppsummert kan en si at innholdet av saklighetskravet er sammensatt og avhenger av situasjon og kontekst. Selv om det kan hevdes at rimelighetsvurderinger er en del av et generelt arbeidsrettslig saklighetsprinsipp, vil ikke rimelighetsvurderinger passe inn i ansettelsesprosessens kontekst. En tilnærming er derfor at saklighetskravet ved ansettelser inkluderer et krav til at avgjørelsen ikke skal være sterkt urimelig, men at selve vurderingen av hvem som skal ansettes ikke rommer en rimelighetsvurdering. Samtidig kan det ikke utelukkes at det kan oppstå situasjoner hvor rimelighet kan komme til å spille inn som del av saklighetskravet ved offentlige ansettelser.

¹⁷⁷ Se for eksempel Hemmingby (2021) s. 237.

¹⁷⁸ Se for eksempel Rt. 2009 s. 685 avsnitt 52.

5 Nærmere om likt kvalifiserte søkere

5.1 Innledning

I praksis kan arbeidsgiver havne i en situasjon hvor valget til stillingen står mellom to eller flere likt kvalifiserte kandidater. Her gir kvalifikasjonsprinsippet lite veiledning fordi kandidatene nettopp scorer likt både på utdanning, erfaring og personlig egnethet.¹⁷⁹ Da blir spørsmålet hvordan arbeidsgiver skal skille mellom kandidatene.

I høyesterettspraksis, praksis fra Sivilombudet og juridisk litteratur er det trukket fram hensyn som *kan* ha plass i vurderingen av hvem av de likt kvalifiserte søkerne som skal ansettes.¹⁸⁰ I det følgende konsentrerer jeg meg om to av disse hensynene, som særlig gir rom for diskusjon: Sosiale hensyn og velferdshensyn.¹⁸¹ Sosiale hensyn kan være forhold på søkerens side som gjør det ekstra viktig eller nødvendig med jobb. Eksempler kan være familiesituasjon, sykdom, helsetilstand, boligsituasjon og lignende. Velferdshensyn vil typisk være knyttet til arbeidsledighet eller stabilitet.¹⁸² Spørsmålet er for det første om praksis og litteratur åpner for å vektlegge slike hensyn. For det andre kan det diskuteres om den aktuelle praksisen står seg i dag. Hvor yttergrensene for arbeidsgivers skjønn egentlig går, er et interessant spørsmål i forlengelsen av dette. Forutsetningen i det følgende er altså at søkerne er tilnærmet likt kvalifisert.

¹⁷⁹ Se for eksempel Fanebust (2018) s. 110 og Engelsrud (2017) s. 64.

¹⁸⁰ Se punkt 5.2.

¹⁸¹ Andre hensyn som er tatt opp i juridisk litteratur og sivilombudspraksis, knytter seg til arbeidsgivers eller virksomhetens behov. Jeg går ikke nærmere inn på adgangen til å vektlegge slike hensyn, men nøyer meg med å vise til Engelsrud (2017) s. 67–70 med videre henvisninger til praksis fra Sivilombudet, og Fanebust (2018) s. 110–115. Jeg avgrenser også mot spørsmål rundt ansiennitet. Se for eksempel Engelsrud (2017) s. 64–65 og Fanebust (2018) s. 117–118 for refleksjoner rundt betydningen av ansiennitet i valget mellom likt kvalifiserte søkere. Se også for eksempel SOM-1967-14 og SOM-1975-7.

¹⁸² Se for eksempel Engelsrud (2017) s. 65.

5.2 Åpning i praksis for å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn?

Spørsmålet er om praksis og juridisk litteratur har åpnet for å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn i valget mellom likt kvalifiserte søkere til en stilling i det offentlige.

I Rt. 1976 s. 614 (Vaktmester) kom Høyesterett til at det ikke var usaklig at arbeidsgiver ansatte den av de nokså likt kvalifiserte søkerne til en vaktmesterstilling, som hadde syk kone og mindreårige barn. Viktigheten av å komme i lettere arbeid enn mannen hadde hatt ved et verksted, var et sosialt forhold retten mente arbeidsgiver kunne vektlegge ved ansettelsen. Et forhold som imidlertid gjorde saken tvilsom, var at lignende sosiale grunner også forelå hos den andre søkeren. Dette kjente skolestyret ikke til. Høyesterett mente forholdet var uheldig, men ikke tilstrekkelig til å kjenne avgjørelsen ugyldig. Retten presiserte også at de godtok vektlegging av hensynene *i det konkrete tilfellet*, men ønsket ikke å uttale seg generelt.¹⁸³ Dette indikerer at Høyesterett ikke ville åpne for en generell adgang til å vektlegge sosiale hensyn i en ansettelsesprosess der søkerne er likt kvalifisert. En kan likevel tenke seg at arbeidsgivere i tilsvarende situasjon ser hen til dommen for å finne retningslinjer for hva som kan vektlegges når søkerne er likt kvalifisert. Det er imidlertid ikke gitt at dommen står seg i dag. Dette diskuteres nærmere i punkt 5.1.2.

I SOM-1982-17 (Vaskehjelp) hadde skolestyret ansatt en vaskehjelp, hvor det ble lagt avgjørende vekt på at hun var enke og trengte stillingen av økonomiske årsaker. Sivilombudet uttalte at vektlegging av slike forhold måtte godtas ut fra praksis, men at ansettelsesmyndigheten må ha god kjennskap til forholdene som er aktuelt å legge vekt på hos samtlige aktuelle søkere.¹⁸⁴ Med andre ord må det undersøkes om andre søkere også har slike sosiale forhold dersom de ønskes vektlagt hos den ene. Dette skiller seg fra Vaktmesterdommen, hvor ansettelsesmyndigheten ikke undersøkte om den andre søkeren også hadde sosiale forhold som tilsa ansettelse.¹⁸⁵ I SOM-1967-11 (NRK programtekniker) sto det mellom to søkere til en stilling som programtekniker i NRK. Begge hadde eksamen fra

¹⁸³ Se Rt. 1976 s. 614 (Vaktmester) på s. 616, hvor retten eksplisitt sa at den «ikke [behøver] å gå inn på i hvilken utstrekning det ved offentlige ansettelser generelt er berettiget å legge vekt på søkerens sosiale forhold.»

¹⁸⁴ Se også Fanebust (2018) s. 110, som støtter synspunktet om at søkerne bør informeres om at andre hensyn kan bli vektlagt.

¹⁸⁵ Se Rt. 1976 s. 614 (Vaktmester) på s. 616–617, hvor retten uttalte at det må være søkerens eget ansvar å «opplyse om forhold han mener kan ha betydning for avgjørelsen.» Veiledningsplikten i forvaltningsloven § 11 ga ikke ansettelsesmyndigheten en plikt til å veilede søkeren om forhold som kunne ha relevans for ansettelsen.

samme teknikerkurs. Den ene søkeren hadde konkurranseansiennitet på fire dager. Likevel fikk den andre søkeren jobben fordi han sammen med sin kone hadde røtter og familie på stedet hvor avdelingskontoret lå, og kunne forbedre sine boligforhold ved å bli ansatt. Sivilombudet mente slike hensyn var utenforliggende å legge vekt på ved ansettelsen, og uttalte at det under «ingen omstendighet bør [...] være adgang til å legge vekt på velferdsgrunner som ikke fremstiller seg som vesentlige.» Dette ble fulgt opp i SOM-1973-11. På bakgrunn av dette, viser praksis fra Sivilombudet en viss adgang til å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn, men synes å ha lagt seg på en linje hvor hensynene må framstå som vesentlige for å tillegges avgjørende vekt.

Engelsrud argumenterer for at synspunktet om likebehandling i Grunnloven § 110¹⁸⁶ og diskrimineringslovgivningen¹⁸⁷ for å styrke søkerens posisjon, kan tale for å vektlegge sosiale hensyn og velferdshensyn hos en søker som står i en svakere posisjon pga. nettopp dette.¹⁸⁸ Samtidig peker Engelsrud på konkurransen med de andre søkerne, og mener vektlegging av sosiale hensyn bare kan anses saklig i tilfeller hvor kvalifikasjonsvurderingen ikke gir veiledning i vurderingen mellom søkerne.¹⁸⁹ Hun legger også til, i likhet med Sivilombudet, at forholdene da bør «framstå som vesentlige» for at de skal vektlegges. Grunnen er for det første at det kan være tilfeldig hvorvidt søkerne informerer om slike behov. For det andre kan grensedragningen av hva som er relevante behov og hvordan de skal veies mot hverandre, være vanskelig.¹⁹⁰ Fanebust mener derimot at sosiale hensyn og velferdshensyn kan tillegges vekt uten å framstå som tungtveiende, så lenge søkerne er likt kvalifisert.¹⁹¹ Han inntar likevel et forbehold ved intern konkurranse der søkerne kjenner til hverandres kvalifikasjoner og det er nokså tydelig hvem som må ansettes, slik tilfellet var i programtekniker-saken.¹⁹²

Samlet synes det som både Høyesterett, Sivilombudet og juridisk litteratur mener at sosiale hensyn og velferdshensyn under visse forutsetninger kan tillegges vekt der søkerne er likt kvalifisert. Søkerne må ha hatt mulighet til å legge frem sine forhold, og det skal ikke komme som en overraskelse for den forbigåtte at sosiale hensyn er vektlagt. Praksisen viser imidlertid

¹⁸⁶ Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven). Grunnloven § 110 første avsnitt første setning pålegger myndighetene å «legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring.»

¹⁸⁷ Diskrimineringslovgivningen åpner for positiv særbehandling, se likestillings- og diskrimineringsloven § 11 og arbeidsmiljøloven § 13-6.

¹⁸⁸ Engelsrud (2017) s. 66.

¹⁸⁹ Engelsrud (2017) s. 66.

¹⁹⁰ Engelsrud (2017) s. 67.

¹⁹¹ Fanebust (2018) s. 116.

¹⁹² Fanebust (2018) s. 117.

at terskelen for å vektlegge slike hensyn er høy – det vil bare være mulig i unntakstilfeller der arbeidsgiver ikke greier å skille mellom kandidatene etter kriteriene i kvalifikasjonsprinsippet.

Vaktmesterdommen og uttalelsene fra Sivilombudet er imidlertid av eldre dato. Et betimelig spørsmål er derfor om praksisen står seg i dag.

5.3 Står praksisen seg i dag?

I dag har det norske samfunnet andre sikkerhetsmekanismer som tar vare på folk i en vanskelig livssituasjon enn da Vaktmesterdommen ble avsagt i 1976. Gjennom NAV får foreldre barnebidrag, og de som ikke kan være i arbeid får enten dagpenger eller økonomisk sosialhjelp.¹⁹³ Som følge av Statens trygdeytelser, er det kanskje ikke like relevant å la en søker få jobben på grunn av sosiale forhold i dag, som det var for 50 år siden. Derfor er det et poeng å spørre om Vaktmesterdommen og praksisen fra Sivilombudet er utdatert.

Høyesterett har ved flere anledninger sagt at det må legges vekt på «hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen».¹⁹⁴ I Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) uttalte Høyesterett at samfunnsutviklingen i større eller mindre grad vil være relevant ved fastleggelsen av grensene for styringsretten i også andre spørsmål.¹⁹⁵ Selv om de aktuelle høyesterettssakene gjaldt endringer av arbeidsavtalen, kan det ikke utelukkes at uttalelsene har overføringsverdi til ansettelsessaker. En vurdering hvor samfunnsutviklingen tillegges vekt er en objektiv vurdering som i utgangspunktet befinner seg utenfor arbeidsavtaleforholdet.¹⁹⁶ Også saklighetskravet ved oppsigelser er en dynamisk størrelse som følger samfunnsutviklingen.¹⁹⁷ Dessuten vil arbeidslivet og dets «spilleregler» måtte tilpasses virkeligheten i en stadig skiftende og dynamisk verden.¹⁹⁸ Dette «er en forutsetning for et produktivt og effektivt arbeidsliv», ifølge Hemmingby.¹⁹⁹ Det ville derfor gitt lite mening om vurderingen som foretas ved offentlige ansettelser ikke er dynamisk og utvikler seg i takt med samfunnsutviklingen. Verden har utviklet seg mye siden Vaktmesterdommen ble avsagt.²⁰⁰

¹⁹³ Se lov om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven) § 1.

¹⁹⁴ Se særlig Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609 og Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 41. Se også for eksempel Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen) avsnitt 35 og HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26.

¹⁹⁵ Se Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt) avsnitt 41, med videre henvisning til Rt. 2008 s. 856 (Theatercaféen) avsnitt 35.

¹⁹⁶ Hemmingby (2021) s. 238.

¹⁹⁷ Se Ot.prp. nr. 41 (1975–1976) s. 72, med henvisning til rettspraksis fra 1936 og fram til i dag.

¹⁹⁸ Hemmingby (2021) s. 379.

¹⁹⁹ Hemmingby (2021) s. 379.

²⁰⁰ Se for eksempel Chudasama, «Sosialhjelp» i Store norske leksikon, 2020.

Selv om praksisen åpner for at sosiale hensyn kan vektlegges der kandidatene er likt kvalifisert, er det ikke gitt at den har rettskildemessig vekt i dag grunnet praksisens alder og samfunnsutviklingen. Sagt med andre ord: Da dommen ble avsagt, var det ifølge Høyesterett saklig å legge vekt på sosiale hensyn. Hadde samme saksforhold kommet opp i dag, er det ikke gitt at det ville vært saklig å legge vekt på tilsvarende hensyn. Dagens trygdeytelser kan være en grunn til det.

På den andre siden er sosiale forhold ett av flere vanlige utvelgelseskriterier i nedbemanningsprosesser,²⁰¹ noe som kan tale for at det også bør vektlegges i ansettelsesprosessen. Beskyttelsesbehovet for arbeidstakeren som risikerer å miste jobben sin, er derimot et annet enn for arbeidssøkeren som konkurrerer mot andre for å få jobben.²⁰² Å vektlegge sosiale forhold ved nedbemanning har derfor en helt annen begrunnelse enn ved ansettelse. Overføringsverdien fra nedbemanningsprosessen er dermed begrenset, noe som svekker argumentets vekt.

Det er heller ikke uproblematisk at vektlegging av sosiale hensyn og velferdshensyn i den ene søkerens favør går ut over den andre søkeren. Slik vektlegging kan føles urettferdig for den som blir forbigått, som en «straff» for å ha «livet på stell», og svekke tilliten til ansettelsesmyndigheten som har til oppgave å ansette den best kvalifiserte.²⁰³ Selv om Sivilombudet hevder at sosiale hensyn kan vektlegges så lenge alle kandidatene blir informert om det,²⁰⁴ er det ikke uproblematisk om arbeidsgiver må foreta en avveining av hvem som har «sterkest» sosiale hensyn og dermed bør få jobben. Høyesterett sa selv i Vaktmesterdommen at «avgjørelsen ville ha blitt meget vanskelig» hvis skolestyret hadde opplysninger om begge søkeres sosiale forhold.²⁰⁵ Utfordringen kan illustreres med et dagsaktuelt eksempel. Arbeidsgiver står mellom to likt kvalifiserte kvinner til en stilling. Den ene kvinnen er enslig uten forsørgeransvar og eier en leilighet. Den andre kvinnen er i en vanskelig situasjon med syk mann og tre mindreårige barn, og leier et hus. Livssituasjonen til sistnevnte kvinne ville vært svært økonomisk belastende for 50 år siden, hvor hun ikke hadde hatt et like sterkt sikkerhetsnett gjennom Staten. I dag ville familien derimot fått mer hjelp gjennom Statens trygdeytelser. Derfor ville andre mekanismer enn arbeid ivaretatt familiens utfordringer. Vi kan derimot tenke oss at den første kvinnen har psykiske utfordringer, og at det å være i jobb

²⁰¹ Se blant annet Rt. 1986 s. 879 (Hillesland) på s. 887.

²⁰² Se punkt 4.3.3.

²⁰³ Se om hensynene bak kvalifikasjonsprinsippet i punkt 3.2.

²⁰⁴ Se punkt 5.2.

²⁰⁵ Rt. 1976 s. 614 på s. 616.

er viktig for hennes mentale helse. Hvordan skal arbeidsgiver da bestemme hvem som skal ansettes basert på sosiale hensyn? Kvinnen med utfordrende familieforhold eller kvinnen med psykiske utfordringer? Å veie disse forholdene opp mot hverandre ville blitt svært vanskelig for arbeidsgiver. Dessuten ville vurderingen vært utenfor rammen av prinsippet om å ansette den best kvalifiserte. Poenget er at jobb som et velferdsgode har mistet litt av funksjonen sin. I dag er jobb viktig for de aller fleste, uavhengig av årsak til hvorfor de har behov for jobben.

Når samfunnet har sikkerhetsmekanismer som ivaretar sosiale forhold, kan det derfor argumenteres for at Vaktmester-dommen²⁰⁶ og sivilombudspraksisen²⁰⁷ ikke vil stå seg i dag. Det må i alle fall åpnes for at dagens domstoler kan innta motsatt ståsted, og ikke nødvendigvis godtar at det kan legges vekt på sosiale hensyn og velferdshensyn i en ansettelsesprosess.

Et naturlig spørsmål er også om det er større rom for rimelighetsvurderinger når kvalifikasjonsprinsippet ikke gir veiledning. Kan arbeidsgiver velge mellom likt kvalifiserte søkere basert på hvem det er rimelig å ansette? Høyesteretts vektlegging av sosiale hensyn i Vaktmesterdommen indikerer at de foretok en rimelighetsvurdering.²⁰⁸ Når jeg likevel har kommet til at rimelighetsvurderinger ikke hører hjemme i ansettelsesprosessen, og at dommen kan være utdatert, må den naturlige konklusjonen bli at det ikke er rom for rimelighetsvurderinger her heller. Samtidig kan det ikke utelukkes at det kan oppstå situasjoner hvor rimelighet vil spille inn som del av saklighetskravet ved offentlige ansettelser.

5.4 Hvor går yttergrensene for skjønnets?

Et spørsmål som gjenstår, er hvordan arbeidsgiver faktisk kan skille mellom de likt kvalifiserte kandidatene. Dersom det ikke er mulig å skille mellom kandidatene ut fra utdanning, erfaring og personlig egnethet, og arbeidsgiver ikke kan legge vekt på sosiale hensyn og velferdshensyn, hvordan skal arbeidsgiver da kunne ta et valg?

²⁰⁶ Rt. 1976 s. 614 (Vaktmester).

²⁰⁷ SOM-1967-11 (NRK programtekniker), SOM-1973-11 og SOM-1982-17 (Vaskehjelp).

²⁰⁸ Se for øvrig Engelsrud (2017) s. 65, som mener Høyesterett foretok en konkret rimelighets- og rettferdighetsvurdering.

Situasjonen kan illustreres med et eksempel. Arbeidsgiver står mellom to likt kvalifiserte mannlige lærere til en lærerstilling innen en bestemt fagkrets. De har samme utdanning med samme karakterer, samme erfaring, like godt egnet i klasseledelse og umulig å skille i personlig egnethet. Det er heller ingen mangfoldsproblematikk. Hvordan skal arbeidsgiver da velge mellom dem? I utgangspunktet kan problemstillingen virke utopisk. Arbeidsgiver vil sjelden eller aldri komme i en situasjon hvor to søkere er helt likt kvalifisert, uten mulighet for å skille mellom dem. Ofte kan for eksempel intervju eller gode referanser bidra til å bestemme hvem av søkerne som er mer kvalifisert. Men for tilfellet at situasjonen oppstår, er spørsmålet om det er opp til arbeidsgiver å velge. Kvalifikasjonsprinsippet gir ikke veiledning, og det ikke er klare retningslinjer for hva arbeidsgiver kan legge vekt på. Sivilombudet og Fanebust hevder at det i slike tilfeller er opp til ansettelsesmyndigheten å velge hvem som skal ansettes etter forvaltningens «frie skjønn».²⁰⁹ Valget mellom kandidatene vil uansett være underkastet et saklighetskrav som følge av at arbeidsgiver gjennom utøvelse av offentlig forvaltning må forholde seg til overordnede saklighetsprinsipper. Dette trekker i alle fall opp yttergrensene for arbeidsgivers skjønn.

²⁰⁹ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 24 og Fanebust (2018) s. 104.

6 Avslutning

Fremstillingen viser at skjønnnet arbeidsgiver har i utvelgelsen av kandidatene til en ledig stilling fremstår som nokså vidt, uten at det er mulig å fastsette helt konkret. Trolig er skjønnnet i ansettelsesprosessen videre enn i bestående arbeidsforhold, blant annet på grunn av ulike beskyttelsehensyn og at ansettelser etter mitt syn ikke inneholder rimelighetsvurderinger. Arbeidsgiver ansetter i kraft av sin autonome styringsrettskompetanse på vegne av det offentlige, og er underlagt forvaltningsrettslige prinsipper. Arbeidsgiver står fritt til å fastsette kvalifikasjonskravene innenfor rammen av kvalifikasjonsprinsippet, og ganske fritt i vektingen av dem. Spillerommet er likevel bare «fritt» så lenge den best kvalifiserte ansettes, og avgjørelsen ikke er vilkårlig eller sterkt urimelig, det ikke legges vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn, og ingen forskjellsbehandles usaklig. Disse elementene kan sies å utgjøre kjernen i saklighetskravet ved ansettelse i offentlig sektor, og trekker langt på vei opp grensene for arbeidsgivers valgfrihet i valget mellom flere søkere til samme stilling. Dette gjelder også i valget mellom likt kvalifiserte søkere.

Det vide spillerommet arbeidsgiver har i valget mellom søkerne kan være en forklaring på hvorfor mange søkere føler seg forbigått. For eksempel kan det skjønnsmessige preget av «personlig egnethet» gjøre det utfordrende å avdekke om arbeidsgiver legger vekt på usaklige hensyn dersom dette mistenkes, og om arbeidsgiver i realiteten misbruker kriteriet.²¹⁰ At arbeidsgiver ikke må begrunne hvorfor den forbigåtte ikke ble ansatt, kan forsterke utfordringen. Det kan heller ikke utelukkes at arbeidsgiver av ulike grunner ønsker å ansette en annen enn den best kvalifiserte, eller legge vekt på hensyn som er usaklige. Sivilombudet har uttalt at en av grunnene til at de bestemmer seg for å undersøke en ansettelsessak nærmere, er at saksdokumentene kan gi inntrykk av at ansettelsesvedtaket «ikke bygger på kvalifikasjonsprinsippet.»²¹¹ Det er også hevdet at arbeidsgivere i det offentlige i «ikke ubetydelig utstrekning» omgår kvalifikasjonsprinsippet ved å ansette en annen enn den best kvalifiserte søkeren.²¹² Kanskje arbeidsgiver vil ansette noen fra sitt eget nettverk, mistenker framtidige samarbeidsproblemer med den som angivelig er best kvalifisert, eller generelt har

²¹⁰ Berg og Hwang (2016) s. 76–77.

²¹¹ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 23.

²¹² Berg og Hwang (2016) s. 76.

en dårlig følelse rundt det å ansette den best kvalifiserte.²¹³ Når det er sagt, håndhever trolig de fleste arbeidsgivere kvalifikasjonsprinsippet på en forsvarlig måte, og gjør i mange tilfeller en svært god jobb.²¹⁴

Et ansettelsesvedtak kan ikke påklages til arbeidsgiver,²¹⁵ men kan bringes inn for domstolene,²¹⁶ Sivilombudet eller Likestillings- og diskrimineringsombudet. Når Sivilombudet mottar særlig mange klager fra arbeidssøkere som føler seg forbigått i en ansettelsesprosess, og domstolpraksis på området er begrenset, er det trolig fordi arbeidssøkere sjelden går til rettsak i forbindelse med ansettelsessaker. For de fleste er det for omfattende og kostbart å bringe en ansettelsessak inn for domstolene.²¹⁷ De vil uansett ikke få jobben fordi domstolen ikke kan omgjøre ansettelsesvedtaket.²¹⁸ I beste fall kan den forbigåtte få erstatning dersom domstolen kommer til at ansettelsen er usaklig eller ugyldig.²¹⁹ Ettersom arbeidssøkere som mener seg forbigått ikke kan klage på ansettelsesvedtaket, er det viktig at de i alle fall har en viss beskyttelse gjennom saksbehandlingen.²²⁰ Særlig viktig er det at arbeidsgivere på en god og tilstrekkelig måte ivaretar kravet til utredning og skriftlighet. Dette gir arbeidssøker vern gjennom at det i alle fall i ettertid blir mulig å kontrollere at ansettelsesprosessen har vært saklig og forsvarlig.

²¹³ Berg og Hwang (2016) s. 76. Forfatterne nevner en rekke flere forhold de hevder kan være omgåelsesteknikker.

²¹⁴ Sivilombudets årsmelding for 2016 s. 23.

²¹⁵ Jf. forvaltningsloven § 3 andre avsnitt andre setning.

²¹⁶ Jf. lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3. Selv om søksmålet ikke har rettslig betydning for den som ble ansatt, vil den forbigåtte generelt ha rettslig interesse i å få overprøvd gyldigheten av ansettelsesvedtaket, jf. for eksempel Rt. 1989 s. 1152 og Rt. 1991 s. 1468.

²¹⁷ Sivilombudet (2021) s. 9.

²¹⁸ Se fotnote 222.

²¹⁹ Jf. alminnelige erstatningsrettslige regler. Se for øvrig Fanebust (2018) s. 104 og Engelsrud (2017) s. 105.

²²⁰ Se introduksjon av saksbehandlingsreglene i punkt 1.2.1.

Kildeliste

Lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov (Grunnloven).

Lov 15. februar 1918 nr. 1 om offentlige tjenestemænd (tjenestemannsloven).

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

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

Lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskoler (universitets- og høyskoleloven).

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

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).

Lov 18. desember 2009 nr. 131 om sosiale tjenester i arbeids- og velferdsforvaltningen (sosialtjenesteloven).

Lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven).

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

Lov 16. juni 2017 nr. 76 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Lov 18. juni 2021 nr. 121 om Stortingets ombud for kontroll med forvaltningen (sivilombudsloven).

Forskrifter

Forskrift 30. juni 2006 nr. 859 om skikkethetsvurdering i høyere utdanning.

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

Forskrift 21. juni 2017 nr. 838 til lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Tariffavtaler

Hovedtariffavtalen for kommunesektoren, 01.05.2020 – 30.04.2022.

<https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/lonn-og-tariff/Hovedtariffavtalen-2020-2022-interaktiv.pdf>

Forarbeider

Ot.prp. nr. 38 (1915) Om utfærdigelse av en lov om offentlige tjenestemænd.

Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø.

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.

Ot.prp. nr. 67 (2006-2007) Om lov om endring i lov 1. april 2005 nr. 15 om universiteter og høyskole.

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

Rettspraksis

Høyesterettspraksis

Rt. 1966 s. 393 A (Papyrus)

Rt. 1968 s. 283 A

Rt. 1976 s. 614 A (Vaktmester)

Rt. 1977 s. 902 A (Hammerverk)

Rt. 1984 s. 1058 A (Nationaltheatret)

Rt. 1986 s. 879 A (Hillesland)

Rt. 1988 s. 20 A (Fritidsleder)

Rt. 1989 s. 1152 U

Rt. 1991 s. 1468 A

Rt. 1992 s. 453 A

Rt. 1997 s. 1784 A

Rt. 2000 s. 1056 A

Rt. 2000 s. 1602 A (Nøkk)

Rt. 2001 s. 248 A

Rt. 2001 s. 418 A (Kårstø)

Rt. 2002 s. 1638 A

Rt. 2007 s. 257 A

Rt. 2008 s. 856 A (Theatercaféen)

Rt. 2009 s. 685 A

Rt. 2009 s. 1374 A

Rt. 2009 s. 1465 A (Seinvakt)

Rt. 2011 s. 111 A

Rt. 2011 s. 841 A (Osloskolen)

Rt. 2014 s. 402 A (Forsvaret)

HR-2016-2229-A

HR-2016-2286-A (Rygge kommune)

Lagmannsrettspraksis

NAD-1987-1075

RG-1983-1078

Praksis fra Arbeidsretten

ARD-1922-86 (Jernbeton)

ARD-1960-63

ARD-1976-111

ARD-2008-27

ARD-2014-25

Sivilombudet

SOM-1967-11 (NRK programtekniker)

SOM-1967-14

SOM-1973-11

SOM-1975-7

SOM-1982-17 (Vaskehjelp)

SOM-2008-96

SOM-2012-1435

SOM-2014-514

SOM-2015-938

SOM-2019-3885

SOM-2019-4200 og SOM-2020-42

SOM-2020-672

SOM-2020-1921

Litteratur

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

Berg, Jens Petter, Dag Flater Hwang, «Kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelser i det offentlige – innhold og utfordringer», i *Sui Generis: Festskrift til Stein Evju*, Bernard Johann Mulder, Marianne Jenum Hotvedt, Marie Nesvik og Tron Løkken Sundet (red.), Universitetsforlaget 2016, s. 68–77.

Bjørnaraa, Torgeir, Espen Gaard og Annette Selmer, *Norsk tjenestemannsrett*, Tano Aschehoug 2000.

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

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 11. utgave, Universitetsforlaget 2018.

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 2009, s. 149–166.

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

Evenrud, Liv Torill, «Ulovfestede saklighetsprinsipper og krav om likebehandling», *Arbeidsrett* 6 nr. 4, 2009, s. 224–230.

Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1 hefte 1, 2003.

Evju, Stein, «Styringsrett og restkompetanse», *Arbeidsrett*, 2010 s. 49–65.

Evju, Stein, «Styringsrett – analytisk sett», *Styringsretten: Prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Alexander Sønderland Skjønberg, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), Gyldendal 2021, s. 131–149.

Fanebust, Arne, *Innføring i arbeidsrett – den individuelle del*, 4. utgave, Universitetsforlaget 2015.

Fanebust, Arne, *Offentlig arbeidsrett: Rettigheter og plikter, tilsetting og opphør*, Universitetsforlaget 2018.

Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold. Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2016.

Fougner, Jan, «Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll», *Arbeidsrett*, 2018, s. 37-60.

Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett: Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019.

Fougner, Jan, «Arbeidsrettens og Høyesteretts bruk av styringsrett som kompetansegrunnlag», *Styringsretten: Prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Alexander Sønderland Skjønberg, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), Gyldendal 2021, s. 150–184.

Hasselbalch, Ole, «Saglighedskravet ved ledelsesrettens udøvelse i nordisk perspektiv», *Arbeidsrett*, 2005, s. 28–42.

Hemmingby, Anette, *Ensidig endring av økonomiske ytelser i arbeidsavtaleforhold*, Gyldendal 2021.

Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet*, Gyldendal Juridisk 2016.

Hotvedt, Marianne Jenum, «Prøvesesrett på prøve: Kan domstolene prøve rimelighet i saker om statsansattes stillingsvern?», *Arbeidsrett*, 2018, s. 1–36.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Cappelen Damm 2006.

Källström, Kent og Jonas Malmberg, *Anställningsförhållandet*, 3. opplag, Iustus Förlag 2013.

Nygaard, Nils, *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2. utgave, Universitetsforlaget 2004.

Skjønberg, Alexander Næss, Erik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Juridisk 2017.

Skjønberg, Alexander Sønderland, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), *Styringsretten: Prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Gyldendal 2021.

Sundet, Tron Løkken, *Tariffavtalen: Utvalgte emner*, Fagbokforlaget, 2014.

Elektroniske publikasjoner

Chudasama, Krishna Magan, «Sosialhjelp» i Store norske leksikon, 22. mai 2020, <https://snl.no/sosialhjelp> (lest 20. april 2022).

Sivilombudet, *Ansettelses fra A til Å*, 2021, <https://www.sivilombudet.no/ansettelser-fra-a-til-a/> (lest 16. februar 2022).

Sivilombudet, *Årsmelding for 2004, dokument 4 2004-2005*, <https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2017/04/A%CC%8Arsmelding-for-Sivilombudsmannen-2004.pdf> (lest 4. februar 2022).

Sivilombudet, *Årsmelding for 2016 – dokument 4 2016-2017*, <https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2017/04/A%CC%8Arsmelding-for-Sivilombudsmannen-2016.pdf> (lest 2. februar 2022).

Sivilombudet, *Årsmelding for 2019 – dokument 4 2019-2020*, https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2020/03/SIVOM_A%CC%8ARSMELDING_2019_NO_WEB-1-1.pdf (lest 8. februar 2022).

Sivilombudet, *Årsmelding for 2020 – dokument 4 2020-2021*, https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2021/03/ARSMELDING_2020_Sivilombudsmannen_Nett.pdf (lest 10. februar 2022).

Sivilombudet, *Årsmelding for 2021 – dokument 4 2021-2022*,
[https://www.sivilombudet.no/wp-
content/uploads/2022/03/Arsmelding_Sivilombudet_2021.pdf](https://www.sivilombudet.no/wp-content/uploads/2022/03/Arsmelding_Sivilombudet_2021.pdf) (lest 1. april 2022).