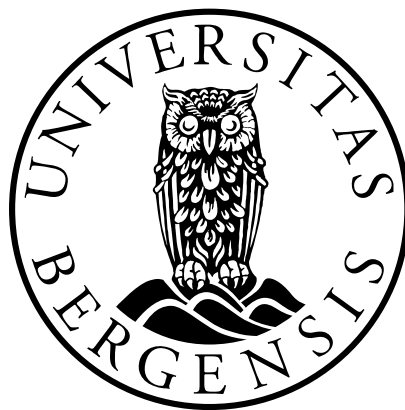


Saklighetskravet ved ansettelse i offentlig forvaltning, med fokus på kvalifikasjonsprinsippet

Kandidatnummer: 92

Antall ord: 14.504



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2019

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	2
1 Innledning	4
1.1 Introduksjon	4
1.2 Temaets viktighet og aktualitet.....	4
1.3 Overordnede hensyn	6
1.4 Avgrensninger.....	8
1.5 Rettskildebildet	9
1.6 Videre struktur	11
2 Arbeidsgivers styringsrett	12
2.1 Innhold	12
2.2 Rettsgrunnlag	13
2.3 Rekkevidde	14
3 Ansettelse i offentlig forvaltning	16
3.1 Ansettelse.....	16
3.2 Enkeltvedtak	16
3.3 Ansettelsesmyndighet	17
4 Saklighetskravet.....	19
4.1 Innhold og rettsgrunnlag.....	19
4.2 Forsvarlighet	20
4.2.1 Forsvarlighet uten begrunnelse	22
4.3 Vilkårighet	23
4.4 Utenforliggende hensyn.....	24
5 Kvalifikasjonsprinsippet	26
5.1 Innhold og rettsgrunnlag.....	26
5.2 Utlysningssplikt og innholdet i utlysningen.....	27
5.3 Kvalifikasjonskravene i utlysningen.....	28
5.4 Kvalifikasjonskravene.....	30
5.4.1 Personlig egnethet som kvalifikasjon eller diskvalifikasjon.....	31
5.5 Andre hensyn enn kvalifikasjonskravene?.....	35
5.5.1 Når kan andre hensyn få betydning?.....	35
5.5.2 Hvilke andre hensyn kan få betydning?.....	37

5.6	Ansettelsesmyndighetens skjønn	41
6	Overprøvelse av ansettelsesvedtak	42
	Litteraturliste.....	46
	Liste over tabeller	57

1 Innledning

1.1 Introduksjon

I norsk rett er retten til å ansette arbeidstakere regnet som en sentral del av styringsretten.¹ Arbeidsgiveren kan likevel ikke fritt velge mellom søkere til en stilling, for eksempel gjelder det forbud mot diskriminering på visse grunnlag.² Arbeidsgivere(n) i den offentlige forvaltning står i en spesiell stilling, de må også forholde seg til det forvaltningsrettslige saklighetskravet ved ansettelser. Saklighetskravet innebærer at ansettelsesprosessen må være forsvarlig og at selve avgjørelsen må bygge på et forsvarlig grunnlag.³ Hvem som ansettes kan ikke være vilkårlig og heller ikke basert på utenforliggende hensyn. Det stilles dermed både prosessuelle og materielle krav ved offentlig ansettelse. En sentral del av saklighetskravet ved ansettelse er kvalifikasjonsprinsippet.⁴ Prinsippet innebærer en klar hovedregel om at valget skal skje basert på kvalifikasjoner – den best kvalifiserte til stillingen skal ansettes.⁵ Prinsippet gjelder både ved ansettelse i kommune, fylkeskommune og stat, og er dels hjemlet i lov og dels i tariffavtaler eller ulovfestet forvaltningsrett.⁶ Kvalifikasjonsprinsippet gjelder også ved ansettelse i skole.⁷ Oppgavens formål er å redegjøre for det forvaltningsrettslige saklighetskravet ved ansettelse, med fokus på kvalifikasjonsprinsippet.

1.2 Temaets viktighet og aktualitet

Arbeid er en viktig del av livene våre og av stor betydning for samfunnet. Som statsminister Erna Solberg sa på Næringslivets Hovedorganisasjon sin årskonferanse i 2018: «Verdien av

¹ Se eksempelvis Rt. 2001 s. 248, Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.2.3.2, Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 11.1, Andersen (1967) s. 149, Borgerud og Næss (2019) s. 119 og Fougner (2019) s. 106.

² Se lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestilling- og diskrimineringsloven) kapittel 5 og lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) kapittel 13.

³ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

⁴ Engelsrud (2017) s. 56 og Eckhoff og Smith (2014) s. 123.

⁵ Engelsrud (2017) s. 60.

⁶ Se kapittel 1.6.

⁷ jfr. lov 17. juli 1998 nr. 61 om grunnskolen og den videregående opplæringa (opplæringslova) § 10-5, jfr. § 1-2 første og annet ledd, ved ansettelse av undervisningspersonell og rektorer i grunnskole og videregående skole i det offentlige, og for ansettelse i tilsvarende stillinger i private grunnskoler.

arbeid er velferd. For Norge. Og for hver enkelt av oss.»⁸ De fleste trenger en inntekt for å forsørge seg og familiene sine. I tillegg er arbeidsplassen en viktig del av identiteten og det sosiale livet. Som yrkesaktiv bruker vi i snitt en tredjedel av livet på jobben, om lag halvparten av våkentiden. Arbeid gir mennesket mulighet til å lære nye ting, utvikle seg og vokse, og kan gi en følelse av at en bidrar og er til nytte. På den måten kan det også gi bedre selvfølelse og selvtillit. Arbeid er også viktig for samfunnet. Hver arbeidstaker er med på å gi tilbake til samfunnet ved å betale skatter og avgifter. Faktisk står arbeidstakere for store deler av nasjonalformuen, som sørger for at vi kan nyte ulike velferdstilbud som barnehage, skole, sykehus og samferdsel. Ifølge Finansdepartementets beregninger sto humankapitalen, altså menneskelige ressurser i form av arbeidskraft, for 75 prosent av nasjonalformuen i 2016.⁹ Til sammenligning utgjorde realkapitalen 13,7 prosent, finanskapitalen 8,6 prosent og petroleumsformuen 2,6 prosent.¹⁰ En undersøkelse gjort av Statistisk sentralbyrå (SSB) viser at humankapitalens andel i nasjonalformuen har holdt seg stabilt på omtrent tre fjerdedeler i flere tiår.¹¹

Temaet er også viktig fordi det berører mange. Ifølge tall fra SSB er litt over 2,73 millioner av innbyggerne i Norge yrkesaktive per tredje kvartal 2019. Det tilsvarer 68,1 prosent av arbeidsstyrken.¹² I perioden 1970 til 2013 økte antall årsverk i Norge med 900.000.¹³ Omtrent 50 prosent av denne veksten var i offentlig sektor. I løpet av disse 43 årene økte andelen årsverk i det offentlige fra under 17 prosent (250.000) til nesten 29 prosent (700.000).¹⁴ I fjerde kvartal 2018 var 302.964 personer sysselsatt i staten, 45.368 personer i fylkeskommune og 501.276 personer i kommune.¹⁵ Tallene viser at det offentlige står for en solid del av de yrkesaktive, derfor skjer naturligvis en stor del av ansettelsene nettopp her. Som i arbeidsmarkedet generelt vil det også i det offentlige være noen som slutter eller går av med pensjon, og da trengs det ofte nye personer til å fylle stillingene. Det er ikke noe som taler for at det offentlige vil slutte å ansette i årene framover.

⁸ Solberg (2018).

⁹ Anslaget er basert på et konstant antall arbeidstimer og en konstant lønnsinnsats. Finansdepartementet (2017).

¹⁰ Finansdepartementet (2017).

¹¹ Løkkevik og Aasgaard Walle (2005) s. 19.

¹² Ifølge SSB er arbeidsstyrken antall sysselsatte pluss antall arbeidsledige. Se tabell 1, s. 57.

¹³ Gran-Henriksen (2014).

¹⁴ Ibid.

¹⁵ Se tabell 2, s. 57.

I Sivilombudsmannens årsmeldinger de siste årene er ansettelsessaker trukket fram som ett av de områdene med et stort antall klagesaker. Organet mottar mange henvendelser fra personer som opplever seg forbigått når de har søkt på en stilling i det offentlige. Det som særlig volder tvil er vurderingen av søkerens «personlige egnethet», en vurdering som hører med i anvendelsen av kvalifikasjonsprinsippet. Av de 113 ansettelsessakene organet behandlet i 2016 konkluderer Sivilombudsmannen at arbeidsgivere i forvaltningen ikke alltid er tilstrekkelig klar over at søkerne har krav på lik behandling, også under denne vurderingen.¹⁶ Denne konklusjonen og det høye antallet klager gir oss en indikasjon på at dette er et tema med behov for klarhet.

1.3 Overordnede hensyn

På et helt grunnleggende nivå kan det forvaltningsrettslige saklighetskravet gi et vern for arbeidssøkeren mot brudd på menneskeverd, integritet og likeverd fordi det gir en rett til ikke å bli utestengt fra arbeidslivet på et usaklig grunnlag.¹⁷ Saklighetskravets kjerne er likebehandlingshensynet, som står sterkt på alle stadiene i ansettelsesprosessen i det offentlige.¹⁸ Likebehandling er også et lovfestet formål i arbeidsmiljøloven og henger tett sammen med formålet om å bidra til et inkluderende arbeidsliv.¹⁹ Kvalifikasjonsprinsippet er med på å sikre at ansettelsesprosessen er saklig, forsvarlig og rettferdig, og at hensynet til likebehandling ivaretas.²⁰

Ansettelse og ansettelsesprosessen er av stor betydning for arbeidsgiveren og arbeidssøkeren. Saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet skal følgelig sikre hensynet til disse. For arbeidsgiveren er ansettelse en av de viktigste avgjørelsene han eller hun tar – det er ofte avgjørende at den rette kandidaten får jobben. Kvalifikasjonsprinsippet hovedhensyn er å sikre at arbeidsgiveren oppnår formålet med ansettelsen, nemlig å ansette den kandidaten med best mulig kompetanse i forhold til de oppgavene som er tillagt stillingen.²¹

¹⁶ Sogn og Aronsen (2016).

¹⁷ Engelsrud (2009) s. 161.

¹⁸ Engelsrud (2017) s. 56.

¹⁹ Jfr. § 1 bokstav b og e.

²⁰ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.4.1.

²¹ Engelsrud (2009) s. 152 og SOM-2012-2282.

For arbeidssøkeren er ansettelse en viktig inngangsport til arbeid. Saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet sikrer viktige hensyn som rettferdige konkurransekriterier, forholdsmessighet, forutberegnelighet og etterprøvnbarhet for arbeidssøkeren.²² Hensynet til rettferdige konkurransekriterier ivaretas ved at det er nettopp kvalifikasjoner, altså saklige vurderingsmomenter og ikke for eksempel for godt befinnende eller «trynefaktor», som avgjør hvem som får jobben.²³ Videre sikres forholdsmessighet ved at prinsippene åpner for at kravene kan justeres alt etter hvilken stilling det skal ansettes i. Samtidig er prinsippene ment til å hindre at det blir gjort urimelige ansettelse. Hensynet til forutsigbarhet blir også ivarett ved at søkerne vet hva som blir vurdert, og at den med best kvalifikasjoner blir ansatt. Fastsatte kriterier, som er rettferdige og forutsigbare, gjør også ansettelsesprosessen betryggende, noe som igjen ivarettar hensynet til arbeidssøkerens rettssikkerhet. I forlengelsen av dette vil også forvaltningens nøytralitet, upartiskhet og uhildethet skape tillit til det offentlige. I tillegg ivaretas hensynet til etterprøvnbarhet ved at søkerne kan kontrollere om det var den best kvalifiserte som ble ansatt etter en opplyst, ryddig og ordentlig prosess.

Det som likevel er spesielt ved ansettelse i forvaltningen, er at arbeidsgiveren handler på vegne av det offentlige når det skal ansettes nye arbeidstakere. Det stiller strengere krav til selve ansettelsesprosessen enn i det private næringsliv. Ansettelsesprosessen og ansettelsen må derfor ikke bare ivarett arbeidsgivers og arbeidssøkers hensyn, men også hensynet til samfunnet. Et konkret eksempel er hensynet til elevene ved å ansette den best kvalifiserte læreren.²⁴ Arbeidsgiverens plikt til å forholde seg til saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet er videre med på å styrke hensynet til legitimitet og tillit i befolkningen.²⁵ Det offentlige er helt avhengig av at innbyggerne, som også er skattebetalere og velgere, stoler på at de folkevalgte og administrasjonen er upartiske og objektive, også i en ansettelsessituasjon.²⁶ Kvalifikasjonsprinsippet sikrer i tillegg effektivitetshensyn ved at det gir arbeidsgiveren fastsatte og klare rammer rundt ansettelsesprosessen og avgjørelsen, noe som hindrer unødvendig bruk av ressurser og midler. Samtidig sikrer også ansettelsen av den

²² Sml. lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser § 4 om grunnleggende prinsipper. Ifølge departementet i Prop. 51 L (2015-2016) under merknader til bestemmelsen, er dette «prinsipper som uansett gjelder i henhold til [...] forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling».

²³ Engelsrud (2009) s. 152 og Fanebust (2018) s. 105.

²⁴ Eriksen (2009) s. 186.

²⁵ Prop. 94. L (2016-2017) pkt. 9.4.1.

²⁶ Ibid. pkt. 9.1. og Engelsrud (2009) s. 152-153.

best kvalifiserte hensynet til effektivitet, ved at det gir det offentlige best mulig forutsetninger til å ivareta sine oppgaver så godt, sikkert og raskt som mulig.

1.4 Avgrensninger

Selv om saklighetskravet gjelder på flere områder innenfor arbeidsretten, må oppgaven avgrenses. Denne oppgaven tar bare for seg saklighetskravet ved ansettelse. Det innebærer en avgrensning mot ulike typer fortrinnsretter, reglene om positiv særbehandling og midlertidige ansettelser. Det avgrenses også mot embetsutnevning som dreier seg om relativt få ansettelser med noe avvikende regler og behandles derfor ikke nærmere.

Videre vil en framstilling av saklighetskravet ved ansettelse i både privat rett og offentlig rett bli for omfattende. Den offentlige sektor inkluderer etter vanlig definisjon summen av statsforvaltning, kommuneforvaltning og forretningsmessige selskaper som eies eller kontrolleres av stat, fylke eller kommune, og er i ingen eller liten grad markedsrettet.²⁷ Her vil kun reglene som gjelder for statsforvaltning og kommuneforvaltningen, altså kommune og fylkeskommune, bli omfattet av begrepet «offentlig forvaltning». Det vil si de virksomhetene hvor forvaltningsloven²⁸ kommer til anvendelse. De virksomhetene som eies av det offentlige men er egne rettssubjekter, faller derfor utenfor. Eksempler på dette er statsforetak, særlovsselskaper og aksjeselskaper eid av stat eller kommune, eksempelvis Posten, Norges Bank og helseforetakene. De ansatte her er ikke «arbeidstakere i staten» etter statsansatteloven²⁹ § 1. De er heller ikke per definisjon ansatt i kommune eller fylkeskommune. Med privat sektor menes bedrifter i «privat» eie. Etter en alminnelig forståelse vil det si virksomheter som tilhører borgere, i motsetning til stat, kommune eller offentlig institusjon.³⁰ Det avgrenses her mot ansettelsesreglene for de egne rettssubjektene i det offentlige, og det private markedet i sin helhet.

²⁷ Idsø (2017).

²⁸ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker.

²⁹ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv.

³⁰ Gundersen (2018).

1.5 Rettskildebildet

På arbeidsrettens område er store deler av regelverket lovfestet. Sentrale rettskilder er statsansatteloven, opplæringslova, arbeidsmiljøloven og likestilling- og diskrimineringsloven, som lovfester viktige deler av saklighetskravet. Forvaltningsloven er også sentral. Den er ikke primært en arbeidsrettslig lov, men er relevant fordi ansettelse i stat og kommune er et enkeltvedtak, jfr. forvaltningsloven § 2 annet ledd. Dette stiller derfor spesielle krav til saksbehandlingen forut for ansettelse. Videre vil både forarbeider, forskrifter og instruksjoner til de nevnte lovene være viktige for å tolke, presisere og utfylle innholdet i reglene.

Tariffavtaler er også en viktig kilde i arbeidsretten.³¹ Tariffavtalene fungerer blant annet som et reguleringsinstrument, og i forvaltningen er så å si alle arbeidstakere dekket av en tariffavtale.³² Ettersom kommuneforvaltningen ikke har et generelt lovfestet saklighetskrav eller kvalifikasjonskrav, er Hovedtariffavtalen KS interessant.³³ Dette er en avtale mellom kommunesektorens arbeidsgiverorganisasjon og de største forbundene som organiserer kommunalt ansatte, og omfatter dermed alle ansatte i kommuneforvaltningen.³⁴ Hovedtariffavtalen KS kapittel 1 § 2 punkt 2.2 tariffester saklighetskravet gjennom kvalifikasjonsprinsippet, og kommunen som arbeidsgiver er bundet av dette ved ansettelse. Det bekreftes av Arbeidsretten som uttaler at kommunen må foreta en vurdering av søkerens kvalifikasjoner.³⁵ Også arbeidsgivers styringsrett har en tariffmessig forankring.³⁶

Ettersom arbeidsgivers styringsrett er ulovfestet rett og det arbeidsrettslige saklighetskravet (i all hovedsak) har vært ulovfestet og utviklet gjennom rettspraksis og rettsoppfatninger, er dette også rettskildefaktorer med relevans i oppgaven. Tilfanget av saker i Høyesterett som omhandler ansettelse i offentlig forvaltning er dog begrenset. Størsteparten av disse sakene havner i stedet i Arbeidsretten eller hos Sivilombudsmannen.

Arbeidsretten er en særdomstol som avgjør tvister med rot i tariffavtaler og regler i arbeidstvistlovgivningen³⁷. Avgjørelsene har generelt mindre vekt enn avgjørelser i

³¹ Engelsrud (2017) s. 31.

³² Stokke, Nergaard og Evju (2013) s. 119.

³³ Det finnes likevel spesialregler, jfr. opplæringslova § 10-5.

³⁴ Engelsrud (2017) s. 31

³⁵ Se eksempelvis ARD-1960-63 og ARD-2008-27.

³⁶ Jfr. Rt. 1977 s. 902 (s. 914).

³⁷ Se lov 27. januar 2012 nr. 9 om arbeidstvister (arbeidstvistloven) kapittel 4.

Høyesterett. Det er likevel hevdet at også Arbeidsretten, fordi den dømmer i siste instans, kan utøve en innflytelse over arbeidsrettslige problemstillinger som kan sammenlignes med Høyesteretts påvirkning.³⁸ Fordi Arbeidsretten avsier endelige dommer er avgjørelsene en rettesnor for hva som er gjeldende rett ved forståelsen av saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelse i offentlig forvaltning.³⁹

Sivilombudsmannens praksis er også interessant fordi organet behandler et stort antall ansettelsessaker. Sivilombudsmannens formål er å beskytte borgeren mot urett fra den offentlige forvaltningen.⁴⁰ Organets årsmelding til Stortinget gir også et viktig kildegrunnlag innenfor den aktuelle del av arbeidsretten, og her er det flere ganger tatt opp utfordringer ved ansettelse i det offentlige.⁴¹ Vekten av Sivilombudsmannens uttalelser er imidlertid omdiskutert. Høyesterett uttaler følgende: «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.»⁴²

Rettsoppfatninger er også legitime rettskilder, særlig dersom de bygger på grundig argumentasjon.⁴³ Med rettsoppfatninger menes her uttalelser gitt i lovavdeling i Justis- og beredskapsdepartementet, Arbeids- og sosialdepartementet, Kommunal- og moderniseringsdepartementet og annen praksis. Her er Statens personalhåndbok 2019 kapittel 2, som regulerer ansettelse og ansettelsesprosessen i staten, av interesse. Den gir rammer for utøvelsen av arbeidsgiverfunksjonen, og utdyper reglene som er fastsatt i blant annet statsansatteloven og tjenestetvistloven⁴⁴ og deres forskrifter.

Med rettsoppfatninger menes også juridisk litteratur. De aktuelle emnene er behandlet av en rekke forfattere og vil følgelig være sentrale. De færreste av dem går likevel i dybden når

³⁸ Eckhoff og Helgesen (2001) s. 162.

³⁹ Engelsrud (2017) s. 30.

⁴⁰ Jfr. lov 22. juni 1962 nr. 8 om Stortingets ombudsmann for forvaltningen (sivilombudsmannsloven) § 3.

⁴¹ Fanebust (2018) s. 25.

⁴² HR-2016-2229-A (avsnitt 49).

⁴³ Monsen (2012) s. 41.

⁴⁴ Lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister.

temaene tas opp. Dette gjelder særlig forståelsen av de ulike momentene i saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet, og saklighetskravets betydning ved ansettelse i offentlig forvaltning.

Den norske arbeidsretten har også blitt mer internasjonalisert de siste tiårene. Relevansen og vekten av internasjonale rettskilder har som en følge av dette økt. En sentral bestemmelse finner vi i SP⁴⁵ art. 25 bokstav c. Bestemmelsen lovfester enhver persons rett og anledning til offentlig tjeneste uten noen form for forskjellsbehandling eller urimelige begrensninger.⁴⁶ Også i svensk og dansk rett finner vi et saklighetskrav.⁴⁷ Som grunnlag for et alminnelig saklighetskrav ved ansettelse i offentlig forvaltning i Norge er internasjonale krav dog mindre sentrale. Internasjonale rettskilder er heller ikke omtalt i rettspraksis som et tolkningsmoment ved klarleggingen av saklighetskravet i norsk rett.

1.6 Videre struktur

Opgaven vil først redegjøre for arbeidsgivers styringsrett, det innhold, rettsgrunnlag og rekkevidde i kapittel 2. I kapittel 3 behandles ansettelse i offentlig forvaltning, herunder ansettelse som enkeltvedtak og hvem som har personell kompetanse i ansettelsesvedtakene. Dernest tar jeg for meg saklighetskravet og hvilken betydning det har for offentlige ansettelser i kapittel 4. Kapittel 5 omhandler kvalifikasjonsprinsippet og kvalifikasjonskravene, samt utlysningssplikten, utlysningens innhold og utlysningens betydning i forhold til kvalifikasjonsprinsippet. Sentrale underproblemstillinger behandles også her. I kapittel 5.4.1 drøftes personlig egnethet og dets betydning som kvalifikasjon og diskvalifikasjon ved ansettelse. I kapittel 5.5 behandles hvor fritt arbeidsgiveren står til å vurdere andre hensyn enn kvalifikasjonskravene. I kapittel 5.6 redegjøres for hvor vidt skjønn arbeidsgiveren har ved ansettelse. I forlengelsen av saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet vil overprøvelse av ansettelsesvedtak behandles til slutt i kapittel 6.

⁴⁵ De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter. SP-konvensjonen er en del av norsk rett, jfr. lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett § 2 nr. 3.

⁴⁶ Se også Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov § 98 annet ledd.

⁴⁷ Se Fougner (2016) s.169-172 som viser til svensk arbeidsrettspraksis og dansk juridisk teori.

2 Arbeidsgivers styringsrett

2.1 Innhold

Arbeidsgivers styringsrett spiller en sentral rolle i arbeidsretten, og har en normativ kraft som reguleringsinstrument.⁴⁸ Kjernen er arbeidsgivers rett «til å organisere, lede og fordele arbeidet, samt retten til å ansette og si opp arbeidstakere». Denne definisjonen ble først gitt av Andersen i 1967 og er senere lagt til grunn, i varierende formuleringer, i rettspraksis og juridisk litteratur.⁴⁹ En forenklet forklaring er at «styringsretten omfatter ethvert virksomhetsrelatert forhold, hva enten det gjelder virksomhetens organisering, drift eller arbeidsledelse».⁵⁰ Evju har en litt videre formulering og mener at «arbeidsgiveren som utgangspunkt har en ensidig rett til å treffe bestemmelser som angår arbeidsforholdet og virksomheten».⁵¹

Det er vanlig å dele styringsretten i to hovedkategorier arbeidsgiverbeslutninger; virksomhetsledelse og arbeidsledelse.⁵² Selv om ansettelse tradisjonelt anses som en del av arbeidsledelsen, er dette en styringsrettsbeføyelse av særegen karakter fordi den ikke innebærer utøvelse av heteronom kompetanse.⁵³ Når arbeidsgiveren utøver styringsretten under arbeidsforholdet betyr det at han har ensidig kompetanse til å binde arbeidstakeren til for eksempel å utføre arbeidet på en spesiell måte. Når en arbeidsgiver derimot skal velge mellom arbeidssøkere har han ikke den samme kompetansen til å binde andre. Det blir dermed ikke snakk om styringsrett i snever forstand i ansettelsestilfellet, men mer et utslag av styringsretten ved at det er arbeidsgiveren, ledelsen eller organet som bestemmer om det skal ansettes og hvem som blir ansatt, i motsetning til for eksempel fagforeningen på arbeidsplassen. Arbeidsgiveren har heller ikke direkte styringsrett overfor arbeidssøkeren. Det kan derfor argumenteres for at arbeidsgivers kompetanse til å ansette er et utslag av avtalefriheten. Det ulovfestede prinsippet om avtalefrihet innebærer at enhver kan inngå

⁴⁸ Evju (2003) s. 10-11.

⁴⁹ Andersen (1967) s. 149. Se Rt. 2000 s. 1602, Rt. 2001. s. 418, Rt. 2008 s. 856, Rt. 2009 s. 1465 og Rt. 2011 s. 841. Se også Fanebust (2015) s. 117, Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 98, Engelsrud (2017) s. 47 og Fougner (2019) s. 85.

⁵⁰ Fougner (2019) s. 104.

⁵¹ Evju (2003) s. 15.

⁵² Se Evju (2003) s. 15-16, Fougner (2009) s. 235-256 og Hotvedt (2016) s. 127-128 for nærmere forklaring av kategoriene.

⁵³ Evju (2003) s. 15 og Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 99.

avtale med hvem man vil og at man sammen kan bestemme innholdet i avtalen. Den offentlige arbeidsgivers avtalefrihet er dog begrenset av et alminnelig saklighetskrav.

2.2 Rettsgrunnlag

Tradisjonelt har styringsretten blitt begrunnet i arbeidsforholdet og det overordnings- og underordningsforholdet som etableres mellom partene.⁵⁴ Dette har sammenheng med at styringsretten ble ansett som en eierbeføyelse fordi arbeidsgiveren som regel eier produksjonsmidlene. Arbeidsgiveren som eier kan legitimere hans styringsrett i ansettelsessituasjonen. Denne beskrivelsen forutsetter dog at arbeidsgiveren og eieren er den samme. I offentlig forvaltning er ikke det tilfellet, og dette grunnlaget er derfor ikke helt tilfredsstillende til å forklare hvorfor arbeidsgiveren har styringsrett ved ansettelse. På den andre siden er det som regel arbeidsgiveren som er lederen for den gitte delen av forvaltningen, og dermed har han ofte de beste forutsetningene for å vite hvilke kvalifikasjoner de ansatte bør ha for å utføre oppgavene så godt og effektivt som mulig. Hotvedt og Ulseth mener videre at styringsretten og den individuelle arbeidsavtalen er gjensidig avhengige rettsgrunnlag, som utfyller og presiserer hverandre.⁵⁵ Dette grunnlaget kan heller ikke anses tilstrekkelig til å legitimere at arbeidsgiveren har en styringsrett i ansettelsestilfellet ettersom forklaringen forutsetter at det allerede foreligger et arbeidsforhold mellom partene. Evju formulerer begrepet enda videre og mener at styringsretten ligger «forut for arbeidsavtalen» og er anerkjent som en selvstendig rettsnorm.⁵⁶ Denne forklaringen blir derimot mer treffende også i ansettelsessituasjonen fordi den ikke går ut fra et allerede etablert ansettelsesforhold for å legitimere styringsretten.

Selv om begrunnelsen for at ansettelse er en del av styringsretten er noe tvilsom, er det likevel utvilsomt at det eksisterer en styringsrett og at det å ansette er anerkjent som en del av denne retten. Det er og har vært et utgangspunkt at arbeidsgiveren er nærmest og har de beste forutsetningene til å foreta denne vurderingen.⁵⁷ Dette bekreftes av Høyesterett i Rt. 2001 s. 248 som viser til forarbeidene hvor det understrekes at retten til å velge sine ansatte

⁵⁴ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 97.

⁵⁵ Hotvedt og Ulseth (2013) s. 114.

⁵⁶ Evju (2003) s. 12.

⁵⁷ Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.7.1 og Fougner (2016) s. 159.

tradisjonelt sett er en viktig del av arbeidsgivers styringsrett.⁵⁸ Også i Rt. 2014 s. 402 uttaler førstvoterende at «[a]rbeidsgiveren bestemmer i kraft av sin styringsrett hvilke kvalifikasjoner som skal kreves for ansettelse, og hvordan ulike kvalifikasjonskrav skal veies mot hverandre.»⁵⁹ Det rettslige grunnlaget for styringsretten blir dermed at rettsorden har anerkjent denne kompetansen for arbeidsgiveren som en rettslig norm.

Allerede i den første landsomfattende tariffavtalen som ble inngått i Norge, ble styringsretten anerkjent.⁶⁰ Det ble dog ikke tatt med generelle bestemmelser om arbeidsgivers styringsrett i senere avtaler. Det har likevel vært sikker rett at styringsretten er en forutsetning for tariffavtaler, jfr. Rt. 1977 s. 902. Her viste Høyesterett til at styringsretten var lagt til grunn allerede i 1922 av Arbeidsretten. Videre ble det uttalt at styringsretten ikke bare følger av tariffavtalen, men også av den individuelle arbeidsavtalen. Også i forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 nevnes arbeidsgivers styringsrett som en av tre grunnleggende forutsetninger for den individuelle arbeidsavtalen.⁶¹ Fougner uttrykker det slik: «Styringsretten [...] er i dag regnet som et alminnelig, sedvanerettslig grunnlag.»⁶² I tillegg bygger arbeidsrettslig lovgivning på at arbeidsgiveren har en viss styringsrett.⁶³ På noen konkrete områder er også styringsretten lovfestet.⁶⁴ Selv om retten fortsatt ikke er lovfestet på generelt grunnlag, er det utvilsomt at dette er en rettighet som tilkommer arbeidsgiveren.⁶⁵ Styringsretten gjelder både innenfor den kollektive og individuelle arbeidsrett, og i det private næringsliv og offentlig forvaltning.⁶⁶

2.3 Rekkevidde

Selv om arbeidsgivers styringsrett angir rammene for hva arbeidsgiver kan og ikke kan gjøre i forhold til sine ansatte, vil dens rekkevidde også avhenge av arbeidsforholdets øvrige rettslige

⁵⁸ Side 260.

⁵⁹ Avsnitt 69.

⁶⁰ Verkstedsoverenskomsten av 15. april 1907.

⁶¹ Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) kap. VI pkt.1. Se også Ot.prp. nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.2.3.2.

⁶² Fougner (2016) s. 147.

⁶³ Fougner (2019) s. 96 flg. som nevner ferieloven § 6 første ledd og arbeidsmiljøloven § 2-3 første ledd. Det samme gjelder arbeidsmiljøloven § 9-1. Styringsretten er også lovfestet innenfor enkelte statsetater, se for eksempel politiloven og politiinstruksen.

⁶⁴ Se eksempelvis statsansatteloven § 16.

⁶⁵ Jfr. Rt. 2000 s. 1602 og Rt. 2001 s. 418.

⁶⁶ Evju (2003) s. 18 og Borgerud mfl. (2007) s. 123 flg.

rammer. I praksis er styringsretten begrenset av lovgivning, tariffavtaler, arbeidsavtalen, rettspraksis og sedvane, og fungerer som en type «restkompetanse» for arbeidsgiveren.⁶⁷ Evju argumenterer for at innskrenkningene i styringsretten er så omfattende at det ikke kan ses på som et selvstendig rettsgrunnlag.⁶⁸ Høyesterett på sin side har tatt utgangspunkt i at det foreligger en styringsrett for arbeidsgiveren og at det er nettopp begrensningene som må påvises.⁶⁹ Likevel har også Høyesterett brukt betegnelsen «restkompetanse» for å forklare styringsretten.⁷⁰ Men spørsmålet for domstolene er sjelden *om* arbeidsgiver har en styringsrett, men heller *hvor langt* denne retten rekker.⁷¹

Arbeidsgivers styringsrett begrenses både hva gjelder den materielle, prosessuelle og personelle kompetansen.⁷² Her er begrensningene ved ansettelse interessante. Utover de begrensninger som er positivt forankret i lov og avtaler, gjelder det også en begrensning i form av et krav om saklighet. Ifølge Høyesterett i Kårstø begrenses styringsretten «også av mer allmenne saklighetsnormer».⁷³ Med dette bekrefter Høyesterett at det gjelder en alminnelig saklighetsnorm ved utøvelsen av arbeidsgivers styringsrett.⁷⁴ Og det er nettopp dette kravet og dets begrensninger ved ansettelse i offentlig forvaltning jeg skal konsentrere meg om i det følgende.

⁶⁷ Se Suviranta mfl. (1985) s. 263, hvor Evju bruker denne betegnelsen, Rt. 2000 s. 1602 og Rt. 2001 s. 418.

⁶⁸ Evju (2003) s. 19 flg.

⁶⁹ Se for eksempel Rt. 1958 s. 1229 hvor det uttales: «Det vesentlige i denne forbindelse synes å være at det er teatrets ledelse som har styringsretten, hvor intet annet spesielt er avtalt.» Se tilsvarende i Rt. 2001 s. 418, Rt. 2009 s. 1465 og HR-2016-2286-A.

⁷⁰ Se Rt. 2001 s. 418 (side 422).

⁷¹ Fougner (2019) s. 85.

⁷² Borgerud og Næss (2019) s. 124 flg.

⁷³ Rt. 2001 s. 418 (side 427).

⁷⁴ Evju (2003) s. 23.

3 Ansettelse i offentlig forvaltning

3.1 Ansettelse

Begrepet «ansettelse» er mye brukt i lovgivningen uten nærmere forklaring.⁷⁵ Fanebust forklarer ansettelse i offentlig forvaltning slik: «Som tilsetting må regnes alle vedtak som *etablerer* et arbeidsforhold».⁷⁶ Ved ansettelse i staten ble lenge begrepet «tilsetting» brukt, men dette ble forlatt til fordel for «ansettelse» ved ikrafttredelse av statsansatteloven.

I norsk rett er hovedregelen at arbeidsgiveren i kraft av styringsretten har fri ansettelsesadgang med rett til å bestemme om noen skal ansettes, hvem det blir og hvordan det gjøres.⁷⁷ I offentlig forvaltning er det likevel gitt en del særregler. Det gjelder ingen alminnelige betingelser en person må oppfylle for å bli ansatt, men ansettelse er likevel i stor grad regulert gjennom lovgivning, tariffavtaler og ulovfestede forvaltningsrettslige prinsipper. Ansettelse i staten reguleres i statsansatteloven kapittel 2. Ansettelsesreglene i kommune er ulovfestet og følger av forvaltningsrettslige normer som også kommer til uttrykk i Hovedtariffavtalen (KS) kapittel 1 § 2 punkt 2.2 første ledd.

I tillegg bygger ansettelsesordningen i forvaltningen på noen grunnleggende prinsipper. Ansettelsesvedtak skal ikke treffes av en enkeltperson og det er ofte fastsatt at to persongrupper skal ha rett til å uttale seg, nemlig representanter for arbeidstakerne og de nærmeste foresatte i den stilling det skal ansettes i.⁷⁸ Dette kan hindre at det blir tatt utenforliggende hensyn ved ansettelsen, og sikre at rett person blir valgt ettersom nærmeste leder vet best hvilke kvalifikasjoner stillingen krever.⁷⁹

3.2 Enkeltvedtak

Ansettelse i offentlige forvaltning er et enkeltvedtak, jf. forvaltningsloven § 2 annet ledd. Hovedregelen er derfor at saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven også gjelder i

⁷⁵ Se arbeidsmiljøloven § 14-9 (1) om «fast» ansettelse.

⁷⁶ Fanebust (2018) s. 37.

⁷⁷ Benson (2014) s. 41.

⁷⁸ Fanebust (2018) s. 82-83.

⁷⁹ Ot.prp. nr. 38 (1915) s. 33.

ansettelsessakene. Reglene om ugildhet, de alminnelige saksbehandlingsreglene, krav om utrednings- og informasjonsplikt og underretning om vedtak kommer derfor til anvendelse.⁸⁰ Men ansettelsesvedtakene kan ikke kreves grunnlagt, påklages eller omgjøres.⁸¹ Reglene om partsinnsyn gjelder heller ikke.⁸² I stedet inneholder forvaltningsforskriften kapittel 5 særregler om partsinnsyn i ansettelsessaker i offentlig forvaltning.

Saksbehandlingsreglene ved ansettelse er langt på vei de samme i kommune, fylkeskommune og stat ettersom forvaltningsloven og saklighetskravet er styrende for prosessen. Statsansatteloven § 5 og § 6 inneholder imidlertid særregler om innstilling og ansettelse i statsforvaltningen.⁸³ Her er det en toleddet behandling. Først utarbeides en innstilling, ofte av den nærmeste lederen, som er bindende for ansettelsesmyndigheten. Innstillingen er et formelt forslag om hvem som bør ansettes, hvor tre søkere settes opp i prioritert rekkefølge. Deretter fatter ansettelsesrådet et ansettelsesvedtak. De er ikke bundet av rekkefølgen, men velger den de mener er best kvalifisert.⁸⁴ I kommunen er det vanligvis også gitt en innstilling av nærmeste leder, i likhet med de prinsippene som gjelder i staten, selv om det ikke er lovfestet her.⁸⁵ Her skal også tillitsmannsutvalget få oversikt over søkerlisten, og få anledning til å uttale seg ved utvelgelse til intervju og i selve intervjuet.⁸⁶

3.3 Ansettelsesmyndighet

Temaet her er hvem som rent faktisk har kompetanse til å inngå arbeidsavtale med en ny arbeidstaker på vegne av kommune, fylkeskommune og stat. I praksis er det ofte arbeidsgiveren som er og har ansettelsesmyndighet, altså personell kompetanse i ansettelsessaker. Arbeidsgiverbegrepet blir i dagligtalen både brukt om den juridisk ansvarlige i virksomheten og om personer som handler på vegne av denne.⁸⁷ Arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) definerer arbeidsgiveren som «enhver som har ansatt arbeidstaker til å utføre arbeid i sin tjeneste». Arbeidsgiverbegrepet i offentlig forvaltning er

⁸⁰ Se forvaltningsloven kapittel II, III, § 17 første ledd og § 27 første ledd.

⁸¹ Jfr. forvaltningsloven § 3 annet ledd.

⁸² Jfr. forvaltningsloven § 18.

⁸³ Se også Statens personelhåndbok 2019 pkt. 2.1.3.2.

⁸⁴ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 11.2.1.

⁸⁵ Fanebust (2018) s. 89.

⁸⁶ Jfr. Hovedavtalen for kommunene Del B § 3-1 bokstav d og e.

⁸⁷ Hotvedt (2016) s. 29.

likevel noe spesielt. Arbeidsgiveransvaret rent formelt i kommunal forvaltning ligger hos kommunestyret og fylkestinget. I staten er arbeidsgiverbegrepet knyttet til den enkelte statsetat, departement, virksomhet, institusjon etc.⁸⁸ Det vil si at hver av disse er en egen del og har en egen arbeidsgiver. I offentlig forvaltning er særlig arbeidsmiljøloven § 1-8 (2) andre setning viktig. Denne bestemmelsen medfører at arbeidsgiveransvaret utvides til også å gjelde «den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten». I kommunen omfatter det rådmannen og sektorsjefer.⁸⁹

I staten er utgangspunktet at Kongen er ansettelsesmyndighet.⁹⁰ Men dette er i stor grad delegert til «et departement, ett eller flere ansettelsesråd eller et styre for en virksomhet eller gruppe av virksomheter», ved kongelig resolusjon.⁹¹ Et ansettelsesråd består av like mange personer fra arbeidsgiversiden og arbeidstakersiden.⁹² Hvem som er ansettelsesmyndighet vil variere av type stilling og type virksomhet.⁹³

I kommunen er utgangspunktet at ansettelsesmyndigheten ligger hos kommunestyret og fylkestinget.⁹⁴ Dette henger sammen med at det er kommunestyret og fylkestinget som er den juridiske personen.⁹⁵ I praksis delegeres ofte ansettelseskompetansen til underordnede organer eller administrasjonen.⁹⁶ Hvem som har kompetansen i den enkelte kommune vil, som i staten, ofte avhenge av hvilken stilling det skal ansettes til. Dette gjelder imidlertid ikke for ansettelse i stilling som administrasjonssjef i kommune eller fylkeskommune.⁹⁷

⁸⁸ Engelsrud (2018) s. 23 og Hovedavtalen (stat) § 4 nr. 2 som definerer virksomhet.

⁸⁹ Engelsrud (2017) s. 45.

⁹⁰ Se Grunnloven § 3 og statsansatteloven § 6 første ledd.

⁹¹ Se Delegering av Kongens myndighet etter lov om statens ansatte mv.

⁹² Se statsansatteloven § 6 annet ledd.

⁹³ Engelsrud (2017) s. 129.

⁹⁴ Jfr. Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven) § 6.

⁹⁵ Borgerud mfl. (2007) s. 41.

⁹⁶ Jfr. kommuneloven § 24 første ledd.

⁹⁷ Se kommuneloven § 22 nr. 2.

4 Saklighetskravet

4.1 Innhold og rettsgrunnlag

Saklighetskravet er et grunnleggende krav om at alle styringsrettsbeslutninger er «saklige».⁹⁸ Saklighetskravet betegnes både som norm, regel og prinsipp, og er en viktig begrensning i arbeidsgivers styringsrett.⁹⁹ Kravet ble først etablert i Arbeidsretten, men er senere utviklet, avklart og bekreftet i Høyesterett. I Kårstø uttaler Høyesterett at det gjelder et saklighetskrav som «stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn».¹⁰⁰ Kravet om ikke å ta utenforliggende hensyn eller vilkårlige avgjørelser må anses som materielle skranker, mens forsvarlighetskravet er en prosessuell begrensning.¹⁰¹

I nyere tid er det blitt lovfestet en rekke regler som bekrefter og tydeliggjør saklighetskravet. Det finnes dog ikke en konkret lovhjemmel som oppstiller et generelt og allment saklighetskrav i arbeidsretten. Ettersom ansettelse i forvaltningen innebærer å handle på vegne av det offentlige medfører det at saklighetskravet, som gjelder ved alle offentlige beslutninger, er styrende for ansettelsesprosessen. Dette bekreftes i forarbeidene til arbeidsmiljøloven ved ansettelse i offentlig forvaltning.¹⁰² Også i Arbeidsretten er det en rekke ganger stilt krav om «saklig og samvittighetsfull vurdering» ved ansettelse.¹⁰³ Saklighetskravet har betydning på alle stadiene i ansettelsesprosessen, det vil si fra en stilling blir utlyst til en eller flere kandidater er ansatt.¹⁰⁴ Det samme utgangspunktet gjelder for forvaltningslovens regler. Disse reglene er relevant allerede i utlysingsfasen fordi det vanligvis ender i et enkeltvedtak. Generelt kan det sies at rettsutviklingen på området har ført til et vesentlig klarere og styrket rettsvern for arbeidssøkere. Jakhelln hevder at dette satt på spissen kan uttrykkes slik at «det ikke lenger bare er retten til å kunne forbli i arbeidet, men også retten til å komme seg i arbeid, som stillingsvernet omfatter. Og for den som liker terminologi kan dette formuleres

⁹⁸ Fougner (2019) s. 183.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Rt. 2001 s. 418 (side 427).

¹⁰¹ Fougner (2016) s. 268.

¹⁰² Ot.prp nr. 67 (1996-1997) pkt. 8.2.3.2.

¹⁰³ Se ARD-1960-63, ARD-1987-9 og ARD-1990-87.

¹⁰⁴ Engelsrud (2009) s. 152.

slik at stillingsvernet dermed faller i to hoveddeler – retten til å bli ansatt (ansettelsesvernet) og retten til å kunne forbli i arbeidet». ¹⁰⁵

4.2 Forsvarlighet

For at ansettelsene og ansettelsesprosessen i forvaltningen skal være i tråd med saklighetskravet, må det settes krav til både avgjørelsesgrunnlaget og saksbehandlingen i ansettelsessakene. ¹⁰⁶ Det ulovfestede saklighetskravet og forvaltningsloven stiller en del slike krav.

For det første innebærer saklighetskravet et krav om forsvarlig grunnlag ved ansettelse. Ansettelsesavgjørelsen må bygge på et riktig og tilstrekkelig faktisk grunnlag hvor selve ansettelsen må være begrunnet i saklige forhold knyttet til arbeidssøkeren og/eller forvaltningen. En forutsetning for at ansettelsen er forsvarlig og at den best kvalifiserte ansettes, er at «saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes». ¹⁰⁷ Egnede virkemidler er å innkalle søkerne til intervju og innhente referanser. ¹⁰⁸ Dette er særlig viktig ved vurderingen av personlig egnethet. ¹⁰⁹ Her setter dog saklighetskravet begrensninger i hvilke spørsmål som kan stilles. Spørsmålene må være knyttet til å belyse søkerens egnethet for stillingen. ¹¹⁰ Det er eksempelvis ikke tillatt å stille spørsmål om hvilken religion personen tilhører. ¹¹¹ Det er heller ikke relevant å be arbeidssøkeren fortelle hvilket fotballag hun heier på. Ingen av disse spørsmålene har betydning for hvor godt kandidaten kan utføre det aktuelle arbeidet. Ved ansettelse har også arbeidssøkeren selv et ansvar til å opplyse om relevant informasjon om seg, sin utdanning og arbeidserfaring. I noen situasjoner kan det også kreves at ansettelsesmyndigheten kontrollerer det arbeidssøkeren oppgir, særlig dersom noe er upresist eller vagt. At saken må være tilstrekkelig opplyst er en rekke ganger blitt poengtert av Sivilombudsmannen. I SOM-2016-980 var det ikke regnet som forsvarlig å beslutte at en av to søkere var best egnet kun basert på at ansettelsesmyndigheten kjente vedkommende godt,

¹⁰⁵ Jakhelln (2010) s. 186.

¹⁰⁶ Se Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.1.

¹⁰⁷ Jfr. forvaltningsloven § 17.

¹⁰⁸ Se SOM-2015-1355 og SOM-2008-71.

¹⁰⁹ Jfr. SOM-2016-980.

¹¹⁰ Engelsrud (2017) s. 99.

¹¹¹ Se likestillings- og diskrimineringsloven § 30

og uten å innhente referanser for den søkeren de ikke kjente. I SOM-2019-1176 var ikke ansettelsessaken «tilstrekkelig opplyst» og kommunen hadde ikke et «forsvarlig grunnlag for å treffe en avgjørelse i tråd med kvalifikasjonsprinsippet» når ingen av søkerne ble innkalt til intervju.

I tillegg må selve prosessen være forsvarlig. Det er en forutsetning for at ansettelsesvedtaket blir riktig.¹¹² Det betyr at det i utgangspunktet er like strenge krav til saksbehandlingen ved ansettelse som i andre typer saker forvaltningen behandler.¹¹³

Først og fremst må de involverte i ansettelsesprosessen være habile.¹¹⁴ At ansettelsesmyndigheten er upartisk, nøytral og objektiv er fundamentalt for en forsvarlig saksbehandling. Dette er særlig aktuelt ved interne søkere. Da er det viktig at søkeren selv ikke får delta i tilretteleggingsfasen ved for eksempel å formulere stillingskrav.¹¹⁵ Reglene gjelder også dersom en av de som foretar ansettelsen kjenner noen av søkerne. I SOM-2013-1263 ble det ikke akseptert at lederen av innstillingsutvalget, som også fattet ansettelsesavgjørelsen alene, hadde sosiale relasjoner med den som ble valgt blant annet gjennom en vinklubb og utenlandsreiser. I SOM-2012-1461 konkluderte organet at lederen av innstillingsmyndigheten, som blant annet akkurat avsluttet et seks år langt veilederforhold med den som ble ansatt, var inhabil.

Videre er det et krav om skriftlighet. Viktigheten av skriftlighet ble påpekt av Sivilombudsmannen ved lovfestelsen av kvalifikasjonsprinsippet i statsansatteloven.¹¹⁶ Departementet sluttet seg til Sivilombudsmannens uttalelser og bekreftet at kravet om forsvarlig saksbehandling gjelder og «det skal føres referat som inngår i det faktiske grunnlaget for kvalifikasjonsvurderingen».¹¹⁷ Forvaltningen må derfor skrive ned de relevante opplysningene under intervju og samtale med referanser siden det er en del av vurderingsgrunnlaget. Regelen om skriftlighet bidrar til å ivareta hensynet til etterprøvbarehet og kontroll.¹¹⁸ Eksempelvis kan flere søkere framstå som like godt kvalifisert ut fra søknad og

¹¹² Jfr. SOM-2017-2658.

¹¹³ Engelsrud (2018) s. 71.

¹¹⁴ Jfr. forvaltningsloven § 6.

¹¹⁵ Engelsrud (2017) s. 89.

¹¹⁶ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.3.1.

¹¹⁷ Ibid. pkt. 9.4.1.

¹¹⁸ Se også forvaltningsloven § 11 d annet ledd.

dokumenterte kvalifikasjoner, men uten nedtegnede opplysninger om hvorfor den ene ble valgt foran den andre, er det vanskelig å vurdere om den beste ble ansatt. Ifølge Sivilombudsmannen er manglende skriftlighet en gjentakende saksbehandlingsfeil ved ansettelse, som også kan gjøre det vanskelig å se bort fra at det har blitt lagt vekt på utenforliggende eller usaklige hensyn.¹¹⁹ I tillegg kan det gi grunnlag til å tvile på om saken er godt nok opplyst. Skriftlighet kan også gi større bevissthet rundt hvilke avgjørelser som blir tatt, og øke tilliten til ansettelsesprosessen i det offentlige. Sist, men ikke minst, er skriftlighet en forutsetning for partsinnsyn. Offentleglova¹²⁰ § 25 annet ledd gir offentligheten rett til søkerlisten, mens forvaltningsforskriften § 15 gir arbeidssøkeren rett til en utvidet søkerliste. Arbeidssøkeren er også gitt innsyn i opplysninger om seg selv, andre søkere, intervjuene og innstilling etter forvaltningsforskriften §§ 16-19. Men rettighetene kan også innskrenkes etter forvaltningsloven § 19, jfr. forvaltningsforskriften § 14 første ledd.

4.2.1 Forsvarlighet uten begrunnelse

De lege lata er det ikke begrunnelsesplikt for ansettelsesvedtak. I forlengelsen av kravet om forsvarlighet kan det diskuteres om det ikke burde være en slik plikt også i ansettelsesvedtakene, slik det er for enkeltvedtak.¹²¹ Etter min oppfatning ville en begrunnelsesplikt bedre ivaretatt viktige hensyn, for eksempel hensynet til etterprøvbarhet og kontroll. Når en forbigått søker ikke får mulighet til å vite hvorfor en annen søker ble foretrukket og hvordan kvalifikasjonene ble vektlagt i forhold til hverandre, svekker det hans kontrollmuligheter. De spesielle reglene om innsyn i ansettelsessakene gjør det til en viss grad mulig å avdekke eventuelle feil, men trolig ikke nok til å vurdere om ansettelsen er i tråd med saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet. Ett av argumentene for begrunnelsesplikt er nettopp at det kan «tjene til å overbevise parten om at avgjørelsen er riktig og rettferdig».¹²² Jeg mener dette argumentet står like sterkt ved ansettelsesvedtak, som for enkeltvedtak generelt. I tillegg kan manglende begrunnelse svekke tilliten til forvaltningen og skape mistanke om styringsretten er misbrukt.

¹¹⁹ Se SOM-2015-938. Se også SOM-2007-18, SOM-2008-96 og SOM-2015-2316.

¹²⁰ Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd.

¹²¹ Jfr. forvaltningsloven § 24 og § 25.

¹²² Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) merknader til § 24.

Et annet poeng er at hensikten bak begrunnelsesplikten er «større grundighet og nøyaktighet». ¹²³ Et krav om begrunnelse kan trolig i seg selv være med på å forebygge at forvaltningen tar utenforliggende hensyn eller vilkårlige avgjørelser. Det kan også anføres at en begrunnelse ville gitt søkerne større rettssikkerhet rundt ansettelsesprosessen og vedtaket. I forbindelse med ansettelse mente dog tjenestemannslovutvalget at det er «lite heldig at en søker skal kunne kreve begrunnet hvorfor en annen er foretrukket i stillingen». ¹²⁴ Dette fikk tilslutning i alle høringsinstansene utenom Landbruksdepartementet som stilte seg kritisk til unntaket. Landbruksdepartementet anførte blant annet at ansettelse av offentlig tjenestemenn er av «særlig viktighet, og de motiver som ligger til grunn for forvaltningslovens regler om grunngiing av enkeltvedtak har ikke mindre vekt i ansettelsessaker enn i forvaltningssaker for øvrig». ¹²⁵ De påpekte videre at «[n]ettopp ansettelsessaker kan vel etter sin art kanskje innebære større risiko enn normalt for at personlige hensyn og subjektive vurdering o.l. kan gjøre seg gjeldende.» At det faktisk skjer i praksis, bekreftes av antallet klager Sivilombudsmannen mottar årlig.

På den andre siden kan det være ressurskrevende og vanskelig for forvaltningen å begrunne ansettelsene, særlig når vurderingen blir veldig skjønnsmessig. Samtidig kan også andre forvaltningsavgjørelser, som krever begrunnelse, være like skjønnsmessige. Det må derfor stilles spørsmål ved om dette i seg selv og at det er «lite heldig» å gi begrunnelse, kan være nok til å avskjære en begrunnelsesplikt i sin helhet. ¹²⁶ Jeg mener dette er forholdsvis svake begrunnelser, i hvert fall sett i forhold til de vektige argumentene som taler for en slik plikt. Bare det at en begrunnelsesplikt, i likhet med kravet om skriftlighet, gir større bevissthet rundt vurderingsmomentene og vektleggingen av disse, burde etter min oppfatning tale sterkt for plikten når det er så viktige avgjørelser.

4.3 Vilkårighet

Ifølge saklighetskravet kan heller ikke ansettelsesavgjørelsen være basert på tilfeldigheter. Forbudet mot vilkårlighet hindrer valg basert på for eksempel loddtrekning eller magefølelse.

¹²³ Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) merknader til § 24.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 27 (1968-1969) kapittel II pkt. B. 3.

¹²⁵ Ibid.

¹²⁶ Ibid. Se særlig Landbruksdepartementets argumentasjon.

I ARD-2008-27 la Arbeidsretten til grunn at saksbehandlingen ved ansettelse av ny kjøkkensjef ved et kommunalt omsorgssenter i for stor grad var preget av mangler og vilkårlighet, og derfor ikke oppfylte kravet om en saklig og samvittighetsfull vurdering. Her var det for dårlig samsvar mellom utlysningstekst og vektlegging av lederegenskaper, slik at det burde vært gjennomført intervju og innhentet referanser i større grad enn det var blitt gjort. For å hindre vilkårlighet må arbeidssøkerne vurderes opp mot hverandre etter fastsatte kriterier i tråd med kvalifikasjonsprinsippet sammenholdt med utlysningsteksten og den aktuelle stillingen. Dette kommer jeg tilbake til i kapittel 5.

4.4 Utenforliggende hensyn

Sist, men ikke minst, innebærer saklighetskravet et forbud mot å basere ansettelsen på utenforliggende hensyn. Det vil si at de faktorene som vurderes må være relevante. Hva som er relevant må vurderes konkret. De opplyste krav og ønsker i utlysningen sammenholdt med eventuelle lov- og avtalefestede krav, angir rammene for hva som er saklig å ta hensyn til under kvalifikasjonsvurderingen ved ansettelse i offentlig forvaltning.¹²⁷ Det er med andre ord søkerens faglige og personlige kvalifikasjoner sett i sammenheng med den aktuelle stillingen som skal vurderes.

Uansett stilling er det helt klart at lovregulerte diskrimineringsgrunnlag er forhold som er utenforliggende å bygge på ved ansettelse.¹²⁸ Det gjelder derfor også begrensninger ved innhenting av slike opplysninger ved ansettelse.¹²⁹ Også diskriminering som er utilsiktet eller ubevisst rammes, uavhengig av skyld hos arbeidsgiver.¹³⁰ Selv om lovens ordlyd kun omfatter handlinger, omfattes også unnlater.¹³¹ Det må også nevnes at det generelt er snevrere adgang til usaklig forskjellsbehandling i form av direkte diskriminering enn ved indirekte diskriminering i arbeidsretten.¹³² Direkte diskriminering innebærer at noen blir behandlet dårligere enn andre i tilsvarende situasjon på grunn av et diskrimineringsgrunnlag.¹³³ Et

¹²⁷ Se SOM-2017-2658.

¹²⁸ Jfr. arbeidsmiljøloven kapittel 13 og likestilling- og diskrimineringsloven kapittel 5.

¹²⁹ Jfr. arbeidsmiljøloven § 13-4 og likestillings- og diskrimineringsloven § 30.

¹³⁰ Jfr. Rt. 2012 s. 424 og Rt. 2014 s. 402.

¹³¹ Prop. 81 L (2016-2017) pkt. 30 om § 7.

¹³² Semner (2018) s. 199.

¹³³ Se definisjon i likestillings- og diskrimineringsloven § 7.

eksempel er å unnlate å innkalle en arbeidssøker til intervju fordi hun er gravid. Indirekte diskriminering må forstås slik at det ikke er noe å utsette på vilkåret, handlingen/unnlattelsen eller praksis som sådan, eksempelvis et krav om uniform i stillingen. Likevel kan det ha en uforholdsmessig negativ virkning på enkelte grupper som er vernet av et diskrimineringsforbud, for eksempel muslimske kvinner som bruker hijab som en del av sin religionsutøvelse.¹³⁴

Også andre grunnlag som ikke er diskriminerende, kan være utenforliggende hensyn ved ansettelse. Dette dreier seg som regel om forhold som er uten betydning for utførelsen av arbeidsoppgaven og arbeidsgivers «nytte» av arbeidstakeren, eller er rettsstridig av andre grunner. For eksempel vil alltid utseendemessige hensyn, sjikanerende hensyn og hvilket ishockeylag søkeren heier på, være utenforliggende. Det er med andre ord mer eller mindre tilfeldige grunner, som ofte vil bli ansett for urettmessig i en slik vurdering.

Sivilombudsmannen har en rekke ganger konkludert at forvaltningen har vektlagt irrelevante hensyn. Lokal tilhørighet er et eksempel.¹³⁵ Et annet er kontinuitetshensyn.¹³⁶ I SOM-2010-2532 ble en kandidat ikke ansatt som rektor fordi hun hadde «hatt befatning med» en alvorlig overgrepssak ved skolen og unnlatt å informere om dette under intervjuet. Dette ble ikke ansett for å være et relevant hensyn ved ansettelsen. I SOM-2004-3073 ble den eneste søkeren som oppfylte de relevante faglige og pedagogiske kravene ikke ansatt i stilling som lærer i baker- og konditorfag. Her anførte skolen at ansettelse av kandidaten ville ha medført at leieavtalen med bakeriet ville ha blitt sagt opp, og at skolen da ikke ville ha et undervisningstilbud eller undervisningsstilling å tilby. Et krav fra bakeri-eieren om at læreren måtte være kjent i lokalene er ikke et lovlig moment etter kvalifikasjonsprinsippet, og ble derfor ansett for å være et utenforliggende hensyn. Eksemplene illustrerer at hva som er utenforliggende kan variere. I hvilken grad andre hensyn enn kvalifikasjonsprinsippet kan være legitime behandles nærmere i kapittel 5.4.

¹³⁴ Se definisjon i likestillings- og diskrimineringsloven § 8.

¹³⁵ Se SOM-2014-2434.

¹³⁶ Se SOM-2014-514.

5 Kvalifikasjonsprinsippet

5.1 Innhold og rettsgrunnlag

Kvalifikasjonsprinsippet innebærer en klar hovedregel om at ansettelser i offentlig forvaltning skal foretas ut fra hvem som er best kvalifisert til stillingen. I Rt. 2014 s. 402 uttaler førstvoterende at prinsippet først og fremst skal «sikre at ansettelsen skjer på grunnlag av saklige kriterier, og at det ikke blir tatt utenforliggende eller vilkårlige hensyn [...] Det er også et formål at stillinger i det offentlige til enhver tid blir besatt med best mulig kvalifiserte personer».¹³⁷ Sivilombudsmannen slår fast at det må foretas en helhetsvurdering med utgangspunkt i kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten, eventuelle lov- og avtalefestede krav, og at sentrale momenter er utdanning, praksis og personlig egnethet.¹³⁸

Kvalifikasjonsprinsippet medfører at det må gjøres en sammenlignende vurdering av søkerne, for å finne *den best* kvalifiserte.¹³⁹ Det vil si at arbeidsgiveren ikke bare kan ansette en kandidat fordi vedkommende er godt nok kvalifisert. Forvaltningen kan heller ikke forbigå en søker fordi søkeren anses for å være overkvalifisert.¹⁴⁰ Forarbeidene understreker at plikten «til å ansette den best kvalifiserte søkeren er nødvendig for å sikre at hensynet til likebehandling og saklighet blir avgjørende for rekrutteringen».¹⁴¹

Kvalifikasjonsprinsippet har for kommune, fylkeskommune og staten lenge vært en ulovfestet forvaltningsrettslig regel. Prinsippet har rang som formell lov, hvilket innebærer at unntak krever lovhjemmel.¹⁴² At regelen har eksistert har vært anerkjent i rettspraksis, forvaltningspraksis, sivilombudsmannspraksis, forarbeider og juridisk litteratur.¹⁴³ Allerede i forarbeidene til den første tjenestemannsloven ble følgende uttalt: «Hvad utkastet vil sikre, er at ikke enkeltmands godtykke, men fleres saklige drøftelse av aspiranternes kvalifikationer blir grundlaget for enhver ansættelse i offentlig tjeneste.»¹⁴⁴ I kommuneforvaltningen har kvalifikasjonsprinsippet tariffmessig forankring i Hovedtariffavtalen KS kapittel 1 § 2 punkt

¹³⁷ Avsnitt 54.

¹³⁸ Se SOM-2014-2472.

¹³⁹ Se SOM-2011-605, SOM-1999-43 og SOM-1998-39.

¹⁴⁰ Se SOM-1977-6.

¹⁴¹ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.1.

¹⁴² Se Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) pkt. 7.1.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Ot.prp. nr. 38 (1915) s. 33.

2.2 første ledd. Ved ansettelse i grunnskole og videregående opplæring er dette lovfestet i opplæringslova § 10-5. For staten ble prinsippet lovfestet i 2017 i statsansatteloven § 3. Lovfestelsen av kvalifikasjonsprinsippet for statsforvaltningen innebærer ikke endringer i rettstilstanden.¹⁴⁵

5.2 Utlysningsplikt og innholdet i utlysningen

I offentlig forvaltning er utgangspunktet at alle ledige stillinger skal lyses ut offentlig. Det oppfattes som et grunnleggende prinsipp.¹⁴⁶ I staten følger utlysningsplikten av statsansatteloven § 4 første ledd.¹⁴⁷ I kommune- og fylkeskommune derimot er ikke dette et formelt krav, men fordi kvalifikasjonsprinsippet slår fast at det er den best kvalifiserte søkeren som skal få tilbud om stillingen, er den alminnelige oppfatning at også ledige stillinger i kommuneforvaltning bør utlyses offentlig.¹⁴⁸ Sivilombudsmannen har også en rekke ganger påpekt at kommuneforvaltningen må utlyse ledige stillinger.¹⁴⁹ Offentlig utlysning sikrer åpen og reell konkurranse, bredere rekruttering og likebehandlingshensynet ved at alle har samme mulighet til å søke.¹⁵⁰ Også det faktum at alle stillinger samles på et sted er med på å sikre disse hensynene.¹⁵¹ Hensynet til samfunnet og tillit til forvaltningen tilsier også offentlig utlysning. Som Engelsrud påpeker: «Ansettelse uten offentlig kunngjøring kan lett føre til mistanker om «kameraderi» og urettferdig forskjellsbehandling.»¹⁵²

Det gjelder ingen alminnelige regler om hva en utlysning må inneholde. Derimot er det gitt en rekke regler om hva som *ikke* kan stå i utlysningsteksten. Forbud mot diskriminering (se kapittel 4.4) gjelder også ved utlysning av stilling.¹⁵³ I tillegg er det gitt regler som begrenser innhenting av helseopplysninger og informasjon om politiske spørsmål eller medlemskap i arbeidstakerorganisasjoner, som også gjelder ved utlysningen.¹⁵⁴ Teksten i

¹⁴⁵ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.2.2.1.

¹⁴⁶ Fanebust (2018) s. 68.

¹⁴⁷ Unntak fra reglene er fastsatt i § 7.

¹⁴⁸ Utlysningsplikt kan følge av spesialregler, eksempelvis opplæringslova § 10-4.

¹⁴⁹ Se SOM-2018-4077, som også har henvisning til tidligere uttalelser.

¹⁵⁰ Se Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.1., Statens personalhåndbok 2019 kapittel 2.1.1.1., Fanebust (2018) s. 68 og Engelsrud (2017) s. 82.

¹⁵¹ Se også lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsloven) § 7.

¹⁵² Engelsrud (2017) s. 82.

¹⁵³ Jfr. arbeidsmiljøloven § 13-2 (1) bokstav a og likestillings- og diskrimineringsloven § 29 bokstav a.

¹⁵⁴ Jfr. arbeidsmiljøloven § 9-3 og § 13-4 og likestillings- og diskrimineringsloven § 30.

stillingsutlysningen må derfor være nøytral slik at potensielle, kvalifiserte arbeidssøkere ikke utelukkes fra å søke.¹⁵⁵ Disse kriteriene er med på å bidra til at ansettelsesprosessen forholder seg saklig. Som vi skal se er også selve utlysningen viktig i forhold til kvalifikasjonsvurderingen.

5.3 Kvalifikasjonskravene i utlysningen

Det å være best kvalifisert er ikke en absolutt størrelse. Både utlysningsteksten og stillingen fungerer som en slags målestokk for den etterfølgende kvalifikasjonsvurderingen.

Arbeidsgiveren må derfor skrive i utlysningen hvilken utdanning, erfaring og eventuelle personlige egenskaper som er ønskelig eller påkrevd for å være kvalifisert.¹⁵⁶ Poenget er å gjøre de vilkårene som er bestemmende for ansettelsen kjent, slik at potensielle søkere kan bedømme om stillingen passer deres kvalifikasjoner.¹⁵⁷ Deretter må kvalifikasjonsprinsippet sammenholdes med kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten.¹⁵⁸ Utllysningsteksten er bindende for ansettelsesmyndighetens vurdering og avgjørelse.¹⁵⁹ Det må forstås slik at de opplistede kriteriene ikke kan tilsesettes. I SOM-2019-642 påpekte Sivilombudsmannen at et helseforetak hadde handlet i strid med oppgitte krav i utlysningsteksten når de ansatte en person som ikke oppfylte krav om fagbrev som renholdsoperatør.¹⁶⁰ Sivilombudsmannen godtok heller ikke en likestilling av realkompetanse med formalkompetanse når utlysningsteksten krevde høyskole eller universitetsutdanning i SOM-2010-2955.

Hvor strengt opplysningene i utlysningen skal bedømmes, avhenger likevel av hvor konkret og bastant utlysningen er skrevet.¹⁶¹ I LB-1996-62 (Borgarting) kom flertallet til at et ønske om erfaring med autister i utlysningsteksten ikke måtte forstås slik at «erfaring med autister var et ubetinget krav for tilsetting eller at søkere med erfaring uansett måtte anses bedre kvalifisert enn søkere uten erfaring.». Dette kan tolkes dithen at det vil være mer akseptabelt å fravike kvalifikasjoner i utlysningsteksten når det er snakk om ønskede kvalifikasjoner kontra

¹⁵⁵ Semner (2018) s. 200.

¹⁵⁶ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.1.

¹⁵⁷ Jfr. SOM-2019-883.

¹⁵⁸ Jfr. statsansatteloven § 3 annet ledd.

¹⁵⁹ Prop. 94 L (2016-2017) pkt. 9.4.3.2.

¹⁶⁰ Se også SOM-2019-883 og SOM-2018-3747.

¹⁶¹ Engelsrud (2018) s. 43.

påkrevde kvalifikasjoner. Sivilombudsmannen synes til å bekrefte dette i SOM-2019-642. Her uttales det at dersom fagbrevet bare var et ønskelig krav, burde dette vært tydeligere i utlysningsteksten. Her framsto det derimot som et absolutt krav og dermed var ansettelsen i strid med kravene i utlysningen.

Praksis viser også at det i noen tilfeller aksepteres at utlysningsteksten suppleres med andre kvalifikasjoner enn de som er nevnt. I TINFI-2009-200057 (Indre Finnmark) kom tingretten til at det var tillatt å vektlegge samiske språkkunnskaper, så fremt det var saklig, selv om det ikke var eksplisitt nevnt i utlysningsteksten. I SOM-2012-2972, som gjaldt ansettelse til flere sykepleierstillinger, uttalte Sivilombudsmannen at utlysningsteksten «langt på vei» binder ansettelsesmyndigheten, men at ansettelsesmyndigheten «har adgang til å vektlegge annen kompetanse hos søkerne enn de kvalifikasjonene som er uttrykkelig nevnt i utlysningsteksten, dersom det ikke dreier seg om vilkår som har ekskludert søkere uten at det er oppgitt som kvalifikasjonskrav utad». Her var det blitt lagt avgjørende vekt på at den ansatte hadde kompetanse i kognitiv terapi, noe kommunen vurderte som en relevant og viktig kompetanse. Det hadde ikke blitt tatt med i utlysningen fordi de ikke hadde sett det som sannsynlig at de ville få en søker med slik kompetanse.

Selv om utgangspunktet er at utlysningsteksten er bindende, finnes det eksempler på uttalelser som taler i retning av at fravikelse unntaksvis kan være tillatt. Sivilombudsmannen uttaler for eksempel følgende i Årsmeldinger 1999: «Kvalifikasjonskrav i stillingskunngjøring vil antakelig ikke rettslig avskjære tilsettingsmyndigheten fra å ansette en søker som ikke fyller de fastsatte krav.» Dette følges dog opp med at hensyn til god forvaltningsskikk, likhetsprinsippet, forsvarlig saksbehandling og tillit til ansettelsesprosessen, fordi det kan gi mistanke om usaklighet eller vilkårlighet, taler mot at det blir gjort.¹⁶² I LH-2014-27941 (Hålogaland) tolker lagmannsretten Sivilombudsmannen uttalelse slik «at det under gitte omstendigheter er anledning til å fravike kvalifikasjonskravene. Men det skal svært tungtveiende grunner til for å foreta en slik fravikelse, og at det uansett vil være et brudd på god forvaltningsskikk ettersom stillingen(e) i henhold til slik skikk bør utlyses på nytt». Dersom arbeidsgiveren ønsker å vektlegge andre kvalifikasjoner enn de som er opplyst, taler hensynene som ligger til grunn for regelen om utlysning at stillingen må utlyses på ny.¹⁶³

¹⁶² Side 166.

¹⁶³ Engelsrud (2017) s. 86.

Dette har sammenheng med at den best kvalifiserte er den som skal ansettes, og når kriteriene har endret seg kan det komme nye søkere på banen. I tillegg er det egnet til å svekke tilliten til det offentlige dersom forvaltningen ser bort fra kvalifikasjoner som de selv har skrevet i en utlysning. Også i de tilfellene hvor det finnes kvalifiserte søkere, men forvaltningen basert på saklig grunn ikke vil ansette den eller de kvalifiserte, bør stillingen lyses på nytt.¹⁶⁴

5.4 Kvalifikasjonskravene

De sentrale momentene i kvalifikasjonsprinsippet er utdanning, praksis og personlig egnethet. De to første vurderingsmomentene er objektive og målbare kriterier, som enkelt kan defineres og dokumenteres med vitnemål og attester. Personlig egnethet er mer subjektivt, vagt og lar seg ikke lett definere, dokumentere eller underbygge. Det er derfor svært viktig at vurderingen gjøres på likt og tilnærmet sammenlignbart grunnlag.¹⁶⁵

Ifølge forarbeidene er utdanning «eksamener eller annen formell utdanning fra ulike typer skoler, høyskoler, universiteter og andre læresteder».¹⁶⁶ Det er følgelig den utdannelsen som er relevant for stillingen som kan vektlegges i vurderingen.¹⁶⁷ Noen stillinger vil ha absolutte krav om utdanning. Opplæringslova § 10-1 stiller eksempelvis krav om faglig og pedagogisk utdanning.¹⁶⁸ Søkere uten denne utdannelsen vil ikke være kvalifisert, og arbeidsgiveren kan ikke «etter eget skjønn fravike disse minimumskravene».¹⁶⁹ Dersom det søkes etter personer med «høyere utdanning» er utgangspunktet at universitetsutdanning og høyskoleutdanning vektles likt.¹⁷⁰ Ved ansettelse i skole må man imidlertid skille etter hvilket nivå i skolen vedkommende skal undervise, i videregående skole er det mer naturlig å velge en søker med mastergrad framfor en allmennlærer eller en med bachelorgrad.¹⁷¹ Begrepet «erfaring» refererer til arbeidserfaring og annen relevant erfaring. I høringsuttalelsene i forarbeidene ble det pekt på at også erfaring fra frivillig arbeid, politikk, styrer, organisasjoner og internasjonal

¹⁶⁴ Jfr. LB-2014-194294 (Borgarting)

¹⁶⁵ Sivilombudsmannen årsmelding 2016 s. 21.

¹⁶⁶ Ot.prp. 67 (2004-2005) pkt. 7.1.

¹⁶⁷ Benson (2014) s. 45.

¹⁶⁸ Se også forskrift til opplæringslova kapittel 14.

¹⁶⁹ Jfr. HR-2016-2229-A (avsnitt 35).

¹⁷⁰ Bjørnaraa, Gaard og Selmer (2000) s. 206.

¹⁷¹ Eriksen (2009) s. 189.

erfaring kan være relevant ved ansettelse i noen stillinger.¹⁷² Ved ansettelse i skole vektlegges «praksis».¹⁷³ Her er tanken at man gjennom utøvelse av læreryrket blir stadig bedre kvalifisert, med en bratt læringskurve i starten som etter hvert flater ut.¹⁷⁴ Sivilombudsmannen har likevel påpekt, ved ansettelse av en lærer i russisk, at lang undervisningserfaring ikke kan vektes høyere enn en langt bedre utdanning.¹⁷⁵ Hvis det er satt krav om minsteutdanning eller praksis, er utgangspunktet at dette må være oppfylt for å være kvalifisert til stillingen.¹⁷⁶

Ved vurderingen av søkerens personlige egnethet får ansettelsesmyndigheten anledning til å vektlegge også andre egenskaper enn de tekniske ferdighetene som framgår av de to forutgående momentene. Personlig egnethet innebærer en vurdering av søkerens personlige egenskaper, eksempelvis samarbeidsevne, lojalitet, stabilitet, fleksibilitet, presisjon, formidlingsevne, kreativitet og lignende. En forutsetning for å regne med en søkers personlige egenskaper i kvalifikasjonsvurderingen er at forholdene er utredet og kan dokumenteres.¹⁷⁷ Hvilke egenskaper som kreves og vektleggingen av disse, vil som regel avhenge av stillingen. Det vil for eksempel kreves noen egenskaper for å være en god leder og andre egenskaper for å være en vaktmester. At søkerens personlige egnethet må vurderes mot den aktuelle stillingen er understreket i rettspraksis. I LH-2000-560 (Hålogaland) uttalte retten at det avgjørende i vurderingen av personlig egnethet «vil bero på en totalvurdering av stillingens art, de krav stillingen stiller og vedkommendes faglige og personlige forutsetninger for å fylle stillingen».

5.4.1 Personlig egnethet som kvalifikasjon eller diskvalifikasjon

Det er klart at en persons egnethet er et viktig og vesentlig vurderingsmoment under kvalifikasjonsprinsippet. Dette bekreftes både ved lovfestelsen av prinsippet, i rettspraksis, juridisk litteratur og Sivilombudsmannen. Spørsmålet er om kriteriet kan bli tillagt avgjørende vekt, enten til gunst eller ugunst for en søker.

¹⁷² Prop. 94 L. (2016-2017) pkt. 9.3.2 og 9.4.1.

¹⁷³ Jfr. opplæringslova § 10-5.

¹⁷⁴ Eriksen (2009) s. 190-191.

¹⁷⁵ Se SOM-1994-16.

¹⁷⁶ Se SOM-2013-1536.

¹⁷⁷ Fanebust (2018) s. 107-108.

At en søkers personlige egnethet skal tillegges stor vekt i kvalifikasjonsvurderingen må, ifølge forarbeidene, framgå av utlysningen.¹⁷⁸ Videre understreker Sivilombudsmannen at det må stilles krav om et tilstrekkelig grunnlag for å vurdere alle søkeres personlige egnethet på en akseptabel måte.¹⁷⁹ Den samme forutsetningen følger også av Arbeidsretten, som i ARD-1987-6 kom til at det ikke var «tilstrekkelig holdbart grunnlag» for de oppfatningene som lå til grunn for å vurdere en person som uegnet til en stilling. Dersom tilstrekkelig kunnskap ikke foreligger, må ansettelsesorganet skaffe dette gjennom intervju og referanser.

Det første spørsmålet er om personlig egnethet kan bli avgjørende til gunst for en søker. Dette besvares bekreftende i Rt. 2014 s. 402, hvor det ble akseptert at det ble lagt betydelig vekt på personlig egnethet ved ansettelse av sjef for Forsvarets skolesenter. Ved vurderingen mellom flere kvalifiserte søkere, ble det blant annet lagt stor vekt på at den ene søkeren hadde fått «svært god anbefaling» av den avtroppende sjefen som kjente både henne og stillingen godt. Utenom denne avgjørelsen finnes det dog lite praksis som belyser spørsmålet helt konkret. I de aller fleste tilfellene, når det står mellom flere søkere, viser arbeidsgiveren til de diskvalifiserende grunnene framfor å belyse hvorfor den ene kandidaten er *bedre egnet* enn den andre. Avgjørelsen i Rt. 1988 s. 20 er illustrerende. Denne dommen kan likevel også tale i retning av aksept for å tillegge avgjørende vekt på personlig egnethet til gunst, ettersom dette var det vesentlige for ansettelsen ifølge ansettelsesmyndigheten. Saken gjaldt ansettelse av fritidsleder i en kommune. Stillingen hadde to søkere, som verken hadde ønsket utdannelse eller erfaring. Disse kvalifikasjonene talte dermed ikke sterkt for verken den ene eller den andre søkeren, og vurderingen ble basert på deres egnethet til å utføre oppgavene som tillå stillingen. Her ble det lagt avgjørende vekt på at den som ble ansatt, som var ung, «ville ha lettest for å komme i kontakt med den ungdom fritidslederen skulle arbeide blant», og hadde tidligere vært assistent i en fritidsklubb for ungdom. Men samtidig som ansettelsesmyndigheten pekte på denne søkerens positive sider, ble også negative sider ved den forbigåtte søkeren antydnet. Et mindretall av ansettelsesmyndigheten viste til at hun skulle være dårlig likt av fritidsklubb-ungdommen, hadde vist liten interesse for å arbeide med ungdom og at det skulle ha vært samarbeidsproblemer med henne ved en skole hun hadde vært vikar. Det understrekes likevel at det ikke var disse negative sidene som var avgjørende.

¹⁷⁸ Prop 94 L. (2016-2017) pkt. 9.4.1.

¹⁷⁹ Se SOM-2009-36 og SOM-2012-1435.

Personlig egnethet kan også bli avgjørende til ugunst for søkeren. I NAD-1987-1075 (Eidsivating) ble det akseptert at ansettelsesmyndigheten hadde lagt avgjørende vekt på vitneutsagn fra tidligere rektor som hadde mottatt flere skriftlige klager fra elever og foreldre med hensyn til en søkers dårlige undervisningsevne. Retten uttalte at «søkerens personlige skikkethet for stillingen [må] kunne tillegges betydning uten at dette representerer noen fravikelse av kvalifikasjonsprinsippet. Dette gjelder etter rettens oppfatning ikke bare når det er konkurranse mellom søkere som står tilnærmet likt mht. utdanning og praksis, men også ellers». Også i LH-2000-560 (Hålogaland) godtok lagmannsretten at søkerens personlige egnethet ble tillagt avgjørende vekt som diskvalifiserende for stillingen. Her hadde søkeren hatt (lovlig) fravær i 54 av 87 arbeidsdager i et tidligere vikariat. Lagmannsretten mente det var et sentralt moment i arbeidsgivers vurdering av kvalifikasjonsprinsippet om en søker «rent faktisk er istand til å utføre det arbeid som er tillagt stillingen». Høyesterett er også inne på dette i Rt. 2001 s. 428, selv om saken løses på annet grunnlag. Her ble det blant annet uttalt at de straffedommene som var registrert på søkeren var klart relevante for ansettelsesmyndigheten fordi man som leder av namsavdelingen krever særlig tillit.

Det kan reises spørsmål om det er av betydning hvilken type stilling det er snakk om. Det synes i hvert fall å være en forholdsvis stor adgang til å legge avgjørende vekt på egnethet når det er snakk om lederstillinger. I Rt. 2014 s. 402 uttalte førstvoterende at «det i topplederstillinger som dette ved valget mellom flere kvalifiserte kandidater må være vid adgang til å legge vekt på personlig egnethet». Også i Rt. 2001 s. 428 (ovenfor) bekreftes betydningen av personlig egnethet i lederstilling. Likevel finnes det også eksempler på personlig egnethet kan tillegges stor vekt ved andre typer stillinger, for eksempel ved ansettelse av lærere. I HR-2016-2229-A ble det likevel understreket at det ikke må «settes for strenge krav til personlig egnethet ved vurderingen».

Personlig egnethet-kriteriet må også vurderes opp mot de rent formelle kvalifikasjonene. I Rt. 2014 s. 402 uttalte førstvoterende: «Det avgjørende er hvilke kvalifikasjoner arbeidsgiveren mener den som ansettes bør ha, og hvordan han totalt sett bedømmer søkerens kvalifikasjoner.» Det var derfor ikke gitt at den med best formelle kvalifikasjoner skulle bli ansatt, personlig egnethet teller også med. Sivilombudsmannen mener i denne forbindelse 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» og påpeker

at det er en gjentakende feil at dette kriteriet blir tillagt for stor vekt ved avgjørelsen av hvilken kandidat som anses best kvalifisert.¹⁸⁰

Rettspraksisen må likevel forstås slik at ikke enhver kvalifikasjon eller diskvalifikasjon kan være avgjørende. Vurderingen må eksempelvis forholde seg til saklighetskravet. Dette bekreftes i HR-2016-2229-A, hvor spørsmålet var om kommunen kunne se bort fra en formelt kvalifisert søker fordi de mente hun var uegnet som lærer. Flertallet kom til at det var adgang å vektlegge personlig egnethet, i tillegg til de formelle kompetansekravene. De påpekte likevel at «[v]urderingen må være saklig, bygge på korrekt faktum og ikke være preget av utenforliggende hensyn. At søkeren etter en alminnelig kvalifikasjonsvurdering framstår som dårligere egnet enn en annen, vil åpenbart ikke være tilstrekkelig.» Et tilsvarende eksempel finner vi i RG 1983 s. 1078 (Setesdal). Her ble ikke den best kvalifiserte i forhold til utdanning og praksis ansatt som leder av en kommunal musikk-skole. Her mente retten at det var blitt lagt usaklig vekt på løse antakelser om at søkeren hadde manglende samarbeidsvilje og derfor ikke var personlig egnet til stillingen. I LE-2006-189239 (Eidsivating) påpeker retten at en slik skjønsmessig vurdering, bevisst eller ubevisst, kan føre til at det blir ansatt en annen enn den som reelt sett er best kvalifisert til stillingen. For å unngå dette understreker retten at det må foretas «holdbare vurderinger av saklige hensyn» og at saksbehandlingen må være forsvarlig.

Det må videre konstateres at selv om utlysningen opplyser at personlig egnethet vil bli tillagt stor vekt og all mulig kunnskap er innhentet, kan kriteriet som avgjørende moment i kvalifikasjonsprinsippet gi en viss risiko for at vurderingen blir usaklig og at kvalifikasjonsprinsippet svekkes. Etter mitt syn gjelder dette særlig i de tilfeller hvor de formelle kravene tillegges liten vekt. I litteraturen finner vi tilsvarende synspunkter. Berg og Hwang mener at kriteriet kan misbrukes fordi det åpner opp for omgåelse av kvalifikasjonsprinsippet ved at de reelle motivene skjules bak det vage kriteriet og dermed gir arbeidsgiver et betydelig spillerom for vektlegging av usaklige preferanser.¹⁸¹ Engelsrud angir tilsvarende og påpeker at det er vanskelig å kontrollere.¹⁸² På den andre siden vil det etter min mening være uheldig ikke å vektlegge personlige egenskaper. En søker kan se ut til å være

¹⁸⁰ SOM Årsmelding 2016 s. 23.

¹⁸¹ Berg og Hwang (2016) s. 76-77

¹⁸² Engelsrud (2017) s. 62.

best kvalifisert formelt sett, men så viser det seg at vedkommende er distré, uryddig og lite punktlig, noe som for eksempel kan gjøre vedkommende uegnet i stilling som saksbehandler. Å utelukke dette kriteriet kan derfor også lede til at mindre kvalifiserte personer ansettes. Flere søkere kan være kvalifisert på papiret, men personlighet og personlige egenskaper vil også ha stor betydning for hvordan de kan utføre arbeidet. For å rettfærdiggjøre vektleggingen av momentet kan også skriftlighetskravet trekkes inn. Når forvaltningen faktisk dokumenterer vurderingene og vektleggingen av momentene, vil det være enklere å etterprøve, og trolig også mer betryggende og tillitsskapende. Etter mitt syn ville en begrunnelsesplikt ha forsterket ivaretagelsen av disse hensynene ytterligere, og dermed gjort personlig egnethetsvurderingen tryggere.

5.5 Andre hensyn enn kvalifikasjonskravene?

I noen tilfeller kan arbeidsgiveren ha lyst til å vektlegge også andre hensyn enn søkerens utdanning, praksis og personlige egnethet. Her er temaet hvor fritt ansettelsesmyndigheten står til å vurdere andre momenter enn de som framgår av kvalifikasjonsprinsippet. Dette kan skilles i et spørsmål om *når* det kan være aktuelt og *hvilke* hensyn som eventuelt kan tas.

5.5.1 Når kan andre hensyn få betydning?

Kvalifikasjonsvurderingen forutsetter en sammenlignende vurdering av søkerne.¹⁸³ En sammenlignende vurdering som aktualiserer det interessante spørsmålet her kan gi to ulike resultater. Det ene resultatet er at A er bedre kvalifisert enn B, og det andre resultatet er at A og B er tilnærmet likt kvalifisert. Kan da andre hensyn få avgjørende vekt slik at B blir ansatt i det første eksempelet? Og hvordan skille mellom A og B i det andre eksempelet?

I den første situasjonen tilsier kvalifikasjonsprinsippet at A skal ansettes. Det finnes begrenset med rettspraksis og annen praksis som behandler spørsmålet. Sivilombudsmannen hadde dog et liknende tilfelle i SOM-1973-11. Her var den best kvalifiserte forbigått ved ansettelsen fordi det ble vektlagt at en annen søker hadde et personlig behov for å få stillingen fordi hans

¹⁸³ LE-2006-189239 (Eidsivating), LG-2011-186172 (Gulating), SOM-2005-25 og SOM-2012-1435. Se også Ot.prp. nr. 67 (2004-2005) pkt. 7.1 og Fanebust (2018) s. 109.

far var blitt syk og trengte støtte. Sivilombudsmannen foretok ikke ytterligere undersøkelser, men uttalte: «Sterke grunner taler også for at om hensyn skal kunne tas til momenter som ikke har tilknytning til selve tjenesteforholdet, bør adgangen til dette være hjemlet og avgrenset i ansettelsesreglement eller andre generelle regler. Under ingen omstendigheter bør vel kunne legges vekt på velferdsgrunner som ikke fremstiller seg som vesentlige.»¹⁸⁴ Denne uttalelsen knytter seg for det første til en type prosessuelle krav for å ta hensyn til annet enn kvalifikasjoner. For det andre sier den noe om omfanget av de sosiale hensyn som taler for å ansette den dårligst kvalifiserte søkeren. Uttalelsen knytter seg dermed ikke direkte til hvor store kvalifikasjonsforskjellene mellom søkerne er, selv om det var på det rene at den som ble ansatt ikke var best kvalifisert. Her var det heller ikke klart om grunnene var «så vesentlige» at det gjorde forbigåelsen rettmessig. Det er usikkert om uttalelsen kan tas til inntekt for at dersom det foreligger tungtveiende grunner vil B i mitt eksempel ha en viss mulighet for å bli ansatt i stedet for A. Etter mitt syn vil en slik oppfatning av gjeldende rett være uheldig. Dersom arbeidsgiveren kan tilsidesette kvalifikasjonskravet, og la andre hensyn være avgjørende, mister man formålet med regelen. Samtidig svekkes hensynene regelen er ment å ivareta, særlig likhetsprinsippet, rettferdige konkurransekriterier og tillit til ansettelsesprosessen. Om uttalelsen til Sivilombudsmannen er ment til å åpne opp for en forbigåelse, vekter likevel kvalifikasjonsprinsippet, som har lovs rang, høyere. Det er også snakk om uttalelse av eldre dato. I nyere tid synes Sivilombudsmannen å konkludere at kvalifikasjonsprinsippet ikke kan settes til side uten et særskilt *rettslig* grunnlag, for eksempel lovhjemmel.¹⁸⁵ Jeg kan heller ikke se at det foreligger rettspraksis eller juridisk litteratur som kunne ha støttet en mulig forbigåelse av den med best kvalifikasjoner på grunn av andre hensyn. Fanebust har motsetningsvis argumentert for at selv ikke «vektige velferdsgrunner» kan tillegges avgjørende vekt til fordel for den som ikke er best kvalifisert.¹⁸⁶ Det kan likevel kanskje tenkes en viss aksept for at B kan forbigå A i framtiden ettersom det er blitt bebudet en inkluderingsdugnad for at offentlige arbeidsgivere skal ansette personer med hull i CV-en og nedsatt funksjonsevne.¹⁸⁷

Det neste spørsmålet er hva som blir tilfellet dersom A og B er likt eller tilnærmet likt kvalifisert. Her gir kvalifikasjonsprinsippet lite veiledning. Gjeldende rett synes å være at

¹⁸⁴ Se også SOM-1967-11.

¹⁸⁵ Se for eksempel SOM-2005-26.

¹⁸⁶ Fanebust (2018) s. 116.

¹⁸⁷ Se høringsbrev til Endringer i forskrift til lov om statens ansatte mv., juli 2019.

noen vesentlige grunner kan vippe vektskålen i favør av den ene. I Rt. 1976 s. 614, som gjaldt ansettelse av skolevaktmester, viste skolestyret til at han som fikk jobben hadde syk kone og to mindreårige barn, og at det derfor var viktig for ham å komme i et lettere arbeid. En annen søker følte seg forbigått, og også han hadde sosiale grunner som kunne ha vært påberopt. Førstvoterende uttalte: «Jeg behøver ikke å gå inn i hvilken utstrekning det ved offentlige ansettelser generelt er berettiget å legge vekt på søkerens sosiale forhold. Ved den stilling det her gjelder, og i og med at begge var fullt faglig kvalifisert, kan jeg i hvert fall ikke se at det var uberettiget av skolestyret å gjøre det.» Høyesterett kom til at det ikke var tatt usaklige hensyn og at ansettelsen ikke kunne kjennes ugyldig. Selv om Høyesterett ikke går nærmere inn på om det er riktig å legge vekt på en søkers sosiale forhold, fastslo de at det ikke var *usaklig* å gjøre det i dette tilfellet. Om Høyesterett her åpner opp for at også andre hensyn kan bli utslagsgivende dersom to eller flere søkere er likt kvalifisert, er ikke helt lett å fastslå. Etter mitt syn kan det se slik ut, dersom ansettelsesmyndigheten forholder seg til saklighetskravet ved vurderingen.

Et slikt synspunkt har fått tilslutning i litteraturen. Fanebust mener det må godtas en viss adgang til å skille mellom kandidatene «utenom de tradisjonelle rammer» når søkerne ellers er vurdert som like godt kvalifisert.¹⁸⁸ Engelsrud understreker at kvalifikasjonsprinsippet er en klar hovedregel og at de andre grunnene eller behovene må «framstille seg som vesentlige skal de kunne tillegges vekt».¹⁸⁹ Selv om Engelsrud her påpeker at det må være «vesentlig» på samme måte som Sivilombudsmannen gjorde i saken fra 1973, er det her tale om en annen situasjon ettersom hun forutsetter at søkerne er vurdert likt eller tilnærmet likt, og at det til og med da må stilles krav om grunnens vesentlighet for at det skal kunne vektlegges. Det gir en klar indikasjon på at det i hvert fall ikke er tillatt å legge avgjørende vekt på andre hensyn enn kvalifikasjonsprinsippet når den ene kandidaten er klart best kvalifisert.

5.5.2 Hvilke andre hensyn kan få betydning?

Arbeidsgiveren kan ha et ønske om å vektlegge andre hensyn enn kvalifikasjonsprinsippet begrunnet i arbeidssøkerens behov eller eget behov. Sivilombudsmannen påpeker at hvilke

¹⁸⁸ Fanebust (2018) s. 110.

¹⁸⁹ Engelsrud (2009) s. 156.

hensyn som kan vurderes, vil måtte bero på en konkret vurdering i den enkelte saken.¹⁹⁰ For at hensynene skal kunne tillegges vekt må de «framstille seg som vesentlige».¹⁹¹ Fanebust framhever også at dersom andre hensyn skal vektlegges bør søkerne bli gjort kjent med dette og få mulighet til å komme med egne synspunkter.¹⁹² Den videre framstillingen forutsetter at det er ingen eller marginale forskjeller mellom søkerne basert på en sammenlignende kvalifikasjonsvurdering.

Først og fremst må det påpekes at noen differensieringsgrunnlag alltid vil være utenforliggende og derfor ikke lovlige å ta med i vurderingen. Det gjelder for eksempel de lovfestede diskrimineringsgrunnlagene.

De lege lata er det i visse tilfeller akseptert at arbeidsgiveren har lagt vekt på saklige sosiale grunner og velferdsbehov ved ansettelse. Engelsrud påpeker, med henvisning til Jakhelln, at det «å vektlegge sosiale forhold og velferdsbehov er ofte viktige hensyn i arbeidsrettslig sammenheng».¹⁹³ Hun argumenterer for at blant annet Grunnloven § 110 og likestillings- og diskrimineringsregelverket samt arbeidsmiljøloven, som inneholder hjemmel for positiv særbehandling, kan tas til inntekt for å vektlegge slike hensyn. Hun mener at vektlegging av sosiale hensyn må anses for saklig når kvalifikasjonsprinsippet ikke gir et klart resultat. Også likebehandlingshensynet taler i en viss grad i favør av en slik løsning fordi alle skal ha like muligheter til arbeid. På den andre siden svekker det også likebehandlingshensynet og hensynet til rettferdig konkurranse, når noen basert på andre grunnlag blir foretrukket. I tillegg kan det oppfattes som en urimelig avgjørelse når det er et *behov* som avgjør. Etter mitt syn kan det derfor argumenteres for at vektlegging av sosiale- og velferdshensyn er uheldig overfor de andre søkerne, som ofte har klare forventninger om at det er kvalifikasjonskravene som er avgjørende. I tillegg kan det også stilles spørsmålstegn ved om en slik vurdering alltid vil forholde seg innenfor saklighetskravet. Det er her snakk om et lite objektivt og vagt kriterium som er utfordrende å vurdere. Det må også problematiseres dithen at ikke alle søkere opplyser om slike forhold, jfr. Rt. 1976 s. 614. I tillegg har vi også andre løsninger i vårt samfunn for personer som ikke får seg arbeid. Det kan dog argumenteres for at det ikke er et fullgodt alternativ på lik linje med det å arbeide. Det framstår kanskje også som mer

¹⁹⁰ Se SOM-2001-26. Se også Engelsrud (2009) s. 158.

¹⁹¹ Engelsrud (2009) s. 156.

¹⁹² Fanebust (2018) s. 110. Se også SOM-1967-11 og SOM-2005-26.

¹⁹³ Engelsrud (2009) s. 155-156.

rimelig å gi en arbeidssøker jobben fordi han trenger den mer enn den andre, når det ellers er helt umulig å skille mellom dem. Også forslagene om å legge bedre til rette for å nå målene med inkluderingsdugnaden kan tale for.¹⁹⁴ At det er tilfeldigheter som avgjør, for eksempel loddtrekning eller arbeidsgiverens magefølelse, strider ikke bare mot saklighetskravet, men framstår også som urimelig overfor den arbeidssøkeren som ikke «vinner» og i befolkningen generelt.

Et annet hensyn arbeidsgiveren kan være fristet til å vektlegge er ansiennitet på den aktuelle arbeidsplassen. Etter Hovedtariffavtalen KS kapittel 1 § 2 punkt 2.2. skal den søkeren som har tjent lengst i kommunen ansettes dersom søkerne for øvrig står likt.¹⁹⁵ Forutsetningen er at søkeren arbeider i kommunen. Videre kan ansiennitet følgelig påvirke en søkers kvalifikasjoner ved at lenger ansiennitet gir lenger erfaring. I tillegg gir det arbeidsgiveren en større forutsetning for å vurdere personens egnethet til stillingen, når vedkommende allerede arbeider der. Engelsrud argumenterer for at dette er et akseptabelt hensyn å ta fordi det ligger innenfor saklighetskravet og normalt ikke vil svekke tilliten til forvaltningen.¹⁹⁶ Dette er også et moment som faktisk har sammenheng med arbeidet og stillingen, i motsetning til flere andre grunner som påberopes.

Også tiltredelsestidspunkt kan være et hensyn av interesse for arbeidsgiveren.

Sivilombudsmannen har dog konkludert at det ikke er riktig å foretrekke en søker fordi vedkommende kan tiltre raskt i stillingen, men åpner likevel opp for at det kan være anledning til å ta hensyn til dette ved kortvarige ansettelser, uten at det kan tillegges avgjørende vekt.¹⁹⁷ Eriksen argumenterer for at tiltredelsestidspunktet ikke kan være utslagsgivende dersom søkeren har saklig grunn til å tiltre på et senere tidspunkt.¹⁹⁸ Han nevner blant annet sykdom, graviditet, oppsigelse i annen stilling og avtjening av verneplikt som eksempler. Fanebust på sin side mener det kan trekkes inn dersom søkerne står likt, og i hvert fall dersom det er snakk om kortvarig og midlertidig ansettelse.¹⁹⁹ Også Eriksen mener situasjonen er annerledes når det er snakk om vikariat.²⁰⁰

¹⁹⁴ Se høring om endringer i forskrift til lov om statens ansatte.

¹⁹⁵ Se også ARD-1975-18.

¹⁹⁶ Engelsrud (2009) s. 157.

¹⁹⁷ Se SOM-1980-2.

¹⁹⁸ Eriksen (2009) s. 197.

¹⁹⁹ Fanebust (2018) s. 111.

²⁰⁰ Eriksen (2009) s. 197.

Beslektede argumenter en arbeidsgiver kan være fristet til å vurdere er andre kontinuitetshensyn, for eksempel et ønske om å la en søker få fortsette i en stilling han har hatt, eller å forbigå søkere som ikke kan påregnes å bli værende i stillingen. Generelt kan det konkluderes at Sivilombudsmannen har vært restriktiv i å tillate kontinuitetshensyn som avgjørende vurderingsmoment.²⁰¹ I SOM-2006-20 anså ikke Sivilombudsmannen det for rettmessig å vektlegge skolens kontinuitetssynspunkter om at vedkommende skulle fortsette i sin stilling som rektor i vurderingen av hennes kvalifikasjoner i stillingen som inspektør. Et lignende synspunkt ble lagt til grunn i SOM-2005-25, hvor Sivilombudsmannen uttalte at han hadde forståelse for at sykehuset ønsket å sikre kontinuitet, men at ansettelse må skje på bakgrunn av kvalifikasjoner og ikke kontinuitetshensyn. I SOM-2012-1435 ble det heller ikke ansett rettmessig blant annet å vektlegge risikoen for at søkeren ikke kom til å bli lenge i stillingen. For at det skal aksepteres må det være snakk om en stilling hvor behov for kontinuitet er særlig viktig, for eksempel i lederstillinger.²⁰² Og i alle fall, når det er snakk om ansettelsesmyndighetens hypoteser om at en søker ikke vil være i stillingen lenge, må søkeren få anledning til å kommentere om så er tilfellet.²⁰³

Tilsvarende kan det være lokkende for arbeidsgiveren å forbigå søkere som allerede har skapt problemer på arbeidsplassen. Også her er Sivilombudsmannen restriktiv. I SOM-2009-35 uttalte organet at «[d]e andre medarbeidernes ønsker eller preferanser kan i seg selv ikke være saklig å legge vekt på til ugunst for en søker.» Hensynet til arbeidsmiljøet er derfor ikke et moment som kan tillegges betydning. Fanebust argumenterer også for at ansettelsesmyndighetene bør være forsiktige med å vektlegge om søkere kan skape problemer i tilknytning til de andre ansatte.²⁰⁴ Han mener at faren for at det vil oppstå problemer må være reell og dokumenterbar, og likevel er det ikke gitt at det kan tillegges avgjørende vekt. Han mener likevel at det kan være aktuelt å trekke inn i en helhetsvurdering dersom det er snakk om tungtveiende problemer og søkerne ellers framstår likt kvalifisert.

Til slutt kan også hensyn som forvaltningens økonomi, søkerens lokale tilhørighet og moralske hensyn, som for eksempel tidligere straffedommer, nevnes. Sivilombudsmannen har lagt til grunn at slike hensyn ikke kan trekkes inn som selvstendige momenter for å fravike

²⁰¹ Se SOM-2003-17, SOM-2001-26, SOM-2001-25, SOM-2000-20 og SOM-2000-19.

²⁰² Se SOM-2011-235.

²⁰³ Fanebust (2018) s. 113-114.

²⁰⁴ Ibid.

kvalifikasjonsprinsippet, spesielt dersom de ikke er tungtveiende eller vesentlige for hvordan søkeren vil fungere i stillingen.²⁰⁵ Slike argumenter vil ofte oppleves som usaklig for en arbeidssøker som blir forbigått og svekker hensynene regelen er ment å ivareta.

5.6 Ansettelsesmyndighetens skjønn

Temaet her er hvor vidt skjønn ansettelsesmyndigheten egentlig har ved ansettelse i den offentlige forvaltning. Først og fremst er det klart at det offentlige må forholde seg til saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet, og bare i begrenset utstrekning kan gjøre andre hensyn gjeldende. Det er dermed forholdsvis faste rammer for hva arbeidsgiveren kan vurdere og vektlegge. På den andre siden er det uomtvistet at arbeidsgiveren i kraft av styringsretten har kompetanse til å fastsette kvalifikasjonskrav- og ønsker.²⁰⁶ Styringsretten gir derfor arbeidsgiveren et betydelig rom til å utforme kriteriene når en stilling skal utlyses.²⁰⁷ Ved å sette opp krav og ønsker styrer man i nokså stor grad hvem som søker på jobben, og i hvert fall hvilke personer som er kvalifisert. I de tilfellene hvor ansettelsesmyndigheten begrenser seg til kun å gi stillingsbetegnelsen i utlysningen, er vurderingsskjønnet følgelig friere.²⁰⁸ Kvalifikasjonsprinsippet gir heller ikke i seg selv en indikasjon på hvor mye de ulike vurderingsmomentene skal vektlegges i forhold til hverandre. Det er derfor opp til arbeidsgiveren å bestemme hva som skal tillegges mest vekt. Prinsippet legger også opp til en skjønnsmessig vurdering når det inneholder et så vagt vurderingsmoment som personlig egnethet. Det må derfor konkluderes at innenfor rammen av saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet, har ansettelsesmyndigheten et betydelig skjønn. Dette er også bekreftet av Sivilombudsmannen.²⁰⁹

²⁰⁵ Se for eksempel SOM-1990-1 og SOM-1994-14.

²⁰⁶ Rt. 2014 s. 402 (avsnitt 69) og Prop 94 L. (2016-2017) pkt. 9.4.1.

²⁰⁷ Engelsrud (2017) s. 60.

²⁰⁸ Fougner (2019) s. 728.

²⁰⁹ SOM årsmelding 2016 s. 24.

6 Overprøvelse av ansettelsesvedtak

I ansettelsessaker er det ikke klageadgang til overordnet organ.²¹⁰ Et alternativ for en arbeidssøker som føler seg forbigått av forvaltningen ved ansettelse er imidlertid å klage til Sivilombudsmannen. Dersom forbigåelsen anføres å være begrunnet i diskriminering, kan Diskrimineringsnemnda behandle saken. Det er også mulig å få prøvd saken for Arbeidsretten eller de ordinære domstolene.²¹¹ At søksmålet ikke vil ha rettslig betydning for den som ble ansatt i stillingen, er ikke til hinder for at arbeidssøkeren kan få prøvd lovlighet av vedtaket.²¹² Det vil si at søkeren kan få saken anerkjent ugyldig i forholdet mellom seg selv og forvaltningen.²¹³ Man får dermed eventuelt konstatert at det er blitt begått en urett mot en selv, og kan få en form for erstatning i den forbindelse.

Etter gjeldende rett er det klart at domstolene kan prøve om ansettelsesvedtaket er truffet på riktig faktisk grunnlag.²¹⁴ Hvorvidt domstolene har full eller begrenset prøvelsesadgang i ansettelsessakene er derimot uklart. I Rt. 2014 s. 402, som gjaldt utnevnelse i stillingen som sjef ved Forsvarets skolesenter, uttaler førstvoterende at «[d]omstolene skal ikke overprøve om arbeidsgiverens beslutninger innenfor rammene for styringsretten er påkrevde eller optimale. Derimot kan domstolene overprøve om det foreligger misbruk av styringsretten [...]». Det innebærer at domstolene må kunne foreta en saklighets- og forsvarlighetskontroll av kvalifikasjonskravene.» Utgangspunktet er at domstolene kan prøve om kvalifikasjonskravene i utlysningen er oppfylt. Når det gjelder selve skjønnet «må domstolene vise tilbakeholdenhet med å sette sine vurderinger over arbeidsgivers». Også her begrenses overprøvingen til en saklighets- og forsvarlighetskontroll. Domstolene kontrollerer dermed om arbeidsgiveren har tatt utenforliggende hensyn, eller om skjønnsutøvelsen er vilkårlig eller uforsvarlig.²¹⁵

I juridisk litteratur er det en pågående diskusjon om domstolene kan overprøve arbeidsgiverens skjønn ved styringsrettsbeslutninger. Fougner mener arbeidsgiveren har et

²¹⁰ Jfr. forvaltningsloven § 3 annet ledd.

²¹¹ Se lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) § 1-3 første og annet ledd.

²¹² Jfr. Rt. 1990 s. 460 og Rt. 1991 s. 1468.

²¹³ Se for eksempel LB-2014-194294.

²¹⁴ Jfr. Rt. 1998 s. 20.

²¹⁵ Se også avgjørelsene i Arbeidsretten hvor tilsvarende synspunkter er lagt til grunn i ARD-1960-63, ARD-1987-9 og ARD-2008-27.

fritt skjønn og at avgjørelsens rimelighet eller hensiktsmessighet derfor ikke kan prøves.²¹⁶ Dette begrunner han blant annet i at domstolene ikke har forutsetninger for å vurdere hva som er strategisk, lønnsomt eller ønskelig i virksomheten. Hotvedt og Ulseth argumenterer på sin side for at det ikke foreligger tilstrekkelig rettskildemessig grunnlag for å si at det er begrenset prøvelsesrett etter gjeldende rett.²¹⁷ De påpeker at Høyesterett ved flere anledninger har foretatt både rimelighetsvurderinger og interesseavveininger i prøvelsen av styringsrettsbeslutninger. Den rettspraksis som partene viser til i diskusjonen gjelder dog ikke ansettelsesvedtak, og det kan vel argumenteres for at domstolenes overprøvningskompetanse i ansettelsessaker kan være mer begrenset enn hva angår endringsbeslutninger under arbeidsforholdet. Jeg går derfor ikke videre inn på den diskusjonen.

Likevel må det nevnes at høyesterettsavgjørelsen fra 2014 kan tale i retning av en begrenset prøvelsesadgang ved ansettelse. Fanebust viser for eksempel til at Høyesterett ved misbrukstesten i denne dommen «i prinsippet åpner for en sensur av de kvalifikasjonskravene arbeidsgiveren har bestemt», men følger dette opp med at det «bare vil være relevant i helt spesielle tilfeller».²¹⁸ I ARD-2008-27 uttales det helt konkret at Arbeidsretten ikke skal ta stilling til hvem av søkerne som rent faktisk er den beste fordi dette tilhører arbeidsgiveren i kraft av styringsretten.²¹⁹ Det kan også argumenteres for at domstolenes overprøvningskompetanse i ansettelsessakene er begrenset med hensyn til overprøving av enkeltvedtak i offentlig forvaltning.

I sakene som klages inn for Sivilombudsmannen, er det derimot helt klare rammer for hva organet kan uttale seg om når det gjelder ansettelsesmyndighetens skjønn. Organet kan kun kritisere feil ved skjønnet, eksempelvis om det er tatt usaklige eller utenforliggende hensyn eller at ansettelsen er ugyldig, klart urimelig eller strider mot god forvaltningsskikk.²²⁰ Selv om Sivilombudsmannen finner kritikkverdige forhold kan imidlertid ikke dette organet heller endre de avgjørelsene forvaltningen har tatt. Forvaltningen er heller ikke pliktet til å vurdere ansettelsen på nytt eller til å endre vedtaket. Sivilombudsmannens standpunkt vil med andre ord ikke direkte ha betydning for den eller de ansattes rettsstilling.

²¹⁶ Fougner (2018) s. 38-39.

²¹⁷ Hotvedt og Ulseth (2013) s. 118.

²¹⁸ Fanebust (2019) s. 731.

²¹⁹ Avsnitt 52.

²²⁰ Jfr. sivilombudsmannsloven § 10 annet ledd.

De lege lata er det ordninger om overprøving av ansettelsesvedtak. Etter mitt syn kan det likevel stilles spørsmål om det ikke også her burde være en administrativ klageordning på lik linje med andre enkeltvedtak. Også Landbruksdepartementet påpekte betenkelighetene ved kategorisk å fastslå at klage- og omgjøringsadgangen ikke skal gjelde ansettelsesvedtakene, spesielt når det gjelder «klagegrunner som knytter seg til saksbehandlingen så som eksempelvis kunngjøring, behandlingsinstanser, ugildhet og videre tilsidesettelse av bestemte krav med hensyn til utdanning og praksis m.v. eller feilaktige forutsetninger med hensyn til kjensgjerninger vedrørende de enkelte søkere osv».²²¹ De andre høringsinstansene hadde derimot ikke noe å bemerke, og Justisdepartementet sluttet seg til forslaget om ikke å ha en slik ordning. Justisdepartementet mente det var nok at overordnede organer kan utøve kontroll og oppheve ugyldige ansettelsesvedtak av eget initiativ uten at dette var regulert. Etter mitt syn er det i og for seg et legitimt argument, men om dette faktisk gjøres i praksis er heller tvilsomt. En slik overprøving forutsetter også at det overordnede organet på en eller annen måte blir kjent med avgjørelsen.

Justisdepartementet sa seg videre enig med Tjenestemannskomiteen- og utvalget som mente at en administrativ klageordning ikke var nødvendig fordi ansettelsesprosedyrene er betryggende og at vilkårlig ansettelse normalt ikke vil kunne forekomme.²²² Det høye antallet klager hos Sivilombudsmannen av søkere som føler seg forbigått av forvaltningen ved ansettelse, hvor organet faktisk konkluderer med kritikk, motsier dette. Også Fanebust kritiserer denne begrunnelsen og mener det burde være en slik klageordning nettopp fordi ansettelsesvedtakene «er viktig både for den enkelte og for samfunnet, og at et unntak fra klageretten fremtrer som ekstraordinært».²²³

Etter mitt syn taler rettssikkerhetsbetraktninger og hensynet til etterprøvbarhet og kontroll for arbeidssøkere for en slik klageordning. Det er klart at domstolene ikke har de samme forutsetningene for å prøve den skjønnsmessige vurderingen i kvalifikasjonsprinsippet som ligger til ansettelsesmyndigheten. Her ville et overordnet klageorgan trolig ha større muligheter, som både kjenner arbeidsplassen og de aktuelle stillingene. Ved klage til overordnet organ hadde «alle sider av saken» blitt vurdert, og ikke bare sakligheten ved

²²¹ Ot.prp. nr. 27 (1968-1969) kap. II, bokstav B pkt. 3.

²²² Ibid.

²²³ Fanebust (2018) s. 289-290.

ansettelsesvedtaket.²²⁴ Den forbigåtte søkeren ville da også fått et svar på hvem som faktisk hadde de beste kvalifikasjonene til stillingen. Samtidig er det også mer praktisk og mindre økonomisk belastende for søkeren å sende en klage enn å reise sak for domstolene. Dette er trolig også grunnen til at Sivilombudsmannen mottar mange klager, mens det bare er et fåtall ansettelsesvedtak som blir behandlet i domstolene. Sannsynligvis vil en lettere tilgjengelig klagemulighet også forsterke hensynet til legitimitet og tillit til forvaltningen.

Et annet problem er at når ansettelsesvedtakene først er truffet, er det i praksis veldig lite som kan gjøres. Selv om det konstateres at forvaltningen foretok en urettmessig ansettelse, vil man ikke ha krav på den aktuelle stillingen. Her er det jo allerede ansatt noen andre. Ved en administrativ klageordning ville den best kvalifiserte, forbigåtte søkeren ha mulighet til faktisk å få den stillingen han burde ha fått i utgangspunktet. Overprøvingen hadde dermed fått rettslig betydning og bedre ivaretatt hensynet til rettferdighet. En utfordring er dog at ansettelser måtte ha blitt gjort betinget av at andre ikke får medhold etter at eventuelle klager er ferdig behandlet.²²⁵ Det hadde gjort ansettelsesprosessene mer omstendelige og tidskrevende. Således kan både praktiske hensyn og effektivitetshensyn tale mot. Det kan også argumenteres for at det ville vært særlig uheldig i de situasjonene hvor forvaltningen har gjort en riktig vurdering og det nettopp er den med best kvalifikasjoner som er ansatt, men man må vente på at mindre kvalifiserte søkere skal få behandlet sin klage først.

Det er klart at dette er en vanskelig vurdering, hvor vektige hensyn taler både for og mot en administrativ klageordning. Likevel burde man kanskje stille seg spørsmålet om det er et poeng i et materielt kvalifikasjonsprinsipp dersom den skjønnsmessige vurderingen av prinsippet ikke kan etterprøves og vedtaket endres. Etter mitt syn ville et steg i riktig retning i hvert fall ha vært å fjerne unntaket fra begrunnelsesplikt ved ansettelsesvedtak, både for å sikre bedre grundighet og nøyaktighet ved avgjørelsen, og for å bedre arbeidssøkerens overprøvings- og kontrollmuligheter. Selv om de fleste ansettelsene i forvaltningen er i tråd med både saklighetskravet og kvalifikasjonsprinsippet, er det uomtvistelig at det også skjer ansettelser som strider med disse.

²²⁴ Jfr. forvaltningsloven § 34 annet ledd.

²²⁵ Se Ot.prp. nr. 27 (1968-1969) kap. II, bokstav B pkt. 3.

Litteraturliste

Norske lover

Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov

Lov 18. juli 1958 nr. 2 om offentlige tjenestetvister (tjenestetvistloven)

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

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

Lov 25. september 1992 nr. 107 om kommuner og fylkeskommuner (kommuneloven)

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

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettigheters stilling i norsk rett
(menneskerettsloven)

Lov 10. desember 2004 nr. 76 om arbeidsmarkedstjenester (arbeidsmarkedsløven)

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 (tvisteløven)

Lov 19. mai 2006 nr. 16 om rett til innsyn i dokument i offentlig verksemd (offentleglova)

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

Lov 17. juni 2016 nr. 73 om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

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

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

Internasjonale lover

De forente nasjoners internasjonale konvensjon 16. desember 1966 om sivile og politiske rettigheter.

Norske lovforarbeider

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

Ot.prp. nr. 38 (1964-1965) Om lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven)

Ot.prp. nr. 27 (1968-1969) Om lov om ikrafttredelse av forvaltningsloven og om endringer av saksbehandlingsregler i forvaltningsloven og andre lover.

Ot.prp. nr. 3 (1975-1976) Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.,

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

Prop. 51 L (2015-2016) Lov om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven)

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

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

Norske forskrifter

F23.06.2006 nr. 724 Forskrift til opplæringslova

F15.12.2006 nr. 1456 Forskrift til forvaltningsloven (forvaltningslovforskriften)

F16.06.2017 nr. 764 Delegering av Kongens myndighet etter lov om statens ansatte mv.
(statsansatteloven)

Norsk høyesterettspraksis

Rt. 1958 s. 1229 A

Rt. 1976 s. 614 A

Rt. 1977 s. 902 A (Hammerverk)

Rt. 1988 s. 20 A

Rt. 1990 s. 460 U

Rt. 1991 s. 1468 U

Rt. 2000 s. 1602 A (Nøkk)

Rt. 2001 s. 248 A

Rt. 2001 s. 418 A (Kårstø)

Rt. 2001 s. 428 A

Rt. 2008 s. 856 A (Theatercafé)

Rt. 2009 s. 1465 A (Seinvakt)

Rt. 2011 s. 841 A (Osloskolen)

Rt. 2012 s. 424 A

Rt. 2014 s. 402 A (dissens 4-1)

HR-2016-2286-A

HR-2016-2229-A (dissens 3-2).

Avgjørelser i underrettsdomstoler

NAD-1987-1075 (Eidsivating lagmannsrett)

LB-1996-62 (Borgarting lagmannsrett)

LH-2000-560 (Hålogaland lagmannsrett)

LE-2006-189239 (Eidsivating lagmannsrett)

LG-2011-186172 (Gulating lagmannsrett)

LH-2014-27941 (Hålogaland lagmannsrett)

LB-2014-194294 (Borgarting lagmannsrett)

RG 1983 s. 1078 (Setesdal herredsrett)

TINFI-2009-200057 (Indre Finnmark tingrett)

Avgjørelser i Arbeidsretten

ARD-1960-63

ARD-1975-18

ARD-1987-9

ARD-1990-87

ARD-2008-27

Uttalelser av Sivilombudsmannen

SOM-1967-11

SOM-1973-11

SOM-1977-6

SOM-1980-2

SOM-1990-1

SOM-1994-14

SOM-1994-16

SOM-1998-39

SOM-1999-43

SOM-2000-19

SOM-2000-20

SOM-2001-25

SOM-2001-26

SOM-2003-17

SOM-2004-3073 (Ikke tilgjengelig på Lovdata, publisert i Årsmeldinger for 2015 s. 123 flg.)

SOM-2005-25

SOM-2005-26

SOM-2006-20

SOM-2007-18

SOM-2008-71

SOM-2008-96

SOM-2009-35

SOM-2009-36

SOM-2010-2532

SOM-2010-2955

SOM-2011-235

SOM-2011-605

SOM-2012-1435

SOM-2012-1461

SOM-2012-2282

SOM-2012-2972

SOM-2013-1263

SOM-2013-1536

SOM-2014-514

SOM-2014-2434

SOM-2014-2472

SOM-2015-938

SOM-2015-1355

SOM-2015-2316

SOM-2016-980

SOM-2017-2658

SOM-2018-4077

SOM-2019-642

SOM-2019-883

SOM-2019-1176

Reglement og avtaler

Verkstedsoverenskomsten av 15. april 1907.

Hovedtariffavtalen for kommunesektoren, 01.05.2018 – 30.04.2020.

<https://www.ks.no/globalassets/fagomrader/lonn-og-tariff/hovedtariffavtalen-1.5.2018-30.4.2020.pdf>

Kommunal- og moderniseringsdepartementet, *Hovedavtalen i staten*, 6. november 2019 til og med 31. desember 2020.

https://www.regjeringen.no/contentassets/1d80f80f0ba24db3ad018c75052e81eb/no/pdfs/hovedavtalen_i_staten_19-20.pdf

Kommunal- og moderniseringsdepartementet, *Statens personalhåndbok 2019*, kapittel 2 om Ansettelse og opphør av tjeneste, 2019.

<https://lovdata.no/dokument/SPH/sph-2019>

Juridisk litteratur

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

Benson, Thomas, *Arbeidsrettsboka*, 2. utg., Fagbokforlaget 2014.

Berg, Jens Petter og Dag K. Flater Hwang, *Kvalifikasjonsprinsippet ved ansettelser i det offentlige – innhold og utfordringer*. Publisert i: Mulder, Bernhard Johan (red.). *Sui Generis*. Festskrift til Stein Eyju. Side 68-77. Universitetsforlaget 2016.

Bjørnaraa, Torgeir, Espen Gaard og Anette Selmer, *Norsk tjenestemannsrett, Kommentarer til tjenestemannsloven med forskrifter mv.*, Tano Aschehoug 2000.

Borgerud, Ingeborg Moen, Anne Marie Due, Ragnhild Nordaas og Mona Næss, *Arbeidsrett. Særlig om omstilling i offentlig sektor*, Universitetsforlaget 2007.

Borgerud, Ingeborg Moen og Mona Næss, *Arbeidsrett. Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019.

Eckhoff, Torstein og Eivind Smith, *Forvaltningsrett*, 10. utg., Universitetsforlaget 2014.

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

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

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

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

Eriksen, Bjørn, *Ansettelse av lærere – den best kvalifiserte*. Publisert i: Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.) *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, s. 235-256. Cappelen Akademisk 2009.

Evju, Stein, *Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv*, 2003. Opptrykt i: Evju, Stein, *Arbeidsrett: utvalgte artikler 2001-2010*. Universitetsforlaget 2010.

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

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

Fougner, Jan, *Arbeidsgivers styringsrett: Skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse*. Publisert i: Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.) *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, s. 235-256. Cappelen Akademisk 2009.

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

Fougner, Jan, *Arbeidsgivers frie skjønn, arbeidsgivers styringsrett og domstolskontroll*. Publisert i: *Arbeidsrett VOL 15 nr. 1 2018* s. 37-60, Universitetsforlaget 2018.

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

Hotvedt, Marianne Jenum, *Arbeidsgiverbegrepet. En analyse av grunnlaget for arbeidsgiversplikter*, Gyldendal Juridisk 2016.

Hotvedt, Marianne Jenum og Terese Smith Ulseth, *Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i en domsoktett*. Publisert i: *Arbeidsrett VOL 10 nr. 1 2013* s. 112-138, Universitetsforlaget 2013.

Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utg. 4. opplag., N. W. Damm & Søn, 2010.

Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm akademisk 2012.

Semner, Brit Djupvik, *Diskrimineringsvern i arbeidslivet – en håndbok. Likestillings- og diskrimineringsloven 2017*, Fagbokforlaget 2018.

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

Stokke, Torgeir Aarvaag, Kristine Nergaard og Stein Evju, *Det kollektive arbeidslivet. Organisasjoner, tariffavtaler og lønnsoppgjør*, 2. utg., Universitetsforlaget 2013.

Suviranta, Antti, Arnmundur Backman, Stein Evju, Ole Hasselbalch, og Tore Sigeman, *Arbetsrätten i Norden*, Työoikeus Pohjola 1985.

Elektroniske kilder

Finansdepartementet, *Beregning av Norges nasjonalformue til perspektivmeldingen*, 5. april 2017. https://www.regjeringen.no/no/tema/okonomi-og-budsjett/norsk_okonomi/beregning-av-norges-nasjonalformue-til-perspektivmeldingen-2017/id2548710/

Lest 10. september 2019

Gran-Henriksen, Bjørn, *Offentlig forvaltnings størrelse 1970-2013. Antall offentlige årsverk nesten tredoblet siden 1970*, 6. mai 2014, Statistisk sentralbyrå. <https://www.ssb.no/offentlig-sektor/artikler-og-publikasjoner/offentlig-forvaltning-storrelse>

Lest 7. september 2019

Greaker, Mads; Løkkevik, Pål og Walle, Mari Aasgaard, *Utviklingen i den norske nasjonalformuen fra 1985 til 2004. Et eksempel på bærekraftig utvikling?* Statistisk sentralbyrå, mai 2005. https://www.ssb.no/a/publikasjoner/pdf/rapp_200513/rapp_200513.pdf

Lest 7. september 2019

Gundersen, Dag, *privat*. I Store norske leksikon, 20. februar 2018. <https://snl.no/privat>

Lest 12. september 2019

Idsø, Johannes. (2017). *offentlig sektor*. I Store norske leksikon. https://snl.no/offentlig_sektor

Lest 12. september 2019

Kommunal- og moderniseringsdepartementet, *Høring – Endringer i forskrift til lov om statens ansatte mv. (statsansatteloven)* med tilhørende høringsbrev, høringsnotat og hørings svar, 12. juli 2019. <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-forskrift-til-lov-om-statens-ansatte-mv.-statsansatteloven/id2654784/>

Lest 16. November 2019

Sogn, Annicken Elisabeth og Karen Haug Aronsen, *Tilsetting – Krav til saksbehandlingen ved vurdering av personlig egnethet*. Publisert i *Årsmeldinger for Sivilombudsmannen*, 2016. <https://www.sivilombudsmannen.no/wp-content/uploads/2017/04/A%CC%8Aarmelding-for-Sivilombudsmannen-2016.pdf>

Lest 4. september 2019

Statsminister Erna Solberg sin tale på Norsk Hovedorganisasjons (NHO) årskonferanse 9. januar 2018. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/verdien-av-arbeid/id2584149/>

Lest 7. september 2019

Sivilombudsmannens årsmeldinger: <https://www.sivilombudsmannen.no/arsmeldingene/>

Liste over tabeller

Tabell 1: Skjerm bilde fra Statistisk sentralbyrå, hentet 27. november 2019 fra

<https://www.ssb.no/arbeid-og-lonn/statistikker/akumnd/maaned>

Tabellen viser resultatet fra arbeidskraftundersøkelsen.

Arbeidsløse og sysselsetting for personer 15-74 år. Sesongjusterte tal		
	September 2019 ¹	Endring Juni 2019 - September 2019
Arbeidslause personer	110 000	8 000
I prosent av arbeidsstyrken	3,9	0,3
Syssette personer	2 736 000	12 000
I prosent av befolkninga	68,1	0,2

¹ 3-månadersgjennomsnitt med namnet til midtarste månaden i perioden.

Tabell 2: Skjerm bilde fra Statistikkbanken til Statistisk sentralbyrå, hentet 21. september 2019. Tabellen viser antall sysselsatte i alderen 15-74 år etter sektor per fjerde kvartal 2018.

	Syssette personer etter bosted
	2018
Statlig forvaltning	302 964
Fylkeskommunal forvaltning	45 368
Kommunal forvaltning	501 276

