

UiO : **Det juridiske fakultet**

Grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen

Kandidatnummer: 534

Leveringsfrist: 25.11.2021

Antall ord: 17 921



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Tema og forskningsspørsmål	1
1.2	Aktualitet.....	1
1.3	Metode- og rettskildebemerkninger	2
1.4	Avgrensninger	3
1.5	Begrepet informasjonsplikt	4
1.6	Videre fremstilling	4
2	DET RETTSLIGE UTGANGSPUNKTET	5
2.1	Forholdet mellom de ulike regelsettene	5
2.2	Den ulovfestede lojalitetsplikten.....	7
2.2.1	Ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt	8
2.2.2	Lojalitetspliktens innhold	10
3	ARBEIDSSØKERS HANDLINGSNORM.....	11
3.1	HR-2021-605-A Servitørdommen	11
3.2	Informasjon unntatt informasjonsplikt.....	12
3.2.1	Informasjonspliktens gjenstand	12
3.2.2	Arbeidsgivers innhenting av informasjon.....	13
3.3	Etablering av vilkårene for arbeidssøkers handlingsnorm	14
3.3.1	De ulike avtale- og kontraktsrettslige grunnlagene	15
3.3.2	Fra vilkårene for de ulike regelsettene til arbeidssøkers handlingsnorm	17
3.3.3	Det objektive vesentlighetsvilkåret	20
3.3.4	Det subjektive aktsomhetskravet	41
4	OPPSUMMERING AV OPPGAVENS HOVEDDEL.....	46
5	ARBEIDSGIVERS BEHOV FOR GODE ANSETTELSESR.....	48
	REFERANSELISTE	50

1 Innledning

1.1 Tema og forskningsspørsmål

Denne masteroppgaven behandler temaet arbeidssøkers informasjonsplikt. Forskningsspørsmålet er hva som er de materielle grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen, og om den rettslige reguleringen av arbeidssøkers informasjonsplikt gir tilstrekkelig rom for ivaretagelse av arbeidsgivers behov for gode ansettelse.

Oppgaven søker å komme fram til gjeldende rettstilstand ved en rettsdogmatisk metode. Der- som noe annet ikke uttales, er det rettstilstanden de lege lata som vurderes.

1.2 Aktualitet

Rekruttering er en prosess med flere faser, som strekker seg fra selskapets beslutning om behov for flere arbeidstakere fram til arbeidsavtaleinngåelse, og består typisk av stillingsutlysning, intervjuer, referansesamtaler og forhandlinger.¹ I kontraktsrettslig terminologi omtales rekrut- tering som den prekontraktuelle fasen.²

Gjennom rekrutteringsprosessen ønsker arbeidsgiver å få de best kompetente arbeidstakerne, hvor arbeidssøker på sin side ønsker de beste arbeidsvilkårene. Dege uttrykker at «[b]egge par- ter ønsker mest mulig utbytte av sin innsats».³ En arbeidssøker vil derfor i utgangspunktet ha et ønske om å fremstille seg selv på en mest mulig fordelaktig måte. For enkelte arbeidssøkere kan det dermed, i en slik presset situasjon, være fristende å unngå å opplyse om negative forhold til arbeidsgiver. Avhengig av informasjonens innhold, vil arbeidsgiver da kunne bli stilt i en urimelig situasjon, ved å ansette arbeidssøker på et for lite opplyst grunnlag. Sett i lys av ar- beidsrettens regler om stillingsvern i arbeidsmiljøloven (aml.) kapittel 15, hvor det er en høy terskel for oppsigelse og avskjed,⁴ er det særdeles viktig at rekrutteringen utføres på en måte som reduserer risikoen for feilansettelser.

I tråd med dette kan det argumenteres at temaet arbeidssøkers informasjonsplikt er av stor prak- tisk betydning for arbeidslivet. Eksempelvis kan det få store konsekvenser for arbeidsgiver der- som arbeidssøker ikke opplyser om manglende evner til å utføre stillingens arbeidsoppgaver. Et annet illustrerende eksempel er dersom arbeidssøker fortier om lite allment aksepterte hold- ninger, og disse blir kjent for selskapet og offentligheten etter ansettelsen. Konsekvensene av dette vil være betydelige, særlig tilknyttet lederstillinger, hvor virksomheten vil kunne få

¹ Iversen (2020) s. 14.

² Simonsen (1997) s. 24.

³ Dege (2009) s. 6.

⁴ Skjønberg mfl. (2020) s. 417 med videre henvisning til Rt. 2011-1674.

svekket omdømme og attraktivitet. Dette kan igjen ha direkte betydning for selskapets mulighet for inntjening gjennom nye avtaler og rekrutteringer. Som illustrert kan konsekvensene av en feilansettelse ved tidsbestemt arbeidsavtale bli betydelige, både i form av misnøye, effektivitetstap og store kostander.⁵ For å redusere risikoen for feilansettelser er det avgjørende at arbeidsgiver besitter utfyllende informasjon i ansettelsesgrunnlaget.

På bakgrunn av dette er det viktig å undersøke hvilke spilleregler som gjelder tilknyttet arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen. Hensikten med oppgaven blir dermed å etablere en handlingsnorm for arbeidssøkers informasjonsplikt.

1.3 Metode- og rettskildebemerkinger

Det er begrenset med rettskilder som behandler oppgavens forskningsspørsmål direkte. Det eksisterer en høyesterettsdom⁶, en avgjørelse fra kjæremålsutvalget⁷, og ellers noe litteratur og underrettspraksis som kan gi holdepunkter for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt. Utover dette, vil kildematerialet i hovedsak være bestående av mer generelle rettskilder, som er relevante, men som i seg selv ikke direkte løser forskningsspørsmålet.

Spesielt for denne oppgaven er at vilkårene og rettsvirkningene for arbeidssøkers informasjonsplikt reguleres i skjæringspunktet mellom avtale-, kontrakts- og arbeidsrett. I grove trekk vil avtaleretten komme til anvendelse før arbeidsavtalens inngåelse. Kontraktsretten gjelder derimot etter avtalebindingen, men før virksomhetsområdet til arbeidsmiljøloven. Arbeidsrettens regler kommer på sin side typisk til anvendelse etter tiltredelse i stillingen.⁸ De ulike lovenes virksomhetsområder kommenteres under kapittel 2.1.

Rekrutteringsprosessen, der arbeidssøker og arbeidsgiver har til hensikt å inngå en arbeidsavtale, er en avtaleinngåelse regulert i avtaleretten.⁹ Det er imidlertid en nær sammenheng mellom rettsreglene for arbeidssøkers informasjonsplikt etter avtaleretten, og de rettsreglene som arbeidsgiver kan benytte for å opphøre et arbeidsforhold. Rekkevidden av arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen er dermed beroende på arbeidsgivers adgang til å opphøre arbeidsavtalen. Når de ulike regelsettene, herunder avtale-, kontrakts- og arbeidsrett, i utgangspunktet har ulike regler for å opphøre avtaleforholdet med medkontrahenten, vil grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt bestemmes med utgangspunkt i de konkrete reglene som kommer til anvendelse for arbeidsgiver. Som jeg kommer tilbake til nedenfor, vil dermed tids-

⁵ Eidsvaag (2009) s. 293, samt Meder og Weltzien (2020) s. 13.

⁶ HR-2021-605-A.

⁷ Rt. 1988-766.

⁸ Rt. 2004-76 avs. 47-49 og Skjønberg mfl. (2020) s. 116-117.

⁹ Dege (2009) s. 113, Hemmingby (2021) s. 218, Jakhelln (2007) s. 218 og Skjønberg mfl. (2020) s. 115.

punktet for når arbeidsgiver oppdager de manglende opplysningene være avgjørende for rekkevidden av arbeidssøkers informasjonsplikt.

Høyesterett har nylig omtalt arbeidssøkers informasjonsplikt i forbindelse med en prøvetidsoppsigelse, jf. HR-2021-605-A Servitørdommen. Saken gjaldt en arbeidstaker som hadde tiltrådt en servitørstilling, hvor arbeidsmiljølovens opphørsregler kom til anvendelse. Hvilken informasjonsplikt en arbeidssøker har ut ifra avtale- og kontraktsrettslige regler, det vil si utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde, er derimot ikke uttrykkelig vurdert i Servitørdommen. For å belyse forskningsspørsmålets første del, vil det derfor tas utgangspunkt i avtale- og kontraktsrettens regler om ugyldighet og mislighold. De materielle grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen vil samtidig drøftes med særlig henblikk på den nye Servitørdommen.

1.4 Avgrensninger

For fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt kan det gjøres en distinksjon mellom privatrettslige og offentligrettslige forhold. Reglene for statsansettelser og andre forvaltningsrettslige regler kan gi opphav til ulike vilkår for arbeidssøkers informasjonsplikt, avhengig av om ansettelsesforholdet er offentlig eller privat.¹⁰ I denne oppgaven behandles imidlertid ikke ansettelser i offentlig sektor særskilt.

Det må videre understrekes at et komparativt blikk, på særlig svensk rett, kan være relevant for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt.¹¹ Grunnet oppgavens begrensede omfang vil det imidlertid avgrenses mot disse støtteargumentene.

Det må også poengteres at oppgaven vil forsøke å kartlegge potensielle situasjoner hvor arbeidssøkers informasjonsplikt er aktuell. Det tas imidlertid forbehold om at det ikke er mulig å foreta en uttømmende drøftelse av alle tenkelige situasjoner, hvor hensikten derimot er å belyse arbeidssøkers informasjonsplikt generelt. Oppgaven tar derfor opp aktuelle situasjoner på bakgrunn av foreliggende rettspraksis, litteratur og egne illustrerende eksempler.

Ytterligere avgrensninger og forutsetninger for masteroppgaven kommer til uttrykk i den løpende teksten.

¹⁰ Forvaltningsloven og statsansatteloven.

¹¹ HR-2021-605-A avs. 48.

1.5 Begrepet informasjonsplikt

I arbeidsretten benyttes informasjonsplikt som synonym til opplysningsplikt.¹² Informasjonsplikt skal dermed forstås som mangelfulle eller tilbakeholdte opplysninger.¹³ Videre må informasjonsplikt skilles fra opplysningsrisiko, som omhandler gitte eller uttalte opplysninger som er uriktige.¹⁴ I denne oppgaven er det informasjonsplikt som vurderes. Til illustrasjon vil dette i rekrutteringsprosessen kun innebære hva arbeidssøker må gi av informasjon til arbeidsgiver, ikke hvorvidt uriktig informasjon må korrigeres.

For arbeidssøkers informasjonsplikt er det de opprinnelige opplysningene i rekrutteringsprosessen som skal undersøkes. Med de opprinnelige opplysningene menes forholdene som foreligger før arbeidsavtalens inngåelse. Det avgrenses dermed mot opplysninger oppstått etter bindingstidspunktet.

1.6 Videre fremstilling

Innledningsvis vil det rettslige utgangspunktet for arbeidssøkers informasjonsplikt drøftes i kapittel 2, hvor dette kapitlet legger premisser for senere vurderinger. Først vil forholdet mellom avtale-, kontrakts- og arbeidsrettslige regler vurderes, herunder reglens anvendelsesområde og hvordan rettsanvenderen skal forholde seg til regelsettene. Deretter vil den ulovfestede lojalitetsplikten drøftes.

I kapittel 3 etableres handlingsnormen for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen, der de materielle vilkårene for informasjonsplikt drøftes. For å oppstille vilkårene for informasjonsplikt i en avtale- og kontraktsrettslig kontekst, må de ulike rettslige grunnlagene for ugyldighet og mislighold redegjøres for. Videre forenes disse rettsgrunnlagene til en handlingsnorm for arbeidssøkers informasjonsplikt. I sammenfatningen av vilkårene vil også høyesterettsdommen HR-2021-605-A være sentral. Endelig drøftes vilkårene for arbeidssøkers informasjonsplikt for å illustrere handlingsnormens skjønnsmessige grensdragninger. Her er det verdt å nevne at de ulike vilkårene er så nært knyttet, at de enkelte vilkårene derfor bærer preg av noe flytende og overlappende drøftelser.

I kapittel 4 oppsummeres oppgavens hoveddel i korte trekk. Her sammenfattes første del av forskningsspørsmålet om hva som er de materielle grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen, og gir rettsanvenderen veiledning for vurderingen av arbeidssøkers informasjonsplikt.

¹² HR-2021-605-A avs. 42-55.

¹³ Haaskjold (2017) s. 61.

¹⁴ Haaskjold (2017) s. 61.

I kapittel 5 besvares andre del av forskningsspørsmålet, om hvorvidt den rettslige reguleringen av arbeidssøkers informasjonsplikt gir tilstrekkelig rom for ivaretagelse av arbeidsgivers behov for gode ansettelser.

2 Det rettslige utgangspunktet

2.1 Forholdet mellom de ulike regelsettene

Når arbeidsgiver og arbeidssøker inngår en arbeidsavtale, utgjør dette en ordinær avtalerettslig binding.¹⁵ Reglene i avtale- og kontraktsretten kommer dermed til anvendelse ved og etter arbeidsavtalers inngåelse, jf. Rt. 1988-766 side 769. Mer spesifikt vil opplysningspliktreglene i avtale- og kontraktsretten gjelde for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt, med mindre arbeidsrettslige regler gjelder *lex specialis*. At avtalerettslige regler gjelder ved siden av arbeidsrettens regler kan illustreres ved Rt. 2000-1800 Bostedsvilkår side 1806 og HR-2020-2202-A Sluttavtale avsnitt 75-77.

Problemstillingen blir hvilken betydning arbeidsmiljøloven og arbeidsrettens andre rettskilder skal tillegges for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt.

Arbeidsmiljølovens anvendelsesområde kommer til uttrykk i aml. § 1-2, hvor det i første ledd er angitt at loven gjelder for «virksomheter som sysselsetter arbeidstaker». Spørsmålet blir om en arbeidssøker skal anses som en «arbeidstaker» etter arbeidsmiljøloven.

Det følger av ordlyden i aml. § 1-8 at arbeidssøker ikke omfattes av arbeidstakerbegrepet, da det er en vesentlig forskjell mellom den som søker og den som utfører arbeid. En arbeidssøker vil typisk først anses som arbeidstaker i de situasjoner hvor personen «utfører arbeid i annens tjeneste», jf. aml. § 1-8 første ledd. Normalt vil dermed tidspunktet for tiltredelse være avgjørende for arbeidsmiljølovens anvendelsesområde, som blant annet lagt til grunn i obiter dictum uttalelsen i Rt. 2004-76 Allmennlærer avsnitt 47, med videre henvisning til Rt. 1988-766. En slik grensdragning er også lagt til grunn i underrettspraksis, jf. RG-2003-268 Økonomisjef. I tråd med dette anser Meder og Weltzien at tiltredelsen er avgjørende for hvilke regler som kommer til anvendelse.¹⁶ Før tiltredelse i den enkelte stilling vil derfor avtale- og kontraktsrettslige regler normalt gjelde, slik juridisk teori presiserer.¹⁷ Som hovedregel innebærer dette at arbeidssøkere faller utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde.

¹⁵ Dege (2009) s. 113, Hemmingby (2021) s. 218, Jakhelln (2007) s. 218 og Skjønberg mfl. (2020) s. 115.

¹⁶ Meder og Weltzien (2020) s. 428-429 og tilsvarende Dege (2009) s. 136.

¹⁷ Skjønberg mfl. (2020) s. 115.

Arbeidsmiljølovens virksomhetsområde er nok derimot ikke like pragmatisk som aml. § 1-8 første ledd, jf. § 1-2 antyder. Enkelte i arbeidsrettslig teori påpeker at det «neppe legges for mye vekt på selve formuleringen».¹⁸ Hvorvidt arbeidsmiljøloven kommer til anvendelse, bør i større grad bero på reelle hensyn som gjør seg gjeldende.¹⁹ Skjønberg fremhever, med henvisning til Hotvedt, at særlig arbeidstakers vernebehov er sentralt for grensedragningen.²⁰ I enkelte sammenhenger kan det således være grunn til å utvide arbeidsmiljølovens anvendelsesområde. En slik konkret grensedragning ligger imidlertid ikke i kjernen av forskningsspørsmålet og vil ikke bli belyst ytterligere, fordi informasjonsplikt her ses i lys av de rettsregler som gjelder for påberopelse av ugyldighet og mislighold.

I enkelte sammenhenger er arbeidsmiljølovens virksomhetsområde utvidet ved særskilt lovbestemmelse. Som angitt i aml. § 1-2 utvides virksomhetsområdet når «annet fremgår av loven». Et eksempel er arbeidsgivers forbud mot diskriminering i aml. kapittel 13, hvor det følger av aml. § 13-2 at diskrimineringskapittelet gjelder «alle sider ved arbeidsforholdet». Dette innebærer også ansettelsesprosessen, slik angitt i bestemmelsens første ledd nummer 1. De særskilte reglene om avskjæring av informasjonsplikt vil belyses ytterligere nedenfor.

Når det gjelder arbeidssøkers informasjonsplikt eksisterer det ingen direkte hjemmel i arbeidsmiljøloven som pålegger arbeidssøker en generell informasjonsplikt. En regulering av arbeidssøkers plikter overfor en potensiell arbeidsgiver må derfor i utgangspunktet søkes i annet rettsgrunnlag enn arbeidsmiljøloven.

Selv om loven ikke er direkte anvendelig, kan arbeidsmiljøloven og dens tilhørende rettskilder likevel være relevante. Årsaken er at avtaleretten og den alminnelige kontraktsretten er generelt utformet, hvor reglene må tilpasses rettsområdet som den enkelte kontrakten skal regulere. Dette illustreres i HR-2021-605-A Servitørdommens avsnitt 45, der det uttales at «[h]vilke krav partene kan stille påvirkes av det rettslige rammeverket for den aktuelle kontraktstypen». Som uttalt av Hemmingby, er «avtaleretten altså fleksibel med hensyn til ulike kontraktstyper.»²¹ Samtidig beskriver hun at arbeidsrett inneholder «så vidt mange spesielle fasetter og utgangspunkter at det også nødvendiggjør en egenartet tilnærming».²² Den ordinære avtalerettslige bindingen, det vil si arbeidsavtalen, må tolkes og forstås med henblikk på særlige arbeidsrettslige regler, hensyn og formål. Med andre ord fungerer arbeidsretten som bakgrunnsrett for den

¹⁸ Jakhelln (2007) s. 223.

¹⁹ Jakhelln (2007) s. 222-223.

²⁰ Skjønberg mfl. (2020) s. 117.

²¹ Hemmingby (2021) s. 215.

²² Hemmingby (2021) s. 216.

ordinære arbeidsavtalebindingen.²³ Den spesifikke avtaleinngåelsen mellom arbeidssøker og arbeidsgiver, må derfor avveies med henblikk på arbeidsrettens rettskilder.

2.2 Den ulovfestede lojalitetsplikten

Ettersom arbeidsmiljøloven ikke inneholder generelle informasjonspliktregler, vil det være de avtale- og kontraktsrettslige reglene som får direkte anvendelse for arbeidssøkers informasjonsplikt. Utgangspunktet for disse reglene er prinsippet om kontraktsfrihet, jf. Norske Lov (NL) 5-1-2. Som en konsekvens av kontraktsfriheten, har partene i utgangspunktet risikoen for egne forutsetninger og forventninger, slik forutsatt i Rt. 2002-1110 Bodum side 1118 og juridisk teori.²⁴ Skal arbeidssøker ha informasjonsplikt overfor arbeidsgiver må dette følge av særlige unntaksregler.

Problemstillingen blir om det eksisterer særlig rettsgrunnlag som kan gi opphav til informasjonsplikt for arbeidssøker i rekrutteringsprosessen.

I avtale- og kontraktsretten gjelder en ulovfestet regel om lojalitet i kontraktsforhold.²⁵ For arbeidsretten spesielt ble det, i Rt. 1990-607 side 614, uttalt at «det foreligger en alminnelig ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold». Dette er senere fulgt opp i Rt. 1993-300 og Rt. 1996-1401. Senest i HR-2021-605-A avsnitt 45 uttalte domstolen at «[o]gså for arbeidsavtaler gjelder den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold». Lojalitetsplikten vurderes også å være en grunnleggende forutsetning i arbeidsretten, basert på arbeidsrettslig teori.²⁶

Den ulovfestede lojalitetsplikten gjelder i utgangspunktet for etablerte kontraktsforhold, forstått slik at lojalitetsplikten etableres i og med avtalebindingen. Dette omfatter situasjoner hvor det foreligger en arbeidskontrakt mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For en arbeidssøker som har til hensikt å inngå en kontrakt med arbeidsgiver, er det den prekontraktuelle fasen som må vurderes.

Spørsmålet blir om den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold må utvides til også å gjelde for den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold.

²³ Hemmingby (2021) s. 220 med henvisning til HR-2020-1339-A.

²⁴ Haaskjold (2017) s. 67 og Hagstrøm (2011) s. 154.

²⁵ Rt. 2005-268 avs. 55, Hagstrøm (2011) s. 77 og 148, Hov og Høgberg (2017) s. 35, Simonsen (1997) s. 7 og 157, samt Woxholth (2014) s. 278.

²⁶ Bratholm (2013) s. 200, Dege (2009) s. 98, Eidsvaag (2009) s. 303 og Jakhelln (2007) s. 302.

2.2.1 Ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt

I likhet med lojalitetsplikten i kontraktsforhold eksisterer ingen direkte hjemmel for prekontraktuell lojalitet, verken i avtale- eller kontraktslovene. Det er imidlertid en rekke indirekte utslag av den prekontraktuelle lojalitetsplikten, både i avtaleloven (avtl.) så vel som kontraktslovene.

Avtaleloven § 33 er hjemmel for å ugyldiggjøre avtaler på grunnlag av omstendigheter som forelå før avtaleinngåelsen. Avtl. § 33 bygger på et grunnleggende premiss om lojalitet ved kontraktsinngåelser, fordi kontrahenten ikke kan gjøre gjeldende en avtale som «strider mot redelighet». Når kontraktspartene til en viss grad, ved redelighetsvilkåret, må ivareta motpartens interesser før avtaleinngåelsen, innebærer dette en lojalitetsplikt. Dette gjelder på lik linje for arbeidsavtaler som for andre avtaler. Avtaleloven inneholder også andre bestemmelser som bygger på tilsvarende lojalitetsbetraktninger, herunder avtl. § 30 om svik, § 32 om erklæringsvillfarelse og §§ 28 og 29 om tvang. I tillegg gjelder den ulovfestede læren om bristende forutsetninger, jf. Rt. 1999-922 Salhus Flytebru.

Videre eksisterer det i kontraktslovene flere rettsgrunnlag som etablerer informasjonsplikt. I denne sammenheng vises det til kjøpsloven (kjl.) § 19, avhendingslova (avhl.) § 3-7, husleieloven (husll.) § 2-4, håndverkertjenesteloven (hvtjl.) § 19, bustadoppføringsloven (buofl.) § 26 og forbrukerkjøpsloven (fkjl.) § 16. En grunnleggende forutsetning for rettsreglene er lojalitet i kontraktsforhold.²⁷ Et brudd på vilkårene for informasjonsplikt etter disse rettsreglene kan medføre kontraktsbruddvirkninger, slik som heving.²⁸ Selv om informasjonspliktreglene er misligholdsregler som først er anvendelige etter avtaleinngåelsen, med andre ord i kontraktsforhold, vil det ved en vurdering av opprinnelig informasjonsplikt i realiteten være et lojalitetskrav som stilles til forholdene før avtaleinngåelsen. Min vurdering er dermed at informasjonspliktreglene taler for at lojalitetsplikten også gjelder for den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold.

Undersøkes rettspraksis, er det spor av lojalitetsplikt i den prekontraktuelle fasen. Rt. 1984-28 Tromsø Sparebank gjaldt gyldigheten av en kausjonserklæring i forbindelse med en kassekreditt. Konkret vurderer domstolen informasjonsplikt i tilknytning til avtl. § 33, men uttrykker samtidig at saken rammes av den ulovfestede lojalitetsplikten. Det sentrale var at det forelå manglende opplysninger ved inngåelsen av kausjonserklæringen, det vil si prekontraktuelt. Selv om informasjonsplikt var vurdert i relasjon til bankvesenet, antas lojalitetsplikten å være tilsvarende ved andre kontraktsforhold. Dommen vurderes derfor å ha rettskildemessig betydning for prekontraktuell lojalitet, også i forbindelse med ansettelsesavtaler.

²⁷ Hov og Høgberg (2017) s. 34.

²⁸ Bl.a. kjl. § 30.

At lojalitet gjelder i hele kontraktfasen ble lagt til grunn i Rt. 1988-1078 Skipsgaranti. Saken gjaldt bortfall av kausjonsansvar grunnet manglende aktsomhet fra kreditor. Dommen presiserer på side 1084 at den gjensidige lojalitetsplikten og krav til aktsomhet «må gjelde ikke bare ved stiftelsen», men også «så lenge forpliktelsen består». Woxholth henviser til dommen, og mener at lojalitetsplikten kan ha virkning før avtaleinngåelsen.²⁹ I lys av dette kan det argumenteres at dommen bør forstås dithen at lojalitetsplikten også gjelder før avtalens stiftelsestidspunkt.

Rt. 1988-766 omhandler et arbeidsrettslig tilfelle. Saken gjaldt en arbeidssøker til et fire måneders vikariat, som unnlot å opplyse om at hun ville søke permisjon etter en måned. Etter inngåelse av arbeidsavtalen, men før tiltredelse, anførte arbeidsgiver at arbeidsavtalen var ugyldig. Domstolen konkluderte at det forelå bristende forutsetninger. Siden lojalitetsplikt er et grunnleggende premiss for forutsetningslæren, kan dommen til en viss grad argumenteres å gi uttrykk for grunnleggende prekontraktuell lojalitetsplikt. Selv om domsresultatet ville vært annerledes i dag, da graviditet ikke må opplyses om etter likestillings- og diskrimineringsloven (ldl.) § 30 jf. aml. § 13-4 tredje ledd, kan dommen tas til inntekt for at lojalitetsplikten gjelder for den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold.

Videre trekker rimelighetsbetraktninger også i retning av prekontraktuell lojalitetsplikt. Dersom en kontrahent hadde hatt kunnskap om medkontrahentens illojale atferd før avtaleinngåelsen, er det sterk tvil om partene ville hatt den vilje som skal til for å binde seg, sml. Rt. 2002-1110 Bodum side 1121. For å avbøte spenningsforholdet mellom forventninger og vilje, er det derfor rimelig å oppstille en slik lojalitetsplikt.³⁰

I et rettsøkonomisk perspektiv vil en manglende lojalitetsplikt kunne innebære økte transaksjonskostnader, fordi partene ved kontraheringen da vil være avhengige av profesjonell bistand for å unngå dårlige avtaler. Dette vil igjen svekke muligheten for å oppnå målsetningen om effektivitet og kostnadsbesparende prosesser.³¹ En regel som begrenser illojal atferd prekontraktuelt kan derfor anses å være rettsøkonomisk gunstig.

Samlet sett er min vurdering at lojalitetsprinsippet er et grunnleggende premiss for avtalers inngåelse, og at den nære sammenhengen mellom ovennevnte rettsregler antyder en grunn-

²⁹ Woxholth (2014) s. 278.

³⁰ Lilleholt (2017) s. 430.

³¹ Eide og Stavang (2018) kap. 4.1.

leggende prekontraktuell lojalitetsplikt. At juridisk teori synes å forutsette en regel om lojalitet i fasen før avtaleinngåelsen vurderes derfor som rimelig.³²

Spørsmålet blir hva lojalitetsplikten innebærer for arbeidssøker og arbeidsgiver i rekrutteringsprosessen.

2.2.2 Lojalitetspliktens innhold

Lojalitetsplikt innebærer at partene skal handle lojalt, samt unnlate å handle illojalt, før inngåelsen av et kontraktsforhold.³³ Hensikten med lojalitetsplikten er dermed å forhindre og korrigere uønsket atferd i form av handlinger og unnlater ved kontraheringsprosessen. For en arbeidssøker vil lojalitetsplikten kunne medføre informasjonsplikter, jf. Servitørdommens avsnitt 45.³⁴ Lojalitetsprinsippet kan med dette være et unntak fra det alminnelige utgangspunktet ved avtaleinngåelser, om at partene har risikoen for egne forutsetninger og forventninger.

Selv om arbeidsgiver har beslutningsmyndigheten ved en ansettelse, og derfor også besitter styrken i partsforholdet, vil manglende opplysninger fra arbeidssøker kunne sette arbeidsgiver i en ugunstig situasjon. Eksempelvis vil manglende opplysninger fra arbeidssøker kunne medføre at arbeidsgiver ansetter en person med kvalifikasjoner som ikke svarer til stillingens arbeidsoppgaver. For arbeidssøker vil lojalitetsplikten mer konkret innebære en begrensning i egen frihet til å velge hva man opplyser og fortier om i en rekrutteringsprosess.

Lojalitetspliktens rekkevidde må vurderes konkret i det enkelte tilfellet, hvor de skjønnsmessige og totale avveiningene må besvares med forholdenes individuelle karakter.³⁵ Som et alminnelig utgangspunkt, er min vurdering at klart illojale forhold omfattes av rettsregelen, men terskelen kan strammes til avhengig av kontraktsforholdets art og partens styrkeforhold.³⁶ Samtidig er det i Rt. 2005-268 Pan Fish avsnitt 55 uttrykt at «gjensidig lojalitet i kontraktsforhold er blitt tillagt økende vekt».³⁷

Partenes forventninger danner utgangspunktet for lojalitetspliktens rekkevidde.³⁸ Forventningene er dynamiske, og avhengige av samfunnets normalstandard.³⁹ I en arbeidsrettslig

³² Bratholm (2013) s. 200, Dege (2009) s. 98, Eidsvaag (2009) s. 303, Haaskjold (2017) s. 67, Hagstrøm (2011) s. 148, Jakhelln (2007) s. 226, Lilleholt (2017) s. 439, Simonsen (1997) s. 160, Skjønberg mfl. (2020) s. 118 og Woxholth (2014) s. 278.

³³ Woxholth (2014) s. 278.

³⁴ Tilsvarende Dege (2009) s. 98 og Eidsvaag (2009) s. 303.

³⁵ Hov og Høgberg (2017) s. 35-36 og Simonsen (1997) s. 162.

³⁶ Woxholth (2014) s. 278-279 med henvisning til Rt. 1995-1460, samt Hov og Høgberg (2017) s. 35-36.

³⁷ Med videre henvisning til Rt. 1988-1078, og tilsvarende i Hagstrøm (2011) s. 77.

³⁸ Simonsen (1997) s. 171-172.

³⁹ Simonsen (1997) s. 7.

kontekst er det arbeidsgivers berettigede forventninger som danner utgangspunktet for terskelkravet, jf. HR-2021-605-A avsnitt 45.⁴⁰ For arbeidsgiver kan lojalitetsplikten dermed innebære et ansvar om å uttrykke sine forventninger, og med dette gi arbeidssøker et «varsel».⁴¹ Dersom arbeidsgiver oppfordrer til informasjonsutveksling om konkrete forhold tilknyttet stillingen, hvor arbeidssøker unnlater å fortelle om forholdene, og med dette villeder arbeidsgiver, kan fortielsen argumenteres å utgjøre et brudd på arbeidsgivers berettigede forventninger. I tråd med dette uttrykker Simonsen at lojalitetsplikten er en villfarelsesregel.⁴²

I kjernen av lojalitetsplikten ligger det å skape tillit, jf. Rt. 1974-990. I arbeidsforhold kan tillitt argumenteres å være spesielt viktig, fordi det som oftest utgjør et varig kontraktsforhold, bestående av personlige ytelseelementer.⁴³ Lojalitetsplikten vurderes dermed å ha en sentral rolle i arbeidsforhold. Dege skriver at «[g]enerelt gjelder det i arbeidsforhold at både arbeidsgiver og arbeidstaker skal være fair mot hverandre. Det betyr at de også skal være ærlige slik at begge parter får best mulig kunnskap om hverandre som basis for avgjørelse om ansettelse, dog begrenset av hva som er relevant for stillingen.»⁴⁴ Det frie handlingsrommet som kontraktsfrihetsprinsippet oppstiller må til en viss grad begrenses i rekrutteringsprosessen, hvor det er min vurdering at arbeidssøker må oppfylle visse forventninger fra arbeidsgiver allerede før arbeidsavtaleinngåelsen.

3 Arbeidssøkers handlingsnorm

I det følgende skal vilkårene for arbeidssøkers informasjonsplikt, med utgangspunkt i lojalitetsplikten, bli fastlagt. Før dette vil særskilte forhold som er unntatt informasjonsplikt redegjøres for. HR-2021-605-A Servitørdommen danner bakteppet for disse vurderingene.

3.1 HR-2021-605-A Servitørdommen

Den 18. mars 2021 ble HR-2021-605-A Servitørdommen avsagt enstemmig. Saken gjaldt gyldighet av oppsigelse i prøvetid etter aml. § 15-6. Oppsigelsen var begrunnet med arbeidstakers manglende pålitelighet. Høyesterettsavgjørelsen danner grunnlag for å si noe om arbeidssøkers opprinnelige informasjonsplikt, selv om forholdet gjaldt etter tiltredelse, og således ikke direkte gjelder ugyldighet eller mislighold etter avtale- eller kontraktsrettslige regler.

⁴⁰ Bratholm (2013) s. 200 og Eidsvaag (2009) s. 303.

⁴¹ Dege (2009) s. 98.

⁴² Simonsen (1997) s. 173.

⁴³ Skjønberg mfl. (2020) s. 37 og Woxholth (2014) s. 278.

⁴⁴ Dege (2009) s. 98.

Høyesterett drøfter fire problemstillinger. I denne oppgaven vil den tredje problemstillingen til førstvoterende, om vurderingsnormen for arbeidssøkers informasjonsplikt, undersøkes nærmere. Under problemstillingen oppstilles rettssetninger som er av stor vekt for vurderingen av informasjonspliktens rekkevidde. Før den rettslige siden av saken drøftes i kapitlene nedenfor, vil sakens faktiske side bli presentert.

Saken gjaldt en 39 år gammel mann som ble oppsagt i prøvetiden hos restaurant 1 den 13. september 2018, jf. aml § 15-6. På bakgrunn av innlevert CV og søknad med attest fra restaurant 2, samt gjennomført intervju, ble mannen ansatt i en 100 prosent fast stilling som servitør den 27. juni 2018, med tre måneder prøvetid.

Mannens CV opplyste om en rekke arbeidsforhold, herunder arbeidsforholdet hos restaurant 2. I tillegg var det oppgitt at han de siste to årene kun hadde gjort noe privat som ikke var relevant for stillingen. Et konfliktfylt arbeidsforhold hos restaurant 5, avsluttet seks uker før sendt søknad, var ikke opplyst om. Informasjon om arbeidsforholdet ble heller ikke gitt av arbeidssøker under intervjuet. Arbeidssøker hadde med dette til dels løyet og til dels unnlatt å gi informasjon.

En nyansatt soussjef på restaurant 1, som også hadde jobbet på restaurant 5, fortalte om det konfliktfylte arbeidsforholdet litt over en måned etter ansettelsen av servitøren. Daglig leder ved restaurant 1 undersøkte da servitørens konfliktforhold med restaurant 5. En rekke graverende forhold ble påstått fra restaurant 5, via sms. Påstandene lot seg imidlertid ikke bevise. Servitøren hadde fått tilkjent erstatning i en annen rettskraftig tingrettsdom fra 2. oktober 2019, for uberettiget avskjedigelse fra restaurant 5. Forutsetningene fra lagmannsretten var dermed tilskåret, og høyesterettsdommens drøftelse er preget av tingrettens rettskraftige avgjørelse.

Høyesterett vurderte enstemmig at servitøren ikke hadde plikt til å informere om konflikten hos tidligere arbeidsgiver i rekrutteringsprosessen til restaurant 1. Det at mannen i sin CV oppga uriktig informasjon, om at han de to siste årene hadde utført private forhold uten relevans for stillingen, ble imidlertid vurdert som illojalt. På tross av det illojale forholdet ble domsresultatet i Høyesterett at det ikke var grunnlag for oppsigelse av servitøren i prøvetiden.

3.2 Informasjon unntatt informasjonsplikt

3.2.1 Informasjonspliktens gjenstand

Ikke alle opplysninger kan bli gjenstand for informasjonsplikt. En mulig avgrensning av arbeidssøkers informasjonsplikt er informasjonens relevans. Denne typen begrensning følger av avtl. § 33, som forutsetter at det må foreligge «omstendigheter». En slik forutsetning gjelder også i den alminnelige opplysningspliktregelen, sml. med ordlyden «forhold» i kjl. § 19 første ledd bokstav b. Betydningen av disse hjemmelsgrunnlagene vil bli drøftet i kapitlene under 3.3.

Informasjonens relevans innebærer en avgrensning til faktiske kjensgjerninger,⁴⁵ forstått som forhold slått fast med en form for sikkerhet. Gjenstanden for informasjonsplikt gjelder faktiske forhold så vel som rettslige forhold.⁴⁶ Som uttalt av Haaskjold vil hypoteser, formodninger, antakelser eller andre mer usikre vurderinger falle utenfor.⁴⁷ Faktiske kjensgjerninger kan være både positive og negative.⁴⁸ En arbeidssøker ønsker vanligvis å fremstille seg selv positivt for en potensiell arbeidsgiver, men også negative forhold vil kunne være pliktige å informere om.

Videre må informasjonsplikten avgrenses mot veiledning og rådgivning.⁴⁹ Haaskjold argumenterer at partene her, som ellers, bærer risikoen for egne forutsetning og forventninger.⁵⁰ Eksempelvis vil en arbeidsgiver i rekrutteringsprosessen selv måtte vurdere om virksomheten er tjent med arbeidsavtalen de er i ferd med å inngå. Arbeidssøker, på sin side, er ikke pliktig å gi råd om han selv bør ansettes i stillingen.

3.2.2 Arbeidsgivers innhenting av informasjon

En annen mulig avgrensning for arbeidssøkers informasjonsplikt knytter seg til de lovbestemte reglene om arbeidsgivers innhenting av informasjon ved ansettelse. Det eksisterer dermed lovfestede regler som avskjærer informasjonspliktens rekkevidde.

En relevant lovbestemmelse er aml. § 13-4, om innhenting av opplysninger ved ansettelse. Bestemmelsen utvider anvendelsesområdet for arbeidsmiljøloven til også å gjelde «ansettelser», sml. aml. § 1-2. Direkte regulerer hjemmelen arbeidsgivers rettigheter og begrensninger til innhenting av personopplysninger ved ansettelse. I første ledd siste punktum oppstiller bestemmelsen at arbeidsgiver ikke kan «innhente slike opplysninger på annen måte». Grunnet den indre sammenhengen mellom arbeidsgivers rett til innhenting av informasjon, og arbeidssøkers informasjonsplikt, vil bestemmelsens grensdragninger være indirekte relevant for oppgavens forskningsspørsmål. Opplysninger som arbeidsgiver ikke kan innhente, kan de heller ikke spørre om å få utlevert av arbeidssøker, jf. HR-2021-605-A avsnitt 44. Aml. § 13-4 kan på denne måten avskjære arbeidssøkers informasjonsplikt.

Som Høyesterett angir i avsnitt 44, vil det derfor «som hovedregel ikke [være] tillatt å spørre om graviditet, livssyn, etnisitet, funksjonsnedsettelse og seksuell orientering, jf. likestillings- og diskrimineringsloven § 30.» Det er imidlertid noen spesialunntak, slik som oppstilt i aml. §

⁴⁵ Haaskjold (2017) s. 67, Hagstrøm (2011) s. 154 og Woxholth (2014) s. 274.

⁴⁶ Haaskjold (2017) s. 68, samt Hov og Høgberg (2017) s. 149.

⁴⁷ Haaskjold (2017) s. 67.

⁴⁸ Haaskjold (2017) s. 68, Hov og Høgberg (2017) s. 149, samt Meder og Weltzien (2020) s. 428.

⁴⁹ Haaskjold (2017) s. 67 og Hagstrøm (2011) s. 154.

⁵⁰ Haaskjold (2017) s. 67.

13-4 andre ledd og ldl. § 30 andre og tredje ledd. Tilsvarende begrensninger gjelder ved «politiattest (...) med mindre det er hjemmel for det, jf. politiregisterloven § 37 jf. § 36 første ledd», jf. avsnitt 44. Hertil kommer opplysninger om politiske spørsmål eller medlemskap i arbeidstakerorganisasjon, jf. aml. § 13-4 første ledd.

For rekrutteringsprosessen gjelder også aml. § 9-3 om innhenting av helseopplysninger. Helseopplysninger må etter forarbeidene forstås som informasjon som kartlegger nåværende og fremtidig helsetilstand.⁵¹ Bestemmelsen oppstiller et nødvendighetskriterie sett i sammenheng med stillingens arbeidsoppgaver. Samme betraktning følges opp i aml. § 9-4 om medisinske undersøkelser av arbeidssøkere, hvor en slik rett må følge av «lov eller forskrift», være «nødvendig for å verne liv og helse», eller at stillingen innebærer «særlig risiko». Bestemmelsene er med andre ord strenge unntaksregler. For disse personvernreglene vil også utlevering fra arbeidssøker være forbudt, fordi samtykke ikke er tilstrekkelig.⁵²

Kredittforhold, sluttattester, referanser, tester eller lignende kan arbeidsgiver spørre om,⁵³ men arbeidssøker er nok ikke pliktig å utlevere denne type informasjon. Det må i så fall foreligge et behandlingsgrunnlag, jf. personvernforordningens (GDPR) artikkel 6 nr. 1 jf. personopplysningsloven (pol.) § 1. Etter bokstav a er samtykke fra arbeidssøker aktuelt, hvor en forutsetning for samtykke er at det er gitt frivillig. Dette er likevel bare ett av flere behandlingsgrunnlag. Personvernopplysningsloven og personvernforordningen kan med dette begrense hvilken informasjon arbeidsgiver kan behandle og kreve utlevert av arbeidssøker.

Arbeidsgiver kan heller ikke kreve utlevering av informasjon på en måte som setter arbeidssøker i en straffbar situasjon.⁵⁴ En arbeidssøker kan ikke forventes å bryte loven for å oppfylle arbeidsgivers forventninger, da dette er klart rettsstridig.

3.3 Etablering av vilkårene for arbeidssøkers handlingsnorm

Til tross for ovennevnte avskjæringer, er det en stor mengde forhold som kan være gjenstand for arbeidssøkers informasjonsplikt. Når formålet med denne oppgaven er å etablere grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt gjennom reglene i avtale- og kontraktsretten, må de resterende forhold som kan være gjenstand for informasjonsplikt vurderes med utgangspunkt i den ulovfestede lojalitetsplikten, slik angitt i kapittel 2.2.

⁵¹ NOU 2001:4 s. 12 og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 314.

⁵² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 149 og 314, samt Meder og Weltzien (2020) s. 250 og 252.

⁵³ Dege (2009) s. 109-110.

⁵⁴ Straffeloven, samt Meder og Weltzien (2020) s. 16.

For å besvare forskningsspørsmålet om hva som er de materielle grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen, vil lojalitetspliktens rekkevidde drøftes med utgangspunkt i de ulike hjemmelsgrunnlagene for ugyldighet og mislighold. Det sentrale blir å etablere vilkår til en handlingsnorm for arbeidssøker, som tar utgangspunkt i de ulike avtale- og kontraktsrettslige grunnlagene for informasjonsplikt. Først vil det redegjøres for hva som følger av de ulike rettsreglene.

3.3.1 De ulike avtale- og kontraktsrettslige grunnlagene

Avtalelovens § 33 har fått en rettslig posisjon som den typiske hjemmel for å ugyldiggjøre avtaler på bakgrunn av mangelfulle eller tilbakeholdte opplysninger ved avtaleinngåelsen.⁵⁵ Hjemmelen gjelder også arbeidssøkere.⁵⁶ Ugyldighetsbestemmelsen er fundamentert på lojalitetsprinsippet, som fungerer som retningslinje for tolkningen av hjemmelen.⁵⁷ I etableringen av vilkårene for informasjonsplikt ved inngåelse av arbeidsavtaler må det ses til denne hjemmelen.

Det følger av avtl. § 33 at en avtale ikke er bindende mellom partene hvis den som inngår avtalen «maa antages, at han kjente til» noen «omstændigheter» på avtaleinngåelsestidspunktet, og det ville «stridende mot redelighet eller god tro» å holde fast ved avtalen grunnet disse omstendighetene.⁵⁸ Dersom det etter en nærmere vurdering av vilkårene foreligger slike særskilte opplysninger som ikke har blitt uttrykt ovenfor medkontrahenten, kan en arbeidsavtale bli ansett ugyldig før tiltredelse i stillingen, sml. Rt. 2004-76 Allmennlærer avsnitt 47.

På den objektive siden er det avgjørende om «forholdet strider mot redelighet». Redelighetsvurderingen er sammensatt, og består av arbeidsgivers typiske og rimelige forventninger.⁵⁹ Forventningslæren står altså sentralt i vurderingen, og må drøftes i lys av en rekke momenter. I tillegg er det for redelighetsvurderingen alminnelig antatt at det utføres en vurdering av partenes motivasjon for avtaleinngåelsen, som innebærer et innvirkningskriterie.⁶⁰

På den subjektive siden forutsettes det at arbeidssøker «må antas, at han kjente til». Det er solid rettskildemessig dekning for å forstå kravet som simpel uaktsomhet, jf. Rt. 1984-28 og juridisk teori.⁶¹

⁵⁵ Hagstrøm (2011) s. 148 og 152, samt Lilleholt (2017) s. 434.

⁵⁶ Dege (2009) s. 98 og Eidsvaag (2009) s. 303.

⁵⁷ Woxholth (2014) s. 280.

⁵⁸ Hagstrøm (2011) s. 148 og Woxholth (2014) s. 266-267.

⁵⁹ Woxholth (2014) s. 275.

⁶⁰ Woxholth (2014) s. 266 og Hagstrøm (2011) s. 148-149.

⁶¹ Haaskjold (2017) s. 74, Hagstrøm (2011) s. 163 med henvisning til Stang, og Woxholth (2014) s. 270-271.

I norske kontraktslover eksisterer en rekke bestemmelser som fastlegger regler om informasjonsplikt. Det vises her til avhl. § 3-7, husll. § 2-4, hvtjl. § 19, buofl. § 26 og fkjl. § 16. Videre er det antatt at kjl. § 19 første ledd bokstav b om «som den er – kjøp» må gjelde også i andre kjøpstilfeller uten forbehold, basert på en mer til det mindre betraktning.⁶² Ut ifra den allmenne lovfestingen av informasjonsplikt i kontraktslovene, har det i juridisk teori blitt forutsatt en alminnelig regel for informasjonsplikt i kontraktsforhold,⁶³ som også forutsettes i denne oppgaven.

Til utformingen av den alminnelige informasjonspliktregelen sammenlignes det med kjl. § 19 første ledd bokstav b. Som blant annet uttalt i forarbeidene har håndverkertjenesteloven tatt utgangspunkt i kjøpsloven.⁶⁴ Kjøpsloven vil derfor i denne oppgaven antas å gi uttrykk for det alminnelige. Informasjonspliktregelen har både objektive og subjektive vilkår, som springer ut av lojalitetsbetraktninger.⁶⁵

Objektivt må det foreligge forsømmelse av opplysninger om «vesentlige forhold» som det var «grunn til å rekne med å få» og som «kan antas å ha innvirket» på avtaleinngåelsen. Dette fremstår tilsynelatende som tre kumulative vilkår, som i realiteten innebærer et vesentlighetskrav bestående av et forventningselement og et innvirkningselement.⁶⁶ Den indre sammenhengen mellom vesentlighetskravet og de to andre elementene er så nært knyttet at vesentlighetskravet kan oppfattes som overflødig. I likhet med dette er det heller ikke i avhl. § 3-7 eksplisitt uttrykt et vesentlighetsvilkår, da det indirekte følger av de to elementene. Dersom det foreligger en berettiget forventning om spesifikk informasjon, og informasjonen ville ha innvirket på avtaleinngåelsen, kan opplysningene normalt vurderes som vesentlige for avtalen.

Subjektivt er det nødvendig at kontrahenten «måtte kjenne til» opplysningene, sml. kjl. § 19 første ledd bokstav b. I Rt. 2002-696 Nebb side 702 er det lagt til grunn at uttrykket må forstås som en normativ regel. Dommen ble fulgt opp i Rt. 2002-1110 Bodum. Ut ifra en sammenfatning av rettspraksis har juridisk teori tolket «måtte kjenne til» som et krav til grov uaktsomhet.⁶⁷

Videre kan avtl. §§ 30 og 36, eller læren om bristende forutsetninger, anvendes som rettslig utgangspunkt for å konstatere en avtale som ugyldig, inngått med brudd på opprinnelig informasjonsplikt.⁶⁸ Hjemmelsgrunnlagene har derimot ikke blitt anvendt opp mot informasjonsplikt

⁶² Haaskjold (2017) s. 67, Hagstrøm (2011) s. 148, samt Hov og Høgberg (2017) s. 149.

⁶³ Haaskjold (2017) s. 67, Hagstrøm (2011) s. 148 og Lilleholt (2017) s. 436.

⁶⁴ Ot.prp.nr.29 (1988-1989) s. 35.

⁶⁵ Hov og Høgberg (2017) s. 34.

⁶⁶ Haaskjold (2017) s. 69 og Hagstrøm (2011) s. 155.

⁶⁷ Haaskjold (2017) s. 73 og Hagstrøm (2011) s. 162-163.

⁶⁸ Dege (2009) s. 98 og Lilleholt (2017) s. 434.

i særlig grad, og i en oppgave av dette omfanget vil det derfor avgrenses mot å belyse disse hjemlene ytterligere.

3.3.2 Fra vilkårene for de ulike regelsettene til arbeidssøkers handlingsnorm

De ulike reglene i avtale- og kontraktslovene har, ut ifra det som er fremstilt over, forskjellige vilkår rent språklig. At det er forskjeller, gjelder også rettsvirkningssiden. Rettsvirkningen etter avtl. § 33 er ugyldighet. Kontraktslovenes rettsvirkning er derimot mislighold og misligholds-sanksjoner, herunder heving. Reglene om oppsigelse og avskjed i arbeidsmiljøloven §§ 15-6, 15-7 og 15-14 har på sin side som rettsvirkning å opphøre arbeidsforholdet. Den rettslige reguleringen av opprinnelig informasjonsplikt er med andre ord ikke homogen.⁶⁹

Som utgangspunkt må vurderingen av arbeidssøkers informasjonsplikt dermed ses opp mot rettsvirkningene som arbeidsgiver søker å oppnå, og hvilke regler som er anvendelige. Begrunnelsen er at forskjellene på rettsvirkningssiden, herunder ugyldighet, mislighold, oppsigelse og avskjed, kan ha resultert i ulike utslag i vilkårene for reglene. I tråd med dette uttrykker Lilleholt at ugyldighetsregler «er ein meir inngripande verknad, og at vilkåra dermed kan vera strengare.»⁷⁰ Det kan derfor argumenteres at det er en kobling mellom vilkår og rettsvirkninger for de ulike informasjonspliktreglene. Enkelte i juridisk teori hevder imidlertid at det må være en større likhet og sammenheng mellom reglene enn formuleringene rent språklig kan tilsi.⁷¹

Problemstillingen blir om avtalelovens § 33 og den alminnelige opplysningsplikten i kontraktsforhold kan forenes til en handlingsnorm for arbeidssøkers informasjonsplikt.

Som påpekt av Hagstrøm virker ulikhetene i terskelkravet for informasjonsplikt å være uheldig, da regelsettene i realiteten regulerer samme opprinnelige forhold.⁷² Hagstrøm argumenterer at det heller ikke er grunnlag for et slikt skille i rettspraksis, og kommer til at ulike rettsvirkninger ikke er avgjørende for forståelsen av vilkårene. Tilsvarende uttaler Woxholth, med henvisning til Hagstrøm, at «terskelen for ugyldighet og mislighold i [opplysningspliktilfellene] ligger på samme nivå.»⁷³ Videre legger Hov og Høgberg til grunn at reglene i det store og hele innholdsmessig er det samme.⁷⁴

Etter mitt syn fremstår disse teoretiske tolkningene rimelige, tatt i betraktning at det objektive redelighetskravet i avtl. § 33 og vesentlighetskravet i den alminnelige opplysningsplikten i

⁶⁹ Woxholth (2014) s. 272.

⁷⁰ Lilleholt (2017) s. 436 og tilsvarende Hov og Høgberg (2017) s. 153.

⁷¹ Hagstrøm (2011) s. 149, Hov og Høgberg (2017) s. 152 og Woxholth (2014) s. 272.

⁷² Hagstrøm (2011) s. 149 og 152.

⁷³ Woxholth (2014) s. 273.

⁷⁴ Hov og Høgberg (2017) s. 152-153.

hovedsak er sammenfallende, hvor begge terskelkravene beror på en vurdering av et forventningskriterie og et innvirkningskriterie. Rettsreglene er videre fundamentert på det grunnleggende lojalitetsprinsippet.⁷⁵ Når rettsreglene bygger på samme utgangspunkt om lojalitet, kan det argumenteres for at de ulike rettsreglene bør forstås på samme måte. Det er likevel ingen klar løsning ut ifra disse rettskildene, hvor rettspraksis for arbeidssøkers informasjonsplikt må undersøkes nærmere.

Nylig ble HR-2021-605-A Servitørdommen rettskraftig avgjort. Som vist til i kapittel 3.1, drøftet Høyesterett vilkårene for arbeidssøkers informasjonsplikt i forbindelse med oppsigelse i prøvetiden, jf. aml. § 15-6. Konkret omhandlet dommen opprinnelig informasjonsplikt i et etablert arbeidsforhold. I denne sammenheng er det interessant å drøfte om vilkårene for informasjonsplikt i domspremissene kan få betydning for tilfeller før tiltredelse, tilknyttet avtale- og kontraktsrettslige regler om ugyldighet og mislighold. Hvorvidt dommens premisser om informasjonsplikt i avsnitt 42-55 skal få avgjørende betydning for fastleggelsen av arbeidssøkers handlingsnorm, beror på en tolkning av dommens rekkevidde.

Problemstillingen blir om de vilkår og betraktninger som Høyesterett uttrykker i HR-2021-605-A er anvendelige for arbeidssøkers handlingsnorm for informasjonsplikt etter avtale- og kontraktsrettslige regler.

Servitørdommen var en oppsigelsessak i prøvetiden etter aml. § 15-6. Uten å vidløftig analysere dommens premisser, vurderes det som rimelig å anta at informasjonspliktens vilkår og terskelkrav er avgrenset til nettopp prøvetidsoppsigelser. For å fravike utgangspunktet om at premisene er tilknyttet det konkrete opphørstilfellet, må det foreligge gode argumenter.

Høyesteretts premisser i 42-55 er generelt utformet, der drøftelsen av rettsregelen ikke er spesifisert mot en rettsvirkning. Domstolen omtaler her arbeidssøkers opprinnelige informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen. Først i avsnitt 56 rettes søkelyset mot oppsigelsen som sådan, hvor tilleggsvilkårene for oppsigelse i prøvetiden etter aml. § 15-6 oppstilles. Betraktningene om arbeidssøkers informasjonsplikt før oppsigelsesvurderingen, kan derfor antas å gjelde uavhengig av rettsvirkningen som søkes oppnådd i den konkrete saken. Domspremissene om informasjonsplikt vurderes etter mitt syn å gjelde like så fullt for ugyldighetsregelen og den alminnelige opplysningsplikten i kontraktsforhold.

En innvending mot en slik prejudikatsvirkning kunne vært Høyesteretts rolle som den dømmende makt. Høyesteretts rolle har imidlertid endret seg til å inneha en mer rettsskapende og

⁷⁵ Hov og Høgberg (2017) s. 34 og Woxholth (2014) s. 280.

avklarende funksjon, der domstolen ikke bare avgjør konkrete saker.⁷⁶ Det er som Høgberg uttaler at «Høyesterett har et særlig ansvar for rettsutvikling, rettsavklaring og rettsenhet».⁷⁷ Høyesterettsdommers prejudikatsvirkning kan derfor ha betydning utover den konkrete saken. Da er det heller ikke utenkelig, at Høyesteretts uttalelser i Servitørdommen må tillegges generell virkning utover den konkrete prøvetidsoppgiselsen av servitøren etter aml. § 15-6.

Når domstolen vurderer hvilke krav som må stilles til opprinnelig informasjonsplikt på rekrutteringstidspunktet, vil det etter mitt syn være kunstig å avgrense drøftelsen til informasjonsplikt som kun gjelder for oppsigelsestilfeller. På rekrutteringstidspunktet må arbeidssøker oppfylle alle rettslige grunnlag i avtale-, kontrakts- og arbeidsretten som på et senere tidspunkt kan bli aktuelt for arbeidsgiver å påberope. Det vurderes som hensiktsmessig å oppstille et felles utgangspunkt, fundamentert på de samme betraktninger som etter ugyldighet og misligholdstilfellene. Det vil da kunne skapes bedre rettsenhet i forholdet mellom avtale-, kontrakts- og arbeidsrett. Deretter kan et ekstra regelsett med vilkår for opphørstilfeller grunnet arbeidsmiljølovens særlige stillingsvernsregler i aml. §§ 15-6, 15-7 og 15-14 etableres, slik Høyesterett gjør i Servitørdommens avsnitt 56. Særlige arbeidsrettslige hensyn vil på denne måten kunne få utslag etter tiltredelse, gjennom arbeidsmiljølovens særegne opphørsregler.

Videre er det sentralt å påpeke at det rettslige utgangspunktet i Servitørdommen er lojalitetsplikt, jf. avsnitt 45. Lojalitetsplikten er også, som uttalt i kapittel 2.2.1, utslagsgivende i både ugyldighet- og misligholdsreglene. Siden reglene bygger på det samme grunnleggende utgangspunktet, trekker derfor lojalitetsplikten i retning av at domstolens prejudikat om arbeidssøkers informasjonsplikt ikke nødvendigvis er avgrenset til oppsigelsestilfeller.

En sentral innvending mot en generell handlingsnorm for arbeidssøkers informasjonsplikt, kan være at en slik norm vil innebære en skjerpelse av terskelkravet som ellers har blitt praktisert for ugyldighetsregelen i avtl. § 33. Som nevnt ovenfor, er det solid rettskildemessig dekning for å forstå avtalelovens § 33 med et subjektivt krav til uaktsomhet.⁷⁸ Dette til forskjell fra hva som for eksempel gjelder for det subjektive terskelkravet etter den alminnelige opplysningspliktregelen, hvor terskelen må forstås som et krav til grov uaktsomhet.⁷⁹

Avtalelovens § 33 stenger likevel ikke for at det subjektive terskelkravet for informasjonsplikt kan være ulikt på ulike rettsområder. Det er derfor ikke utenkelig at arbeidsrettens særlige hensyn, om blant annet inkludering i aml. § 1-1, kan legitimere en skjerpelse av aktsomhetskravet

⁷⁶ Andenæs (2009) s. 84 med henvisning til Carsten Smith, og Høgberg (2019) s. 262-264.

⁷⁷ Høgberg (2019) s. 272.

⁷⁸ Haaskjold (2017) s. 74, Hagstrøm (2011) s. 163 med henvisning til Stang, og Woxholth (2014) s. 270-271.

⁷⁹ Haaskjold (2017) s. 73 og Hagstrøm (2011) s. 162-163.

for avtl. § 33. Et grovt uaktsomhetskrav vurderes å samsvare bedre med inkluderingshensynet som informasjonspliktregelen må ivareta, jf. aml. § 1-1 bokstav f. Dersom kun et simpelt uaktsomhetskrav legges til grunn vil flere kunne falle utenfor arbeidslivet, fordi arbeidssøkere ved et slikt terskelkrav vil ha en mer utvidet plikt til å informere om forhold som tenkelig kan medføre at de ikke blir ansatt, sml. HR-2021-605-A avsnitt 54. Med henblikk på inkluderingshensynet vurderes et krav til simpel uaktsomhet å legge en for stor del av byrdefordelingen, tilknyttet informasjonsutveksling, på arbeidssøker ved ansettelse.

Dege synes med ordlyden «burde ha forstått» å anta at et krav til simpel uaktsomhet er tilstrekkelig for å konstatere en ugyldig avtale etter avtl. § 33, men han drøfter ikke en generell handlingsnorm i rekrutteringsprosessen.⁸⁰ Meder og Weltzien sin formulering «må vite», kan derimot tolkes i retning av et skjerpet aktsomhetskrav.⁸¹ Terskelkravet for arbeidssøkers informasjonsplikt er imidlertid ikke vidløftig drøftet. Etter min vurdering kan arbeidsrettslig teori derfor ikke tillegges stor vekt for å belyse Servitørdommens rekkevidde.

Til tross for at Servitørdommens rekkevidde er uklar, vurderes argumentene samlet sett å trekke i retning av at domspremissene er relevante for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt etter avtale- og kontraktsrettslige regler. Premissene i avsnitt 42-55 antas å gi uttrykk for en generell handlingsnorm for arbeidssøkers informasjonsplikt.

3.3.3 Det objektive vesentlighetsvilkåret

I Servitørdommens avsnitt 52 oppstilles følgende krav: «Uansett må det være en forutsetning for informasjonsplikt at det gjelder spørsmål som arbeidssøker måtte forstå var av *vesentlig betydning* for ansettelsen.»⁸² Det objektive vilkåret er derfor om den utelatte informasjonen var av «vesentlig betydning» for arbeidsgivers beslutningsgrunnlag ved ansettelsen.

Til sammenligning, som beskrevet under kapittel 3.3.1, er det objektive kravet til informasjonsplikt i den alminnelige kontraktsretten et vesentlighetsvilkår, sml. kjl. § 19 første ledd bokstav b. Et lignende terskelkrav er utformet for avtl. § 33 sitt redelighetskrav.⁸³

Problemstillingen blir når informasjonen fra arbeidssøker er av vesentlig betydning for arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag.

⁸⁰ Dege (2009) s. 98.

⁸¹ Meder og Weltzien (2020) s. 428.

⁸² Min kursivering.

⁸³ Woxholth (2014) s. 273 og 275.

Innledningsvis må det undersøkes hva som ligger i begrepet vesentlig betydning. Ordlyden vesentlig tyder på at informasjonen må være essensiell eller fundamental for beslutnings-grunnlaget. Samtidig er det ikke behov for at opplysningene er strengt tatt nødvendige. Rent språklig trekker vesentlighetsvilkåret i retning av en nokså høy terskel.

I tråd med en slik tolkning uttrykker juridisk teori at det ikke er tilstrekkelig at informasjonen er relevant og interessant.⁸⁴ En slik betraktning følger videre av det grunnleggende utgangspunktet om risikoen for egne forutsetninger og forventninger. Dersom alle relevante opplysninger må uttrykkes til medkontrahenten, vil utgangspunktet om risikoen for egne forutsetninger være illusorisk. Samtidig vil en plikt til å opplyse om alle relevante opplysninger i rekrutteringsprosessen være umulig å gjennomføre i praksis. Det er nok derfor Dege skriver at «[d]et generelle er at arbeidstaker er pliktig til å gi de opplysninger som er relevante for stillingens karakter, forstått på den måte at det avgjørende er om arbeidsgiver ville ha ansatt vedkommende hvis opplysninger var gitt på forhånd.»⁸⁵

Innholdet i Deges sistnevnte utsagn vurderes imidlertid som ikke tilstrekkelig for å oppfylle kravet til vesentlig betydning slik det kommer til uttrykk i HR-2021-605-A. At en opplysning er «relevant» er ikke ensbetydende med at opplysningen er «vesentlig». Selv om Dege mener at relevant må forstås som avgjørende for arbeidsavtaleinngåelsen, er min vurdering at rettsanvenderen må være tilbakeholden med bruk av denne vurderingsnormen. Til illustrasjon vil arbeidssøkers informasjon om hull i CV, ut ifra Deges forståelse, anses å være relevant fordi flere arbeidsgivere antakelig vil kvie seg for å ansette arbeidssøkeren. Det betyr likevel ikke at hull i CV bør vurderes som vesentlig. Eksempelet viser at en arbeidsgiver vil kunne være tilbakeholden med ansettelse lenge før arbeidssøkers informasjon er vesentlig, og terskelkravet «vesentlig betydning» vil derfor ikke samsvare med Deges vurderingsnorm. Terskelen må forstås som et høyere krav enn hvorvidt informasjonen ville vært avgjørende for om arbeidsgiver ville ansatt arbeidssøker.

Det avgjørende for en slik tolkning må være at et høyt terskelkrav kan utledes av Servitørdommens egne premisser. For det første tyder utgangspunktet i avsnitt 52 på at det «først og fremst» er arbeidsgivers ansvar å klargjøre hvilken informasjon som er sentral for arbeidssøker å opplyse om. Når definisjonsmakten, i form av oppfordringer, i hovedsak er gitt til arbeidsgiver, kan dette tyde på at det må mye til for at arbeidssøker får et selvstendig informasjonspliktansvar. Dersom ingen direkte oppfordring foreligger, må forholdene i seg selv være så vesentlige at det er rimelig å forstå at arbeidsgiver hadde forventninger om å få opplysningen, jf. Servitørdommens avsnitt 51.

⁸⁴ Haaskjold (2017) s. 68 og Meder (2021).

⁸⁵ Dege (2009) s. 98.

Videre tyder Høyesteretts konkrete avveining i Servitørdommen på at vesentlighetskravet må forstås som et høyt terskelkrav. Servitørens avskjed fra det konfliktfylte arbeidsforholdet ved restaurant 5 ble av tingretten rettskraftig avgjort som ugyldig. Oppsigelsen av servitøren fra restaurant 1, som var basert på fortielsen om arbeidsforholdet ved restaurant 5, var derfor begrunnet på et omstridt faktum. Til tross for at både servitørens arbeidserfaring og den potensielle arbeidskonflikten hos restaurant 5 var av interesse for arbeidsgivers beslutningsgrunnlag, noe arbeidssøker måtte forstå, var dette ikke nok for Høyesterett til å konstatere en informasjonsplikt overfor arbeidsgiver. Høyesterett vurderte at arbeidsgiver ikke kan forvente å få utlevert informasjon om uklare og omstridte faktiske forhold uten direkte oppfordring. Dersom arbeidssøker i dette tilfellet måtte informere om disse omstendighetene, ville han med stor sannsynlighet falle utenfor arbeidslivet, på bakgrunn av en konflikt han ikke nødvendigvis var skyld i. For at arbeidssøkers informasjon skal kunne kategoriseres som av vesentlig betydning, må det utføres en mer konkret vurdering av innvirknings- og forventingselementet, slik det kommer til uttrykk i Servitørdommens premisser.

3.3.3.1 *Innvirkningselementet*

I HR-2021-605-A avsnitt 52 oppstiller Høyesterett at informasjonen fra arbeidssøker må være av «vesentlig betydning» for beslutningsgrunnlaget til arbeidsgiver. Ordlyden «betydning» tolkes i denne sammenheng som informasjonens innvirkning og relevans for arbeidsavtalens inngåelse. Domstolen vurderes med dette å forutsette et innvirkningskriterie.

Til sammenligning, som uttrykt i kapittel 3.3.1, er et innvirkningskriterie lagt til grunn for den alminnelige kontraktsretten. En forutsetning er at «unnlåtelsen kan antas å ha innvirket», sml. kjl. § 19 første ledd bokstav b. Innvirkningskriteriet må forstås som en kausalitetsvurdering.⁸⁶ Den samme forståelsen følger av avtl. § 33. Rent språklig kan det ikke ut ifra avtl. § 33 utledes en regel om motivasjon for avtaleinngåelsen, men dette følger klart av gjeldende rett.⁸⁷

Servitørdommens avsnitt 52 vurderer i hvilken grad servitørens unnlatte informasjon om arbeidsforholdet ved restaurant 5 innvirket på arbeidsgiver ved restaurant 1 sitt beslutningsgrunnlag. Det avgrenses mot mer perifere opplysninger.

Problemstillingen blir hva som skal til for at arbeidssøkers informasjon har tilstrekkelig grad av innvirkning på arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag.

⁸⁶ Haaskjold (2017) s. 69 og Hagstrøm (2011) s. 155.

⁸⁷ Woxholth (2014) s. 266 og Hagstrøm (2011) s. 148-149.

Utgangspunktet for vurderingen av innvirkningselementet må drøftes med henblikk på de konkrete misligholdte opplysningene som kontrahenten mener skulle vært opplyst om ved inn-gåelsen.⁸⁸ I denne sammenheng må opplysningene vurderes i lys av hvorvidt arbeidsgivers beslutningsgrunnlag ville vært vesentlig endret med faktisk kunnskap om informasjonen. Dersom den manglende eller tilbakeholdte informasjonen er uten betydning for avtaleinngåelsen, er det uansett ikke rimelig å kreve at arbeidssøker oppgir informasjonen.⁸⁹ Graden av årsakssammenheng mellom informasjonen som ikke ble utlevert av arbeidssøker og det forhold at arbeidsavtalen ble inngått, kan derfor medvirke til at vesentligvilkåret er oppfylt. Det er som juridisk teori beskriver, at «[o]pplysningsplikten beror på om kjensgjerningene ligger nærmere eller fjernere det kontrakten direkte gjelder».⁹⁰

I Servitørdommens avsnitt 51 drøftes innvirkningselementet. Førstvoterende presiserer at vurderingen vil «avhenge av om forholdet må anses å være av direkte relevans for arbeidssøkers egnethet for stillingen.» Relevans forstås i denne sammenheng som informasjonens betydning for arbeidssøkers egnethet til å utføre arbeidsoppgavene. I samme avsnitt vises det også til ordlyden «indirekte relevans». Når domstolen benytter seg av begrepene direkte og indirekte har dette til hensikt å belyse hvilken grad av innvirkning informasjonen har på arbeidssøkers egnethet for stillingen.

Spørsmålet blir hvilken rettslig betydning Høyesteretts skille mellom direkte og indirekte forhold skal tillegges ved fastleggelsen av innvirkningselementet.

Med direkte betydning viser Høyesterett i avsnitt 50 til at forholdene må ligge nært til «faglige kvalifikasjoner og arbeidserfaringer som er direkte relevante for stillingen». Indirekte er ikke definert, men den antitetiske slutningen er at det er forhold som faller utenfor definisjonen av direkte. Høyesterett som rettskilde må tillegges atskillig vekt, og det kan derfor umiddelbart tenkes at kategoriseringen har stor betydning for vurderingen av innvirkningskriteriet. Til tross for at kategoriseringen til førstvoterende ikke er skarp, kan sontringen gi uttrykk for innvirkningsgraden av den konkrete informasjonen på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag. Normalt vil det være slik at arbeidssøkers informasjon av direkte betydning, har stor grad av innvirkning på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag om arbeidssøkers egnethet for stillingen. Indirekte vurderes derimot å bety at informasjonen har mindre innvirkning.

Likevel er nok førstvoterendes hensikt med kategoriseringen å pedagogisk forenkle vurderingen for rettsanvenderen. Det er stor forskjell på graden av innvirkning innad i kategoriene

⁸⁸ Haaskjold (2017) s. 69.

⁸⁹ Dege (2009) s. 98, Eidsvaag (2009) s. 304-305, Woxholth (2014) s. 266 og Hagstrøm (2011) s. 148-149.

⁹⁰ Hagstrøm (2011) s. 156.

direkte og indirekte forhold. Etter min vurdering bør derfor merkelappene direkte og indirekte ikke ha styrende betydning for vurderingen av informasjonens innvirkningsgrad. Det sentrale kriteriet vurderes å være de konkrete grensedragningene og skjønnsmessige avveiningene tilknyttet betydningen av informasjonen for arbeidsavtaleinngåelsen, ikke kategorien informasjonen kan plasseres i.

Dette understrekes av Høyesterett selv, når domstolen i avsnitt 51 beskriver at «[d]et er uansett ingen skarp grense mellom informasjon direkte relatert til faglige kvalifikasjoner og informasjon om andre og mer perifere forhold, og vurderingen vil derfor også her avhenge av om forholdet må anses å være av direkte relevans for arbeidssøkers egnethet for stillingen.»

Heller ikke Høyesteretts drøftelse i avsnitt 53 og 54, om servitørens arbeidskonflikt og tidligere arbeidsforhold ved restaurant 5, gir uttrykk for at begrepskategoriseringen skal tillegges rettslig betydning utover fastleggelsen av informasjonens innvirkningsgrad. I premissene uttales ikke hvorvidt arbeidssøkers informasjon er av direkte eller indirekte betydning for arbeidsgivers beslutningsgrunnlag, kun at informasjonen om arbeidskonflikten og arbeidsforholdet ved restaurant 5 var av interesse.

Til sammenligning synes heller ikke avtl. § 33 og de alminnelige opplysningspliktreglene i kontraktsforhold å uttrykke et slikt skille. Som angitt i kapittel 3.3.1 er det kun et krav til graden av innvirkning, hvor denne må fastlegges skjønnsmessig.⁹¹

Videre kan det argumenteres at begrepskategoriseringen ikke skal tillegges særlig rettslig betydning utover å henvise til en vurdering av innvirkningsgraden, når en slik sondering ikke ellers er anvendt i juridisk teori.⁹² Det er derfor med gode grunner at Meder argumenterer for at informasjonsplikten forutsettes å gå lengre enn bare direkte forhold.⁹³ Min vurdering er at det avgjørende må være innvirkningsgraden av arbeidssøkers informasjon på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag om arbeidssøkers egnethet for stillingen.

Problemstillingen blir hvordan informasjonens innvirkningsgrad kan fastslås i den konkrete rekrutteringsprosessen.

⁹¹ Haaskjold (2017) s. 69-70, Hagstrøm (2011) s. 148-149 og 155, samt Woxholth (2014) s. 266.

⁹² Bratholm (2013) s. 201, Dege (2009) s. 98-100, Eidsvaag (2009) s. 304-305, samt Meder og Weltzien (2020) s. 428.

⁹³ Meder (2021).

For å kunne fastslå innvirkningsgraden av det konkrete forholdet, er det særlig to faktorer som er avgjørende. For det første vil det være relevant å se på forholdets tilknytning til *det som skal ytes* i den konkrete stillingen.

Desto nærmere arbeidssøkers informasjon gjelder utførelse av det arbeid han potensielt skal utføre, desto mer innvirkning vil informasjonen ha på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag.⁹⁴ Arbeidsgiver bør gis en rimelig anledning til å få kjennskap til mulige risikomomenter ved arbeidssøkers evne til å oppfylle arbeidsoppgavene. Hagstrøm argumenterer for at «informasjon om egenskaper ved selve kontraktsytelsen vil det ikke lett aksepteres at realdebitor holder tilbake.»⁹⁵ Det samme antas her å gjelde arbeidssøkere. I motsatt fall ville det i realiteten foreligge en villfarelse av arbeidsgiver. For å unngå villfarelse ved arbeidsavtalens inngåelse, må stillingens oppgaver analyseres. Som juridisk teori presiserer, er stillingens art derfor en ytterligere faktor i vurderingen.⁹⁶

I Servitørdommens avsnitt 50 understreker Høyesterett at «opplysningsplikt vil først og fremst avhenge av om informasjonen gjelder forhold av direkte betydning for arbeidssøkers egnethet for stillingen.» Når Høyesterett legger så sterke føringer for innvirkningsvurderingen, med fokus på det som skal ytes i stillingen, tillegger jeg dette kriteriet atskillig vekt.

I de generelle bemerkningene om arbeidssøkers informasjonsplikt kommenterer Høyesterett forholdet til tidligere arbeidsgivere og eventuelle arbeidskonflikter. Det kommenteres at tidligere arbeidsforhold generelt er av «interesse for arbeidsgiver», jf. avsnitt 53. Videre uttales det at tidligere arbeidskonflikter også er av en type informasjon som er av «interesse for arbeidsgiver», jf. avsnitt 54. Det forutsettes altså at disse forholdene kan ha innvirkning på beslutningsgrunnlaget til arbeidsgiver, fordi tidligere arbeidsforhold og arbeidskonflikter kan være med på å belyse arbeidssøkers evne til å utføre stillingens arbeidsoppgaver. I den konkrete saken ble det likevel vurdert å ikke være nok til å utgjøre en informasjonsplikt.

Domstolens vurdering av innvirkningselementet i Servitørdommen kan anses som nøktern. I dommens tidlige premisser presenterer domstolen en rekke faktiske forhold som ville vært sentrale å trekke fram i forbindelse med det som skulle ytes i stillingen. I presentasjonen av de faktiske forhold beskriver førstvoterende i avsnitt 10 at tidligere arbeidsgiver mente servitøren hadde utført dårlig og arrogant service, samt kommet for sent flere ganger. Både evnen til å yte god service og møte tidsnok på jobb er informasjon tilknyttet utførelsen av stillingens arbeidsoppgaver, som er av direkte relevans for arbeidsgivers beslutningsgrunnlag. Min vurdering er

⁹⁴ Haaskjold (2017) s. 69.

⁹⁵ Hagstrøm (2011) s. 157.

⁹⁶ Dege (2009) s. 98.

at denne informasjonen kunne hatt stor betydning for inngåelsen av servitørforholdet, fordi det er knyttet til arbeidssøkers evne til å utføre arbeidsoppgavene som servitør.

At dette likevel ikke vurderes inngående av Høyesterett skyldes den rettskraftige dommen fra tingretten, som avklarte at restaurant 5 sin begrunnelse for avskjedigelse av servitøren ikke var holdbar. Hadde dommen fra tingretten ikke vært rettskraftig, og dermed ikke avklart bevisvurderingen for de faktiske forholdene som oppsigelsen til restaurant 1 var begrunnet med, kunne informasjonen om servitørens tidligere atferd ha lagt premisser for den videre drøftelsen til Høyesterett.

Når det i avsnitt 62, med henvisning til lagmannsretten, uttales at det i stillingen var krav til gode prestasjoner hver kveld, tillit, respekt, og stor takhøyde mellom de ansatte, hadde det vært relevant å vurdere servitørens tidligere arbeidsprestasjoner opp mot disse kravene. Om informasjonen ville innvirket på arbeidsgivers beslutning vedrørende arbeidssøkers egnethet for stillingen, er derimot utelatt fra vurderingen, grunnet de omstridte forholdene.

Betydningen av informasjon angående det som skal ytes kan illustreres gjennom Rt. 1966-996 Passbåtdommen. Konkret gjaldt saken et kjøpsforhold av en bruktbåt. Til tross for at faktum ikke er direkte relevant, kan det likevel underbygge momentets vekt i vurderingen av innvirkningselementet. Selgeren hadde ikke opplyst om en reparert sprekk i båten som ble solgt, og etter salget havarerte båten. Domstolen konstaterte at selger skulle fått anledning til selv å vurdere risikoen ved den utførte reparasjonen, hvor den utelatte informasjonen ble vurdert å ha stor innvirkning på vurderingsgrunnlaget til kjøperen. Overført til rekrutteringsprosessen, vil det være grunn til å anslå en høy innvirkningsgrad dersom arbeidssøkers utelatte informasjon har tilsvarende stor innvirkning på vurderingsgrunnlaget til arbeidsgiver.

Rt. 1988-766 kan også illustrere fastleggelsen av informasjonens innvirkningsgrad. Saken omhandlet en kvinne som i sin søknad til et fire måneders vikariat ikke opplyste om at hun etter en måned ville søke permisjon grunnet graviditet. Høyesterett kom til at det forelå bristende forutsetninger, fordi den utelatte informasjonen hadde stor betydning for arbeidssøkers evne til å utføre arbeidsoppgavene i det angitte tidsrommet, og dermed også for arbeidsgivers beslutningsgrunnlag. Selv om resultatet ville blitt annerledes i dag, grunnet ldl. § 30 jf. aml. § 13-4 tredje ledd, illustrerer dommen graden av innvirkning på arbeidsavtalens inngåelse. I andre tilfeller der utelatt informasjon er av så sentral betydning for evnen til å utføre arbeidsoppgavene i den bestemte stillingen, kan det være rimelig å betrakte informasjonens innvirkningsgrad som vesentlig.

Graden av innvirkning på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag i rekrutteringsprosessen kan videre illustreres ved lagmannsrettens avgjørelse NAD 1988-539. Saken gjaldt oppsigelse av en

arbeidstaker etter tidligere arbeidsmiljølov. Som grunnlag for oppsigelsen ble det anført at arbeidstaker ikke hadde opplyst om leddgiktsplager ved ansettelsen. Dette var imidlertid ikke relevant. Informasjon om leddgikten ble vurdert å ikke ha tilstrekkelig innvirkning på arbeidstakers kontorarbeid, og hun var da heller ikke pliktig til å informere om leddgiktsplagene.

Derimot vil det, som beskrevet i juridisk teori, være av stor innvirkningsgrad når en arbeidstaker forleder sin potensielle arbeidsgiver om evner til å mestre arbeidsoppgavene.⁹⁷ Dersom arbeidssøker i rekrutteringsprosessen uttrykker informasjon vedrørende manglende gjennomførings- evner, vil en arbeidsavtale trolig ikke bli inngått. I tråd med dette uttrykker Hagstrøm at det kan være en plikt til å opplyse om «særlige risikomomenter tilknyttet debtors stilling».⁹⁸ Eksempelvis må arbeidssøker til en barnehagestilling, som tidligere er dømt for seksuelle overgrep mot barn, opplyse om dette. En slik opplysning vil være av stor betydning for ansettelsesbeslutningen.

Etter min vurdering vil samme type opplysninger kunne slå ulikt ut i ulike rekrutteringsprosesser. Det er derfor informasjonens konkrete innvirkning på ansettelsesgrunnlaget som må få betydning. For eksempel vil vokale tics være mer avgjørende i en stilling som hotellresepsjonist sammenlignet med en saksbehandlerstilling uten kundekontakt. Ukontrollerbare tics kan oppfattes uheldig overfor hotellgjester, og derfor også påvirke evnen til å utføre arbeidsoppgavene som hotellresepsjonist på en forventet måte. For en saksbehandler uten kundekontakt foreligger derimot ikke samme innvirkning på arbeidsoppgavenes utførelse.

For det andre vil det være relevant å se på informasjonens betydning for *stillingens formål*.⁹⁹ Innvirkningsgraden av arbeidssøkers informasjon på ansettelsesgrunnlaget avhenger ikke bare av arbeidsoppgavene i stillingen, men også stillingen som sådan i virksomheten, sml. HR-2021-605-A avsnitt 51. En stilling har ofte et formål utover de spesifikke arbeidsoppgavene, hvor formålet både kan være implisitt og eksplisitt. Det avgjørende er om det foreligger forutsetninger tilknyttet stillingen som indikerer behov for spesifikke egenskaper eller erfaringer, som arbeidssøker må oppfylle, i tillegg til evnen å utføre arbeidsoppgavene.

Til illustrasjon vil en lederstilling normalt innebære forventninger utover de spesifikke arbeidsoppgavene.¹⁰⁰ En lederstillings formål er med andre ord ofte noe mer enn kun utførelsen av de enkelte oppgavene. En leders holdninger eller tidligere forhold kan for eksempel få betydning for virksomhetens markedsføring. Eksempelvis vil informasjon om at administrerende direktør

⁹⁷ Dege (2009) s. 99.

⁹⁸ Hagstrøm (2011) s. 158.

⁹⁹ Dege (2009) s. 99.

¹⁰⁰ Dege (2009) s. 98 og 99-100.

som tidligere har begått vold og blitt straffedømt, kunne skade organisasjonens renommé og anseelse utad.¹⁰¹ Tilsvarende vil en leder med særlige raseholdninger kunne påvirke selskapets rykte og attraktivitet, selv om slike holdninger ikke er direkte ulovlig å ytre, jf. Grunnloven (Grl.) § 100. Siden forhold som vist til i eksemplene kan påvirke lederstillingers formål, kan det argumenteres at slik informasjon har stor innvirkning på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag i rekrutteringsprosessen, og derfor bør opplyses om av arbeidssøker.

Stillingens formål ble kortfattet vurdert av Høyesterett i Servitørdommen. I presentasjonen av de faktiske forholdene beskriver førstvoterende i avsnitt 5 at restaurant 1 var av øverste pris-klasse, og at stillingens formål således var å oppfylle særskilte kompetansekrav, samt prestere på et over gjennomsnittlig høyt nivå. Stillingens formål kan derfor argumenteres å forutsette at servitørens samarbeidsevner og profesjonalitet måtte være utover det normale. Som angitt i den ankede lagmansrettsdommens premisser, lever en restaurant i fine-dining segmentet av fornøyde kunder og gode anmeldelser. For å prestere på det aktuelle nivået kreves usedvanlig tillit, respekt og samarbeidsevner. I avsnitt 10 viser førstvoterende til påstander fra restaurant 5 om at servitøren i dette arbeidsforholdet hadde vært utagerende, truende og utført dårlig og arrogant service. Servitørens tidligere atferd gir inntrykk av manglende evne til å oppfylle stillingens formål.

Dersom tingrettens dom ikke hadde avklart bevisvurderingen tilknyttet det konfliktfylte arbeidsforholdet hos restaurant 5, kunne Høyesterett foretatt en bevisvurdering av restaurantens påstander om servitørens oppførsel. Hvis Høyesterett hadde kommet til at det var hold i påstandene, er det ikke utenkelig at innvirkningskriteriet ville blitt vurdert annerledes i den konkrete saken. I et slikt tilfelle er det min vurdering at informasjon fra arbeidssøker om det tidligere konfliktfylte arbeidsforholdet ville hatt vesentlig innvirkning på beslutningsgrunnlaget i rekrutteringsprosessen til restaurant 1.

Når informasjonens grad av innvirkning på arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag er fastlagt, vil innvirkningselementet ofte ha nær sammenheng med vesentlighetsvilkåret. Juridisk teori beskriver at vesentlighetsvilkåret kan være overflødig, da informasjon som er uvesentlig uansett ikke vil ha tilstrekkelig innvirkning på avtaleinngåelsen.¹⁰² Informasjonens innvirkningsgrad kan dermed ofte gjenspeile vesentlighetsvilkåret i den samlede vurderingen av arbeidssøkers informasjonsplikt. Utover innvirkningsgraden kan forventningselementet ha betydning.¹⁰³

¹⁰¹ Dege (2009) s. 100.

¹⁰² Hagstrøm (2011) s. 155, samt Hov og Høgberg (2017) s. 151.

¹⁰³ Eidsvaag (2009) s. 305 og Hagstrøm (2011) s. 155.

3.3.3.2 *Forventningselementet*

Med utgangspunkt i lojalitetsprinsippet uttaler førstvoterende i HR-2021-605-A at det for arbeidssøkers informasjonsplikt må vurderes hva «partene har rimelig grunn til å forvente av hverandre». Et grunnleggende element for det objektive vesentlighetsvilkåret er derfor læren om berettigede forventninger. Slike forventninger kan kun foreligge dersom det er rettmessig å vektlegge dem i ansettelsesprosessen.¹⁰⁴

Til sammenligning, er det i kapittel 3.3.1 lagt til grunn et forventningselement i den alminnelige opplysningsplikten i kontraktsforhold. En forutsetning for informasjonsplikt i den alminnelige opplysningspliktregelen er at kontrahenten «hadde grunn til å rekne med å få» informasjonen, sml. kjl. § 19 første ledd bokstav b. Videre antas forventningslæren å følge av redelighetskriteriet i avtl. § 33. Bestemmelsens rettslige standard tar utgangspunkt i en objektiv vurdering, hvor partenes typiske og rimelige forventninger står sentralt i vurderingen.¹⁰⁵

Problemstillingen blir når arbeidsgiver har en rimelig forventning om å få informasjon fra arbeidssøker i rekrutteringsprosessen.

Servitørdommen viser til forventningslæren i avsnitt 45, hvor det uttales at arbeidsgivers forventninger må tilpasses arbeidsretten som rettsområde. I denne sammenheng vises det til inkluderingshensynet i aml. § 1-1 bokstav f. I dommens avsnitt 51 spesifiseres forventningslæren, der Høyesterett uttaler at det avgjørende for arbeidssøkers informasjonsplikt uansett vil være en totalvurdering basert på en rekke faktorer. I vurderingen av arbeidsgivers rimelige forventninger om informasjon fra arbeidssøker er det dermed flere momenter som må tas høyde for. Før den samlede vurderingen drøftes nedenfor, må et annet aspekt ved forventningslæren diskuteres, nemlig arbeidsgivers egen undersøkelsesplikt.

I den alminnelige kontraktsretten er et grunnleggende premiss for informasjonsplikt at «real-kreditor ikke kan ha noen berettiget forventning om å få opplysninger om forhold som han var kjent med, eller som han hadde grunn til å være kjent med».¹⁰⁶ På denne måten er forventningselementet nært knyttet til egen undersøkelsesplikt, hvor undersøkelsesplikt omhandler å fastlegge hvilken informasjon en kontraktspart ikke kan forvente å få opplysninger om, fordi parten selv står nærmest til å kjenne til forholdet.¹⁰⁷

¹⁰⁴ Eidsvaag (2009) s. 305.

¹⁰⁵ Woxholth (2014) s. 275.

¹⁰⁶ Haaskjold (2017) s. 70.

¹⁰⁷ Kjl. § 20 første ledd, avhl. § 3- 10 første ledd, Haaskjold (2017) s. 70, samt Hov og Høgberg (2017) s. 35 og 165.

Et grunnleggende formål med undersøkelsesplikten, i likhet med informasjonsplikten, er at kontraktspartene bør besitte korrekt faktisk og rettslig grunnlag ved avtalebindingen.¹⁰⁸ Det må være gjensidighet ved avtaleinngåelsen, hvor arbeidsgiver også må svare til arbeidssøkers forventninger.¹⁰⁹ Lojalitet står derfor i kjernen av undersøkelsespliktens innhold. Med utgangspunkt i kjl. § 20 første ledd, avhl. § 3- 10 første ledd og Rt. 1929-929 uttrykker Hagstrøm at «kreditor må se seg for og ikke bare akseptere mangler han ikke kjenner».¹¹⁰

Regelen om undersøkelsesplikt må oppfattes som en rimelig byrdefordeling av ansvaret mellom partene ved avtaleinngåelsen, som er i tråd med utgangspunktet om risikoen for egne forutsetninger og forventninger. Overført til rekrutteringsprosessen vil en undersøkelsesplikt for arbeidsgiver kunne avskjære arbeidssøkers informasjonsplikt.

Spørsmålet blir hva undersøkelsesplikten innebærer for arbeidsgiver i rekrutteringsprosessen.

I HR-2021-605-A uttalte førstvoterende i avsnitt 49 at «[s]om hovedregel må det (...) være opp til arbeidsgiver å stille de spørsmål om arbeidssøkers bakgrunn som arbeidsgiver anser av betydning for stillingen». Ut ifra Høyesteretts uttalelser, må arbeidsgiver som hovedregel ta initiativ til å få informasjon fra arbeidssøker. Dette synspunktet styrkes i Servitørdommens avsnitt 52, hvor det uttrykkes at «[å] klargjøre hvilke kvalifikasjoner og egenskaper som er vesentlige for den aktuelle stillingen er et ansvar som først og fremst hviler på virksomheten.» Når det «først og fremst» er arbeidsgiver som er ansvarssubjektet tilknyttet å klargjøre nødvendig informasjon, oppstår arbeidssøkers informasjonsplikt først etter at arbeidsgiver har gitt en oppfordring om hva som er nødvendig å opplyse om. I tråd med Meders presumsjon, er min vurdering at arbeidsgivers undersøkelsesplikt går foran arbeidssøkers informasjonsplikt.¹¹¹

En slik forståelse kan også, til en viss grad, utledes av underrettspraksis, jf. RG-2003-268 Økonomisjef. Saken gjaldt bristende forutsetninger, heving og oppsigelse av en nyansatt økonomisjef, som ved ansettelsen ikke hadde opplyst om tidligere domfellelse for vinningskriminalitet. Lagmannsretten uttalte at det er «arbeidsgiver som definerer kravene som stilles for ansettelse i stillinger som utlyses». Å definere stillingskravene innebærer at arbeidsgiver gir en oppfordring om relevant informasjon. Dommen gir derfor, i likhet med Servitørdommen, uttrykk for at det er arbeidsgivers oppfordringer som er avgjørende for arbeidssøkers informasjonsplikt. Dermed arbeidsgiver ikke undersøker informasjon som arbeidsgiver selv anser som viktig for

¹⁰⁸ Haaskjold (2017) s. 80.

¹⁰⁹ Dege (2009) s. 111.

¹¹⁰ Hagstrøm (2011) s. 345.

¹¹¹ Meder (2021).

stillingen, gjennom å gi oppfordringer til arbeidssøker, er min vurdering at arbeidssøker normalt ikke har informasjonsplikt.

Videre trekker inkluderingshensynet i aml. § 1-1 bokstav f, i retning av at det må stilles strenge krav til arbeidsgiver ved rekruttering. Bestemmelsen tyder på at rekrutteringsprosesser må gjennomføres med hensikt om å få flest mulig mennesker i arbeid, samt hindre at enkeltpersoner og samfunnsgrupper blir ekskludert. Som angitt i Servitørdommen, uttaler proposisjonen at «det kanskje viktigste siktemålet med ny arbeidsmiljølov er at den skal være et godt verktøy for et mer inkluderende arbeidsliv.»¹¹² Å delta i arbeidsfellesskapet har både fysisk og psykisk egenverdi for den enkelte, særlig med tanke på behovet for sosialisering og økonomisk trygghet. Et mer inkluderende arbeidsliv vil også innebære færre velferdskostnader for samfunnet som helhet. I Servitørdommens avsnitt 45 understreker Høyesterett at inkluderingshensynet har et bredere siktemål enn bare inkludering for den enkelte arbeidssøker. Dette vurderes av Meder å være i pakt med tiden.¹¹³ En regel om oppfordringer, som stiller strenge krav til hvilke forventninger arbeidsgiver må ha kommunisert til arbeidssøker i rekrutteringsprosessen, vurderes dermed å samsvare med arbeidsmiljølovens inkluderingsformål.

Et krav til oppfordringer fra arbeidsgiver støttes også i arbeidsrettslig teori.¹¹⁴ Dege argumenterer for at arbeidsgiver ikke kan påberope forhold som det i intervjusammenheng var anledning til å stille spørsmål om, og som arbeidssøker i sitt søknadsbrev har gitt en invitasjon til å undersøke grundigere.¹¹⁵ Videre vil det i etterkant av rekrutteringsprosessen være vanskelig for arbeidsgiver å få medhold i at arbeidssøker skulle informert om en gitt omstendighet, dersom arbeidsgiver selv ikke oppfordret tilstrekkelig til slik informasjon.¹¹⁶ Arbeidsgiver har dermed et særskilt ansvar for å tydeliggjøre sine forventninger om informasjon fra arbeidssøker, i form av oppfordringer.¹¹⁷ Hva som skal til for at en oppfordring er tilstrekkelig tydeliggjort, og arbeidssøker «måtte forstå [at informasjonen] var av vesentlig betydning», vil kommenteres under det subjektive vilkåret for arbeidssøkers informasjonsplikt i kapittel 3.3.4.

Spørsmålet blir hva arbeidsgiver rimelig kan forvente å få informasjon om fra arbeidssøker, forutsatt at det er gitt en oppfordring fra arbeidsgiver.

¹¹² Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s. 71.

¹¹³ Meder (2021) med henvisning til NOU 2021:2.

¹¹⁴ Meder og Weltzien (2020) s. 428 og Bratholm (2013) s. 202.

¹¹⁵ Dege (2009) s. 110.

¹¹⁶ Meder (2021).

¹¹⁷ Dege (2009) s. 110 og 111.

Selv om en oppfordring har blitt gitt er det ikke alle forhold en arbeidsgiver kan forvente å få informasjon om fra arbeidssøker. Det må, som beskrevet ovenfor, foretas en samlet vurdering basert på en rekke momenter, jf. HR-2021-605-A avsnitt 52.

I totalvurderingen er det viktig å forstå koblingen mellom innvirkningselementet og forventningselementet. Enkelte i kontraktsrettslig teori hevder at forventningselementet har begrenset betydning utover innvirkningskriteriet.¹¹⁸ Argumentet er at det normalt foreligger en berettiget forventning når et forhold har stor innvirkning på vurderingsgrunnlaget i forbindelse med avtaleinngåelsen. Ved rekruttering til en etterforskerstilling i politiet kan det eksempelvis argumenteres for at arbeidsgiver har en berettiget forventning om å få informasjon fra arbeidssøker om tidligere innblanding i narkotikakriminalitet, fordi informasjonen vurderes å ha stor innvirkning på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag. Servitørdommen illustrerer imidlertid at arbeidsgiver ikke alltid kan ha berettigete forventninger om å få informasjon fra arbeidssøker som potensielt har høy innvirkningsgrad på ansettelsesgrunnlaget. I det konkrete tilfellet vurderte Høyesterett at informasjonen om arbeidssøkers tidligere konfliktfylte arbeidsforhold hos restaurant 5 ville innvirket på ansettelsesgrunnlaget til restaurant 1. Høyesterett kom likevel til at arbeidsgiver ikke kunne forvente å få informasjonen fra arbeidssøker i rekrutteringsprosessen, fordi avskjedigelsen ved restaurant 5 var et omstridt faktum. Nedenfor gjennomgås typiske momenter som ligger i kjernen av forventningselementet.

Avtaletypen

Et første moment av sentral betydning for kartleggingen av arbeidsgivers forventninger, er avtaletypen.¹¹⁹ I denne oppgaven er avtaletypen arbeidsavtale. Høyesterett uttaler i HR-2021-605-A avsnitt 45 at arbeidsgivers forventninger er beroende på det «rettslige rammeverket» for avtaletypen. Mer spesifikt siktes det til særskilte trekk tilknyttet rettsområdet, hvor særtrekkene kan legge premisser for partenes berettigede forventninger. På arbeidsrettens område vil formålsbetraktninger være betydningsfulle. Arbeidsrettens formål vil med dette påvirke hvilke informasjonsforventninger som er rimelige for arbeidsgiver ved inngåelse av en arbeidsavtale.

Som nevnt, konstaterer Servitørdommen i avsnitt 45 viktigheten av inkluderingshensynet i arbeidslivet. Av hensyn til samfunnet som helhet er det hensiktsmessig at flest mulig kommer i arbeid, der dette er i tråd med de nye forarbeidene som konstaterer sysselpolitiske målsettinger.¹²⁰ Dersom arbeidssøker for eksempel har hatt uenigheter med tidligere arbeidsgivere, vil en omfattende informasjonsplikt kunne vanskeliggjøre mulighetene for arbeidssøker å komme seg inn i arbeidslivet igjen.

¹¹⁸ Bergem (2020) note 84.

¹¹⁹ Hagstrøm (2011) s. 161.

¹²⁰ NOU 2021:2 s. 7-8.

Annen høyesterettspraksis taler også for å legge atskillig vekt på inkluderingsformålet i aml. § 1-1 bokstav f. I Rt- 2009-685 Webredaktør ble inkluderingsperspektivet sett i lys av blant annet tillitsbetraktninger. Saken gjaldt gyldighet av arbeidstakers oppsigelse etter dom på seksuallovbrudd. Til tross for at sakens faktum er vesensforskjellig fra arbeidssøkers generelle informasjonsplikt, illustrerer domsresultatet at inkluderingsformålet skal ha betydelig vekt. Høyesterett kom til at arbeidsgivers potensielt svekkede tillit til arbeidstakeren grunnet seksuallovbruddet ikke var avgjørende. Førstvoterende uttrykker i avsnitt 75 at arbeidsgiver har en plikt til å motvirke utstøting fra arbeidslivet. Siden arbeidstakerens arbeidsoppgaver var endret som følge av dommen, og derfor kunne gjennomføres uten vesentlige problemer, måtte inkluderingsformålet resultere i at oppsigelsen var ugyldig.

Utover dette, må inkluderingsformålet ses i sammenheng med arbeidstakerens økonomiske avhengighet.¹²¹ I et kapitalistisk samfunn hvor pengene rår er personer avhengig av inntekt. Med en slik avhengighet til arbeidslivet, vil det i et konkurransepreget marked eksistere en skjevbalansert maktfordeling mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Rettsregler som sikrer og setter grenser for arbeidsgivers forventninger, vil med dette kunne utjevne skjevheten som ligger latent i arbeidsmarkedets karakter. Det er derfor juridisk teori uttaler at «arbeidstakers vernebehov er et grunnleggende premiss for arbeidsretten».¹²²

Ut ifra et effektivitets-synspunkt¹²³ bør det likevel være berettiget å stille enkelte forventninger til arbeidssøker. Dersom arbeidssøker enkelt kan gi informasjon av vesentlig betydning for ansettelsen, som innebærer at han ikke er egnet for stillingen, er det er lite samfunnsøkonomisk effektivt om arbeidsgiver skal legge ned unødvendig store ressurser på rekrutteringsprosessen, og samtidig ende opp med en lite gunstig ansatt. Det er min vurdering at effektivitetshensynet taler for en viss balanse i ansvarsfordelingen tilknyttet informasjonsutveksling mellom arbeidsgiver og arbeidssøker i rekrutteringsprosessen. Virksomhetens behov, herunder omstilling, fleksibilitet og valgfrihet, må også i noen grad få betydning for arbeidsgivers rimelige forventninger.¹²⁴

Samlet sett tyder arbeidsrettens formål på at det skal en del til for at arbeidsgiver kan ha berettigete forventninger om informasjon fra arbeidssøker. Det må i så fall foreligge en tydelig oppfordring fra arbeidsgiver, jf. Servitørdommens avsnitt 52.¹²⁵ Oppfordringene kan blant annet foreligge i form av en klar stillingsannonse, uttrykkes ved spørsmål i intervju, eller følge indirekte av stillingens arbeidsoppgaver og formål. Dersom arbeidsgiver gir en tydelig oppfordring, kan det være rimelig å forvente et ærlig svar fra arbeidssøker. Da skapes også en tillitsbasert

¹²¹ Skjønberg mfl. (2020) s. 37.

¹²² Skjønberg mfl. (2020) s. 38.

¹²³ Eide og Stavang (2018) s. 111.

¹²⁴ NOU 2004:5 s. 104-108, og Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 72.

¹²⁵ Meder (2021).

prosess, slik som forutsatt ved lojalitetsplikten. Foreligger det derimot en mindre tydelig oppfordring fra arbeidsgiver, kan de oppstilte momentene nedenfor gi argumenter for at arbeidsgivers forventninger ikke er rimelige, ut ifra en samlet vurdering.

Alvorlighetsgraden

For å ytterligere belyse arbeidstakers rimelige forventninger om informasjon fra arbeidssøker, er informasjonens alvorlighet sentral.¹²⁶ I HR-2021-605-A viser domstolen at en samlet vurdering av arbeidsgivers forventninger for de mer indirekte forhold, blant annet må «avhenge av alvorligheten av forholdet».

Arbeidssøkers informasjon kan både være alvorlig i seg selv, eller fordi forholdet knytter seg til stillingens arbeidsoppgaver og formål. I sistnevnte tilfelle får alvorlighetsmomentet en sterk kobling til innvirkningselementet. I likhet med dette, legger Høyesterett i Servitørdommens avsnitt 51 til grunn at informasjonens alvorlighet må vurderes «i sammenheng med den stillingen søknaden gjelder, og virksomhetens art.» Jo mer arbeidssøkers informasjon knytter seg til risikoen vedrørende sine evner til å oppfylle stillingens arbeidsoppgaver og formål, jo mer alvorlig vil informasjonen være. Desto mer alvorlig et forhold er, desto mer rimelig vil arbeidsgivers forventning om å få informasjonen fra arbeidssøker være. Til illustrasjon må arbeidsgiver kunne forvente å få informasjon fra arbeidssøker dersom han ikke kan utføre arbeidsoppgavene slik presentert i stillingsannonsen. Det vurderes å være alvorlig dersom arbeidssøker påtar seg en stilling med oppgaver han ikke evner å oppfylle, hvor det derimot anses å være mindre alvorlig å ikke ha opplyst om at han trenger en oppfriskning i sin kompetanse for å kunne utføre oppgavene.

Momentet om informasjonens alvorlighetsgrad er også knyttet til lojalitetsprinsippet. I en rekrutteringsprosess vil fortielse om alvorlige forhold fra arbeidssøker kunne oppfattes som illojalt overfor arbeidsgiver, og svekke tilliten mellom partene. Min vurdering er at lojalitetsprinsippet bør legge føringer for vurderingen av arbeidsgivers berettigede forventninger.

I Servitørdommens konkrete drøftelse er det vanskelig å se at førstvoterende tar stilling til hvorvidt servitørens fortielse om det tidligere konfliktfylte arbeidsforholdet hos restaurant 5 var alvorlig. I avsnitt 53 og 54 viser Høyesterett at den utelatte informasjonen generelt er av «interesse», men dette sier ikke noe om informasjonens alvorlighetsgrad. Når Høyesterett vurderer konsekvensene av en eventuell informasjonsplikt tilknyttet arbeidskonflikter, er heller ikke dette en vurdering av informasjonens alvorlighet for arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag. Ses derimot Servitørdommens premisser i sammenheng, kan det argumenteres at Høyesterett vurderer informasjonen om det tidligere konfliktfylte arbeidsforholdet som mindre alvorlig, særlig sett

¹²⁶ Dege (2009) s. 99 og Hagstrøm (2011) s. 158.

opp mot bakgrunnen for fortielsen, og konsekvensene for arbeidssøker ved en eventuell informasjonsplikt.

For å illustrere alvorlighetsmomentet kan det vises til Rt. 1996-1401 Autronica. Saken gjaldt krav om erstatning for påstått usaklig oppsigelse etter tidligere arbeidsmiljølov, der erstatningskravet ikke førte frem. Arbeidstakeren hadde blitt sagt opp fordi hun unnlot å opplyse arbeidsgiver om sin rolle som daglig leder i et familieselskap med konkurrerende produkter til selskapet hun var ansatt i. Førstvoterende uttaler, på side 1407, at den ansatte måtte utvise særlig varsomhet og åpenhet om forhold av slik konkurransemessig betydning. Det kan argumenteres for at Høyesterett her vurderte informasjonen om arbeidstakerens rolle i det konkurrerende familieselskapet som så alvorlig at oppsigelsen var berettiget. Til tross for at dommen gjaldt en arbeidstaker, er det min vurdering at arbeidsgiver kan ha berettigede forventninger om å motta informasjon av lignende karakter fra arbeidssøker i rekrutteringsprosessen.

Alvorlighetsmomentet kan videre illustreres ved RG-2003-268 Økonomisjef, som er presentert tidligere. I lagmannsrettens premisser uttales blant annet at «[b]etydningen vil variere både med stillingens art og med lovovertredsens art». Økonomisjefens tidligere vinningsforbrytelse ble vurdert som alvorlig, da det straffbare forholdet kunne ha stor innvirkning på arbeidssøkers evne til å oppfylle stillingens arbeidsoppgaver og formål. Til tross for fastleggelsen av informasjonens alvorlighet, konkluderte domstolen med at informasjonen ikke var av en slik karakter at arbeidssøker uoppfordret måtte opplyse om dette.

Domsresultatet kritiseres imidlertid i drøftelsen av det subjektive vilkåret for arbeidssøkers informasjonsplikt nedenfor. På bakgrunn av Servitørdommen er min vurdering at det ikke er rettslig grunnlag for å opprettholde domsresultatet i Økonomisjefdommen. En slik argumentasjon støttes av juridisk teori, som legger til grunn at domsresultatet fremstår «temmelig håpløst».¹²⁷ Dege uttrykker i denne sammenheng at det ville være lite naturlig å påpeke at arbeidssøker ikke kan være straffedømt for forhold av tillitsvekkende art i stillingsannonsen, da dette følger implisitt av stillingen.¹²⁸ Dommens illustrasjon av alvorlighetsmomentet vurderes likevel å være relevant. Det kan argumenteres at arbeidsgiver kan ha rimelige forventninger om å motta informasjon om lignende alvorlige omstendigheter fra arbeidssøker, dersom omstendighetene vil ha direkte betydning for utførelsen av stillingens arbeidsoppgaver og formål.

En sak der domsresultatet, etter min mening, samsvarer med informasjonens alvorlighetsgrad, er lagmannsrettsavgjørelsen LB-2019-143505. Saken gjaldt oppsigelse etter aml. § 15-7 grunnet tillitssvikt. Prosjektlederen i saken hadde i lengre tid skjult et omfattende og økende

¹²⁷ Dege (2009) s. 108.

¹²⁸ Dege (2009) s. 108.

rusmisbruk for arbeidsgiver, som jobbet med rusforebyggende tiltak. Domstolen kom til at oppsigelsen av prosjektlederen i stiftelsen var gyldig. I likhet med Servitørdommen, tar domstolen opp alvorlighetsmomentet i forbindelse med arbeidssøkers informasjonsplikt. Selv om forholdet ikke gjaldt opprinnelig informasjonsplikt, men heller i arbeidsforholdet, vil vurderingene om informasjonens alvorlighet kunne overføres til arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen.

Under drøftelsene av prosjektlederens rusmisbruk og informasjonsflyt med arbeidsgiver, uttrykker lagmannsretten at arbeidstakeren bevisst hadde holdt skjult et langvarig og omfattende narkotikamisbruk. Prosjektlederen hadde underkommunisert sitt reelle problem, og kun formidlet informasjon om et beskjedent alkoholforbruk og en sprekk i 2017. Domstolen kommenterer at «dette er et alvorlig brudd på [arbeidstakerens] lojalitetsplikt til arbeidsgiver». Arbeidsgiver hadde med dette en legitim grunn til å gå til oppsigelse.

Videre kan LB-2017-5716 illustrere alvorligheten tilknyttet straffbare forhold. Saken gjaldt en prests avskjed etter den tidligere tjenestemannsloven (tjml.), hvor avskjeden var begrunnet i kritikkverdige forhold av ulik art og alvorlighet. Etter først å ha vurdert gjentatte overtredelser av vegtrafikkregler, manglende besittelse av førerkort, samt uriktige opplysninger ved ansettelsen, presiserer domstolen at «[t]illitsbruddet ovenfor arbeidsgiver forsterkes ved at [presten] gjennom dette også fortiet (...) om tidligere straffbare forhold som han måtte forstå at kunne være relevante ved tilsettingsvurderingen». Fortielsen om de straffbare forholdene ble vurdert å utgjøre et klart brudd på lojalitets- og informasjonsplikten i rekrutteringsprosessen. Domstolen legger med dette til grunn at de straffbare forholdene var alvorlige. Selv om saken ble drøftet etter tjenestemannsloven, er min vurdering at tilsvarende må gjelde ved fortielse om lignende straffbare forhold i andre ordinære rekrutteringsprosesser.

Basert på nevnte rettspraksis, kan det i vurderingen av forventningselementet være grunn til å utvise varsomhet med å tillegge inkluderingshensynet for stor vekt, dersom arbeidssøkers informasjon er alvorlig sett opp mot utførelsen av stillingens arbeidsoppgaver. Som uttalt under momentet om avtaletypen har det neppe vært lovgivers intensjon at inkluderingshensynet i arbeidsretten skal tillegges avgjørende betydning i ethvert ansettelsesforhold. Det er derimot klart uttalt i forarbeidene at det må foretas en avveining av mange hensyn og interesser i den konkrete saken.¹²⁹

¹²⁹ NOU 2004:5 s. 103-104.

Typen stilling og virksomhet

Et tredje moment som kan påvirke arbeidsgivers berettigede forventninger om informasjon fra arbeidssøker er typen stilling og virksomhet.¹³⁰ I HR-2021-605-A ble det uttalt at den samlede vurderingen for de mer indirekte forhold, blant annet måtte avhenge av «stillingen søknaden gjelder, og virksomheten».

I Servitørdommen ble både stillingen og virksomheten vurdert av Høyesterett. I den konkrete drøftelsen i avsnitt 62 viser domstolen til lagmannsrettens vurdering, hvor det ble uttalt at «fine dining-segmentet er avhengig av lojale ansatte som kan samarbeide godt under krevende arbeidsforhold.» Det ble herunder vist til krav om høye prestasjoner, stor tillit, respekt og takhøyde for de ulike ansatte, hvor det med andre ord måtte stilles særskilte krav til servitøren dersom han ønsket å arbeide hos restauranten. Ved rekruttering til en slik type servitørstilling og virksomhet kan det argumenteres at det skal mindre til for at arbeidsgivers forventninger om informasjon fra arbeidssøker er berettigede, sammenlignet med rekruttering til mer ordinære servitørstillinger som ikke stiller like inngående evnekrav.

For å illustrere momentet ytterligere kan det også vises til Rt. 1993-300. Saken gjaldt avskjedigelse av daglig leder som ikke hadde avklart et privat forsøk på å kjøpe opp et annet firma samtidig som han besatt stillingen som daglig leder. På side 305, vurderer Høyesterett den konkrete stillingen. Det presiseres her at kravene må være høyere for daglig leder i en virksomhet, sammenlignet med andre ansatte. Selv om dommen drøftes etter lojalitetsplikt i et ansettelsesforhold, antas momentet å måtte vurderes på tilsvarende måte for arbeidssøker ved arbeidsavtaleinngåelsen. Eksempelvis vil arbeidsgiver i en rekrutteringsprosess til en daglig lederstilling være berettiget å ha høyere forventninger til arbeidssøker, sammenlignet med rekruttering til mer underordnede stillinger. Informasjonsplikten vurderes med dette å strammes til for en arbeidssøker til høyere lederstillinger.

Videre kan typen stilling påvirke det konkrete makt- og balanseforholdet mellom arbeidssøker og arbeidsgiver. Er partenes stilling ulikevektige vil det være rimelig å tillegge den sterkere part et større ansvar ved avtaleinngåelsen, hvor dette typisk gjør seg gjeldende i ordinære rekrutteringsprosesser. En profesjonell part med overtaket på forhandlingssituasjonen må forventes å ivareta sine egne interesser og forventninger i større grad enn ved mer jevnbyrdige parter.¹³¹ For særskilte stillinger, herunder lederstillinger, kan imidlertid stillingens karakter tilsi at forhandlingsmakten ikke er like skjev, og derfor tale i retning av et det skal mindre til for at arbeidsgivers forventninger om informasjon fra arbeidssøker er berettigede.

¹³⁰ Dege (2009) s. 98 og Hagstrøm (2011) s. 158.

¹³¹ Hagstrøm (2011) s. 155 med henvisning til Rt. 1983-716 og Rt. 1988-1078.

At typen stilling og virksomhet kan påvirke arbeidsgivers berettigede forventninger ble illustrert i lagmansrettsdommen LB-2019-143505. Saken gjaldt oppsigelse etter aml. § 15-6, begrunnet med tillitssvikt. I drøftelsen av arbeidstakers narkotikamisbruk og informasjonsflyt med arbeidsgiver belyses momentet typen stilling og virksomhet. Som i Servitørdommens avsnitt 51, kobles forholdenes alvorlighetsgrad opp mot stillingen og virksomhetens art. Domstolen kom til at stillingen som prosjektleder i den rusforebyggende stiftelsen medførte at arbeidsgiver kunne ha berettigede forventninger om informasjon fra arbeidstaker tilknyttet sitt økende og årelange rusproblem. Stillingen innebar, grunnet virksomhetens spesielle arbeidsområde innenfor rusforebygging og rusomsorg, særskilte krav til den ansattes handlingsmønster. Arbeidstakers misligholdte informasjon om sin rusproblematikk, sett i sammenheng med stillingen og virksomhetens formål, måtte derfor betraktes som en dyptgående tillitssvikt. Selv om saken ikke gjaldt informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen, anses domstolens vurdering å ha betydning også under inngåelse av arbeidsforhold.

En vurdering av typen stilling er også foretatt i LB-2017-45903. Saken gjaldt opphør av et arbeidsforhold etter reglene om oppsigelse eller avskjed i arbeidsmiljøloven. Arbeidstaker, som var elektriker, hadde deltatt i planleggingen av en konkurrerende virksomhet. Lagmannsretten vurderte de ulike nyansene tilknyttet elektrikerens konkrete stilling. Det uttales at arbeidstakeren var installatør, og at hans lojalitetsplikt ovenfor arbeidsgiver derfor ikke var på linje med en daglig leder. Han hadde dog en sentral rolle i firmaet, som innebar en noe strengere lojalitetsplikt sammenlignet med andre ansatte elektrikere. Etter en samlet vurdering, kom domstolen til at lojalitetsplikten ikke var brutt. Konkret gjaldt dommen lojalitetsplikt ved konkurrerende virksomhet, til forskjell fra lojalitetsplikt tilknyttet informasjonsplikt. Domstolens vurdering av den konkrete stillingen, og betydningen av stillingens art for lojalitetsprinsippet, kan likevel argumenteres å være relevant for fastleggelsen av arbeidssøkers informasjonsplikt.

Målsettingen med momentet er å belyse hvordan arbeidsgivers forventninger kan variere med stillingens arbeidsoppgaver og formål, samt virksomhetens særlige behov og forutsetninger. Hvorvidt arbeidsgivers forventninger om informasjon fra arbeidssøker kan vurderes som berettigede, må fastlegges med henblikk på stillingens kompetansekrav og virksomhetens drift for øvrig. Som illustrert, må det for eksempel stilles høyere krav til arbeidssøkers informasjonsplikt tilknyttet ansvarstyngende stillinger.

Bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse

Et annet fremtredende moment tilknyttet forventningselementet er bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse. Momentet kan ikke direkte utledes av Servitørdommen, men mer indirekte av domspremissene. Høyesterett fastlegger i avsnitt 52 at andre momenter kan være aktuelle, slik ordlyden «blant annet» legger opp til.

Bakgrunnen for den fortiede informasjonen fra arbeidssøker må ses i sammenheng med arbeidslovgivningens formål, herunder inkluderingshensynet aml. § 1-1 bokstav f. Som allerede diskutert vil det for enkelte arbeidssøkere være vanskelig å få ny jobb dersom problemer og konflikter fra tidligere arbeidsforhold må opplyses om i rekrutteringsprosessen. En tidligere arbeidskonflikt trenger ikke bety at arbeidssøker var årsak til eller skyldig i problemene. Dersom slike forhold alltid må opplyses om vil arbeidssøker kunne bli pliktig til å opplyse om et «omstridt faktum», som uttrykt i Servitørdommens avsnitt 54 og 63. Selv om avskjedigelsen av servitøren fra restaurant 5 ble vurdert ugyldig, kan det likevel tenkes at arbeidsgivere ville kviet seg for å ansette mannen dersom han måtte informere om det tidligere konfliktfylte arbeidsforholdet, i frykt for at problemene faktisk skyldtes arbeidstaker. En informasjonsplikt som ikke tar hensyn til bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse, vil i ytterste konsekvens kunne medføre utestengning fra arbeidslivet grunnet forhold arbeidssøker ikke var ansvarlig for.

Som illustrert, får bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse utslagsgivende betydning i Servitørdommen. Arbeidssøkers informasjonsplikt ble i avsnitt 52 avskåret som følge av inkluderingshensynet. Tingretten hadde i den parallelle saken konstatert at den tidligere avskjedigelsen fra restaurant 5, som oppsigelsen fra restaurant 1 var basert på, var ugyldig. Bakgrunnen for at arbeidssøker holdt tilbake informasjon om det omstridte forholdet i rekrutteringsprosessen til restaurant 1 er etter min vurdering forsvarlig. For Høyesterett ble årsaken til fortielsen avgjørende, til tross for at informasjonen måtte være av interesse for vurderingsgrunnlaget til arbeidsgiver.

I Rt. 1996-1401 vurderes arbeidstakers bakgrunn for fortielse av informasjon overfor arbeidsgiver. Som beskrevet tidligere, hadde arbeidstakeren i saken blitt sagt opp grunnet tilbakeholdt informasjon om sin rolle som daglig leder i et familieselskap med konkurrerende produkter til selskapet hun var ansatt i. Bakgrunnen for fortielsen var at hun hadde en passiv rolle, og at det i realiteten var ektefellen som stod for aktiviteten i familieselskapet, jf. side 1407. Høyesterett vurderte at bakgrunnen for fortielsen ikke kunne forsvare arbeidstakerens manglende informasjonsutveksling. Dommen illustrer at bakgrunnen for fortielsen kan være avgjørende for informasjonsplikten, og at arbeidssøker ikke kan unnlate å opplyse om et hvilket som helst forhold, uten særlig gode holdepunkter for dette.

Videre kan bakgrunnen for fortielsen illustreres ved TSTAV-2011-81051. Saken gjaldt en mann som hadde blitt frikjent for drapet på sin kusine, og som etter frifinnelsen hadde inngått en arbeidsavtale med en bank. Stillingen i banken innebar utadrettet arbeid mot eksisterende og nye potensielle kunder. Før tiltredelsen ble banken kjent med at mannen var den såkalte «fette- ren» som hadde vært tiltalt i Karmøy-saken. Mannen hadde ikke opplyst om den tidligere tiltalen. Med kunnskap om disse omstendighetene påsto arbeidsgiver at arbeidsavtalen var ugyldig med utgangspunkt i bristende forutsetninger. Under tvil konkluderte domstolen med at

arbeidsgiver måtte bære risikoen for forutsetningene ved ansettelsen. Det var for stor uklarhet rundt hvordan disse forholdene ville påvirke mannens faktiske gjennomføring av arbeidsoppgavene. Navnet hans var ikke kjent i offentligheten, og han hadde over lengre tid bodd i Spania. Hvilke reaksjoner kunder og andre ansatte ville ha til hans posisjon som ansatt i selskapet var derfor uvis. Dersom resultatet i dommen hadde medført ugyldighet, ville oppsigelsen vært basert på omstridte faktiske omstendigheter. Domstolen kom derfor til at det ikke var rimelig av arbeidsgiver å forvente å få informasjon om tidligere forhold som arbeidssøker var blitt frifunnet fra. Domsresultatet samsvarer med Servitørdommen, hvor bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse får avgjørende betydning for rekkevidden av arbeidssøkers informasjonsplikt.

Et eksempel på en relevant begrunnelse for arbeidssøkers fortielse er tidsaspektet. I Servitørdommen omhandlet saken et arbeidsforhold som var avsluttet kun seks uker før ansettelsen. Tiden fra det forrige ansettelsesforholdet kunne derfor ikke i seg selv legitimere at informasjonen ble holdt tilbake. En sak hvor tidsperspektivet derimot fikk betydelig vekt er RG-2003-268 Økonomisjef. Den tidligere domfelte økonomisjefen hadde lagt de gamle forholdene fra 1994 og 1998 bak seg, og dermed ikke opplyst om straffedommene i rekrutteringsprosessen. Lagmannsretten kom til at det ikke var grunnlag for å heve avtalen på bakgrunn av de tidligere straffbare forholdene. Domstolen uttrykker at «[b]etydningen av tidligere belastning på rullebladet vil i de fleste ansettelsessituasjoner være et skjønnsmessig tema. I mange sammenhenger ville straffbare forhold som lå så vidt tilbake i tiden og ikke gjaldt mer alvorlige forhold, ikke få avgjørende betydning.» I den konkrete saken var tidsaspektet utslagsgivende for om økonomisjefen måtte forstå at domfellelsene var av vesentlig betydning for ansettelsesgrunlaget. Selv om domsresultatet kan kritiseres, som uttrykt ovenfor, er likevel tidsaspektet illustrativt. Dommen understreker at det i totalvurderingen av arbeidssøkers informasjonsplikt må foretas en skjønnsmessig vurdering av tidsaspektet.

Momentet om bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse har til hensikt å konkretisere årsaken til at informasjonen ble utelatt overfor arbeidsgiver. Denne type betraktninger er sentrale i arbeidsretten, på bakgrunn av de særlige formål som gjør seg gjeldende, jf. aml. § 1-1. I tilfeller der bakgrunnen for en beklagelig omstendighet ikke kan føres direkte tilbake til arbeidssøker, trekker momentet i retning av at arbeidssøker kan ha grunn til å være tilbakeholden med informasjonen i rekrutteringsprosessen. Bakgrunnen for arbeidssøkers fortielse vil med andre ord kunne avskjære arbeidsgivers berettigede forventninger om informasjon.

3.3.4 Det subjektive aktsomhetskravet

I HR-2021-605-A uttaler domstolen i avsnitt 52 at en forutsetning for informasjonsplikt er at «arbeidssøker *måtte forstå* [informasjonen] var av vesentlig betydning for ansettelsen».¹³² Det må dermed foretas en rettslig bedømmelse av arbeidssøkers aktsomhet.

I avtale- og kontraktsretten innebærer terskelen for aktsomhetskravet at omstendighetene var ukjent for realdebitoren.¹³³ I arbeidsretten, derimot, innebærer terskelkravet at arbeidssøker eller arbeidstaker var kjent med forholdene, men ikke kjent med at informasjonen var av vesentlig betydning for arbeidsgiver. Rettsreglene har altså grunnleggende ulike premisser. Dette må rettsanvenderen være oppmerksom på dersom slutningene fra avtale- og kontraktsretten skal benyttes som argumentasjon for fastleggelsen av det subjektive aktsomhetskravet tilknyttet arbeidssøkers informasjonsplikt.

Det subjektive aktsomhetskravet i Servitørdommen kan ses i sammenheng med den alminnelige informasjonspliktregelen i kontraktsforhold. Informasjonsplikten beskjæres til en vurdering av forhold som realdebitor «måtte kjenne til», sml. kjl. § 19 første ledd bokstav b. Som beskrevet under kapittel 3.3.1, må terskelkravet forstås som en vurdering av grov uaktsomhet og kvalifisert bebreidelse.¹³⁴ Selv om premissene for aktsomhetskravet er ulikt fra Servitørdommen, er ordlyden «måtte kjenne til» lignende dommens formulering «måtte forstå».

Videre kan det subjektive aktsomhetsvilkåret også ses i lys av avtl. § 33. I bestemmelsen er det subjektive terskelkravet «maa antages, at han kjendte til». Som beskrevet i kapittel 3.3.1, er det solid rettskildemessig dekning for at aktsomhetskravet må forstås som simpel uaktsomhet.¹³⁵ Det betyr at avtl. § 33 kan vurderes å ha en lavere terskel enn det som er utviklet for kontraktslovene. I denne oppgaven, som presisert i kapittel 3.3.2, er det likevel lagt til grunn et strengere aktsomhetskrav for arbeidssøkers handlingsnorm tilknyttet informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen. Det forutsettes derfor i det videre at ulikheten i det subjektive terskelkravet etter den alminnelige kontraktsretten og avtaleretten ikke får utslagsgivende betydning.

Ut ifra det som er uttrykt ovenfor, er hensikten med det subjektive aktsomhetsvilkåret å fastlegge arbeidssøkers forståelse av informasjonens vesentlighet for ansettelsen. Forhold som arbeidssøker ikke måtte forstå var av vesentlig betydning for ansettelsesgrunnlaget faller utenfor, jf. HR-2021-605-A avsnitt 52. Det vurderes som urimelig å oppstille en informasjonsplikt for

¹³² Min kursivering.

¹³³ Avtl. § 33 og sml. kjl. § 19 (1) bokstav b.

¹³⁴ Rt. 2002-696, Rt. 2002-1110, Haaskjold (2017) s. 73 og Hagstrøm (2011) s. 162-163.

¹³⁵ Rt. 1984-28, Haaskjold (2017) s. 74, Hagstrøm (2011) s. 163 med henvisning til Stang, samt Woxholth (2014) s. 270-271.

omstendigheter som arbeidssøker ikke forstår, med mindre forholdet var så klanderverdig at det likevel er grunn til å legge risikoen for misligholdt informasjonsutveksling på arbeidssøker.¹³⁶

Problemstillingen blir når omstendighetene er av en slik karakter at arbeidssøker måtte forstå at forholdet var av vesentlig betydning for arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag.

Ordlyden «måtte forstå» i HR-2021-605-A avsnitt 52 tyder på at det skal mye til for at aktsomhetskravet er oppfylt. Uttrykket tydeliggjør at det er en nedre grense for vilkårets anvendelsesområde. På den ene siden er det ikke nok at arbeidssøker burde forstå at forholdet var av vesentlig betydning. På den andre siden er det ikke nødvendig at arbeidssøker hadde kunnskap om at forholdet var av vesentlig betydning for arbeidsgiver. Hva arbeidssøker måtte forstå, vil videre være avhengig av hva arbeidsgiver gir uttrykk for at er viktig å få kunnskap om vedrørende stillingen. Arbeidsgivers oppfordringer kan være både eksplisitte og implisitte, og må være av en slik karakter at de henviser til noe mer enn det som burde bli oppfattet av arbeidssøker.

Servitørdommen kan gi holdepunkter for hvordan terskelkravet skal fastlegges. Førstvoterende uttrykker i avsnitt 52 at det er arbeidsgiver som først og fremst må klargjøre hva arbeidssøker måtte forstå var viktige kvalifikasjoner og egenskaper for den aktuelle stillingen. Som drøftet under kapittel 3.3.3.2, om forventningselementet, er det derfor arbeidsgivers oppfordringer som må være avgjørende for hva arbeidssøker måtte forstå var av vesentlig betydning for ansettelsesgrunnlaget. På denne måten er det en sammenheng mellom arbeidsgivers oppfordringer og arbeidssøkers aktsomhet.

Spørsmålet blir hva som skal til for at arbeidsgivers oppfordringer er tilstrekkelig tydeliggjort overfor arbeidssøker.

Når Servitørdommen i avsnitt 52 uttrykker at det er arbeidsgivers plikt «å klargjøre» en oppfordring, tyder dette rent språklig på at oppfordringen må være tydelig. Å bringe klarhet i noe trekker i retning av at det som et minimum må avgrenses mot vage, utydelige og svevende uttrykksmåter.

Videre argumenterer juridisk teori for at det er arbeidsgiver som må ha ansvaret for at kravene til stillingen blir «tilstrekkelig klargjort».¹³⁷ «Tilstrekkelig» vurderes å innebære et visst rom hvor arbeidssøker selv må ta risikoen for at informasjonen blir uttrykt i rekrutteringsprosessen.

¹³⁶ Haaskjold (2017) s. 71.

¹³⁷ Meder og Weltzien (2020) s. 428.

I tråd med dette uttrykker Meder, i sin artikkel med utgangspunkt i Servitørdommens avsnitt 49, at:

«det langt på vei tilligger virksomhetene å definere også innholdet i opplysningsplikten – jo tydeligere det er hvilke egenskaper og kvalifikasjoner som er viktige for arbeidet, desto nærmere kommer man som arbeidssøker et lojalitetsbrudd ved å unnlate å opplyse om ufordelaktige forhold». ¹³⁸

Virksomhetens behov kan benyttes som argument for at arbeidssøker i enkelte tilfeller bør bære ansvaret for å utlevere spesifikk informasjon. Forarbeidene i arbeidsmiljøloven legger til grunn at virksomhetens behov tillegges vekt som formålsbetraktning i vurderingen. ¹³⁹ Dersom arbeidssøker besitter kunnskap som han åpenbart innser er av sentral betydning for arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag, er det lite samfunnsøkonomisk effektivt at hele informasjonsutvekslingsansvaret ligger på arbeidsgiver. I enkelte sammenhenger vurderes derfor indirekte oppfordringer fra arbeidsgiver som tilstrekkelig for at arbeidssøker må bære ansvaret for informasjonsutveksling.

Ved å analysere de konkrete drøftelsene i HR-2021-605-A, kan heller ikke arbeidsgivers ansvar for å definere hva som er av vesentlig betydning for stillingen trekkes altfor langt. Ut ifra premissene i Servitørdommen anses det som ikke akseptabelt for arbeidssøker å være uvitende om at tidligere omstridte arbeidskonflikter er av interesse for arbeidsgiver. Det er som førstvotende uttrykker i avsnitt 62 at «det gjaldt forhold som [servitøren] måtte forstå var relevant». Det er min vurdering at stillingen og formålet ved restaurant 1 i seg selv ga en indirekte oppfordring til utlevering av informasjon om det nylig avsluttede arbeidsforholdet i samme fine dining-segment. Arbeidsgiver måtte derfor ikke i stillingsannonsen eller intervjuene spesifikt oppfordre arbeidssøker til å opplyse om alle arbeidsforhold eller tidligere arbeidskonflikter.

Som påpekt i Meders ovenfornevnte sitat, kan lojalitetsprinsippet fungere som retningslinje for hva som skal til for at arbeidsgivers oppfordringer er tilstrekkelig tydeliggjort i rekrutteringsprosessen. Som angitt i kapittel 2.2.2 har lojalitetsprinsippet til hensikt å forhindre villedelse. Tas dette i betraktning, kan det argumenteres at oppfordringens tydelighet må være av en slik karakter at arbeidssøker måtte forstå at han hadde villedet arbeidsgiver dersom informasjonen ikke utleveres. Slik villedelse vurderes å være klart illojalt, og må anses som et brudd på lojalitetsprinsippet.

Videre kan høyesterettspraksis fra den alminnelige kontraktsretten belyse hva som skal til for at arbeidsgivers oppfordringer er tilstrekkelig tydeliggjort. Den lignende ordlyden «måtte

¹³⁸ Meder (2021).

¹³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 72.

kjenne til» i kontraktslovene er vurdert flere ganger i rettspraksis. Rt. 2002-1110 Bodum omhandlet forståelsen av kjl. § 20. Domstolen henviste til forarbeidene for kjl. § 17 annet ledd bokstav b som bygger på samme ordlyd, og beskrev at et veiledende utgangspunkt skal være om det forelå «noen rimelig unnskyldning til å være uvitende om forholdet». Tilsvarende formulering ble benyttet i Rt. 2002-696 Nebb side 702 for avhl. § 3-7.

Ut ifra ordlydsformuleringene «måtte kjenne til» etter alminnelig kontraktsrett og «måtte forstå» etter Servitørdommen, kan vurderingsnormen ovenfor om rimelige unnskyldninger, også argumenteres å ha betydning for det subjektive aktsomhetskravet i denne oppgaven. Overføres vurderingsnormen til tilfeller for arbeidssøkers informasjonsplikt, blir vurderingen om det forelå en rimelig unnskyldning til å være uvitende om at informasjonen var av vesentlig betydning for arbeidsgiver. Ved en slik norm kan en mindre tydelig oppfordring fra arbeidsgiver være en akseptabel unnskyldningsgrunn for arbeidssøker. I tilfeller der arbeidsgivers oppfordring er mer tydeliggjort, vil arbeidssøker derimot ikke enkelt kunne unnskylde seg med at han ikke måtte forstå at informasjonen var av vesentlig betydning for ansettelsen. Arbeidsgiver vil da i utgangspunktet være ansvarssubjektet, men unntaksvis kan arbeidssøker måtte bære ansvaret for informasjonsutveksling. Arbeidssøkers rimelige unnskyldninger kan med dette tilpasses til de særlige hensyn og formål som arbeidsretten er ment å ivareta, herunder inkluderingshensynet i aml. § 1-1 bokstav f.

En dom hvor det, etter min vurdering, ble stilt for strenge krav til arbeidsgivers oppfordringer er RG-2003-268 Økonomisjef. Som tidligere beskrevet, omhandlet dommen et avsluttet arbeidsforhold for en nyansatt økonomisjef i kommunen. Arbeidssøker hadde i rekrutteringsprosessen ikke opplyst om domfellelser for tidligere økonomisk vinningskriminalitet. Kommunen hevet arbeidsavtalen få dager etter avtalt tiltredelse, etter å ha blitt informert om forholdene av en journalist. Økonomisjefen fremmet krav om erstatning og ugyldiggjøring av arbeidsforholdets opphør. Dommen omtaler hva som generelt skal til for at noe er tilstrekkelig oppfordret fra arbeidsgiver i rekrutteringsprosessen, og dermed også det subjektive terskelkravet «måtte forstå».

Førstvoterende uttrykker at «det må i betydelig utstrekning være legitimt å unnlate å opplyse om negative forhold ved en selv så lenge det ikke blir spurt om dette, eller det for øvrig følger klart av situasjonen at det dreier seg om absolutte vilkår for ansettelse i stillingen». I det konkrete tilfellet ble arbeidssøker i intervjuet gitt en generell anledning til å informere om potensielt betydningsfulle forhold, men dette ble av domstolen vurdert som ikke tilstrekkelig. Videre ble det vurdert å ikke være nok at stillingen i seg selv kunne antyde krav til plettfri vandel, siden det ikke direkte eller indirekte var uttrykt noe som kunne lede oppmerksomheten i denne retning. Den nyansatte kunne derfor «ikke i særlig grad (...) lastes for at han ikke på eget initiativ informerte» om domfellelsene.

Lagmannsrettens oppstilte vurderingsnorm kan som nevnt kritiseres. Det er min vurdering at det ikke kunne utgjøre en rimelig unnskyldning for arbeidssøker å ikke forstå at hans tidligere domfellelser, med direkte betydning for stillingens utførelse, måtte opplyses om. Selv om det i rekrutteringsprosessen ikke forelå en direkte oppfordring til å si noe om straffbare forhold, vurderes stillingen i seg selv å innebære en tydelig indirekte oppfordring. Som drøftet tidligere bør det stilles strengere krav til arbeidssøkers informasjonsplikt til ansvarstunge lederstillinger, slik som økonomisjefstillingen. Til tross for at inkluderingshensynet normalt skal tillegges større vekt enn virksomhetens behov i rekrutteringsprosesser, er min vurdering at inkluderingshensynet ikke kan få avgjørende betydning i det konkrete tilfellet. Sett i lys av Servitørdommens terskelkrav, vurderes det at arbeidssøker i Økonomisjefdommen måtte forstå at informasjon om de tidligere domfellelsene var av interesse for arbeidsgiver, og derfor skulle vært opplyst om i rekrutteringsprosessen. Denne vurderingen er i tråd med Deges kritikk av dommens resultat.¹⁴⁰

En dom som derimot vurderes å illustrere hva som kan utgjøre en rimelig unnskyldningsgrunn for arbeidssøker er RG 1989-787. Saken gjaldt oppsigelse av en elektriker som tidligere hadde hatt epileptiske anfall. Domstolen kom enstemmig frem til at elektrikerens ikke kunne bebreides for å ha fortiet om anfallene i rekrutteringsprosessen. Elektrikerens erfaringer tydet på at han hadde kontroll over anfallene, hvor han blant annet hadde hatt en tilsvarende elektrikerstilling tidligere uten problemer. Når kommunen ikke hadde skrevet en stillingsannonse som direkte oppfordret til å redegjøre for de epileptiske anfallene, kunne ikke elektrikerens bebreides for å ha unnlat å opplyse om dette. Stillingens arbeidsoppgaver kunne heller ikke indirekte gi uttrykk for at informasjonen var av vesentlig betydning for ansettelsen.

Samlet sett vurderte domstolen det som en rimelig unnskyldning at arbeidssøker ikke forsto at informasjonen var av vesentlig betydning for ansettelsen, når epilepsien ikke hadde vært til sjenanse i hans tidligere lignende stilling. Selv om domstolen likevel kom til at arbeidsforholdet skulle opphøre, skyldtes dette de mulige katastrofale følgene ved eventuelle anfall i bestemte arbeidssituasjoner, og ikke det forhold at arbeidssøker hadde unnlatt å opplyse om epilepsien.

Som illustrert over, er kravet til arbeidsgivers oppfordringer om informasjon fra arbeidssøker i rekrutteringsprosessen høyt. Min vurdering er at arbeidssøkers årsak til at han ikke forstod at informasjonen var av vesentlig betydning for arbeidsgivers ansettelsesgrunnlag, vil være bestemmende for oppfyllelsen av det subjektive vilkåret «måtte forstå». Dersom årsaken kan vurderes å være en rimelig unnskyldning, skal det ikke oppstilles informasjonsplikt for arbeidssøker. I grensetilfeller må arbeidsgiver bære risikoen, særlig sett i lys av inkluderingshensynet i

¹⁴⁰ Dege (2009) s. 107-108.

aml. § 1-1. Samlet sett må det i hvert enkelt tilfelle utføres en konkret skjønsmessig helhetsvurdering av arbeidsgivers eksplisitte og implisitte oppfordringer til arbeidssøker.

4 Oppsummering av oppgavens hoveddel

I denne oppgaven har jeg vurdert hva som utgjør de materielle grensene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen. Forskningsspørsmålet har blitt drøftet ut ifra et avtale- og kontraktsrettslig perspektiv, herunder reglene om ugyldighet og mislighold. I tillegg har særlig HR-2021-605-A Servitørdommen blitt benyttet som en sentral rettskilde for kartleggingen av arbeidssøkers informasjonsplikt. Selv om den konkrete saken gjaldt prøvetidsoppsigelse etter aml. § 15-6, vurderes domspremissene å være så generelt utformet for arbeidssøkers informasjonsplikt at det er grunn til å vektlegge premissene for tilfeller også utenfor arbeidsmiljølovens anvendelsesområde.

Det eksisterer enkelte lovfestede regler som avskjærer informasjonsplikten, hvor arbeidssøkers informasjonsplikt derfor kan være begrenset på særlig grunnlag. I denne oppsummeringen vises det spesifikt til aml. § 13-4 og ldl. § 30. Utover de lovfestede hjemlene beror arbeidssøkers informasjonsplikt på den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold, som denne oppgaven vurderer å gjelde også prekontraktuelt. Denne tillit- og villfarelsesregelen oppstiller premisser for drøftingen av informasjonspliktens rekkevidde, der arbeidsgivers rimelige forventninger står i kjernen av vurderingen.

I avtale- og kontraktsretten har opplysningspliktreglene både objektive og subjektive vilkår, noe som også gjelder for HR-2021-605-A. Ut ifra de drøftede rettskildene utledes en handlingsnorm for hva arbeidssøker må informere om i rekrutteringsprosessen, hvor den aktuelle informasjonen må være av en slik art at arbeidssøker måtte forstå at forholdet var av vesentlig betydning for arbeidsgiver. Arbeidssøkers informasjonsplikt forutsetter med dette to vilkår; på den objektive siden må informasjonen være av «vesentlig betydning» for arbeidsgiver, og på den subjektive siden stilles et krav til at arbeidssøker «måtte forstå» at informasjonen var av vesentlig betydning.

Det objektive vilkåret «vesentlig betydning» er et nokså høyt terskelkrav, der vurderingen av arbeidssøkers informasjonsplikt må utføres med utgangspunkt i innvirknings- og forventningselementet. Ut ifra oppgavens drøftelser vurderes et forhold å være av vesentlig betydning for arbeidsgiver dersom elementene sett i sammenheng er tilstrekkelige til å karakterisere forholdet som vesentlig.

Innvirkningselementet skal fastlegge informasjonens grad av innvirkning på arbeidsgivers beslutningsgrunnlag i ansettelsesprosessen. Informasjonens innvirkningsgrad må vurderes opp mot den konkrete stillingens art og formål. Dersom arbeidssøkers informasjon vurderes å ha stor innvirkning på ansettelsen, vil informasjonen ofte presumeres å være av vesentlig betydning. Høy grad av innvirkning på ansettelsen vil likevel ikke være tilstrekkelig i enhver sammenheng, da det også må foreligge berettigede forventninger hos arbeidsgiver.

Forventningselementet er en vurdering av hvorvidt arbeidsgivers forventninger om å få informasjon fra arbeidssøker er rimelige. Oppgavens drøftelser kommer frem til at arbeidsgivers forventninger i utgangspunktet må være beroende på egne oppfordringer, som også får betydning for hva arbeidssøker «måtte forstå» var av vesentlig betydning for ansettelsesgrunnlaget. Arbeidsgivers oppfordringer er imidlertid ikke alltid tilstrekkelig for å oppfylle vilkåret vesentlig betydning. Hva arbeidsgiver kan forvente av informasjon fra arbeidssøker må i tillegg bero på en helhetsvurdering av ulike momenter. Oppgaven illustrerer at det, ut ifra de vurderte rettskildene, ikke kan utledes hvilke momenter som skal tillegges mest vekt i det enkelte tilfellet tilknyttet arbeidssøkers informasjonsplikt. Rettsanvenderens skjønn blir dermed styrende i helhetsvurderingen av den konkrete saken.

Ved den skjønnsmessige helhetsvurderingen av arbeidsgivers rimelige forventninger må det særlig tas hensyn til arbeidsretten som rettsområde. Ut ifra rettskildene som vurderes i oppgaven, må inkluderingshensynet i aml. § 1-1 bokstav f få førende betydning for hva arbeidsgiver kan forvente av informasjon fra arbeidssøker. Et annet sentralt moment i helhetsvurderingen er informasjonens alvorlighetsgrad. Både informasjonens alvorlighet i seg selv, og alvorligheten tilknyttet stillingens arbeidsoppgaver og formål, må avveies. På denne måten knyttes alvorlighetsmomentet opp mot momentet om typen stilling og virksomhet. Et ytterligere moment er bakgrunnen for arbeidssøkers unnlatte informasjon. Bakgrunnen for fortielsen kan typisk få avgjørende betydning dersom fortielsen er rimelig, sett i lys av arbeidsrettens inkluderingsformål i aml. § 1-1 bokstav f. Videre kan tidsperspektivet få betydning i tilfeller der det har gått lang tid siden for eksempel et straffbart forhold var idømt.

Det subjektive vilkåret «måtte forstå» er en aktsomhetsvurdering av arbeidssøker. Oppgaven kommer frem til at vilkårsdrøftelsen må bero på om arbeidssøker har en rimelig unnskyldning til å være uvitende om at den unnlatte informasjonen var av vesentlig betydning for arbeidsgiver. Hvorvidt en slik rimelig unnskyldning foreligger, avhenger av arbeidsgivers oppfordringer tilknyttet informasjonsutveksling i rekrutteringsprosessen. Basert på oppgavens drøftelser må det normalt stilles høye krav til oppfordringenes klarhet. Det betyr imidlertid ikke at oppfordringene fra arbeidsgiver til arbeidssøker må være eksplisitte i enhver situasjon. Implisitte oppfordringer, for eksempel gjennom en stillingsannonse, kan være tilstrekkelige etter en nærmere vurdering.

Oppgavens drøftelser av de materielle grensedragningene for arbeidssøkers informasjonsplikt i rekrutteringsprosessen illustrerer at det må foretas en konkret helhetsvurdering av de ovennevnte vilkårene i lys av den enkelte rekruttering. I den konkrete vurderingen av hvorvidt arbeidssøker har en informasjonsplikt vil de skjønnsmessige avveiningene være utslagsgivende.

5 Arbeidsgivers behov for gode ansettelser

Tatt i betraktning arbeidssøkers handlingsnorm, er et neste forskningsspørsmål om den rettslige reguleringen av arbeidssøkers informasjonsplikt gir tilstrekkelig rom for ivaretagelse av arbeidsgivers behov for gode ansettelser. Gode ansettelser skal i denne sammenheng forstås som ansettelser i tråd med de behov den enkelte arbeidsgiver har for stillingen. For å besvare forskningsspørsmålet må det vurderes hvorvidt arbeidsgiver på generelt grunnlag kan oppnå behovet etter gjeldende rett. Vurderingen vil i noen grad være preget av rettspolitiske betraktninger.

Som oppsummert, må det stilles strenge vilkår for arbeidssøkers informasjonsplikt. Ut ifra stillingsvernsregulene i aml. kapittel 15, hvor ansettelsesvernet er sterkt, kan det på bakgrunn av terskelkravet for arbeidssøkers informasjonsplikt oppfattes som risikabelt for arbeidsgiver å foreta en tidsubestemt ansettelse.

Spørsmålet blir hvordan arbeidsgiver bør gå fram i rekrutteringsprosessen for å få best mulig ansettelsesgrunnlag og minimere sin risiko om feilansettelser.

Løsningen for arbeidsgiver synes å ligge i virksomhetens egne oppfordringer til arbeidssøker.¹⁴¹ Når arbeidsgiver, som uttalt i tidligere drøftelser, i all hovedsak har mulighet til å definere hva arbeidssøker bør opplyse om, gjennom eksplisitte og implisitte oppfordringer, er det i realiteten arbeidsgivers egne oppfordringer i rekrutteringen som er avgjørende for arbeidssøkers informasjonsplikt. Som et utgangspunkt kan arbeidssøker ikke gi «direkte villedende informasjon om seg selv og tidligere arbeidsforhold», slik uttrykt i HR-2021-605-A Servitørdommen avsnitt 50. Dette innebærer at arbeidssøker normalt ikke har anledning til å lyve.¹⁴² Arbeidsgiver kan da, innenfor lovlige rammer, stille presise spørsmål for å unngå at arbeidssøker lurer seg unna spesifikke informasjonsutveksling, jf. Servitørdommens avsnitt 55.

Likevel kan det være utfordrende for en arbeidsgiver å vite hva man burde ha kunnskap om før ansettelsen, noe som også vil gjøre det vanskelig å stille presise og gode spørsmål i

¹⁴¹ Meder (2021).

¹⁴² Dege (2009) s. 98-99, Meder (2021), samt Meder og Weltzien (2020) s. 428.

rekrutteringsprosessen. Svaret i denne sammenheng er, etter min vurdering, gode forberedelser. Forberedelsene bør blant annet innebære en grundig kartlegging av virksomhetens behov for stillingen, samt en bevisstgjøring rundt informasjon av sentral betydning for ansettelsesgrunnlaget. Dette vil igjen med større sannsynlighet resultere i tydelige oppfordringer fra arbeidsgiver til arbeidssøker om utveksling av sentral informasjon. Grundige forberedelser, i form av en jobbanalyse, vil dermed normalt sikre et godt ansettelsesgrunnlag.¹⁴³ Med dette lagt til grunn oppstiller gjeldende rett etter min vurdering tilstrekkelig rom for arbeidsgivers behov for gode ansettelser.

¹⁴³ Iversen (2020) s. 14.

Referanseliste

Lovgivning

- 1687 Kong Christian Den Femtis Norske Lov 15. april 1687 (Norske Lov – NL)
- 1814 Kongerike Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven – Grl.)
- 1967 Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.)
- 1977 Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (tidligere arbeidsmiljølov) [opphevet]
- 1983 Lov 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven – tjml.) [opphevet]
- 1988 Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven – kjl.)
- 1989 Lov 16. juni 1989 nr. 63 om håndverkertjenester m.m for forbrukere (håndverkertjenesteloven – hvtjl.)
- 1992 Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eigedom (avhendingslova – avhl.)
- 1997 Lov 13. juni 1997 nr. 43 om avtalar med forbrukar om oppføring av ny bustad m.m. (bustadoppføringslova – buofl.)
- 1999 Lov 26. mars 1999 nr. 17 om husleieavtaler (husleieloven – husll.)
- 2002 Lov 21. juni 2002 nr. 34 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven – fkjl.)
- 2005 Lov 20. mai 2005 nr. 28 om straff (straffeloven – strl.)
- 2005 Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.)
- 2010 Lov 28. mai 2010 nr. 16 om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndigheten (politiregisterloven)
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven – ldl.)
- 2017 Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven)

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

EU-forordninger

Forordning 2016/679 EU

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

Forarbeider

Norges offentlige utredninger

NOU 2001:4

Helseopplysninger i arbeidslivet – Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2004:5

Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

NOU 2021:2

Kompetanse, aktivitet og inntektssikring – Tiltak for økt sysselsetting

Proposisjoner

Ot.prp.nr.29 (1988-1989)

Om lov om håndverkertjenester m.m for forbrukere

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Rettspraksis

Høyesterett – publisert:

Rt. 1929-929

Rt. 1966-996 Passbåt

Rt. 1974-990

Rt. 1983-716

Rt. 1984-28 Tromsø Sparebank

Rt. 1988-766

Rt. 1988-1078	Skipsgaranti
Rt. 1990-607	
Rt. 1993-300	
Rt. 1995-1460	Haughom
Rt. 1996-1401	Autronica
Rt. 1999-922	Salhus Flytebru
Rt. 2000-1800	Bostedsvilkår
Rt. 2002-696	Nebb
Rt. 2002-1110	Bodum
Rt. 2004-76	Allmennlærer
Rt. 2005-268	Pan Fish
Rt. 2009-685	Webredaktør
Rt. 2011-1674	
HR-2020-1339-A	ISS
HR-2020-2202-A	Sluttavtale
HR-2021-605-A	Servitør

Underretter – publisert:

NAD 1988-539		(Gulating lagmannsrett)
RG 1989-787		(Frostating lagmannsrett)
RG 2003-268	Økonomisjef	(Eidsivating lagmannsrett)
LB-2017-5716		(Borgarting lagmannsrett)
LB-2017-45903		(Borgarting lagmannsrett)
LB-2019-143505		(Borgarting lagmannsrett)
TSTAV-2011-81051	Fetteren	(Stavanger tingrett)

Juridisk litteratur

Andenæs (2009)

Andenæs, Mads Henry. *Rettskildelære*, Oslo: 07 Media, 2009.

- Bergem (2020) Bergem, John Egil. «Note 84 Kommentar kjøpsloven», *Norsk lovkommentar*, Gyldendal Rettsdata, 2020, hentet 21.09.2021.
- Bratholm (2013) Bratholm, Silvelin. «Helseopplysninger ved ansettelse», *Arbeidsrett vol. 10*, nr. 2, 2013, s. 181-273 https://www-idunn-no.ezproxy.uio.no/arbeid/2013/02/helseopplysninger_ved_ansettelse hentet 09.08.2021.
- Dege (2009) Dege, Jan Tormod. *Den individuelle arbeidsrett: Del I og II*, Oslo: Minerva, 2009.
- Eide og Stavang (2018) Eide, Erling og Endre Stavang. *Rettsøkonomi*, 2. utgave, Oslo: Cappelen Damm Akademisk, 2018.
- Eidsvaag (2009) Eidsvaag, Tine. *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Bergen: Det juridiske fakultet, Universitetet i Bergen, 2009.
- Haaskjold (2017) Haaskjold, Erlend. *Obligasjonsrett: En innføring*, Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Hagstrøm (2011) Hagstrøm, Viggo. *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo: Universitetsforlaget, 2011.
- Hemmingby (2021) Hemmingby, Anette. «I et speil, i en gåte: styringsrett og arbeidsavtaletolkning» i *Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Skjønberg, Bråthen, Hemmingby, Hotvedt og Weltzien [red.], Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2021.
- Hov og Høgberg (2017) Hov, Jo og Alf Petter Høgberg. *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo: Papinian, 2017.
- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter. «Domstolspraksis som rettskildefaktor» i *Juridisk metode og tenkemåte*, Høgberg, Alf Petter

og Jørn Øyrehagen Sunde [red.], Oslo: Universitetsforlaget, 2019.

Jakhelln (2007)

Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo: N. W. Damm & Søn, 2007.

Lilleholt (2017)

Lilleholt, Kåre. *Kontraktsrett og obligasjonsrett*, Oslo: Cappelen Damm AS, 2017.

Meder (2021)

Meder, Margrethe. «Kommentar til HR-2021-605-A Servitørdommen «Er det lov å lyve?»», 2021, <https://juridika.no/innsikt/kommentar-til-hr-2021-605-a-servitordommen> hentet 04.08.2021

Meder og Weltzien (2020)

Meder, Margrethe og Kurt Weltzien. *Bedriftens personalhåndbok*, 9. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2020.

Simonsen (1997)

Simonsen, Lasse. *Prekontraktuell ansvar*, Oslo: Universitetsforlaget, 1997.

Skjønberg mfl. (2020)

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt. *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2020.

Woxholth (2014)

Woxholth, Geir. *Avtalerett*, 9. utgave, Oslo: Gyldendal Norsk Forlag, 2014.

Annen litteratur

Iversen (2020)

Iversen, Ole I. *Rekrutterings- og intervjueteknikk – om bruk av effektive rekrutteringsmetoder*, 2. utgave, Bergen: Fagbokforlaget, 2020.