

# Opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse

*En analyse av den nedre grensen for arbeidssøkers plikt til å opplyse om helseforhold i den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold.*

**Katarina Torrissen**

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap - Høst 2017*

## **Innholdsfortegnelse**

<b>1 Innledning</b> .....	<b>1</b>
1.1 Tema og problemstilling .....	1
1.2 Begrepsavklaringer.....	2
1.2.1 Innledning.....	2
1.2.2 «Helseopplysninger».....	2
1.2.3 «Den prekontraktuelle fasen».....	3
1.2.4 «Arbeidsgiver» og «arbeidssøker».....	3
1.2.5 «Diskriminering».....	4
1.2.6 «Bristende forutsetninger» og «uriktige forutsetninger» .....	5
1.3 Aktualitet og hensyn.....	5
1.4 Metode.....	7
1.5 Avgrensninger og presiseringer.....	7
1.6 Fremstillingen videre.....	9
<b>2 Prekontraktuell lojalitetsplikt</b> .....	<b>10</b>
2.1 Innledning.....	10
2.2 Lojalitetspliktens fremvekst og stilling .....	10
2.4 Innholdet i – og formål bak lojalitetsplikten .....	12
<b>3 Minstekrav for lojalitetsplikt</b> .....	<b>14</b>
3.1 Innledning.....	14
3.2 Tilknytning til kontraktsforholdet og innvirkning på avtalen («negativ effekt») .....	15
3.3 Bebreidelsesverdige atferd ut fra den annen kontraktsparts beskyttelsesverdige forventninger .....	16
<b>4 Den nedre grensen for opplysningsplikt om helseforhold</b> .....	<b>20</b>
4.1 Innledning.....	20
4.2 Hva skal til for at helseforhold oppfyller minstekravet «negativ effekt»? .....	20
4.2.1 Innledning.....	20
4.2.2 Saklighetskravet .....	21

4.2.3	Forholdsmessighetskravet .....	24
4.2.4	Oppsummering og konklusjon .....	25
4.3	Hvilke helseopplysninger kan arbeidssøker bebreides for å holde tilbake?.....	25
4.3.1	Innledning.....	25
4.3.2	Arbeidsgivers ivaretagelse av egne interesser.....	26
4.3.3	Oppsummering og konklusjon .....	30
<b>5</b>	<b>Rettslige konsekvenser av brudd på opplysningsplikten .....</b>	<b>32</b>
5.1	Innledning.....	32
5.2	Opphør av arbeidsavtale.....	32
5.2.1	Innledende bemerkninger .....	32
5.2.2	Avtaleloven § 33 .....	33
5.2.3	Avtaleloven § 36 .....	35
5.2.4	Arbeidsmiljøloven § 15-7.....	37
5.2.5	Arbeidsmiljøloven § 15-14.....	39
5.2.6	Avgjørelsen av hvilket regelsett som kommer til anvendelse.....	41
5.3	Erstatning .....	44
<b>6</b>	<b>Oppsummering og avsluttende refleksjoner .....</b>	<b>47</b>
<b>7</b>	<b>Kilde- og litteraturfortegnelse.....</b>	<b>49</b>

# 1 Innledning

## 1.1 Tema og problemstilling

Avhandlingens tema er arbeidssøkers opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse, og ligger innenfor både arbeidsretten og kontraktsrettens område. Arbeidsavtalen er i prinsippet en ordinær kontrakt.<sup>1</sup> Utgangspunktet er dermed at alminnelige kontraktsrettslige regler kommer til anvendelse ved inngåelse av arbeidsforhold.<sup>2</sup>

Det følger av den alminnelige ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten at kontraktsparter ved avtaleinngåelse er forpliktet til å ivareta den annen kontraktsparts interesser gjennom rimelig og tilbørlig atferd. Lojalitetsplikten er en plikt til å handle, eller avstå fra å handle. Den omfatter en rekke mer spesifikke rett- og pliktrelasjoner, herunder opplysningsplikten.<sup>3</sup> Opplysningsplikten er en plikt til i en viss grad ikke å oppgi uriktige, villedende eller mangelfulle opplysninger til den andre kontraktsparten.<sup>4</sup>

Avhandlingen tar sikte på å belyse den nedre grensen for arbeidssøkers plikt til å opplyse arbeidsgiver om helseforhold i den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold. Problemstillingen er med andre ord hvilke helseopplysninger arbeidssøker må gi til arbeidsgiveren, og hvilke helseopplysninger arbeidssøkeren fritt kan holde tilbake uten at det vil medføre brudd på opplysningsplikten. Det er ikke hensiktsmessig å gjøre et teoretisk skille mellom lojalitetsplikten og opplysningsplikten, da lojalitetspliktens nedre grense vil gjelde tilsvarende for opplysningsplikten. Lojalitetsplikten og opplysningsplikten er altså to sider av samme sak. Brudd på opplysningsplikten vil i avhandlingen omtales som «illojal atferd» eller «opplysningssvikt».

Et naturlig følgespørsmål av problemstillingen er hvilke rettslige konsekvenser brudd på den prekontraktuelle lojalitetsplikten kan medføre der arbeidsgiver har inngått et arbeidsforhold med arbeidssøkeren som følge av uriktige forutsetninger. Dette vil jeg også drøfte i avhandlingen. Sentralt i denne sammenheng er hvorvidt arbeidsgiver kan bli ubundet av arbeidsavtalen etter avtalerettslige eller arbeidsrettslige opphørsregler, og i så fall i hvilke tilfeller de ulike regelsett kommer til anvendelse.

---

<sup>1</sup> Jan Fougner, *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (1997) s. 174.

<sup>2</sup> Rt. 1988 s. 766 (s. 769). Se avhandlingens punkt 2.1.

<sup>3</sup> Geir Woxholth, *Avtalerett* (2017) s. 299.

<sup>4</sup> Henriette Nazarian, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (2006) s. 232.

## 1.2 Begrepsavklaringer

### 1.2.1 Innledning

Jeg vil i det følgende redegjøre for meningsinnholdet som er lagt til grunn for avhandlingens mest sentrale begreper.

### 1.2.2 «Helseopplysninger»

Begrepet *helseopplysninger* har ingen legaldefinisjon i arbeidsmiljøloven. Breisteinsutvalget ga i NOU 2001: 4 *Helseopplysninger i arbeidslivet: Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet* forslag til legaldefinisjon i innstillingen til Sosial- og helsedepartementet. Breisteinsutvalgets forslag til definisjon var: «...informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand».<sup>5</sup> Utvalget viste til lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven) § 2 bokstav a, som definerer begrepet slik:

«Taushetsbelagte opplysninger i henhold til helsepersonelloven § 21 og andre opplysninger og vurderinger om helseforhold eller av betydning for helseforhold, som kan knyttes til en enkeltperson».<sup>6</sup>

Ifølge Ot.prp. nr. 5 (1999-2000) *Om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)* omfatter begrepet «helseforhold» i § 2 opplysninger om en «...persons tidligere, nåværende og fremtidige fysiske eller psykiske tilstand, inkludert opplysninger om medisin og narkotikamisbruk.»<sup>7</sup> Sosiale forhold kan falle inn under definisjonen dersom de påvirker helsen.<sup>8</sup> Dette vil for eksempel kunne omfatte overvektsproblematikk, røyke- og alkoholvaner, vanskelige familieforhold og lignende forhold som kan virke inn på individet.<sup>9</sup> I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) *Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.* sluttet Sosial- og helsedepartementet seg til Breisteinsutvalgets forslag til legaldefinisjon av helseopplysningsbegrepet.<sup>10</sup> Det fremgår ikke av forarbeidene hvorfor departementet ikke lovfestet forslaget.

---

<sup>5</sup> NOU 2001: 4 s. 12

<sup>6</sup> NOU 2001: 4 s. 21.

<sup>7</sup> Ot.prp. nr. 5 (1999-2000) s. 179.

<sup>8</sup> NOU 2001: 4 s. 21.

<sup>9</sup> Silvelin Bratholm, *Helseopplysninger ved ansettelse* (2013) s. 206.

<sup>10</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314.

Helseopplysninger vil på bakgrunn av det ovennevnte, omfatte fysisk og psykisk helse. Enkelt forklart er helseopplysninger *opplysninger om helseforhold*. «Helseopplysninger» er altså et svært vidt begrep. Jeg vil derfor legge til grunn enkelte nødvendige forutsetninger for å presisere hvilke typer helseforhold som vil være problematisk i sammenheng med opplysningsplikt ved ansettelse.

For det første må det legges det til grunn at helseforholdene er av negativ karakter sett fra arbeidsgivers ståsted. Dernest er en nødvendig forutsetning at helseforholdene ikke er synlig for arbeidsgiveren, for eksempel at arbeidssøkeren er gravid i tredje trimester eller er rullestolbruker. Til sist må det forutsettes at helseforholdene foreligger i den prekontraktuelle fasen samt at arbeidssøkeren selv er oppmerksom på egen helse. Dersom arbeidssøkeren eksempelvis har kreft, men ikke vet det, vil han naturligvis ikke kunne anses for å være illojal for ikke å ha opplyst om dette ved ansettelsen.

### **1.2.3 «Den prekontraktuelle fasen»**

Med *den prekontraktuelle fasen* menes tiden før det inngås kontrakt. Den prekontraktuelle fasen av arbeidsforhold består grovt sett av tre stadier. Det første stadiet er der hvor arbeidsgiver beslutter at han skal tilsette ny arbeidstaker, og utlyser stillingen. I det andre stadiet forsøker arbeidsgiver å finne ut av hvem som skal tilsettes. I dette stadiet forutsetter avhandlingen at arbeidsgiveren møter interessante arbeidssøkere til intervju, før beslutning om eventuell ansettelse. Dette er en nødvendig forutsetning, da avhandlingen problematiserer opplysningsplikt om helseforhold som ikke er synlig for arbeidsgiver. Det tredje stadiet er der hvor arbeidsgiveren og den nye arbeidstakeren inngår et kontraktsforhold. Fra dette tidspunkt er den prekontraktuelle fasen over, og partene trer inn i et kontraktsforhold.

### **1.2.4 «Arbeidsgiver» og «arbeidssøker»**

*Arbeidsgiver* er i aml. § 1-8 andre ledd definert som «...enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste». Etter ordlyden må et arbeidsforhold være inngått. Den prekontraktuelle fasen må altså være avsluttet, og arbeidstakeren må ha tiltrådt stillingen og begynt å utføre arbeid for arbeidsgiveren. Arbeidsgiverbegrepet er i avhandlingen ment å favne videre enn lovens definisjon. I avhandlingen omfatter begrepet enhver som har

myndighet til å ansette arbeidssøker til å utføre arbeid i sin tjeneste som følge av *arbeidsgivers styringsrett*.<sup>11</sup>

Begrepet *arbeidssøker* er ikke legaldefinert i arbeidsmiljøloven. Forarbeidene har imidlertid definert begrepet slik:

- «En arbeidssøker er en person som
- har vist interesse for å arbeide i en virksomhet hvor vedkommende enten ikke er ansatt i fra før; eller
  - søker arbeid internt i virksomheten; og
  - er aktuell for stillingen ut fra generelle krav til utdanning, sertifikater, alder.»<sup>12</sup>

Som følge av mangel på legaldefinisjon i loven, legger jeg denne forståelsen av arbeidssøkerbegrepet til grunn.

I det følgende vil arbeidsgiver bli omtalt som «han». Det samme gjelder for arbeidssøker, med mindre annet kan forstås sett ut fra sammenhengen.

### **1.2.5 «Diskriminering»**

*Diskriminering* er «direkte og indirekte usaklig forskjellsbehandling», som kan knyttes til diskrimineringsgrunnlag, jf. blant annet lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) § 5 andre ledd og lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene (likestillingsloven) § 5 andre ledd. Helseforhold som er vernet av lovene er graviditet, jf. likestillingsloven § 5 første ledd, og nedsatt funksjonsevne jf. diskriminerings- og tilgjengelighetsloven § 5 første ledd. Diskrimineringslovenes definisjon av begrepet legges i det følgende til grunn for avhandlingen, og vil gjelde for alle typer helseforhold som omfattes av begrepet i punkt 1.2.2. Diskrimineringsdefinisjonen vil altså også omfatte helseforhold som ikke kan kategoriseres som nedsatt funksjonsevne eller omhandler graviditet.

---

<sup>11</sup> Styringsretten er ikke forankret i lovverket, men er en anerkjent som selvstendig rettsnorm i rettspraksis og i tariffavtalepraksis. Styringsretten er retten til «å organisere, lede og fordele arbeidet», jf. Rt. 2000 s. 1602 («Nøkk-dommen»). Styringsretten omfatter retten til ansette og si opp arbeidstakere», jf. Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett 2.* utgave (2017) s. 96-98.

<sup>12</sup> NOU 2001: 4 s. 23.

### 1.2.6 «Bristende forutsetninger» og «uriktige forutsetninger»

*Bristende forutsetninger* er forutsetninger som slår annerledes ut i avtaleforholdet enn partene forventet og forutså ved avtaleinngåelsen.<sup>13</sup> Bristende forutsetninger kan dermed ikke foreligge på grunn av opplysningssvikt. *Uriktige forutsetninger* er derimot normalt forårsaket av opplysningssvikt. Uriktige forutsetninger er forutsetninger som forelå på avtaletidspunktet og som inngikk i vurderingsgrunnlaget, men som senere viser seg å være feil.<sup>14</sup> I rettspraksis og juridisk teori brukes ofte begrepet «bristende forutsetninger» om «uriktige forutsetninger». Det er imidlertid bare «uriktige forutsetninger» som er aktuelt for denne avhandlingens problemstilling. Der hvor det i avhandlingen henvises til rettskilder som omhandler «bristende forutsetninger», skal dette derfor leses som «uriktige forutsetninger», med mindre annet fremgår av sammenhengen.

### 1.3 Aktualitet og hensyn

Helseforhold kan i stor grad ha betydning for menneskers ferdigheter, arbeidskraft og arbeidskapasitet. Ved rekruttering av arbeidstakere vil arbeidsgiver derfor i noen tilfeller ha saklig behov for informasjon om arbeidssøkers helse. Dette er blant annet for å unngå dyre og tidkrevende feilansettelser, noe som vil være svært belastende for enkelte arbeidsgivere.<sup>15</sup> Dersom det er snakk om fremtidig langvarig sykdom hos arbeidssøker med påfølgende sykemelding, vil det eksempelvis kunne føre til store kostnader i form av sykefravær og sykepenger.<sup>16</sup> I tillegg er det arbeidsgiver som har hovedansvaret for å sikre et sunt og trygt arbeidsmiljø for sine arbeidstakere, og til å innfri offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø etter arbeidsmiljøloven kapittel 4.<sup>17</sup> Hensynet til arbeidsgivers tillit til sin arbeidstaker er også av betydning. Brudd på opplysningsplikten ved ansettelse vil kunne svekke arbeidsgivers tillit til arbeidstakeren.

Arbeidssøkers opplysningsplikt ved ansettelse er ikke direkte lovregulert i lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven, forkortet aml.). Arbeidsgivers *adgang til å innhente helseopplysninger* er imidlertid lovregulert i aml. § 9-3. Innhenting av helseopplysninger i ansettelsesprosessen har ifølge NOU 2004: 5

---

<sup>13</sup> Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave (2014) s. 259.

<sup>14</sup> Giertsen (2014) s. 187.

<sup>15</sup> Ot.prp. nr. 49 (2005-2005) s. 148.

<sup>16</sup> NOU 2001: 4 s. 17.

<sup>17</sup> NOU 2001: 4 s. 17.



*Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst* ofte som formål å «sortere ut» arbeidstakere med helseproblemer.<sup>18</sup> Formålet med en lovregulering er derfor å forhindre diskriminering, og samtidig ivareta arbeidsgivers legitime interesser ved ansettelse.<sup>19</sup> Aml. § 9-3 første ledd lyder:

«(1) Arbeidsgiver må ikke i utlysningen etter nye arbeidstakere eller på annen måte be om at søkerne skal gi andre helseopplysninger enn dem som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen. Arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte.»

Bestemmelsen fremmer arbeidsmiljølovens formål etter aml. § 1-1 bokstav e om et inkluderende arbeidsliv, som ifølge forarbeidene «kanskje [var] det viktigste siktemålet ved utformingen av en ny lov for arbeidslivet».<sup>20</sup> Formålet henger tett sammen med aml. § 1-1 bokstav b, om å sikre likebehandling i arbeidslivet. Ifølge forarbeidene kommer det i fremtidens arbeidsliv til å bli enda viktigere å sikre god og reell tilgang til arbeidsmarkedet, særlig for de grupper som tradisjonelt har hatt en lavere yrkesdeltakelse enn den øvrige befolkningen.<sup>21</sup> Det overordnede målet er et arbeidsliv med plass for alle.<sup>22</sup>

Vern mot diskriminering ved ansettelse på grunn av negative helseopplysninger, er viktig fordi arbeid er et grunnleggende velferdsgode i seg selv.<sup>23</sup> Retten til arbeid er en grunnleggende rettighet som blant annet fremgår av Grunnloven § 110. Første ledd første punktum slår fast følgende: «Statens myndigheter skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring.»

Arbeidslivet gir mulighet for individet til å være kreativ og til å være med i et sosialt fellesskap. I tillegg kommer det helt åpenbare om at arbeid sikrer inntekt til den enkelte, som er nødvendig for livets utkomme.<sup>24</sup> Høyesterett har allerede i Rt. 1980 s. 52 uttalt at «retten til

---

<sup>18</sup> NOU 2004: 5. 426.

<sup>19</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

<sup>20</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 71.

<sup>21</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14.

<sup>22</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14.

<sup>23</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14.

<sup>24</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 14.

arbeid vil både etter forholdene i dag og etter den utvikling som kan ventes, være av den største betydning for den enkelte.»<sup>25</sup>

Aktualiteten for avhandlingens problemstilling og tema viser seg ved viktigheten av ivaretagelse av både arbeidssøker og arbeidsgiver i ansettelsesprosessen. En nedre grense for opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse er nødvendig for at arbeidsgivers saklige behov for å ansette riktig person i sin virksomhet, blir ivaretatt. Samtidig må ikke den nedre grensen gå lenger enn det som er absolutt nødvendig, da arbeidssøker har rett til vern mot diskriminering og utestengelse fra arbeidslivet.

## 1.4 Metode

Utgangspunktet for drøftelsene er alminnelig juridisk metode i lys av Eckhoffs rettskildeprensipp. <sup>26</sup> Fremstillingen tar utgangspunkt i et *de lege lata*-perspektiv. <sup>27</sup> Avhandlingen reiser ingen særskilte metodiske spørsmål. Likevel foreligger det noen metodiske utfordringer. Dette gjelder hovedsakelig mangel på rettspraksis. Det foreligger for det første lite ny rettspraksis. For det andre foreligger det lite høyesterettspraksis. Jeg har derfor benyttet meg både av både eldre rettspraksis, og av underrettspraksis for å fremstille gjeldende rett. Fortrinnsvis vil det også i stor grad foretas analogibetraktninger fra praksisen for å løse avhandlingens problemstilling.

På bakgrunn av lite rettspraksis og rettskilder av tyngre rettskildemessig vekt, vil juridisk teori også være en sentral rettskilde for å fremstille gjeldende rett. Dette til tross for at juridisk teori generelt er en rettskilde av lav rettskildemessig vekt. På samme måte som for rettspraksis, vil det også for juridisk teori være nødvendig å foreta analogibetraktninger.

## 1.5 Avgrensninger og presiseringer

Jeg begrenser avhandlingen til å omhandle alminnelige private ansettelsesforhold. Regler i lov 16. juni 2016 nr. 67 om statens ansatte (statsansatteloven) vil ikke bli behandlet. Videre avgrenser jeg mot ansettelsesforhold som reguleres av særlovgivning, herunder ansettelser som er unntatt fra arbeidsmiljøloven etter aml. § 1-2 andre ledd bokstav a: «sjøfart, fangst og

---

<sup>25</sup> Rt. 1980 s. 52 på s. 58-59.

<sup>26</sup> Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utgave ved Jan E. Helgesen (Oslo 2001) s. 19.

<sup>27</sup> *De lege lata*: Beskrivelse av gjeldende rett.

fiske, herunder bearbeiding av fangsten om bord i skip,» og bokstav b: «militær luftfart som omfattes av luftfartsloven.»<sup>28</sup>

Høyesterett har i Rt. 1990 s. 607 uttalt: «...må legges til grunn at det eksisterer en alminnelig og ulovfestet lojalitetsplikt i ansettelsesforhold.»<sup>29</sup> Uttalelsen forutsetter at det er inngått et arbeidsforhold. Den ulovfestede arbeidsrettslige lojalitetsplikten faller dermed utenfor avhandlingens problemstilling.<sup>30</sup>

Jeg vil ikke behandle grunnvilkårene for kontrolltiltak etter aml. § 9-1 første ledd og arbeidsgivers adgang til medisinske undersøkelser etter aml. § 9-4. Dette er selvstendige problemstillinger som faller utenfor avhandlingens problemstilling. Det samme gjelder regler som regulerer arbeidsgivers behandling av helseopplysninger etter lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og regler som regulerer arbeidsgivers adgang til vektlegging av helseopplysninger ved ansettelse. Det siktes her til ulike diskrimineringsregler, herunder § 6 i både diskriminerings- og tilgjengelighetsloven, og likestillingsloven. Bestemmelsene regulerer lovlig forskjellsbehandling på nærmere angitte vilkår.

Helseopplysninger er både sårbare og sensitive, og noe som arbeidssøker gjerne har behov for å holde privat. Retten til privatliv er blant annet beskyttet i Grunnloven § 102. Videre kan Den europeiske menneskerettskonvensjonen (EMK) artikkel 8 og Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter (SP) artikkel 17 nevnes. Artiklene slår fast at enhver har rett til respekt for sitt privatliv og sin korrespondanse. Både EMK og SP er inkorporert i lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven, forkortet mrl.) § 2. Konvensjonene skal ved motstrid gå foran bestemmelser i annen lovgivning, jf. mrl. § 3. Pliktsubjektet etter EMK og SP er konvensjonspartene.

Den europeiske menneskerettighetsdomstol (EMD), som er EMK sitt håndhevingsorgan, jf. EMK artikkel 32, har imidlertid slått fast at medlemsstatene har en positiv forpliktelse til å

---

<sup>28</sup> Lov 21. juni 2013 nr. 102 (skipsarbeiderloven) og lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart (luftfartsloven).

<sup>29</sup> Rt. 1990 s. 607 (s. 614). Sakens faktum er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for.

<sup>30</sup> En del forfattere mener opplysningsplikt før ansettelse er en del av den alminnelige lojalitetsplikten i ansettelsesforhold, se bl.a. Bratholm (2013) s. 200 som viser til Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett* (2009) s. 98. Dette vil sannsynligvis være uten konsekvens for avhandlingens problemstilling, jf. Bratholm (2013) s. 200.

sikre at borgerne til en viss grad også blir beskyttet mot inngrep fra private rettssubjekter.<sup>31</sup> Denne sikreforpliktelsen er særlig betydningsfull på området for privatlivet.<sup>32</sup> Norsk rett presumeres å være i samsvar med forpliktelsene som oppstilles etter konvensjonene. Jeg vil ikke behandle EMK eller SP nærmere i avhandlingen. Det vil derfor ikke tas stilling til hvorvidt menneskerettighetene vil styrke arbeidssøkers vern ved spørsmål om opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse.

Til sist avgrensers jeg mot opplysningsplikt om fremtidig helserisiko, herunder blant annet regler i lov 12. mai 2003 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi (bioteknologiloven). Dette skyldes avhandlingens begrensede omfang, som ikke vil tillate en behandling av dette spørsmålet.

## **1.6 Fremstillingen videre**

I kapittel 2 vil jeg foreta en generell fremstilling av den alminnelige prekontraktuelle lojalitetsplikten. I kapittel 3 redegjøres det for minstekrav for lojalitetsplikt. Kapittel 4 er avhandlingens mest sentrale kapittel. Her vil jeg anvende minstekravene som fremgår av kapittel 3 på avhandlingens problemstilling. Kapitlet tar sikte på å trekke generelle retningslinjer for i hvilke tilfeller den nedre grensen for opplysningsplikt om helseopplysninger vil være brutt ved tilbakehold av helseopplysninger. Kapittel 5 omhandler rettslige konsekvenser brudd på opplysningsplikten kan medføre. I kapittel 6 vil jeg gjøre en kort oppsummering samt foreta noen refleksjoner rundt avhandlingens problemstilling.

---

<sup>31</sup> Se bl.a. avgjørelsene *X and Y v. The Netherlands* 26. mars 1985 (appl. no. 8978/80) og *Von Hannover v. Germany* 24. juni 2004 (appl. no. 59320/00).

<sup>32</sup> Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter* (2015) s. 215.

## 2 Prekontraktuell lojalitetsplikt

### 2.1 Innledning

Lojalitetsplikten er ulovfestet, og er dannet gjennom rettslig sedvane i et samvirke mellom lovgivning, rettspraksis og teori.<sup>33</sup> Plikten er en alminnelig rettslig standard av stor viktighet i kontraktsretten.<sup>34</sup> I en kjennelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg legges det til grunn at kontraktsrettslige regler gjelder ved inngåelse av arbeidsforhold, med mindre preseptorisk lovgivning tilsier noe annet.<sup>35</sup> I saken var det spørsmål om det forelå en gyldig inngått arbeidsavtale mellom en kommunal skole og en arbeidssøker. Det var uenighet om saken skulle fremmes etter prosessreglene i dagjeldende lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. § 61 A flg. Kjæremålsutvalget sluttet seg til lagmannsrettens flertall sin konklusjon om at siden verken arbeidsmiljøloven eller lovgivningen for øvrig regulerte spørsmålet, måtte «vanlige avtalemessige prinsipper» komme til anvendelse.<sup>36</sup>

Arbeidsmiljøloven er ifølge § 1-9 preseptorisk, men loven har ingen generell hjemmel om opplysningsplikt ved ansettelse. Alminnelige avtalerettslige regler vil derfor komme til anvendelse, herunder den alminnelige ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten. I den prekontraktuelle fasen er opplysningsplikten av særlig viktighet for lojalitetsplikten.<sup>37</sup>

### 2.2 Lojalitetspliktens fremvekst og stilling

Norsk kontraktsrett bygger på prinsippene avtalefrihet og «pacta sunt servanda». Partene bærer som utgangspunkt risikoen for egne forutsetninger. Dette er lagt til grunn av Høyesterett ved flere anledninger. Et eksempel kan hentes fra Rt. 2002 s. 1110 («Bodumdommen»), hvor Høyesterett uttaler følgende: «Et langt stykke på vei (...) må partene bære risikoen for egne forutsetninger, også hvor forutsetningene er klare nok for motparten.»<sup>38</sup>

Avtalefrihet innebærer at enhver kan beslutte å inngå avtale. I forlengelsen kan enhver bestemme hvem han vil inngå avtale med, og til sist hva avtalens innhold skal være.<sup>39</sup>

---

<sup>33</sup> Giertsen (2014) s. 11.

<sup>34</sup> Nazarian (2006) s. 56.

<sup>35</sup> Sakens faktum er ikke relevant i denne sammenheng, men vil bli redegjort for i avhandlingens punkt 4.3.2.

<sup>36</sup> Rt.1988 s. 766 (s. 769).

<sup>37</sup> Geir Woxholth, *Avtalerett* (2017) s. 299.

<sup>38</sup> Rt. 2002 s. 1110 (s. 1118). Faktum i saken er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for.

<sup>39</sup> Giertsen (2014) s. 6.

Utgangspunktet om avtalefrihet begrunnes hovedsakelig i to forhold. Det ene relaterer seg til partenes autonomi, herunder retten til å bestemme over seg selv, og at enhver er nærmest til å kjenne egne behov og ivareta sine egne interesser. Det andre relaterer seg til samfunnshensyn. Avtalefrihet fremmer økonomisk aktivitet og avtaleinngåelse, fordi avtalepartene ikke er underlagt begrensninger og restriksjoner om hvordan de skal opptre.<sup>40</sup>

Lojalitetsplikten setter imidlertid en ytre ramme for de ovennevnte prinsippene, fordi lojalitetsplikten er ufravikelig.<sup>41</sup> Lojalitetsplikt for avtaleparter ved avtaleinngåelse strekker seg langt tilbake i tid. Allerede i Christian Femtis Norske Love av 15. april 1687 (NL-5-1-2) ble det gitt uttrykk for at avtaler skal holdes, med mindre det strider mot «Ærbarhed»:

«Alle Contracter som frivilligen giøris af dennem, der ere Myndige, og komne til deris Lavalder, være sig Kiøb, Sal, Gave, Mageskifte, Pant, Laan, Leje, Forpligter, Forløfter og andet ved hvad Navn det nævnis kand, som ikke er imod Loven, eller Ærbarhed, skulle holdis i alle deris Ord og Puncter, saasom de indgangne ere.»<sup>42</sup>

I ettertid er lojalitetsplikten kommet til uttrykk flere andre steder i lovgivningen. Et eksempel er lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven, forkortet avtl.) § 33. Her kommer opplysningsplikten til uttrykk som en ugyldighetsregel. I tillegg kommer lojalitetsplikten til uttrykk i form av opplysningsplikter i blant annet i lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom (avhendingslova, forkortet avhl.) § 3-7, lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp (kjøpsloven, forkortet kjl.) § 19 første ledd bokstav b og lov 21. juni 2002 nr. 35 om forbrukerkjøp (forbrukerkjøpsloven, forkortet forbrkj.). § 16 første ledd bokstav b.

Lojalitetsplikten har i tillegg fått økt betydning gjennom internasjonalisering av kontraktsretten.<sup>43</sup> Her kan UNIDROIT Principles artikkel 2.15 (Negotiations in bad faith) trekkes frem, samt European Principles of Contract Law (PECL). PECL er et forsøk på å kodifisere hovedprinsippene som ligger til grunn for europeisk kontraktsrett. I artikkel 1:201 fremgår det at kontraktspartene må opptre «in accordance with good faith and fair dealing». Dette er med på å styrke lojalitetspliktens vekt.

---

<sup>40</sup> Nazarian (2006) s. 131.

<sup>41</sup> Nazarian (2006) s. 132.

<sup>42</sup> NL 5-1-2 gir også uttrykk for prinsippet «pacta sunt servanda».

<sup>43</sup> Linn Hoel Ringvoll og Erlend M. Leonhardsen, *Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold* (2007) s. 40.

Oppsummeringsvis er tendensen en økt styrking av lojalitetsplikten. Dette er skyldes blant annet at lojalitetsplikten flere steder kommer til uttrykk i lovs form. Dette er viktig å ha i mente når den nedre grensen for opplysningsplikt ved ansettelse skal analyseres i kapittel 4.

## 2.4 Innholdet i – og formål bak lojalitetsplikten

En lojal person kjennetegnes ofte i dagligtale som ærlig, redelig, pålitelig, til å stole på, trofast, plikttro og lovlydig. Kort sagt en person som opptrer på en hensynsfull og rettskaffen måte.<sup>44</sup> Det er nær sammenheng mellom den mellommenneskelige forståelsen av lojalitet og den juridiske. Ærlighet og redelighet er både mellommenneskelige og juridiske verdier, og både mellommenneskelig og juridisk lojalitet har nær forankring i etikk og moral. Filosofen Josiah Royce har eksempelvis uttalt følgende: «...in loyalty, when loyalty is properly defined, as the fulfilment of a whole moral law».<sup>45</sup>

Samtidig kan en rettslig lojalitetsplikt ikke utelukkende baseres på etikk. Den mellommenneskelige lojalitet vil ofte rekke lengre enn den rettslige lojalitet. I rettslig sammenheng stilles det ikke krav om en ideell atferd, men et minstemål av lojalitet.<sup>46</sup> Dette vil eksempelvis innebære at kontraktsparter ikke er forpliktet til å oppgi opplysninger om ethvert forhold ved avtaleinngåelsen, selv om det ville være det ideelle for den andre kontraktsparten.<sup>47</sup>

Lojalitetsplikten har et relativt og dynamisk innhold.<sup>48</sup> Lojalitetsplikten er relativ fordi kravene som stilles til lojalitet vil avhenge av hvilken type kontraktsforhold det er snakk om. Lojalitetsplikten er dynamisk fordi innholdet vil endre seg i tråd med verdioppfatninger i samfunnet.<sup>49</sup> Som følge av det ovennevnte har lojalitetsplikten ikke et entydig innhold og det er vanskelig å gi en presis definisjon.<sup>50</sup>

---

<sup>44</sup> Se blant annet Nazarian (2006) s. 13 og ordbokdefinisjonen av begrepet:

[http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=lojal&ant\\_bokmaal=5&ant\\_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge](http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=lojal&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&begge=+&ordbok=begge)  
(sist besøk 15.12.2017)

<sup>45</sup> Josiah Royce, *The philosophy of loyalty* (1908) s. 15.

<sup>46</sup> Nazarian (2006) s. 17.

<sup>47</sup> Nazarian (2006) s. 173.

<sup>48</sup> Ringvoll og Leonhardsen (2007) s. 41.

<sup>49</sup> Ringvoll og Leonhardsen (2007) s. 41.

<sup>50</sup> Giertsen (2014) s. 11.

Et sentralt formål bak lojalitetsplikten er å forhindre at uredelige løftemottakere profitterer på avtalefriheten.<sup>51</sup> Lojalitetsplikten aktualiseres først og fremst når det ikke kan forventes av en kontraktspart å ivareta egne interesser. Et eksempel er at kontraktspartens forutsetninger baseres på opplysninger som nødvendigvis må komme fra den andre kontraktsparten, og ikke kan undersøkes på andre måter.

Lojalitetsplikten skal også virke preventivt, og sørge for at kontraktsparter tenker seg om før de avgir et løfte. Dersom lojalitetsplikten etterleves vil den dermed virke konfliktavvergende, eller i beste fall konfliktdepende.<sup>52</sup> Et viktig aspekt er også at lojalitetsplikten forhindrer maktmisbruk i tilfeller hvor det er skjevhet i styrkeforholdet mellom partene.<sup>53</sup> Dette innebærer at det i utgangspunktet kreves større grad av lojalitet av den sterkere avtaleparten, i motsetning til den svake. For eksempel vil det stride mot lojalitetsplikten at den sterkere kontraktsparten utnytter sin posisjon til å få mer informasjon enn det som vil være anse som rimelig og tilbørlig av den andre kontraktsparten å opplyse om. Til sist bidrar lojalitetsplikten til at parter som inngår avtaler med hverandre, kan forutberegne hvordan kontraktsforholdet vil utarte seg.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Se avhandlingens kapittel 5 hvor rettslige konsekvenser av brudd på opplysningsplikt blir drøftet.

<sup>52</sup> Nazarian (2006) s. 142.

<sup>53</sup> Nazarian (2006) s. 143.

<sup>54</sup> Nazarian (2006) s. 151.



## 3 Minstekrav for lojalitetsplikt

### 3.1 Innledning

Etter det jeg er kjent med har Høyesterett aldri utformet generelle allmenngyldige vurderingsmomenter, i de tilfeller der hvor det tas standpunkt til om det foreligger brudd på den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten. En del av hensikten med rettslige standarder er nettopp å overlate vurderingen til rettsanvenderens skjønn. Høyesterett anvender derfor momenter av betydning for den konkrete saken for å besvare spørsmålet om det foreligger illojal atferd.

Nazarian bruker såkalte «minstekrav» for å illustrere innholdet i lojalitetsplikten. Minstekravene har til hensikt å ivareta en minimum standard for lojalitet, og å kartlegge den nedre grensen for illojal atferd.<sup>55</sup> Minstekravene kan ikke vurderes adskilt, men må ses i sammenheng med hverandre. Det betyr ikke at minstekravene er alternative. I hvilken grad minstekravene totalt sett taler for at en atferd er i strid med det som vil være å anse som redelig og tilbørlig atferd, vil være avgjørende for om arbeidssøker har brutt den nedre grensen for illojal atferd.<sup>56</sup>

Begrepet «minstekrav» er aldri brukt av Høyesterett, og er kun ment som et deskriptivt begrep for en pedagogisk fremstilling. Jeg vil i det følgende benytte meg av begrepet. Selv om det er den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten som skal behandles, er det nær sammenheng mellom ulovfestet lojalitetsplikt og bestemmelser i lovgivingen som gir uttrykk for lojalitetsplikten. Det vil derfor ved enkelte tilfeller foretas generaliseringer fra lovbestemmelser i kontraktslovgivningen hvor prekontraktuell lojalitetsplikt kommer til uttrykk.

---

<sup>55</sup> Arne Falkanger Thorsen, *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, Jussens venner (1993) s. 35.

<sup>56</sup> Nazarian (2006) s. 171.

## 3.2 Tilknytning til kontraktsforholdet og innvirkning på avtalen («negativ effekt»)

I lovbestemmelser som regulerer opplysningsplikt ved avtaleinngåelse fremgår det gjennomgående at de tilbakeholdte opplysningene må gjelde «forhold ved tingen eller dens bruk».<sup>57</sup> Videre må det antas at opplysningene har virket inn på avtalen.<sup>58</sup> Avtl. § 33 stiller etter sin ordlyd ingen slik begrensning, men antas å omfatte alle omstendigheter av betydning for avtaleinngåelsen.<sup>59</sup> Nedenfor vil det gis et eksempel på et tilfelle hvor Høyesterett har oppstilt dette som et krav etter bestemmelsen.

Det oppstilles med andre ord i kontraktslovgivningen krav om at atferden har tilknytning til kontraktsforholdet («relevans») og har innvirket på avtalen («kausaltet»). Når atferden først anses relevant, har det stort sett også hatt betydning for avtaleinngåelsen. Innvirkningskravet sier derfor indirekte at det må ha oppstått en negativ effekt. Det er derfor naturlig å behandle innvirkningskravet i relasjon til kravet om negativ effekt.<sup>60</sup> I det følgende vil jeg bruke begrepet «negativ effekt» som en fellesbetegnelse på kravene om relevans og innvirkning.

Problemstillingen er om negativ effekt er et minstekrav etter den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten. Uttalelser i Rt. 1995 s. 1460 («Haughom-dommen») er sentral for å besvare spørsmålet. I saken var det anført at salg av aksjer i et engineeringselskap var ugyldig som følge av at selgeren ikke hadde opplyst om en patentsøknad av betydning for salget. Avtl. § 33 og ulovfestet lojalitetsplikt var anført som rettslige grunnlag. Retten gjør ikke et skille mellom behandlingen av avtl. § 33 og ulovfestet lojalitetsplikt.

Førstvoterende, som flertallet sluttet seg til, uttalte: «ved bedømmelsen om Haughom har overholdt sin opplysningsplikt, *må* det tas stilling til om kunnskap om patentsøknaden ville hatt betydning for om salget av aksjene i [X] ville blitt inngått på andre vilkår». <sup>61</sup> (min

---

<sup>57</sup> se bl.a. kjl. § 19 første ledd bokstav b og forbrkjl. § 16 første ledd bokstav b. Avhl. § 3-7 har ordlyden «*omstende ved egedomen*».

<sup>58</sup> se bl.a. kjl. § 19 første ledd bokstav, b forbrkjl. § 16 første ledd bokstav b og avhl. § 3-7 andre punktum.

<sup>59</sup> Nazarian (2006) s. 328.

<sup>60</sup> Nazarian (2006) s. 328.

<sup>61</sup> Rt. 1995 s. 1460 (s. 1469-1479).

utheving). Flertallet kom til at aksjesalget måtte kjennes ugyldig. Mindretallet kom til motsatt resultat, fordi unnlåtelsen tvilsomt var kausal ved kjøpet av aksjene.<sup>62</sup>

Førstvoterendes uttalelse om at det «må» tas stilling til spørsmålet, tolkes dithen at negativ effekt er et minstekrav for ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt. Nazarian konkluderer også med at negativ effekt er et minstekrav for ulovfestet lojalitetsplikt. Hun oppsummerer minstekravet om negativ effekt slik:

«...lojalitetsplikten er en plikt (...) til å utføre eller avstå fra å utføre en handling. Denne handlingen eller unnlåtelsen må ha tilknytning til kontraktsforholdet (...), [og] må være egnet til å påføre medkontrahenten en negativ effekt (...).»<sup>63</sup>

Som følge av at lovtekster, rettspraksis og juridisk teori taler for at relevans og innvirkning er minstekrav, legges det til grunn at negativ effekt er et minstekrav for den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten. Den negative effekt må altså ha hatt betydning for partenes interesser i det konkrete kontraktsforholdet.<sup>64</sup> Hvorvidt det foreligger en negativ effekt av betydning for partens interesse, vil variere ut fra det konkrete kontraktsforholdet.<sup>65</sup> Dersom det ikke foreligger negativ effekt, vil ikke den nedre grensen for opplysningsplikten være brutt.

Hva som skal til for at helseforhold vil innebære en negativ effekt for arbeidsgiver i ansettelsesforhold, vil bli drøftet i avhandlingens punkt 4.2.

### **3.3   Bebreidelsesverdige atferd ut fra den annen kontraktsparts beskyttelsesverdige forventninger**

I begrepet «illojal» ligger det allerede en antydning om skyld, fordi lojal atferd beskrives som hederlig og trofast. Avhl. § 3-7 oppstiller vilkår om at selgeren «kjente eller måtte kjenne til» mangelen ved eiendommen. Det samme gjelder for kjl. § 19 første ledd bokstav b og forbrkjl. § 16 første ledd bokstav b.

Rt. 1984 s. 28 («Tromsø Sparebank-dommen») omhandlet spørsmål om en avtale mellom en forbruker (A) og Tromsø Sparebank skulle kjennes ugyldig etter avtl. § 33 eller etter den

---

<sup>62</sup> Rt. 1995 s. 1460 (s. 1472-1473).

<sup>63</sup> Nazarian (2006) s. 289.

<sup>64</sup> Nazarian (2006) s. 212.

<sup>65</sup> Nazarian (2006) s. 212.

ulovfestede lojalitetsplikten i arbeidsforhold. Sakens bakgrunn var at A hadde undertegnet en selvskyldnerkausjonserklæring for et firmas kassakreditt i en bank. Senere gikk firmaet konkurs. Kassakreditten som det ble garantert for var overtrukket, og det var ikke en nyåpnet kreditt. I tillegg hadde en tredjeperson i strid med bankens betingelse ikke stilt seg som medkausjonist. Kausjonisten hadde ikke blitt informert om disse forholdene.

Høyesterett gjør ikke et skille mellom avtl. § 33 og ulovfestet lojalitetsplikt. Førstvoterende uttalte, med støtte av de øvrige dommerne: «Jeg mener for min del at kausjonserklæringen er ugyldig etter avtaleloven § 33, men *i allfall* vil den rammes av ulovfestede regler om lojalitet i kontraktsforhold.»<sup>66</sup> (min utheving).

Retten legger avgjørende vekt på hva lojalitetssubjektet burde forstått: «Videre mener jeg (...) at Tromsø Sparebank burde forstått at [A] ikke ville stillet seg som selvskyldnerkausjonist dersom han hadde hatt kjennskap til disse forhold.»<sup>67</sup> Også i Rt. 1995 s. 1560 («Haughomdommen»), legger retten til grunn et krav om at det må foreligge skyld: «...Haughom burde ha forstått at kunnskap om søknaden om patent ville vært av vesentlig betydning for [Xs] beslutning om å kjøpe...».<sup>68</sup>

I juridisk teori uttaler blant annet Lasse Simonsen at lojalitetskravet forutsetter tilstedeværelse av skyld, og at skyldkravet faller sammen med den alminnelige culpanormen.<sup>69</sup> Simonsen legger til grunn at dersom en handlemåte stemples som illojal, uttrykkes det samtidig at lojalitetssubjektet burde ha handlet annerledes.<sup>70</sup> Nazarian konkluderer også med at det må oppstilles et krav om bebreidelse etter den ulovfestede lojalitetsplikten, herunder et krav om culpa. Oppsummeringsvis skriver Nazarian:

«For at plikten til å ivareta medkontrahentens interesser skal aktualiseres, må det være klanderverdig å ikke ivareta interessene (...). Hva som er klanderverdig beror på hva medkontrahenten har en beskyttelsesverdige forventning om, men det er som utgangspunkt tale om et strengt aktsomhetskrav (...). Ettersom partene først og fremst

---

<sup>66</sup> Rt. 1984 s. 28 (s. 34).

<sup>67</sup> Rt. 1984 s. 28 (s. 34). Se avhandlingens punkt 2.2 hvor det redegjøres for sakens faktum.

<sup>68</sup> Rt. 1995 s. 1460 (s. 1470). Se avhandlingens punkt 3.2 hvor det redegjøres for sakens faktum.

<sup>69</sup> Lasse Simonsen, *Det prekontraktuelle ansvar* (1997) s. 164.

<sup>70</sup> Simonsen (1997) s. 164.

ivaretar egne interesser, er det et sentralt moment om og i hvilken grad medkontrahtenten kunne forventes å ivareta egne interesser.»<sup>71</sup>

Det fremgår av lovbestemmelser, praksis fra Høyesterett og teori at det vil være uskjønnsomt å tale om illojal atferd, uten samtidig å legge til grunn et krav om at det er grunnlag for bebreidelse for den konkrete atferden. På bakgrunn av dette kan det konkluderes med at det oppstilles krav om bebreidelsesverdig atferd for at den nedre grensen for illojal atferd skal være brutt etter den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten. Skyldkravet er culpa, herunder at kontraktsparten må forstå eller burde forstått at atferden hadde betydning for avtalen.

Bebreidelsesvurderingen må gjøres konkret og baseres på en objektiv målestokk.<sup>72</sup> Om parten er å bebreide beror på den annen parts beskyttelsesverdige forventninger.<sup>73</sup> Beskyttelsesverdig forventning om en alternativ handlemåte er strengt tatt et minstekrav, men bebreidelseskravet vil bero på hvorvidt den annen kontraktspart har beskyttelsesverdig forventning om alternativ atferd. Det er derfor naturlig å behandle disse minstekravene samlet.

I vurderingen av hva kontraktsparten har beskyttelsesverdig forventning om, må det undersøkes om kontraktsparten har mulighet til å ivareta egne interesser, samt om kontraktsparten faktisk evner å gjøre dette.<sup>74</sup> Det er ikke enhver forventning eller subjektive forventninger det tas utgangspunkt i, men forventninger som kan utledes av kontraktssituasjonen og som beskyttes av rettsordenen.<sup>75</sup> Manglende beskyttelse av rettsordenen vil for eksempel foreligge dersom opplysningene ikke lovlig kan innhentes.

Vurderingen av partens beskyttelsesverdige forventninger er en konkret avveiningsnorm.<sup>76</sup> Nazarian oppsummerer vurderingen av om motparten har en beskyttelsesverdig forventning om alternativ handlemåte, slik:

«Lojalitetssubjektet må avstå fra å utføre en handling som kan påføre medkontrahtenten en negativ effekt, hvis det ut fra medkontrahtentens

---

<sup>71</sup> Nazarian (2006) s. 289-290.

<sup>72</sup> Simonsen (1997) s. 162.

<sup>73</sup> Nazarian (2006) s. 235.

<sup>74</sup> Nazarian (2006) s. 249.

<sup>75</sup> Nazarian (2006) s. 237.

<sup>76</sup> Nazarian (2006) s. 171.

beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å utføre den. Lojalitetssubjektet plikter å sette i verk tiltak som kan avverge eller redusere omfanget av en negativ effekt for medkontrahenten, hvis det ut fra medkontrahentens beskyttelsesverdige forventninger vil være klanderverdig å la være.»<sup>77</sup>

I punkt 4.3 vil jeg vurdere momenter av betydning for om arbeidssøker kan bebreides for å holde tilbake helseopplysninger.

Arbeidsavtaler er som nevnt innledningsvis i prinsippet ordinære kontrakter.<sup>78</sup> Minstekravene som gjelder for kontraktslovgivningen generelt, vil derfor også gjelde ved inngåelse av arbeidskontrakter. Hvordan minstekravene stiller seg når det gjelder opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse, vil bli behandlet i neste kapittel. Der det kreves at innholdet i minstekravene presiseres for problemstillingen, vil det bli gjort fortløpende.

---

<sup>77</sup> Nazarian (2006) s. 289.

<sup>78</sup> Rt. 1988 s. 766 (s. 769).

## **4 Den nedre grensen for opplysningsplikt om helseforhold**

### **4.1 Innledning**

Det legges til grunn at arbeidssøker har tilbakeholdt helseopplysninger ved ansettelse. Kapitlet omhandler hva som skal til for at minstekravene om negativ effekt, bebreidelse og beskyttelsesverdig forventning, oppfylles i en slik situasjon. Jeg skal med andre ord analysere den nedre grensen for opplysningsplikt om helseforhold ved ansettelse.

Drøftelsen vil bære preg av at minstekravene flyter over i hverandre og må ses i sammenheng med hverandre. Jeg vil ikke behandle minstekravet om beskyttelsesverdig forventning særskilt, da vurderingen har særlig tett tilknytning til spørsmålet om arbeidssøkeren kan bebreides for å ha tilbakeholdt helseopplysninger ved ansettelse. Vurderingsmomentene som drøftes kan ikke anses som uttømmende, jf. avhandlingens punkt 3.1. Likevel vil de kunne være retningsgivende og gi grunnlag for en vurdering i den enkelte sak.

### **4.2 Hva skal til for at helseforhold oppfyller minstekravet «negativ effekt»?**

#### **4.2.1 Innledning**

Problemstillingen i det følgende hva som skal til for at helseforhold oppfyller minstekravet om negativ effekt.

Det vises her til avhandlingens punkt 1.3 hvor ordlyden i aml. § 9-3 er sitert. Bestemmelsen oppstiller forbud for arbeidsgivere mot innhenting av helseopplysninger ved ansettelse, med unntaksadgang på nærmere angitte vilkår. Styringsretten er som hovedregel ikke tilstrekkelig hjemmel for innhenting av helseopplysninger av arbeidssøkende i arbeidslivet.<sup>79</sup> Aml. § 9-3 kodifiserer ulovfestede prinsipper om at adgang til å innhente opplysninger, også gjelder for helseopplysninger.<sup>80</sup> Dette til tross for at helseopplysninger er et «ømfintlig område» på grunn

---

<sup>79</sup> NOU 2004: 5 s. 426.

<sup>80</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

av personvernets rettsvern.<sup>81</sup> Det er allmenne saklighetsnormer som gjelder for styringsretten som er kodifisert i lovs form.<sup>82</sup>

Aml. § 9-3 er ikke den eneste bestemmelsen som regulerer forbud mot innhenting av helseopplysninger ved ansettelse. I likestillingsloven § 18 jf. aml. § 13-4 er det hjemlet forbud mot å innhente opplysninger om graviditet for arbeidsgiver. Forbudet gjelder «under intervju eller på annen måte».<sup>83</sup> Selv om det ikke fremgår av lovteksten, er det lagt til grunn i forarbeidene at det unntaksvis er adgang til å stille spørsmål om graviditet dersom ulovfestede saklighetskrav er oppfylt.<sup>84</sup> Departementet valgte ikke å lovfeste unntaket i likestillingsloven § 18, fordi hensynet til et godt diskrimineringsvern veier tungt og best ivaretas ved en ulovfestet saklighetsregel.<sup>85</sup>

I det følgende skal jeg fremstille vilkår for innhenting av helseopplysninger etter aml. § 9-3, og etter ulovfestede saklighetsnormer tilknyttet likestillingsloven § 18. Kravet til negativ effekt vil være oppfylt dersom unntaksadgangen til å innhente helseopplysninger er til stede.<sup>86</sup> Jeg vil forklare dette nærmere i drøftelsen nedenfor.

#### **4.2.2 Saklighetskravet**

Aml. § 9-3 må tolkes presiserende for å få et meningsfylt innhold. Arbeidsgiver kan bare innhente opplysninger som er nødvendige for å *vurdere* om arbeidssøker kan utføre stillingens arbeidsoppgaver (krav om relevans) på en tilfredsstillende måte (krav om negativ effekt).<sup>87</sup> Ifølge forarbeidene er det kun de «strengt saklige formål» som omfattes av nødvendighetskriteriet.<sup>88</sup> Samtidig må skjønnstemaet gis en romslig nok fortolkning til at arbeidsgivers legitime behov blir ivaretatt.<sup>89</sup> Arbeidsgiver må ikke bare kunne spørre om arbeidssøker er i stand til å greie fysiske oppgaver som stillingen innebærer, men må «... for

---

<sup>81</sup> NOU 2004: 5 s. 426.

<sup>82</sup> Se blant annet Rt. 2001 s. 418 (s. 427) («Kårstø-dommen»), hvor et fremgår at styringsretten begrenses av allmenne saklighetsnormer.

<sup>83</sup> Arbeidsmiljøloven kapittel 13 regulerer vern mot diskriminering. Kapittelet implementerer EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet (2000/78/EF).

<sup>84</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 55.

<sup>85</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 56.

<sup>86</sup> Nazarian (2006) s. 349.

<sup>87</sup> Bratholm (2013) s. 207.

<sup>88</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

<sup>89</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.



eksempel også kunne stille spørsmål om forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende, herunder om arbeidstaker lider av en sykdom som er uforenelig med den aktuelle stilling».<sup>90</sup>

Arbeidsgiver kan for eksempel ikke innhente opplysninger om røykevaner fordi han synes røyking er et stort samfunnsproblem, og derfor ønsker å stenge mennesker som røyker ute fra arbeidslivet. Arbeidsgiver vil derimot ha anledning til å spørre arbeidssøker om han røyker mye, dersom stillingen er spinninginstruktør og derfor krever god kondisjon. Siden røyking ofte medfører dårligere kondisjon, vil hverdagslig røyking *kunne ha betydning* for utførelsen av arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen. Dette til sammenligning med en person som ikke har til vane å røyke mye. Dersom arbeidsgiver skal ansette en servitør på en restaurant, kan arbeidsgiver eksempelvis spørre om arbeidssøkeren er allergisk mot noen typer matvarer. Videre kan arbeidsgiver spørre om arbeidssøker har problemer med førlighet for stillinger som innebærer tungt fysisk arbeid. Dette vil eksempelvis gjelde ved ansettelse av stillinger hvor det kreves utførelse av tunge løft, som for eksempel sykepleiere eller stuere. Dersom stillingen derimot er en telefonselgerjobb vil det ikke være opplysninger som er nødvendig for utøvelsen av arbeidsoppgavene, og arbeidsgiver har forbud mot innhenting av opplysningene.

Det vil ikke være saklig å stille generelle spørsmål helseproblemer.<sup>91</sup> Sosial- og helsedepartementet anså følgende erklæring som et grovt overtramp av ulovfestede regler:

«Jeg erklærer med dette at jeg er frisk. Dette betyr at jeg pr. dato ikke er kjent med å ha noen alvorlige sykdommer. Med alvorlige sykdommer menes kroniske lidelser som vil føre til gjentatt bruk av sykemelding/egenmelding, smittsomme eller dødelige sykdommer. Jeg har heller ikke barn/ektefelle som er alvorlig syk. Jeg er innforstått med at jeg kan bli sagt opp ifra min stilling hvis jeg har unnlatt å fortelle sannheten om min eller min families tilstand. Jeg er innforstått med at jeg selv må si opp min stilling hvis jeg i ettertid av denne erklæringen blir smittebærer av en alvorlig smittsom sykdom.»<sup>92</sup>

---

<sup>90</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

<sup>91</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148-149.

<sup>92</sup> NOU 2001: 4: s. 39.

I Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) *Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven* fremgår det at for å gjøre gjeldende unntak fra hovedregelen i likestillingsloven § 18 om forbud mot spørsmål om graviditet, må graviditeten for det første knyttes til konkrete arbeidsoppgaver eller funksjoner (krav om relevans). For det andre må disse arbeidsoppgavene være vesentlig og avgjørende yrkesmessige krav (krav om negativ effekt).<sup>93</sup> Forarbeidene eksemplifiserer at tildeling av film-/teaterroller som stiller spesielle krav til utseende kan være en saklig grunn, fordi en gravid kvinne for eksempel ikke vil være særlig troverdig i rollen som Anne Frank.<sup>94</sup> Et annet eksempel er at en gravid kvinne ikke kan gjøre farlige stunt for en film. Graviditeten må med andre ord innebære at arbeidssøkeren ikke vil fungere i stillingen på grunn av arbeidets innhold, eller for skuespillere; ikke passe for rollens karakteristikk. Kravet til saklighet tilknyttet graviditet er med andre ord noe høyere enn etter aml. § 9-3, da det stilles strengere krav til omfang av negativ effekt.

Rt. 1988 s. 959 kan brukes for å illustrere kravet til helseopplysningenes saklighet. Bakgrunnen for saken var at en bartender var smittet av HIV-virus og straks måtte slutte i sitt arbeid.<sup>95</sup> Bartenderen anførte at det forelå avskjed, subsidiært oppsigelse, og at det ikke var tilstrekkelig grunnlag for å bringe arbeidsforholdet til opphør. Bedriften anførte på sin side at det forelå grunnlag for avskjed. Høyesterett kom til at det verken forelå grunn til saklig avskjed eller oppsigelse av bartenderen. Høyesterett uttalte at bartenderen ikke ville utgjøre noen reell smittefare i sitt arbeid, i alle fall ikke dersom «enkle forsiktighetsregler» ble overholdt.<sup>96</sup> Helseopplysningene hadde altså ikke relevans for arbeidet, og følgelig ingen negativ effekt for utførelsen av stillingen som bartender. Det ligger implisitt i uttalelsen at resultatet kunne blitt annerledes dersom stillingen kunne medført en reell smittefare, for eksempel hvis stillingen var som kirurg. I så fall ville helseopplysninger om HIV/AIDS kunne oppfylt nødvendighetsvilkåret etter aml. § 9-3.

Hva som er saklig innebærer en rekke forhold som kan være vanskelig å angi uttømmende, da det er et relativt begrep som må vurderes opp mot den konkrete stillingen.

---

<sup>93</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 55-56.

<sup>94</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 15.

<sup>95</sup> Høyesterett bruker i dommen betegnelsen «barkeeper».

<sup>96</sup> Rt. 1988 s. 959 s. 965-966.

### 4.2.3 Forholdsmessighetskravet

Ved spørsmål om unntaksadgang til å stille spørsmål om graviditet, stiller forarbeidene krav til forholdsmessighet som et vurderingsmoment inn under saklighetskravet.<sup>97</sup> Aml. § 9-3 inneholder etter ordlyden ikke et krav om forholdsmessighet for at arbeidsgiver skal kunne innhente helseopplysninger. Kravet til saklighet omfatter likevel hensynet til virkningene for dem som berøres av arbeidsgivers disposisjoner, og en interesseavveining mellom arbeidsgiverens behov og arbeidssøkerens interesser.<sup>98</sup> Forholdsmessighet innebærer at interessene som gjøres gjeldende for arbeidsgiver, må overstige de eventuelle ulempene det vil kunne påføre arbeidssøkeren å oppgi opplysningene.

Et krav om forholdsmessighet kan også hjemles i ulovfestede prinsipper som gjelder ved inngrep i personvernet og den personlige integriteten. Den personlige integriteten innebærer både retten til å bestemme over seg selv, og til å bestemme over opplysninger om seg selv. For inngrep i personvernet kreves det en interesseovervekt i disfavør av den som blir utsatt for inngrep, jf. Høyesteretts uttalelser i Rt. 1952 s. 1217 «Personvern-dommen». Bakgrunnen for tvisten var en planlagt offentlig fremvisning av en film om en kriminalsak fra 1926 som involverte drap på to lensmenn. Den ene av forbryterne begikk selvmord, mens den andre (A) ble dømt til livsvarig fengsel, men ble løslatt på prøve. A hadde siden drapene skiftet navn, giftet seg og fått to barn. Etter at A leste en notis i avisen om filmatiseringen, gikk han til søksmål mot filmprodusenten med påstand om at de ble kjent uberettiget til fremvisning av filmen.

Førstvoterende med støtte i flertallet konstaterte at det foreligger et alminnelig rettsvern for personligheten og «...for å avgjøre om det inngrep i personlighetens rettsvern som denne sak gjelder, kan betegnes som rettsstridig, må det foretas en interesseavveining(...)».<sup>99</sup> I dette må det innfortolkes at interesser som strider mot personvernet, må veie tyngst. I den konkrete saken kom Høyesterett under dissens 4-1 til at mannens interesser veide tyngre enn filmprodusentens interesser.

Forholdsmessighetsvurderingen må avgjøres konkret ettersom interessene som gjøres gjeldende, vil være ulik fra sak til sak. Sett fra arbeidsgiver ståsted vil det være av særlig betydning om stillingen innebærer en risiko for arbeidssøkeren selv eller for tredjepersoner,

---

<sup>97</sup> Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) s. 55-56.

<sup>98</sup> Stein Evju, *Arbeidsrett* (2010) s. 43.

<sup>99</sup> Rt. 1952 s. 1217 på s. 1220.

eller om stillingen på annen måte er av en slik karakter at det kan stilles spesielle krav til arbeidstakerens fysiske eller psykiske tilstand. For arbeidssøkeren vil det være av betydning om sykdommen eller helseforholdene er sosialt stigmatiserende, eller om opplysningene vil gi inngripende tilleggsinformasjon om arbeidssøkeren eller familien til arbeidssøkeren som vil krenke personvernet.<sup>100</sup>

#### **4.2.4 Oppsummering og konklusjon**

Nødvendighetsvilkåret i aml. § 9-3 baserer seg på ulovfestede saklighetsnormer som kan gjøre gjeldende unntak fra forbudet i likestillingsloven § 18. Adgang til å innhente helseopplysninger etter bestemmelsene kan derfor oppsummeres sammenfattende.

For det første innebærer saklighetsnormene at helseopplysningene må være relevante. Med dette menes at opplysningene kan få betydning for utførelsen av arbeidet, eller ved spørsmål om unntaksadgang til spørsmål om graviditet; være av vesentlig og avgjørende betydning for yrkesmessige krav som knytter seg til stillingen. Dernest innebærer saklighetskravet et krav om at innhentingene må være forholdsmessig overfor arbeidssøkeren. Arbeidsgivers interesser må veie tyngre enn eventuelle konsekvenser opplysningsplikt vil ha for arbeidssøkeren.

Dersom arbeidsgiver har unntaksadgang til å innhente helseopplysninger, vil minstekravet om negativ effekt være oppfylt. I motsatt fall foreligger det ikke opplysningssvikt for tilbakeholdte opplysninger. Arbeidssøker kan i slike tilfeller fritt holde tilbake opplysninger om helseforhold uten at det foreligger brudd på opplysningsplikten.

### **4.3 Hvilke helseopplysninger kan arbeidssøker bebreides for å holde tilbake?**

#### **4.3.1 Innledning**

Arbeidssøker kan ikke bebreides for å holde tilbake helseopplysninger arbeidsgiver ikke har adgang til å innhente. I de tilfeller arbeidsgiver har adgang til å innhente helseopplysninger, må det tas stilling til om det er bebreidelsesverdig av arbeidssøkeren å holde tilbake helseopplysninger fordi han forsto eller burde forstått at opplysningene ville hatt betydning for ansettelsesvurderingen. Vurderingen baseres på hvorvidt arbeidsgiver har beskyttelsesverdige forventning om å få helseopplysninger, og er gjenstand for drøftelse i det følgende.

---

<sup>100</sup> Bratholm (2013) s. 212.

### 4.3.2 Arbeidsgivers ivaretagelse av egne interesser

Arbeidsgiver har en generell undersøkelsesplikt.<sup>101</sup> Dette innebærer plikt til selv å gjøre undersøkelser som er nødvendig for å ta stilling til beslutning om inngåelse av arbeidskontrakt med arbeidssøkeren. For eksempel må arbeidsgiver undersøke om arbeidssøkeren har relevant utdanning, sjekke referanser, tidligere arbeidserfaring og lignende. I et rent kontraktsrettslig perspektiv antas det at opplysningsplikten går foran undersøkelsesplikten. Ved inngåelse av arbeidsforhold er imidlertid utgangspunktet antatt å være at undersøkelsesplikten går foran opplysningsplikten.<sup>102</sup> I det følgende vil jeg redegjøre for hvordan arbeidsgivers mulighet til å gjøre undersøkelser stiller seg når det gjelder helseopplysninger.

Det vises her til punkt 1.3 som siterer ordlyden i aml. § 9-3. Bestemmelsens første ledd andre punktum slår fast at arbeidsgiver må «heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på *annen måte*». (min utheving). Etter ordlyden oppstilles et forbud for arbeidsgiver mot å innhente helseopplysninger på en annen måte enn å spørre arbeidssøker selv, fra andre kilder, som eksempelvis helsepersonell eller tidligere arbeidsgivere. Ordlyden indikerer likevel at innhenting kan være tillatt dersom nødvendighetsvilkåret i første punktum er oppfylt. I forarbeidene er det imidlertid lagt til grunn at helseopplysninger ikke skal kunne innhentes på annen måte enn å spørre arbeidssøkeren.<sup>103</sup> Det er altså uten betydning om unntaksadgangen er til stede. Arbeidsgiver kan likevel ikke innhente helseopplysningene på annen måte. Samtykke kan heller ikke hjemle lovlig innhenting av helseopplysninger dersom unntaksadgangen ikke er til stede.<sup>104</sup> Dette skyldes at arbeidssøker ofte vil føle seg i en tvangssituasjon, slik at samtykke vil kunne fremstå som mer eller mindre illusorisk.<sup>105</sup>

Som følge av det ovennevnte setter bestemmelsen med andre ord en grense for hvor langt arbeidsgiver kan gå i sine undersøkelser. Arbeidsgiveren kan bare innhente helseopplysninger ved å stille spørsmål til arbeidssøkeren selv, og kun dersom nødvendighetsvilkåret er oppfylt. Breisteinsutvalget foreslo å lovfeste i aml. § 9-3 at arbeidsgiver ikke kan innhente helseopplysninger, med mindre det var uttrykkelig nevnt i utlysningen av stillingen. Sosial-

---

<sup>101</sup> Bratholm (2013) s. 202.

<sup>102</sup> Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett* (2011) s. 160 og Jan Todmod Dege, *Den individuelle arbeidsrett del II*, (Oslo 2009) s. 141

<sup>103</sup> NOU 2001: 4 s. 112.

<sup>104</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

<sup>105</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148.

og helsedepartementet valgte likevel ikke å lovfeste et slikt krav. Dette skyldtes at det i intervjusituasjoner ofte kan være behov for å avklare om arbeidstaker er i stand til å greie aktuelle arbeidsoppgaver, uten at det finnes naturlig å presisere i utlysningen av stillingen.<sup>106</sup>

I det følgende vil jeg redegjøre for to saker fra rettspraksis som omhandler spørsmål om arbeidssøkeren var å bebreide for å holde tilbake opplysninger ved ansettelse. Hensikten er å fremstille hvilke tilfeller arbeidssøker vil være å bebreide for tilbakehold av helseopplysninger. På grunn lite rettspraksis på området, anser jeg det nødvendig å bruke både eldre rettspraksis og underrettspraksis. Førstnevnte sak gjelder ikke tilbakeholdelse av helseopplysninger, og begge sakene omhandler ansettelse i offentlig sektor. Det som kan tolkes ut av dommene er derfor basert på analogibetraktninger.

Rt. 1988 s. 766 er som nevnt i avhandlingens punkt 2.1, en kjennelse avsagt av Høyesteretts kjæremålsutvalg. Høyesterett tok her stilling til om lagmannsrettens flertall hadde foretatt riktig lovtolkning ved å avgjøre spørsmål om bindende inngått arbeidsavtale etter alminnelige avtalerettslige prinsipper. Kjæremålsutvalget kunne ikke se at lagmannsretten hadde gjort seg skyldig i uriktig tolkning.<sup>107</sup> Uttalelser fra lagmannsrettens dom er derfor av interesse. Bakgrunnen for saken var at en kvinne av skolestyreren ble meddelt at hun var blitt tilsatt i vikarstilling i normalpost i grunnskolen i kommunen. Under henvisning til grunnskoleloven § 21 nr. 5 og § 23 nr. 2 het det at kvinnen innen åtte dager måtte gi tilbakemelding om hun tok imot tilbudet. Arbeidssøkeren aksepterte stillingen, men tilføyde samtidig at hun «søker om svangerskapspermisjon frå 16. september 1985, sjå vedlagte legeattest». Dette ville i realiteten innebære at kvinnen bare kom til å fungere i stillingen i én av fire måneder. Skolesjefen skrev tilbake at på bakgrunn av at hun kom til å fungere kort tid i stillingen, og permisjon ikke var opplyst om i søknaden, kom nr. 2 på søkerlisten til å bli ansatt. Kvinnen ble dermed «friteken frå å begynne i stillinga».<sup>108</sup> Som følge av dette reiste kvinnen søksmål mot kommunen med påstand om at hun var ansatt i stillingen, og at oppsigelsen av henne således var ugyldig.

I Høyesteretts kjennelse fremgår det at lagmannsrettens flertall la vekt på at permisjonen «var en betingelse som hun måtte forstå at kommunen ikke kunne godta.»<sup>109</sup> Kvinnen kunne derfor

---

<sup>106</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

<sup>107</sup> Rt. 1988 s. 769.

<sup>108</sup> Rt. 1988 s. 766 (s. 765).

<sup>109</sup> Rt. 1988 s. 766 (s. 767).

bebreides for å ha holdt tilbake opplysninger ved ansettelsen. Hun fikk dermed ikke medhold i sitt krav, og avtalen ble kjent ugyldig som følge av bristende forutsetninger.<sup>110</sup>

Etter likestillingsloven § 5 første ledd, er det forbudt å diskriminere «på grunn av en persons faktiske, antatte, tidligere eller fremtidige graviditet eller permisjon». Avgjørelsen bygger derfor på et syn på gravide kvinners stilling som ikke kan legges til grunn i dag. Dommen viser at kontraktsretten er i endring på grunn av likebehandlingsprinsippene og at menneskerettighetene setter en grense for rekkevidden av avtalefriheten i det 21. århundre.<sup>111</sup>

Likevel er dommen relevant for problemstillingen. Uttalelsene i saken indikerer at dersom et forhold fremstår som en klar forutsetning for arbeidsgivers ansettelsesvurdering, er arbeidssøkere å bebreide dersom forholdet ikke opplyses om. Dette gjelder uavhengig av om arbeidsgiver har etterspurt opplysningene. For eksempel er det en åpenbar forutsetning for ansettelse av en lastebilsjåfør at vedkommende kan kjøre bil, og derfor ikke har epilepsi. Arbeidsgivers vil i en slik situasjon *gå ut ifra at* arbeidssøker ikke har helseforhold ved seg som direkte forhindrer han fra å utføre arbeidet som stillingen er tiltenkt. Han vil derfor ha en beskyttelsesverdig forventning om at arbeidssøkeren opplyser om helseforholdet som eventuelt forhindrer ham fra utførelsen av arbeidet.

Videre vil det, slik som i den ovennevnte avgjørelsen, kunne være en åpenbar forutsetning for ansettelse i en midlertidig stilling at arbeidssøkeren faktisk kan arbeide hele eller store deler av ansettelsesperioden. En tenkt situasjon kan være at en arbeidssøker vet at han kommer til å være borte fra arbeidet i en vesentlig del av ansettelsesperioden på grunn av forhold som relaterer seg til helse. Dette kan være på grunn av en planlagt operasjon som krever lang rehabilitering med påfølgende sykemelding. Omfanget av den negative effekten dette medfører for arbeidsgiver, oppleves som større dersom det snakk om en midlertidig ansettelse, i motsetning til fast ansettelse på ubestemt tid. Dersom det er en midlertidig ansettelse vil arbeidsgiver måtte ansette enda en arbeidstaker i tidsrommet hvor arbeidstaker skal være sykemeldt. Dette krever tid og ressurser fra arbeidsgivers side. I tillegg er det vanskeligere å ansette en «vikar for en vikar», enn å ansette en person som kan arbeide hele perioden. Dette kan begrunnes med at det må antas at arbeidssøkere generelt i utgangspunktet ikke er interessert i kun én måneds ansettelse. Dersom arbeidssøkerne forsto eller burde forstått at forutsetningene hadde innvirkning på arbeidsgivers ansettelsesvurdering, vil

---

<sup>110</sup> Rt. 1988 s. 766 (s. 769).

<sup>111</sup> Giertsen (2014) s. 31.

arbeidssøkeren etter lojalitetsplikten ha opplysningsplikt. Dette skyldes at arbeidsgiveren i en slik situasjon vil ha beskyttelsesverdig forventning om å få helseopplysningene før han bestemmer seg for å ansette arbeidssøkeren.

I Frostating lagmannsretts dom RG-1989-787, var det spørsmål om en arbeidstaker var blitt sagt opp på usaklig grunnlag og om oppsigelsen derfor var ugyldig. Faktum i saken var at A, som var ingeniør, ble ansatt i et kommunalt elektrisitetsverk. Senere ble han sagt opp på grunn av at han led av epilepsi. De epileptiske anfallene som gjorde at han en tid var ute av kontroll, kunne ha katastrofale følger i bestemte arbeidssituasjoner. Retten uttalte angående tilbakehold av opplysninger om epilepsi, følgende:

«A var i den situasjon at han følte at hans epilepsi gjennom ganske mange år hadde vært helt kontrollert og at han kunne leve et normalt liv. Han hadde da også et lengre ansettelsesforhold i [X] hvor epilepsien ikke hadde vært noe problem. Han hadde også førerkort for bil. *På grunn av den tekst annonsen hadde og de opplysninger A fikk om stillingen, kan en ikke se at han hadde noen direkte foranledning til selv å redegjøre nærmere for at han led av epilepsi.* Han var svakstrømsingeniør, og det var det det var søkt etter, slik at det var naturlig at det var denne kompetanse han først og fremst hadde for øye da han søkte på stillingen, og at det ikke var noe som skulle tilsi at hans epilepsi ville føre til problemer i denne stillingen. Det er heller [Y] kommune som er meget å bebreide at den ikke sørget for de nødvendige klargjøringer ved ansettelse i en slik stilling.

Det er heller grunn til å påpeke at X kommune - og da X elektrisitetsverk - klart burde ha andre rutiner i forbindelse med ansettelse i stillinger som denne.»<sup>112</sup> (min utheving).

Retten kom til at det var tilstrekkelig grunnlag for saklig oppsigelse, på grunn av at de epileptiske anfall som inntraff under arbeidet kunne være farlig for arbeidssøkeren. I tillegg kunne de føre til stor materiell skade.<sup>113</sup> I forbindelse med spørsmålet om arbeidsgiver var å bebreide for forholdet, la retten avgjørende vekt på at det var arbeidsgiveren som hadde ansvaret for å klargjøre hvilke kvalifikasjoner stillingen krevde. På grunn av at arbeidsgiveren

---

<sup>112</sup> RG-1989-787 (s. 794).

<sup>113</sup> RG-1989-787 (s. 793).



ikke i tilstrekkelig grad hadde oppfylt sin undersøkelsesplikt, kunne arbeidssøkeren ikke bebreides for å ha tilbakeholdt opplysningen om at han hadde epilepsi.

Det som kan trekkes ut av avgjørelsen, er at arbeidsgiver ikke automatisk har en beskyttelsesverdig interesse om å få helseopplysninger som han kunne spurt om, særlig dersom det ikke fremstår som en klar forutsetning for ansettelsesvurderingen. Dette støttes også opp av det klare utgangspunkt om at lojalitetsplikten bare utløses når kontraktsparter selv ikke kan ivareta sine egne interesser.

Arbeidsgiver må så langt det er mulig sørge for å avklare på best mulig vis om arbeidssøkeren er egnet til stillingen. Dette kan gjøres ved å spørre arbeidssøkeren om helseopplysninger, eller ved å klart gi uttrykk for hva stillingen nærmere innebærer.<sup>114</sup> Arbeidsgiver vil gjennom utlysningsteksten og under intervju legge føringer for hvilken informasjon arbeidssøkeren bør forstå at han må gi. Arbeidssøkere må i betydelig utstrekning kunne fremstille seg selv på best mulig måte, og det er derfor naturlig å konsentrere informasjonen som gis til det arbeidsgiver legger vekt på under intervju, eller i utlysningen. Dette er grunnlaget for arbeidssøkerens vurdering av hvorvidt opplysningene vil være av betydning for arbeidsgivers ansettelsesvurdering. Vurderingen av om det er bebreidelsesverdig av arbeidssøker å holde tilbake helseopplysninger ut fra arbeidsgivers beskyttelsesverdige forventninger, må derfor vurderes konkret ut fra den enkelte stillingsbeskrivelse og ansettelsessituasjon.

### **4.3.3 Oppsummering og konklusjon**

I de tilfeller hvor helseopplysningene ikke er en åpenbar forutsetning for ansettelsesvurderingen, vil arbeidsgivers eventuelle spørsmål om helseforhold være av avgjørende betydning for om minstekravet om bebreidelse er oppfylt. Dette skyldes at det klart vil være bebreidelsesverdig av arbeidssøker å holde tilbake helseopplysninger det blir spurt om. Arbeidssøkeren plikter derfor å svare sannferdig på spørsmål om helseforhold som arbeidsgiver har lovlig adgang til å innhente etter aml. § 9-3. Arbeidssøkeren kan ikke vise til at arbeidsgiver kunne fått tilgang til opplysningene på noen annen måte. Dersom arbeidsgiveren ikke etterspør helseopplysninger, kan arbeidssøkere ikke bebreides for tilbakehold av helseopplysninger., mindre opplysningene fremstår som klare forutsetninger for ansettelsesbeslutningen ut fra stillingsbetegnelsen eller den konkrete ansettelsessituasjonen.

---

<sup>114</sup> Bratholm (2013) s. 202.

Dersom ikke arbeidssøker er å bebreide, vil et av minstekravene ikke være oppfylt, og den nedre grensen for opplysningsplikt vil ikke være brutt. Arbeidsgiver kan da fritt holde tilbake helseopplysninger uten at det foreligger brudd på opplysningsplikten.

## **5 Rettslige konsekvenser av brudd på opplysningsplikten**

### **5.1 Innledning**

Dersom arbeidssøker opptrer illojalt i den prekontraktuelle fasen, og et arbeidsforhold som en følge av dette er inngått på uriktige forutsetninger, oppstår det spørsmål om hvilke rettslige sanksjoner arbeidsgiver kan benytte seg av. Dette er gjenstand for drøftelse i kapittelet.

I punkt 5.2 vil jeg redegjøre for ulike rettslige grunnlag arbeidsgiver kan anføre for opphør av arbeidsavtale. Det vil fortløpende drøftes om det faktiske forhold som medfører opplysningssvikt etter den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten, er sammenfallende med de materielle vilkår som oppstilles i rettsgrunnlagene som kan hjemle ubundethet. Med andre ord skal det drøftes om opplysningssvikt er tilstrekkelig grunnlag for opphør av arbeidsavtale etter bestemmelsene.

I hvilke tilfeller de ulike regelsettene kommer til anvendelse, samt betydningen av dette for partene, vil være gjenstand for drøftelse i kapittelets punkt 5.3. Vilkår for erstatning vil bli presentert og drøftet i sammenheng med avhandlingens problemstilling i kapittelets punkt 5.4.

### **5.2 Opphør av arbeidsavtale**

#### **5.2.1 Innledende bemerkninger**

Etter avtaleloven kan arbeidsgiver bli ubundet av avtalen etter avtl. §§ 30, 33 og 36. I tillegg kan arbeidsgiver bli ubundet ved å få arbeidsavtalen kjent ugyldig etter den ulovfestede læren om lojalitet i kontraktsforhold, jf. Rt. 1984 s. 28 («Tromsø Sparebank-dommen»)<sup>115</sup> Dersom vilkårene i avtalerettslige regler er oppfylt, vil arbeidsgiver med umiddelbar virkning ikke lenger være bundet av sitt løfte om et arbeidsforhold og lønnsytelser. Arbeidsgiver skal da stilles som om forpliktelsen ikke hadde blitt inngått.<sup>116</sup>

Dersom arbeidssøker har brutt den nedre grensen for illojal atferd slik det er presentert i avhandlingen, vil det foreligge grunnlag for ugyldighet etter den ulovfestede læren. Ugyldighet på ulovfestet grunnlag vil derfor ikke bli behandlet i det følgende.

---

<sup>115</sup> Rt. 1984 s. 28 (s. 34).

<sup>116</sup> Giertsen (2014) s. 141.

Jeg vil heller ikke behandle avtl. § 30, da avtl. § 33 gjør avtl. § 30 overflødig. Dette skyldes at det alltid vil være uredelig (avtl. § 33) å gjøre gjeldende et løfte som er fremkalt ved svik (avtl. § 30).<sup>117</sup> Et poeng med å lovfeste en regel om svik, når forholdet uansett rammes av avtl. § 33, var å markere at svik er selve kjernen av redelighetsbegrepet i avtl. § 33.<sup>118</sup>

### 5.2.2 Avtaleloven § 33

Avtl. § 33 lyder som følger:

«Selv om en viljeserklæring ellers maatte ansees for gyldig, binder den ikke den, som har avgitt den, hvis det paa grund av omstændigheter, som forelaa, da den anden part fik kundskap om erklæringen, og som det maa antages, at han kjendte til, vilde stride mot redelighet eller god tro, om han gjorde erklæringen gjældende.»

Det oppstilles et vilkår om at det må antas at avtaleparten kjente til omstendigheter som gjorde at det ville stride mot redelighet eller god tro å gjøre et løfte gjeldende. Rettsvirkningen er at avtalen ikke er gyldig. Etter ordlyden oppstilles det et krav om forsett fra løftegivers (her arbeidssøkers) side. Som det fremgår av avhandlingens punkt 3.3, har Høyesterett imidlertid i blant annet i både Rt. 1995 s. 1460 («Haughom-dommen») og i Rt. 1984 s. 28 («Tromsø Sparebank-dommen») lagt til grunn at det er tilstrekkelig med alminnelig uaktsomhet. Det vises her til redegjørelse av sakenes faktum i avhandlingens punkt 3.2 og 3.4. Dommene illustrerer også at avtl. § 33 og den ulovfestede prekontraktuelle lojalitetsplikten ofte behandles under ett i rettspraksis.

Av nyere rettspraksis kan det i tillegg vises til Eidsivating lagmannsretts dom RG-2003-268. Dommen omhandlet spørsmål opplysningsplikt om straffbare forhold ved ansettelse i offentlig sektor. Bakgrunnen for tvisten var at en nytilsatt økonomisjef i en bank var tidligere straffedømt for underslag. Kommunen ble rett før tiltredelsen kjent med forholdet. Som følge av dette hevet banken kontrakten basert på bristende forutsetninger. Økonomisjefen krevde dom for usaklig avskjed (subsidiært oppsigelse) og erstatning. Kommunen anførte ugyldighet etter avtl. § 33, da «forholdet var så klart underforstått at det var unødvendig å ta dette med som et formelt krav ved utlysningen»<sup>119</sup>. Det var dissens i dommen. Flertallet kom til at avtalen ikke var ugyldig. Forholdet kunne ikke være avskjedsgrunn, men ville utgjort en

---

<sup>117</sup> Woxholth (2017) s. 290.

<sup>118</sup> Giertsen (2017) s. 165.

<sup>119</sup> RG-2003-268 (avsnitt 33).

saklig grunn for oppsigelse. Etter en avveining av partenes interesser måtte arbeidsforholdet likevel anses opphørt etter dagjeldende arbeidsmiljølov § 66 nr. 4. Retten uttalte:

«Det er i dag ulike forklaringer og betydelig usikkerhet knyttet til hvorvidt og eventuelt i hvilken grad årsakene til at han sluttet i [X] var et tema under intervjuet. Slik stillingen og kravene for å bli ansatt var presentert fra kommunens side, finner flertallet at A ikke i særlig grad kan lastes for at han ikke på eget initiativ informerte kommunen om sine tidligere straffer. Det var som nevnt ikke formet noe spesifikt krav fra arbeidsgiverens side som oppfordret til det... . Generelt må en som søker stilling være berettiget til å søke å fremstille seg på en mest mulig positiv måte, og det må i betydelig utstrekning være legitimt å unnlate å opplyse om negative forhold ved en selv så lenge det ikke blir spurt om dette, eller det for øvrig følger klart av situasjonen at det dreier seg om absolutte vilkår for ansettelse i stillingen.»<sup>120</sup>

Mindretallet mente det ikke forelå gyldig avtale. Arbeidssøkerens atferd ble ansett bebreidelsesverdig, og avtalen ble dermed inngått under bristende forutsetninger fra kommunens side.<sup>121</sup>

Avtl. § 33 ligger med andre ord nært opp mot den ulovfestede lojalitetsplikten.<sup>122</sup>

Vurderingen som må gjøres etter avtl. § 33 svært lik vurderingen som må gjøres etter ulovfestet lojalitetsplikt, noe som taler for at avtl. § 33 vil komme til anvendelse ved dersom arbeidssøkeren har brutt opplysningsplikten.

I teorien er det også anført at i de langt fleste tilfeller vil en vurdering av lojalitetsplikten og en vurdering etter avtl. § 33 lede til samme resultat.<sup>123</sup> Det faktum at bestemmelsen er en generalklausul, som gir domstolene anledning til å trekke grensen for akseptert oppførsel ut fra gjeldende retts- og samfunnsoppfatninger og legger opp til skjønnsmessige bedømmelser, tilsier også at bestemmelsen vil komme til anvendelse i de tilfeller hvor det foreligger brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten.<sup>124</sup>

---

<sup>120</sup> RG-2003-268 (avsnitt 52 og 53).

<sup>121</sup> RG-2003-268 (avsnitt 77-80).

<sup>122</sup> Nazarian (2006) s. 223.

<sup>123</sup> Nazarian (2006) s. 37.

<sup>124</sup> Giertsen (2014) s. 179.

Det konkluderes etter dette med at faktiske forhold som vil føre til brudd på opplysningsplikten etter ulovfestet lojalitetsplikt, også vil medføre ugyldighet etter avtl. § 33.

### 5.2.3 Avtaleloven § 36

Avtl. § 36 lyder som følger:

«(1) En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig eller være i strid med god forretningsskikk å gjøre den gjeldende. Det samme gjelder ensidig bindende disposisjoner.

(2) Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.

(3) Reglene i første og annet ledd gjelder tilsvarende når det ville virke urimelig å gjøre gjeldende handelsbruk eller annen kontraktrettslig sedvane.»

Etter ordlyden er må det enten «virke urimelig» eller «være i strid med god forretningsskikk» å gjøre en avtale gjeldende for at bestemmelsen skal komme til anvendelse. Det er her urimelighetsvilkåret som vil være aktuelt.

Formålet med avtl. § 36 er ifølge Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) *Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)* s. 3 «å beskytte den svake kontraktspart mot den annen parts mulige misbruk av avtalefriheten». I forhold til øvrige ugyldighetsregler, er det imidlertid først og fremst adgangen til å gripe inn overfor et urimelig *innhold* som gjør avtl. § 36 spesiell, sammenlignet med for eksempel avtl. §§ 30 og 33 som tar sikte på *tilblivelsesmangler*. Når det gjelder anvendelse av bestemmelsen på innholdsmangler, gir Høyesterett uttrykk for at bestemmelsen er en *snever unntaksbestemmelse*, se eksempelvis Rt. 2013 s. 769 (avsnitt 44.) Faktum i saken er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for.

Avtl. § 36 dekker imidlertid også de tilfeller hvor det er urimelig å gjøre avtalen gjeldende på grunn av *tilblivelsesmangler*. Ifølge Giertsen passer derfor en uttalelse om at bestemmelsen er en snever unntaksregel, best for saker som gjelder mangler ved avtalers *innhold*, ikke når avtl. § 36 anføres som opphørsgrunn på grunn av *tilblivelsesmangler*, som her vil være tilfellet. Å legge til grunn at bestemmelsen er en svært snever unntaksregel når det kommer til

tilblivelsesmangler, vil medføre at terskelen blir betegnet som strengere enn den reelt sett er.<sup>125</sup>

En avgjørelse fra Stavanger tingrett, TSTAV-2011-81051, omhandler spørsmål om det forelå brudd på opplysningsplikt om straffbare forhold, som kunne gi grunnlag for ugyldighet etter avtl. §§ 33 eller 36. Bakgrunnen for saken var at en bank hevet en arbeidsavtale med en arbeidstaker før vedkommende hadde tiltrådt. Den aktuelle stillingen var assisterende kundeansvarlig for storkunder ved bankens kontor i Stavanger.<sup>126</sup> Årsaken til hevingen var at banken ble gjort kjent med at arbeidstakeren var fetteren til Birgitte Tengs, som ble funnet drept på Karmøy i 1995. Fetteren ble tiltalt for drapet og domfelt i tingretten, men frifunnet i lagmannsretten. På grunn av at det ikke var opplyst om at arbeidstakeren var fetteren til Birgitte Tengs under ansettelsesprosessen, mente banken at de ikke lenger den nødvendige tillit til arbeidstakeren.

Retten gjør ikke et skille mellom avtl. § 33 og 36. Retten konkluderte med at det ikke forelå grunnlag for ugyldighet, og uttalte: «Etter en samlet vurdering er retten - om enn under en viss tvil - kommet til at det ikke kan sies å foreligge en slik *relevant* uriktig forutsetning hos banken som måtte være *synbar* for saksøkeren.»<sup>127</sup> (min utheving).

Uttalelsen tilsier at dersom minstekravene for lojalitetsplikt hadde vært oppfylt, ville avtalen kunne kjennes ugyldig. Det faktum at retten ikke gjør et skille mellom avtl. §§ 33 og 36, tilsier at de forhold som rammes av avtl. § 33, også vil rammes av avtl. § 36. Ettersom avtl. § 33 vil komme til anvendelse der hvor det foreligger brudd på den ulovfestede lojalitetsplikten, trekker dommen i den retning at det samme må gjelde for avtl. § 36. Woxholth legger også til grunn at avtl. § 36 overlapper avtl. § 33.<sup>128</sup> Dette er fordi dersom en kontraktspart først er brakt i villfarelse ved avtaleinngåelsen, vil det også som regel være urimelig å gjøre avtalen gjeldende. Woxholth gjør i tillegg et poeng ut av at begge bestemmelsene åpner for et skjønn, og derfor som regel må få samme utfall.<sup>129</sup>

---

<sup>125</sup> Giertsen (2014) s. 255

<sup>126</sup> Retten bruker begrepet «heving», men dette kan leses synonymt med «ugyldig».

<sup>127</sup> TSTAV-2011-81051 (avsnitt 86).

<sup>128</sup> Woxholth (2017) s. 328.

<sup>129</sup> Woxholth (2017) s. 329.

Etter en samlet vurdering konkluderes det med at i de tilfeller hvor det foreligger brudd på opplysningsplikten, vil arbeidsgiver bli hørt med å få avtalen kjent ugyldig etter avtl. § 36.

#### 5.2.4 Arbeidsmiljøloven § 15-7

Arbeidsmiljøloven hjemler oppsigelse som opphørsgrunnlag i aml. § 15-7 første ledd, som lyder slik:

«Arbeidstaker kan ikke sies opp uten at det er saklig begrunnet i virksomhetens, arbeidsgivers eller arbeidstakers forhold.»

Saklighetskravet inne bærer etter ordlyden at oppsigelse ikke begrunnes i usaklige eller utenforliggende hensyn.<sup>130</sup> Bestemmelsen viderefører gjeldende regler om vern mot usaklig oppsigelse i tidligere arbeidsmiljølov § 60.<sup>131</sup> Rettspraksis knyttet til denne bestemmelsen vil derfor være relevant. I Rt. 1984 s. 1058 uttaler Høyesterett følgende:

«Det er etter min mening domstolenes oppgave å prøve om regelen er riktig anvendt i det konkrete tilfellet. Dette innebærer at domstolene kan prøve om oppsigelsen bygger på et *riktig og fyldestgjørende faktisk grunnlag*, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på *relevante argumenter*, om vurderingen har *tilstrekkelig bredde*, således også om *avveiningen omfatter de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren.* »<sup>132</sup> (min utheving).

I en nyere avgjørelse, i Rt. 2009 s. 685, legger Høyesterett seg på samme linjen som Høyesterett i Rt. 1984 s. 1058, men med en annen formulering:

«...bestemmelsen gir anvisning på en konkret skjønnsmessig avveining mellom virksomheten og den ansatte sine interesser. Det må være *rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy*, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»<sup>133</sup> (min utheving).

Uttalelsene innebærer etter dette at det må gjøres en rimelighetsvurdering, hvor arbeidsgivers interesser må veies opp mot arbeidssøkers interesser. Ettersom terskelen er høy, må arbeidsgivers interesser av å ikke ha arbeidstakeren ansatt i stillingen, veie tyngre enn

<sup>130</sup> Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt (2017) s. 416.

<sup>131</sup> Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 335.

<sup>132</sup> Rt. 1984 s. 1058 (s. 1067). Faktum i saken er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for.

<sup>133</sup> Rt. 2009 s. 685 s (avsnitt 52). Faktum i saken er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for.



arbeidstakers rett til arbeid for at oppsigelse kan være saklig. Arbeidsgiver må eksempelvis vurdere om han kan iverksette mindre inngripende reaksjoner enn oppsigelse. Oppsummert må det foreligge *tilstrekkelig* saklig grunn for oppsigelse.<sup>134</sup> Dette er som regel det sentrale vurderingstema i rettspraksis.<sup>135</sup>

Spørsmålet i det følgende er om opplysningssvikt vil tilstrekkelig saklig oppsigelsesgrunnlag etter aml. § 15-7.

I NAD-1988-539 var det spørsmål om arbeidsgiver hadde tilstrekkelig saklig grunnlag til å si opp en arbeidstaker etter dagjeldende arbeidsmiljølov § 60 nr. 1. Arbeidstakeren hadde en stilling ved Skånevik godsekspedisjon, Brynjulf Hus. A var på ansettelsestiden forespeilet kontorarbeid, men ble ved et senere tidspunkt satt til å utføre forefallende arbeid på kaien. Kontormedarbeideren hadde ved ansettelsen opplyst om at hun hadde psoriasis, men ikke for rene muligheter for at sykdommen kunne utvikle seg negativt. Arbeidsgiveren anførte arbeidstakeren hadde holdt tilbake opplysninger om leddgikt ved ansettelsen.<sup>136</sup> I denne forbindelse uttalte retten:

«På bakgrunn av at lagmannsretten finner at A ved sin tiltredelse kun var forespeilet kontorarbeid, kan lagmannsretten heller *ikke se at det var noe kritikkverdig* i at hun på det daværende tidspunkt ikke opplyste om leddgikten, som må ha vært *uten relevans* for hennes utførelse av kontorarbeid». (min utheving).

Etter en samlet vurdering kom retten til at det ikke forelå grunnlag for saklig oppsigelse. Det kan her innfortolkes at dersom minstekravene for opplysningssvikt om negativ effekt hadde vært oppfylt på ansettelsestidspunktet, ville utfallet kunne blitt annerledes. Dette kan begrunnes med at retten tilsynelatende vektlegger opplysningenes (manglende) relevans for arbeidet, og at arbeidssøkers tilbakehold av opplysningene derfor ikke var kritikkverdig (bebreidelsesverdig). Dette taler i den retning om at brudd på opplysningsplikten i seg selv ville vært tilstrekkelig saklig grunn for oppsigelse.

---

<sup>134</sup> Fanebust (2014) s. 248 og Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jennum Hotvedt (2017) s. 416.

<sup>135</sup> Fanebust (2014) s. 248.

<sup>136</sup> NAD-1988-539 (avsnitt 9).

Avgjørelsen er imidlertid fra langt tilbake i tid. På bakgrunn av blant annet arbeidsmiljølovens formål om trygge ansettelsesforhold i § 1-1 bokstav b, må en konklusjon om at opplysningssvikt utgjør en tilstrekkelig saklig grunn, støttes opp av øvrige rettskilder.

Uttalelser fra en dom fra Oslo tingrett, RG-2004-1069 kan her være av interesse. Faktum i saken var at en bedrift leide inn en person A for å arbeide som økonomimedarbeider. Etter fem måneders tid i arbeidet fant bedriften ut at A hadde begått underslag hos tre tidligere arbeidsgivere. Når bedriften fikk vite om dette, måtte A gå på dagen.

Hovedspørsmålet i saken var om A var å anse som arbeidstaker eller om han var å anse som selvstendig økonomisk konsulent. Retten fant sistnevnte var mest nærliggende, og avtalen kunne rettmessig heves på grunn av bristende forutsetninger ved avtaleinngåelsen. Videre ble det uttalt at dette hadde liten betydning for sakens utfall, fordi det «også ville vært saklig grunn for avskjed etter arbeidsmiljøloven».<sup>137</sup> Det må forstås slik at de faktiske forholdene fyller kravene etter begge regelsett, slik at resultatet normalt vil være sammenfallende.

Tingrettsdommer kan naturligvis også bare tillegges begrenset rettskildemessig vekt. Dommen er likevel nyere enn den ovennevnte lagmannsrettsdommen, og er til støtte for det som kan utledes av lagmannsrettsdommen om at opplysningssvikt er tilstrekkelig saklig grunn. I tillegg støttes konklusjonen av blant annet Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, som skriver: «de materielle vilkårene for om det foreligger grunnlag for opphør, vil normalt være sammenfallende».<sup>138</sup> Dette må forstås slik at de *det faktiske forhold* vil være tilstrekkelig for å *oppfylle* de materielle vilkår etter begge regelsettene.

Etter en samlet vurdering er konklusjonen at prekontraktuell opplysningssvikt om helseforhold som utgangspunkt vil være tilstrekkelig grunnlag for saklig oppsigelse.

### **5.2.5 Arbeidsmiljøloven § 15-14**

I tillegg til oppsigelse etter avtl. § 15-7, hjemler arbeidsmiljøloven avskjed som opphørsgrunnlag i aml. § 15-14 første ledd. Bestemmelsen er en videreføring av tidligere arbeidsmiljølov § 66. Aml. § 15-14 første ledd lyder:

---

<sup>137</sup> RG-2004-1069 (avsnitt 70).

<sup>138</sup> Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt (2017) s. 116.

«Arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden dersom denne har gjort seg skyldig i grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen.»

Her vil det aktuelle vilkåret være «vesentlig mislighold av arbeidsavtalen». I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 1977 § 66, Ot.prp. nr. 51 (1975-1976) *Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø*, fremgår det at avskjed er en alvorlig reaksjon som setter den det rammer i en vanskelig situasjon.<sup>139</sup> Bestemmelsen bygger på tidligere rettspraksis.<sup>140</sup> Angående terskelen for avskjed som følge av brudd på opplysningsplikt ved ansettelse, uttaler Høyesterett i Rt. 2004 s. 76<sup>141</sup>, følgende:

*«Hvis arbeidstakeren er sterkt å bebreide - for eksempel ved bevisst å ha gitt uriktige opplysninger som var avgjørende for ansettelsen - vil dette etter omstendighetene kunne gi grunnlag for avskjed etter arbeidsmiljøloven § 66, som må forstås slik at den kan anvendes i slike tilfeller. I andre situasjoner vil arbeidstakerens forhold i forbindelse med ansettelsen kunne trekkes inn i vurderingen av om det er saklig grunn til oppsigelse etter arbeidsmiljøloven § 60, og også ved vurderingen av om han skal fratre stillingen under en tvist om gyldigheten av oppsigelsen.»<sup>142</sup> (min utheving).*

Uttalelsen indikerer at oppsigelse vil være det mest aktuelle rettslige grunnlaget for opphør etter arbeidsmiljøloven. Avskjed vil være aktuelt i de tilfeller hvor arbeidssøker er særlig å bebreide for å ha holdt tilbake helseopplysninger.

Et minstekrav for at minstekravet om bebreidelse er oppfylt, er som nevnt culpa – herunder at arbeidsgiver forsto eller burde forstått betydningen av helseopplysningenes innvirkning på ansettelsesvurdering. Høyesterett synes å legge til grunn at for at avskjed skal komme til anvendelse, må det foreligge *forsett*. Dette på grunn av uttalelsen om at arbeidssøker eksempelvis «*bevisst* har gitt uriktige opplysninger...» (min utheving) for at det skal være grunnlag for avskjed.<sup>143</sup> Hvorvidt det er snakk om midlertidig eller fast ansettelse, vil her kunne få betydning. På samme måte vil det få betydning om arbeidsgiveren direkte har spurt arbeidssøkeren om helseforhold. I et slikt tilfelle vil det raskt kunne konkluderes med at

---

<sup>139</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 28.

<sup>140</sup> Ot.prp. nr. 41 (1975-1976) s. 28.

<sup>141</sup> Se avhandlingens neste punkt, hvor det redegjøres for sakens faktum.

<sup>142</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 48).

<sup>143</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 47).

tilbakehold av opplysninger er en bevisst handling fra arbeidssøkerens side, og avskjed vil kunne være aktuelt.

Etter dette kan det legges til grunn at minstekravene for opplysningssvikt ikke sammenfallende med minstekrav som oppstilles etter ulovfestet lojalitetsplikt, men at det her må oppstilles et krav om forsett. Alminnelig uaktsomhet vil antakeligvis ikke være tilstrekkelig for avskjed som opphørsgrunnlag etter arbeidsmiljøloven.

### **5.2.6 Avgjørelsen av hvilket regelsett som kommer til anvendelse**

Før arbeidsgiver tar beslutning om oppsigelse eller avskjed, må forholdet drøftes med arbeidstaker jf. aml. § 15-1. Dersom slik beslutning fattes, er skriftlig oppsigelse et formkrav, jf. aml. § 15-4 og aml. § 15-14 andre ledd. Formålet er å sikre at oppsigelsen eller avskjeden beror på en grundig og forsvarlig vurdering, og er utført på et korrekt faktisk grunnlag.<sup>144</sup> En oppsigelse eller avskjed som ikke oppfyller formkravene, skal som hovedregel kjennes ugyldig, jf. aml. § 15-5. Dersom arbeidstaker ønsker å kreve forhandlinger etter aml. § 17-3 ved oppsigelse etter aml. § 15-7, har arbeidstaker dessuten rett til å stå i stillingen mens forhandlingene pågår, jf. aml. § 15-11. Ved oppsigelse må arbeidsgiver forholde seg til den gjensidige oppsigelsesfristen etter aml. § 15-3.

Ingen av de ovennevnte reglene vil komme til anvendelse ved opphør etter avtalerettens regler. Arbeidsmiljøloven oppstiller med andre ord en rekke prosessuelle krav, i tillegg til materielle vilkår.

Det oppstår dermed spørsmål om hvilket regelsett retten lar arbeidsgiveren føre frem, avtalerettslige eller arbeidsrettslige opphørsregler.

Etter både aml. §§ 15-17 og 15-14 er det «arbeidstaker» som er beskyttet av bestemmelsene. Arbeidstakerbegrepet er i aml. § 1-8 ledd definert som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste». Ordlyden taler for at stillingen må være tiltrådt, idet vedkommende skal «utføre arbeid». En slik tolkning medfører at en person som kun er ansatt, men enda ikke har tiltrådt stillingen, ikke er vernet av arbeidsmiljølovens regler om opphør av arbeidsforhold. Hensynene bak arbeidsmiljøloven tilsier imidlertid en annen løsning, da loven har som formål å sikre trygge ansettelsesforhold, jf. aml. § 1-1 bokstav b. Arbeidsgiver kan heller ikke fravike

---

<sup>144</sup> Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt (2017) s. 415.

loven til ugunst for arbeidstaker, jf. aml. § 1-9. Det er derfor nødvendig å se hen til rettspraksis for å besvare spørsmålet.

Høyesteretts kjennelse i Rt. 1988 s. 766 avklarer som det fremgår innledningsvis i avhandlingens punkt 2.1, at avtalerettslige regler kommer til anvendelse før tiltredelse av stillingen. Hvorvidt avtalerettens regler kan gjøres gjeldende etter tiltredelse, ble imidlertid ikke avklart før Høyesteretts avgjørelse i Rt. 2004 s. 76 («Allmennlærer-dommen»). Saken omhandlet forholdet mellom arbeidsmiljøloven av 1977 og avtaleretten. Dommens generelle uttalelser om forholdet mellom de ulike regelsettene er derfor også relevant i privat sektor, selv om den konkrete saken gjaldt et ansettelsesforhold i offentlig sektor. Dette vil forklares nærmere i det følgende.

Sakens bakgrunn var at en mann (A) ble ansatt som allmennlærer ved en skole i Oslo. Etter A hadde tiltrådt stillingen, kom det frem at A ikke oppfylte stillingens krav. A var fra Iran og hadde sin lærerutdannelse derfra. For å bli godkjent som allmennlærer måtte A ta tilleggsprøver. A hadde bare tatt tilleggsprøven for faglærere, som var mindre omfattende enn prøven som gjaldt for allmennlærere. A ble oppsagt fra stillingen som allmennlærer, men samtidig tilbudt en midlertidig stilling som faglærer. Både A og skolen kunne bebreides for at forholdet ikke hadde blitt oppdaget tidligere.

Hovedspørsmålet i saken var om avtaleforholdet måtte bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens regler, eller om det var tilstrekkelig å gjøre avtalerettslig ugyldighet gjeldende. Høyesterett kom enstemmig til at tiltredelsen måtte være avgjørende for hvilke regler som skulle anvendes. Høyesterett uttalte:

«Dersom As manglende kompetanse hadde blitt avdekket før han tiltrådte stillingen, anser jeg det klart at kommunen kunne brakt forholdet til opphør uten å gå veien om oppsigelse eller avskjed etter arbeidsmiljølovens regler. At kommunen ville hatt en slik adgang, fremgår etter mitt syn forutsetningsvis av Høyesteretts kjæremålsutvalgs kjennelse i Rt-1988-766. I en slik situasjon vil det være de rent avtalerettslige betraktninger som kommer i forgrunnen. Jeg kan heller ikke se at det på dette stadium foreligger reelle hensyn av nevneverdig tyngde som taler for at arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal måtte anvendes i denne type tilfeller.

Etter at arbeidstakeren har begynt i arbeidet, kommer imidlertid dette spørsmålet i en annen stilling. Reelle hensyn taler for at arbeidsforholdet da må avvikles etter

arbeidsmiljølovens regler. De hensyn som ligger bak arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler, gjør seg i all hovedsak gjeldende også i disse tilfeller. Stillingsvernsreglene synes å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering hvor arbeidstakeren, til tross for en opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen.»<sup>145</sup>

Høyesterett vurderer her av hva som vil være den beste regel etter tiltredelse ut fra reelle hensyn, ved å eksemplifisere andre ugyldighetsgrunner enn de som foreligger i den konkrete sak. På bakgrunn av at forholdene ble avklart etter tiltredelse i stillingen som lærer, måtte avtalen bringes til opphør etter arbeidsmiljølovens bestemmelser. Oppsigelsen ble for øvrig ansett ugyldig som følge av saksbehandlingsfeil etter forvaltningsloven.<sup>146</sup>

Høyesteretts generelle uttalelser tilsier at standpunktet kan anvendes for lignende saker, som en generell regel. Høyesterett har imidlertid reservert seg mot en absolutt regel, ved uttalelsen «i *utgangspunktet* må [tiltredelsestidspunktet] være avgjørende for om arbeidsmiljølovens stillingsvernsregler skal anvendes.»<sup>147</sup> (min utheving). Videre uttaler Høyesterett: «om det likevel her må gjelde et slags utvidet re integra-prinsipp for tilfeller hvor forholdet oppdages få dager etter at arbeidsforholdet er tiltrådt, har jeg ikke foranledning til å ta stilling til».<sup>148</sup> Høyesterett synes her å mene at avtalerettslige regler alltid vil gjelde før tiltredelsen, slik at opphør etter arbeidsmiljølovens regler ikke vil være aktuelt før tiltredelse. Høyesterett åpner imidlertid for anvendelse av avtalerettslige regler ved enkelte tilfeller der det er kort tid siden stillingen ble tiltrådt.

Underrettspraksis synes å innrette seg etter avgjørelsen. Som illustrerende eksempel på dette er dommen fra Stavanger tingrett som er omtalt i avhandlingens punkt 5.2.3<sup>149</sup> Saken var opprinnelig anlagt som en oppsigelsessak etter arbeidsmiljøloven, men på bakgrunn av Høyesteretts uttalelser i Rt. 2004 s. 76, besluttet retten at saken ikke skulle behandles etter arbeidsmiljølovens prosessregler. Dette skyldtes at saksøkeren ikke hadde tiltrådt stillingen da avtalen ble hevet.<sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 48).

<sup>146</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 53).

<sup>147</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 39).

<sup>148</sup> Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 49).

<sup>149</sup> TSTAV-2011-81051.

<sup>150</sup> TSTAV-2011-81051 (avsnitt 3).

Arbeidsgiver kan etter dette ikke velge om han skal kjenne arbeidsavtalen ugyldig etter avtalelovens regler, eller etter arbeidsmiljølovens opphørsregler. Som hovedregel og alminnelig utgangspunkt vil tiltredelsestidspunktet være skjæringstidspunktet for om opphør kan skje etter kontraktsrettens eller arbeidsmiljøloven regler. Dersom arbeidsgiveren kan anføre opphør etter avtalerettslige regler, vil arbeidsgiveren imidlertid fritt kunne anføre hvilket grunnlag som han selv vil, for eksempel ugyldighet etter avtl. § 33. På samme måte vil arbeidsgiveren eksempelvis ha valgfrihet til å anføre avskjed, subsidiært oppsigelse, i tilfeller hvor opplysningssvikten ikke oppdages før etter tiltredelse.

### 5.3 Erstatning

Arbeidsmiljøloven har flere bestemmelser som gir erstatningsgrunnlag for arbeidstakere. For eksempel hjemler aml. § 13-9 at den som er diskriminert i strid med aml. § 13-1, kan kreve erstatning. Det finnes imidlertid ingen bestemmelser i loven som regulerer arbeidsgivers krav på erstatning. Det rettslige grunnlaget er derfor ulovfestet rett.

Det skilles tradisjonelt mellom erstatning i og utenfor kontraktsforhold.<sup>151</sup> Erstatning utenfor kontraktsforhold betegnes som *delikterstatning*.<sup>152</sup> Tidspunktet den skadevoldende handlingen ble utført er avgjørende for hvilke regler som kommer til anvendelse. Avhandlingen omhandler prekontraktuell lojalitetsplikt. Følgelig er det delikterstatning som vil være aktuelt. Jeg vil derfor fremstille vilkårene for delikterstatning og holde disse opp mot brudd på lojalitetsplikten.

Utgangspunktet i norsk rett er at en skade må bæres av den som er rammet. For at erstatning skal kunne kreves, må det foreligge et ansvarsgrunnlag for å velte tapet over på den som har forårsaket skaden. Det foreligger derfor tre hovedvilkår for at erstatning skal kunne tilkjennes. For det første må det ha oppstått en skade – et økonomisk tap. Dernest må det kunne påvises et ansvarsgrunnlag som utpeker et ansvarssubjekt og en ansvarsbetingende risiko. Til sist må det være årsakssammenheng mellom det økonomiske tapet og den ansvarsbetingende risikoen.<sup>153</sup>

Det alminnelige ansvarsgrunnlaget i norsk rett er culpaansvaret. Skaden må være voldt ved en rettsstridig handling eller unnlattelse som kan tilregnes skadevolderen som forsettlig eller

---

<sup>151</sup> Viggo Hagstrøm og Are Stenvik, *Erstatningsrett* (2014) s. 17.

<sup>152</sup> Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 17.

<sup>153</sup> Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 17.

uaktsom.<sup>154</sup> Det er selve handlingen eller unnlåtelsen av å handle som er det sentrale.<sup>155</sup> I HR-2006-02061-A uttaler Høyesterett om prekontraktuellet erstatningsansvar:

«...det stilles ganske strenge krav for såkalt prekontraktuellet erstatningsansvar; det heter eksempelvis i Rt-1998-671 at «utgangspunktet må være at det kreves klanderverdig opptreden under kontraktsforhandlingene – uredelighet, forledelse eller liknende».<sup>156</sup>

Et minstekrav for brudd på opplysningsplikten er at det foreligger en bebreidelsesverdig opptreden under kontraktsforhandlingene fra arbeidssøkers side. Skyldkravet som kreves er uaktsomhet (culpa), se avhandlingens punkt 3.3. Dersom det foreligger opplysningssvikt vil det derfor samtidig bety at skyldvilkåret for erstatning vil være oppfylt.

Når det gjelder vilkåret om at det må foreligge et økonomisk tap, finnes det utallige eksempler på hvordan opplysningsplikt ved ansettelse kan medføre et økonomisk tap for arbeidsgiveren. Det kan eksempelvis tenkes at arbeidsgiveren må betale lønnsutgifter for en arbeidstaker som ikke er i stand til å utføre arbeidsoppgavene som stillingen var ment til. Dette vil kunne medføre overtidsbetaling til øvrige arbeidstakere som må jobbe ekstra for å dekke for tapt arbeidskraft. Arbeidskraft som var ment å bli dekket av den nytilsatte arbeidstakeren. Videre kan arbeidsgiver for eksempel ha lidt et økonomisk tap som følge av å ha leid en leilighet til arbeidstakeren i forbindelse med arbeidet. Tilleggskostnader knyttet til det å måtte utlyse stillingen på nytt, samt gå gjennom en ny ansettelsesprosess, kan også være en kostbar prosess.

Det tredje vilkåret er årsakssammenheng mellom skaden – det økonomiske tapet og ansvarsgrunnlaget. Ifølge rettspraksis er utgangspunktet at en årsaksfaktor anses som årsak dersom den var en nødvendig betingelse for det økonomiske tapet.<sup>157</sup> Den sentrale dommen i denne sammenheng er Rt. 1992 s. 64 («P-pilledom II»). Høyesterett formulerte årsakskravet slik:

---

<sup>154</sup> Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 68.

<sup>155</sup> Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 68.

<sup>156</sup> I HR-2006-02061-A (avsnitt 79).

<sup>157</sup> Hagstrøm og Stenvik (2014) s. 358.



«Årsakskravet mellom en handling eller unnlatelse og en skade er vanligvis oppfylt dersom skaden ikke ville ha skjedd om handlingen eller unnlatelsen tenkes borte. Handlingen eller unnlatelsen er da en nødvendig betingelse for at skaden inntreffer.»<sup>158</sup>

Sakens faktum er ikke relevant og vil ikke bli redegjort for. Det er av avgjørende betydning at skaden ikke ville inntrådt hvis opplysningssvikten ikke hadde foreligget. For opplysningsplikten og for økonomisk tap som er eksemplifisert ovenfor, vil det raskt kunne konstateres at det foreligger årsakssammenheng. Dersom opplysningssvikten tenkes borte, ville ansettelsen ikke funnet sted, og arbeidsgiver ville følgelig ikke lidt et økonomisk tap.

Jeg har ikke funnet rettspraksis som omhandler spørsmål om erstatning som følge av opplysningssvikt om helseopplysninger ved ansettelse. På bakgrunn av det ovennevnte, virker det imidlertid sannsynlig at retten vil kunne idømme erstatning ved brudd på opplysningsplikt om helseopplysninger ved ansettelse.

---

<sup>158</sup> Rt. 1992 s. 64 (s. 69).

## 6 Oppsummering og avsluttende refleksjoner

Utgangspunktet er at det ikke foreligger en generell opplysningsplikt om negative helseforhold ved ansettelse. Enkelte helseopplysninger vil arbeidssøker aldri måtte oppgi uten at tilbakehold vil føre til brudd på den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Dette gjelder helseopplysninger som ikke oppfyller et eller flere av minstekravene om negativ effekt, bebreidelse eller beskyttelsesverdig forventning. Beskyttende lovgivning er her av sentral betydning for hvorvidt kravet om negativ effekt og bebreidelse er oppfylt. Kravet til negativ effekt er ikke oppfylt hvis arbeidsgiver ikke kan innhente helseopplysninger. Arbeidssøker kan heller ikke bebreides for å ha tilbakeholdt opplysninger som arbeidsgiver ikke har adgang til å innhente. Vurderingen om arbeidssøkeren kan bebreides for å holde tilbake helseopplysninger, beror på hvorvidt arbeidsgiver i tilstrekkelig grad har ivaretatt sine egne interesser og derfor har en beskyttelsesverdig forventning om å få helseopplysninger fra arbeidssøkeren.

Ved opplysningssvikt kan arbeidsgiver bringe en inngått arbeidsavtale til opphør. Enten etter avtalerettens ugyldighetsregler, eller ved oppsigelse eller avskjed etter aml. §§ 15-7 og 15-14. Brudd på opplysningsplikten synes å gi grunnlag for opphør etter begge regelsettene. Etter arbeidsmiljøloven er det i utgangspunktet oppsigelse etter aml. § 15-7 som vil være aktuelt, mens avskjed etter aml. § 15-14 er forbeholdt de tilfeller hvor arbeidssøkeren er særlig å bebreide for å ha holdt tilbake helseopplysninger som følge av forsettlig atferd.

Hvilket regelsett retten vil la arbeidsgiver føre frem, avhenger av om arbeidstakeren har tiltrådt stillingen på tidspunktet opplysningssvikten ble oppdaget. Før tiltredelse vil avtalerettslige ugyldighetsregler gjelde. Etter tiltredelse er arbeidstaker vernet av stillingsvernsreglene i arbeidsmiljøloven, og arbeidsgiver er pliktig til å følge prosessuelle krav som følger av loven. Uavhengig av tidspunkt for tiltredelse, kan arbeidsgiver kreve erstatning som følge av opplysningssvikten.

Slik presentert tidligere i avhandlingen, vil det beste for arbeidsgiveren være å oppdage eventuell opplysningssvikt før arbeidstakeren har tiltrådt i stillingen. Opphør etter arbeidsmiljølovens regler krever at prosessuelle krav til avskjed og oppsigelse blir overholdt. Disse kravene vil ikke gjelde før tiltredelse. Ofte vil det imidlertid være vanskelig å finne ut av opplysningssvikten før arbeidstakeren har begynt å utføre arbeidet. Helseforhold som hindrer arbeidstakeren i å utføre arbeidet tilfredsstillende vil naturligvis først bli synlig etter tiltredelse.

Det kan være vanskelig for arbeidssøker å vurdere sin egen rettsstilling, og innrette seg etter hvor den nedre grensen for brudd på opplysningsplikten går. Dette er først og fremst fordi reglene i stor grad er basert på skjønn. I tillegg vil den etiske grensen for når en arbeidssøker føler han opptrer illojalt ofte være lavere enn den juridiske nedre grensen. Den juridiske nedre grensen har ikke krav om ideell atferd, men baserer seg på om arbeidsgiver har forventninger om helseopplysninger som er beskyttet av rettsordenen. Dette kan medføre at arbeidssøkeren opplyser om helseforhold som han ikke er rettslig pliktig til å opplyse om. Det er eksempelvis ikke utenkelig at en gravid arbeidssøker føler at hun opptrer illojalt dersom hun ikke opplyser om graviditeten overfor en potensiell ny arbeidsgiver, og derfor opplyser arbeidsgiveren om forholdet.

Dersom arbeidssøker opplyser om helseforhold som han ikke har opplysningsplikt om, er risikoen for at disse blir vektlagt negativt mer til stede enn der hvor arbeidsgiveren ikke har opplysningene tilgjengelig. Det er nettopp dette som er formålet med forbud mot innhenting av helseopplysninger. Dessverre vil de som vernebestemmelsene ha til hensikt å beskytte, derfor likevel kunne bli rammet av diskriminering.<sup>159</sup> Dette vil for å sette det på spissen, kunne medføre et slags sorteringssamfunn som verken er hensiktsmessig, ønskelig eller nødvendig.<sup>160</sup> Det kan på den annen side også slå positivt ut. Det er ikke utenkelig at arbeidsgiveren likevel ansetter arbeidssøkeren fordi han oppleves som redelig, lojal og tillitsfull. Hvorvidt arbeidsgiver har lov til å vektlegge helseopplysninger som arbeidssøker ikke hadde opplysningsplikt om, men likevel valgte å dele, kunne blitt behandlet som et selvstendig tema i en masteravhandling. Jeg skal derfor ikke gå nærmere inn på dette.

---

<sup>159</sup>[http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet\\_4juri diskalt.pdf](http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet_4juri%20disktalt.pdf) (sist besøkt 29.11.2017).

<sup>160</sup>[http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet\\_4juri diskalt.pdf](http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet_4juri%20disktalt.pdf) (sist besøkt 29.11.2017).

## 7 Kilde- og litteraturfortegnelse

### Lover

Grunnloven	Kongeriket Norges Grunnlov gitt i riksforsamlingen på Eidsvoll den 17. mai 1814
Kong Christian Den Femtis Norske Lov	Christian Femtis Norske Love av 15. april 1687
Avtaleloven	Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fullmakt og om ugyldige viljeserklæringer
Arbeidsmiljøloven av 1977	Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (opphevet)
Kjøpsloven	Lov 13. mai 1988 nr. 27 om kjøp
Luftfartsloven	Lov 11. juni 1993 nr. 101 om luftfart
Avhendingslova	Lov 3. juli 1992 nr. 93 om avhending av fast eiendom
Petroleumsloven	Lov 29. november 1996 nr. 72 om petroleumsvirksomhet
Menneskerettsloven	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett
Personopplysningsloven	Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger
Forbrukerkjøpsloven	Lov 21. juni 2002 nr. 35 om forbrukerkjøp
Bioteknologiloven	Lov 12. mai 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m.
Arbeidsmiljøloven	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv.
Skipssikkerhetsloven	Lov 16. februar 2007 nr. 9 om skipssikkerhet
Likestillingsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 59 om likestilling mellom kjønnene
Diskriminerings-og tilgjengelighetsloven	Lov 21. juni 2013 nr. 61 om forbud mot diskriminering på grunnlag av nedsatt funksjonsevne
Skipsarbeiderloven	Lov 21. juni 2013 nr. 102 om stillingsvern mv. for

arbeidere på skip  
Likestillings-og  
diskrimineringsloven  
Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot  
diskriminering (i kraft fra 01.01.2018)

## **Forarbeider**

Ot.prp. nr. 51 (1975-1976) Om arbeidstid, oppsigelsesvern, arbeidstilsyn m.v. i lov om arbeidervern og arbeidsmiljø

Ot.prp. nr. 5 (1982-1983) Om lov om endringer i avtaleloven 31 mai 1918 nr. 4, m.m. (generell formuerettslig lempingsregel)

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Ot.prp. nr. 5 (1999-2000) Om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)

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

Ot.prp. nr. 79 (2008-2009) Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m.

## Rettsavgjørelser

### Høyesterett

Rt. 1952 s. 1217 «Personvern-dommen»

Rt. 1980 s. 52

Rt. 1984 s. 1058

Rt. 1987 s. 609

Rt. 1988 s. 766

Rt. 1992 s. 64 «P-pilledom II»

Rt. 1996 s. 1401

Rt. 2001 s. 418 «Kårstø-dommen»

Rt. 2000 s. 1602 «Nøkk-dommen»

Rt. 2002 s. 1110 «Bodum-dommen»

Rt. 2004 s. 76 «Allmennlærer-dommen»

HR-2006-02061-A

Rt. 2009 s. 685

Rt. 2013 s. 769 «If-dommen»

### Underrettspraksis

#### *Lagmannsretten*

NAD-1988-539 (Gulating lagmannsrett)

RG-2003-268 (Eidsivating lagmannsrett)

LB-2007-121782 (Borgarting lagmannsrett)

LA-2017-30027 (Agder lagmannsrett)

#### *Tingretten*

RG-2004-1069 (Oslo tingrett)

TSTAV-2011-81051 (Stavanger tingrett)

### **Den europeiske menneskerettighetsdomstolen**

X and Y v. The Netherlands. Appl. no. 8978/80

Von Hannover v. Germany. Appl. no. 59320/00.

## Juridisk litteratur

- Aall, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter, 4. utgave* (Bergen 2015)
- Dege, Jan Todmod *Den individuelle arbeidsrett del II*, (Oslo 2009)
- Eckhoff, Torstein *Rettskildelære, 5. utgave ved Jan E. Helgesen* (Oslo 2000)
- Evju, Stein *Arbeidsrett, utvalgte artikler 2001-2010*, (Oslo 2010)
- Fanebust, Arne *Innføring i arbeidsrett, den individuelle del, 4. utgave* (Oslo 2015)
- Fougner, Jan *Arbeidsavtalen – utvalgte emner* (Oslo 1999)
- Giertsen, Johan *Avtaler, 3. utgave* (Oslo 2014)
- Hagstrøm, Viggo og Magnus Aarbakke *Obligasjonsrett, 2. utgave* (Oslo 2011)
- Hagstrøm, Viggo og Are Stenvik *Erstatningsrett* (Oslo 2014)
- Nazarian, Henriette *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold* (Tromsø 2006)
- Nygaard, Nils *Rettsgrunnlag og standpunkt, 2. utgåve* (Oslo 2004)
- Royce, Joshiah *The philosophy of loyalty* (1908)
- Simonsen, Lasse *Det prekontraktuelle ansvar* (Oslo 1997)
- Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad, Marianne Jenum Hotvedt *Individuell arbeidsrett, 2. utgave* (Oslo 2017)
- Skoghøy, Jens Edvin A. *Bruk av rettsavgjørelser ved lovtolking og annen rettsanvendelse*, Nybrott og Odling (Bergen 2002)
- Woxholth, Geir *Avtalerett, 10. utgave* (Oslo 2017)

## Juridiske artikler

- Bratholm, Silvelin *Helseopplysninger ved ansettelse*, Arbeidsrett vol. 10 nr. 2 (2013), Fagfellesvurdert artikkel
- Nazarian, Henriette *Opplysningsvikt som grunnlag for ugyldighet, mislighold eller lemping* *Jussens venner* 01/2007 vol. 42
- Ringvoll, Linn Hoel og Leonhardsen, Erlend M. *Pragmatisk i prinsippet – om lojalitetsprinsippet i kontraktsforhold*, *Jussens venner* 01/2007 vol. 42 s. 37-55
- Thorsen, Arne Falkanger *Lojalitetsplikt i kontraktsforhold*, *Jussens venner* (1993) s. 35-4

## Internasjonale konvensjoner

- EMK Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen. Vedtatt 4. november 1940
- SP Den internasjonale konvensjonen om sivile og politiske rettigheter. Vedtatt 16. desember 1966.

## Internasjonale og utenlandske kilder

- UNIDROIT Principles. Hentet fra:  
<http://www.unidroit.org/english/principles/contracts/principles2010/integralversionprinciples2010-e.pdf> (sist besøkt 14.12.2017)
- European Principles of Contract Law (PECL). Hentet fra  
[https://www.trans-lex.org/400200/\\_/pecl/](https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/) (sist besøkt 14.12.2017)
- Rådsdirektiv 2000/78/EF. EUs rammedirektiv om likebehandling i arbeidslivet



## Elektroniske kilder

- [http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet\\_4juridiskfalt.pdf](http://www.norsklektorlag.no/getfile.php/135557/Filer/Lektorbladet%20%28filmappe%29/Lektorbladet_4juridiskfalt.pdf) (sist besøkt 14.12.2017)
- [http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=lojal&ant\\_bokmaal=5&ant\\_nynorsk=5&bege=+&ordbok=begge](http://ordbok.uib.no/perl/ordbok.cgi?OPP=lojal&ant_bokmaal=5&ant_nynorsk=5&bege=+&ordbok=begge) (sist besøkt 14.12.2017).