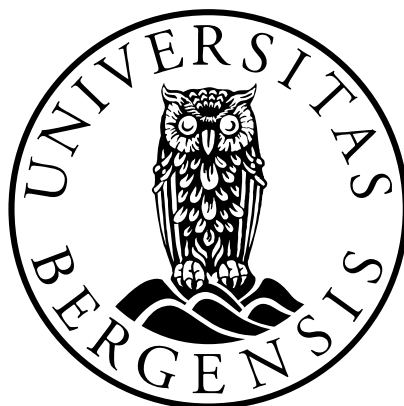


Arbeidssøkers opplysningsplikt

Hva arbeidssøker plikter å opplyse om av personlige forhold i ansettelsesprosessen

Kandidatnummer: 149

Antall ord: 14157



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

1. juni 2018

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	1
1 Innledning.....	3
1.1 Tema og problemstilling.....	3
1.2 Hensyn.....	3
1.3 Definisjoner	5
1.3.1 Arbeidssøker.....	5
1.3.2 Arbeidstaker	5
1.3.3 Arbeidsgiver	6
1.3.4 Helseopplysninger.....	6
1.4 Rettskildebildet.....	6
1.5 Metodiske utfordringer	8
1.6 Oppgavens opplegg og avgrensninger.....	8
2 Vilkår for arbeidssøkers opplysningsplikt.....	10
2.1 Hjemmel for opplysningsplikt om personlige forhold	10
2.2 Innholdet i opplysningsplikt om personlige forhold.....	12
2.2.1 Generelt for opplysninger om personlige forhold	12
2.2.2 Særlig om opplysninger om helsemessige forhold	17
3 Arbeidsgivers lovbestemte mulighet for innhenting av helseopplysninger	20
3.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3.....	20
3.1.1 Bestemmelsens virkeområde.....	20
3.1.2 Nødvendighetskravet.....	21
3.1.3 Betydningen av samtykke	23
3.2 Arbeidsmiljøloven § 9-4 om medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere.....	23
3.2.1 Bestemmelsens virkeområde.....	23
3.2.2 Hva som omfattes av begrepet «medisinske undersøkelser»	24
3.2.3 Risikokriteriet.....	25
3.2.4 Nødvendighetskriteriet	26
3.3 Generelle vilkår for kontrolltiltak.....	26
3.3.1 Arbeidsmiljølovens § 9-1 og dens virkeområde	26
3.3.2 Saklighetskrav	27

3.3.3	Forholdsmessighetsvurdering.....	28
4	Diskrimineringsforbud i ansettelsesprosessen	29
4.1	Likestillings- og diskrimineringsloven	29
4.1.1	Aktuelle bestemmelser	29
4.1.2	Funksjonsnedsettelse	29
4.1.3	Lovlig innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse	30
5	Hva arbeidsgiver kan gjøre med innhentede opplysninger	32
5.1	Personopplysningslovens virkeområde	32
5.2	Grunnkrav til behandling av personopplysninger	34
5.3	Arbeidssøkers rett til innsyn i lagrede opplysninger	36
5.4	Uriktig eller unødvendig informasjon	37
6	Retten til privatliv etter den europeiske menneskerettskonvensjonen	39
6.1	EMK art. 8	39
6.1.1	Bestemmelsens virkeområde.....	39
6.1.2	Vilkåret «privatliv»	39
7	Konsekvenser av brudd på opplysningsplikten.....	42
7.1	Utgangspunkt om lovlige reaksjoner mot tilbakeholdne arbeidssøkere.....	42
7.2	Avtalerettslig ugyldighet	42
7.2.1	Avtalelovens kapittel 3.....	42
7.2.2	Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger.....	43
7.3	Oppsigelse etter arbeidsmiljøloven	44
7.3.1	Forholdet mellom avtalerettslig ugyldighet og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven.....	44
7.3.2	Arbeidsmiljølovens § 15-7 om oppsigelse	45
7.3.3	Arbeidsmiljølovens § 15-14 om avskjed.....	46
8	Avslutning	47
	Kildeliste	49

1 Innledning

1.1 Tema og problemstilling

Det overordnede temaet for masteroppgaven er arbeidssøkers opplysningsplikt i ansettelsesprosessen.

Temaet er aktuelt i alle ansettelsesprosesser, og av betydning både for arbeidsgivere og arbeidssøkere. I den spesielle situasjonen en arbeidssøker befinner seg i, der ønsket om å nå opp i konkurransen om en stilling er sterkt, vil mange komme til å gi flere opplysninger enn man er forpliktet til. Dette kan på den ene siden være begrunnet i at man har et eget ønske om å være mest mulig imøtekommende overfor arbeidsgiver, og på den annen side kan man føle press til å svare på spørsmål og gi opplysninger som man egentlig ikke ønsker å gi, og som det kan tenkes at arbeidsgiver ikke har legitim grunn til å etterspørre.

Den nærmere problemstillingen for oppgaven er hva en arbeidssøker plikter å opplyse om av personlige forhold, og da særlig om helsemessige forhold, i forbindelse med ansettelsesprosessen, herunder ved intervju. I forlengelsen av dette vurderes hva arbeidsgiver har rett til å innhente av helseopplysninger fra arbeidssøkere, idet det forutsettes at arbeidssøker har opplysningsplikt om disse forholdene.

Temaet og problemstillingen reiser spørsmål om grensen mot retten til privatliv, herunder en arbeidssøkers personvern. Dette er et tema som har stor aktualitet og oppmerksomhet i disse dager, som følge av de nye personvernregler som trer i kraft i 2018.

Jeg skal i pkt. 1.2 til 1.6 gjennomgå sentrale hensyn og begreper, metodiske utfordringer og det skal gis en kortfattet fremstilling av rettskildebildet på området. I denne delen vil jeg også presentere oppgavens videre opplegg, med aktuelle avgrensninger.

1.2 Hensyn

Hovedhensynene som står mot hverandre er på den ene siden hensynet til arbeidsgivers behov for informasjon om arbeidssøkerne for å få et best mulig grunnlag for å velge rett person til stillingen, mot arbeidssøkers behov for å verne om sitt privatliv på den andre.

Arbeidsgiver har et legitimt behov for informasjon for å kunne vite hva man kan forvente og dermed velge beste person for stillingen, men også for eventuelt å kunne tilpasse arbeidsoppgaver og ansvarsområde ut fra personlige forutsetninger og forhold. I noen stillinger kan også sikkerhetsmessige eller andre særlige hensyn tilsi at arbeidsgiver trenger inngående opplysninger om sine arbeidstakers helse og generelle utførelsesevne, hvilket gir et særlig behov for kartlegging av søkerne.

På den andre siden står hensynet til arbeidssøker, også som den kommende arbeidstaker, og deres behov for og krav på personvern, og retten til å unnlate å opplyse om forhold ved sitt privatliv som arbeidsgiver ikke har lov til å vektlegge i en ansettelsesprosess. Hensynet til arbeidssøkers krav på å bli bedømt utelukkende basert på den informasjon arbeidsgiver kan ha legitim forventning om at arbeidssøker opplyser om, står derfor sentralt i vurderingene. Ettersom arbeidsgiver ofte vil ha et ønske om mest mulig informasjon, mens arbeidssøker vil kunne ønske å begrense mengden informasjon om personlige forhold, vil hensynet til henholdsvis arbeidsgiver og arbeidssøker i en ansettelsessituasjon ofte være motstridende, slik at oppgavens problemstilling kommer på spissen.

Videre finnes det en del overordnede hensyn bak arbeidsmiljølovgivningen, inntatt i arbeidsmiljøloven¹ (aml.) § 1-1, som vil være av betydning, ettersom arbeidssøkere er arbeidstakere «in spe». Det er særlig to hensyn som har vært trukket frem som fremtredende i juridisk teori. Det er lovgivers ønske om å bidra til et inkluderende arbeidsliv, jf. aml. § 1-1 bokstav e, og ønsket om likebehandling, jf. aml. § 1-1 bokstav b. For å kunne oppnå et inkluderende arbeidsliv er det viktig at arbeidssøkere ikke blir utsatt for diskriminering ved ansettelse.² Som en del av dette vil det være viktig at arbeidssøkere ikke blir bedt om å opplyse om, eller at arbeidsgiver legger vekt på, personlige forhold som ikke har relevans for stillingen. Det er også viktig at det ikke forekommer ulovlig forskjellsbehandling på bakgrunn av opplysninger fra arbeidssøker. På den annen side er det etter aml. § 1-1 bokstav c et formål med loven at arbeidsoppgaver tilpasses arbeidstakers individuelle «*forutsetninger og livssituasjon*», hvilket kan begrunne et legitimt behov for opplysninger om personlige forhold også i ansettelsesfasen.

¹ Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven eller aml.)

² Alexander Ness Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2017, Gyldendal Juridisk s. 46-47

1.3 Definisjoner

1.3.1 Arbeidssøker

Det finnes ingen definisjon av «*arbeidssøker*» i arbeidsmiljøloven. Ettersom det er få bestemmelser i loven som gjelder arbeidssøkere, antas det at det ikke ble vurdert som nødvendig med en egen definisjon. En naturlig språklig forståelse av begrepet «*arbeidssøker*» er en person som søker arbeid, enten generelt i arbeidsmarkedet eller en konkret stilling. Breisteinutvalget har i NOU 2001: 4 «*Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet*», definert «*arbeidssøker*» som en som:

- har vist interesse for å arbeide i en virksomhet hvor vedkommende enten ikke er ansatt fra før; eller
- søker arbeid internt i virksomheten; og
- er aktuell for stillingen ut fra generelle krav til utdanning, sertifikater, alder.³

I forhold til spørsmålet om opplysningsplikt vil definisjonen være noe snevrere. Dette har sammenheng med at det ikke oppstår opplysningsplikt overfor en arbeidsgiver før en person har søkt en konkret stilling. Arbeidssøkers opplysningsplikt overfor NAV eller andre instanser er ikke tema for oppgaven. Arbeidssøker kan dermed defineres som en som søker om å bli arbeidstaker i en arbeidsgivers virksomhet. Både arbeidstaker- og arbeidsgiverdefinisjonen er da relevante for forståelsen av arbeidssøkerbegrepet i relasjon til opplysningsplikten i ansettelsesprosesser.

1.3.2 Arbeidstaker

Arbeidsmiljøloven § 1-8 første ledd definerer «*arbeidstaker*» som «*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*».

I utgangspunktet forutsetter begrepet «*enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*», et avhengighetsforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, jf. Rt. 1986 s. 1322 «Norsk Stålpres».⁴ I vurderingen av om det foreligger et arbeidsforhold trekker forarbeidene frem momenter som hvorvidt arbeidstaker må stille sin personlige arbeidskraft til disposisjon for

³ NOU 2001: 4 s. 23

⁴ Se også Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 50

arbeidsgiver, hvorvidt vedkommende er underordnet arbeidsgivers kontroll og ledelse og hvorvidt vedkommende mottar vederlag for arbeidet.⁵

1.3.3 Arbeidsgiver

Hva gjelder arbeidsgiverbegrepet følger det av § 1-8 andre ledd at en «arbeidsgiver» er «*enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste*». Det vil etter dette sjelden være tvilsomt hvem som er arbeidsgiver i forhold til en definert arbeidstaker.

1.3.4 Helseopplysninger

Opgavens hovedfokus er hvilke helseopplysninger en arbeidssøker plikter å opplyse om i forbindelse med ansettelse. «*Helseopplysninger*» defineres i NOU 2001: 4 som «*informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand*».⁶

Ettersom det ikke er foretatt noen avgrensning i forhold til fysisk/psykisk sykdom legges det i oppgaven til grunn at definisjonen omfatter begge deler.

1.4 Rettskildebildet

På samme måte som arbeidsmiljøloven ikke har noen definisjon av arbeidssøker, har den ingen positivrettslig regulering av vilkårene for arbeidssøkers aktive opplysningsplikt i ansettelsesprosessen.

Det finnes imidlertid flere lovbestemmelser som angir en avgrensning av hva arbeidsgiver har lov til å innhente opplysninger om, samt om vilkårene for å innhente slike opplysninger. I de tilfellene loven setter konkrete grenser for hva arbeidsgiver kan innhente av informasjon, vil dette forutsetningsvis motsvares av hva arbeidssøker plikter å opplyse om. Og motsatt; arbeidssøker kan i utgangspunktet ikke være forpliktet til å gi opplysninger om forhold arbeidsgiver ikke har noen berettiget interesse i å få. Det må videre være klart at arbeidsgiver ikke har en berettiget interesse i å få opplysninger som det verken er lovhjemlet grunnlag for å innhente, eller som arbeidssøker har opplysningsplikt om etter eget tiltak basert på ulovfestet rett eller andre regler.

⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 73

⁶ NOU 2001: 4 s. 12

Arbeidsmiljøloven kapittel 9 har bestemmelser om hvilke kontrolltiltak arbeidsgiver lovlig kan gjennomføre i virksomheten. Lovens § 9-3 gjelder innhenting av helseopplysninger ved ansettelse, og fastsetter vilkår for hva arbeidsgiver kan be om i utlysningen etter nye arbeidstakere. Det viktigste vilkåret er at opplysninger om helseforhold må være «nødvendige» for å utføre arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen for at de skal kunne etterspørres.

Videre har aml. § 9-4 regler om i hvilke tilfeller en arbeidsgiver kan kreve medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere. Her stilles det opp tre alternative grunnlag; 1) dersom det følger av «lov eller forskrift», 2) dersom stillingen «innebærer særlig risiko», eller 3) dersom det vil være «nødvendig for å verne liv eller helse». Det stilles strenge krav til grunnlaget for slik medisinsk undersøkelse, noe som henger naturlig sammen med arbeidsmiljølovens formål om å beskytte arbeidstakere, se avsnitt 1.2.

Nylig kom også likestillings- og diskrimineringsloven⁷ som samler en del tidligere regler om diskrimineringsforbud i arbeidsforhold. Her er det inntatt regler om forbud mot innhenting av visse opplysninger i ansettelsesprosesser i lovens §§ 29 og 30. Sistnevnte bestemmelse gjelder opplysninger om graviditet, adopsjon eller planer om å få barn, religion og livssyn, etnisitet, funksjonsnedsettelse, seksuell orientering, kjønnsidentitet eller kjønnsuttrykk.

Videre finnes det også regulering som skal sikre enkeltindividers, herunder arbeidssøkeres, rett til personvern og privatliv, noe som også kan sette grenser for hva arbeidsgiver kan be om av opplysninger og gjøre med innhentet informasjon. Personopplysningsloven⁸ vil gjelde dersom det er tale om elektronisk lagret data, og den europeiske menneskerettskonvensjonen⁹ beskytter retten til privatliv på internasjonalt nivå. Sistnevnte er gjort til norsk rett gjennom menneskerettsloven (mrl.)¹⁰ § 2.

⁷ Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

⁸ Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven eller popplyl)

⁹ Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettskonvensjon eller EMK), Roma 4. november 1950, i kraft 3. september 1953

¹⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven eller mrl.)

1.5 Metodiske utfordringer

Oppgaven reiser ikke særlige metodiske spørsmål, men det foreligger noen metodiske utfordringer som må kommenteres. Først og fremst er det lite rettspraksis på området, spesielt høyesterettspraksis. Det har derfor vært nødvendig å se hen til underrettspraksis og juridisk teori for å søke avklaring på de ulike problemstillingene som tas opp.

Avslutningsvis er likestillings- og diskrimineringsloven ny (trådte i kraft 1. januar 2018), noe som medfører at det i oppgaven er fokus på naturlig forståelse av ordlyd og forarbeidene til bestemmelsen.

1.6 Oppgavens opplegg og avgrensninger

I det følgende skal først hjemmel og vilkår for arbeidssøkers generelle opplysningsplikt gjennomgås. Dette omtales som arbeidssøkers aktive opplysningsplikt, og gjelder uavhengig av om arbeidsgiver har en lovfestet rett til å etterspørre opplysningene. I mangel av positivrettslig regulering vil utgangspunktet for vurderingen måtte tas i ulovfestet rett og hva som kan hentes ut av annen lovgivning enn arbeidsmiljøloven. Etersom opplysninger om helsemessige forhold, av både psykisk og fysisk karakter, kan være noe av det mest belastende å opplyse om, og der de motstridende hensyn mellom arbeidsgiver og arbeidssøker kommer på spissen, vil oppgavens hovedfokus være på slike opplysninger. Det avgrenses dermed mot en nærmere gjennomgang av opplysningsplikten for andre spesielle typer opplysninger, som for eksempel straffbare forhold. De prinsipielle betraktningene vil imidlertid gjøre seg tilsvarende gjeldende for andre typer sensitiv informasjon som arbeidssøker kan ha et ønske om ikke å opplyse om.

I kapittel 3 skal arbeidsmiljølovens regler om hva som kan innhentes av helseopplysninger fra arbeidsgivers side drøftes og vurderes opp mot hva arbeidssøker da plikter å opplyse om. De relevante bestemmelser etter likestillings- og diskrimineringsloven skal gjennomgås i oppgavens kapittel 4. Reglene om behandling av personopplysninger behandles i oppgavens kapittel 5, og det menneskerettslige vernet av privatliv skal kort presenteres i kapittel 6. Avslutningsvis i oppgavens hoveddel, i kapittel 7, drøftes det hvilke konsekvenser det kan få for en arbeidssøker/arbeidstaker dersom vedkommende ikke har opplyst om forhold som det forelå opplysningsplikt om.

I siste del av oppgaven oppsummeres noen hovedtrekk i rettstilstanden, og det vil bli diskutert om det er behov for og hadde vært hensiktsmessig med en positivrettslig regulering av arbeidssøkers aktive opplysningsplikt.

2 Vilkår for arbeidssøkers opplysningsplikt

2.1 Hjemmel for opplysningsplikt om personlige forhold

I et ansettelsesforhold vil arbeidsgiver i utgangspunktet ha styringsrett overfor sine arbeidstakere. Styringsretten innebærer at arbeidsgiver har en rett til å «*organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet*», jf. Rt. 2000 s. 1602 (s. 1609) «Nøkk-dommen». Dette innebærer også at arbeidsgiver i utgangspunktet står fritt til å velge hvem de vil ansette. For å kunne foreta en vurdering av hvem som er best egnet for en stilling vil arbeidsgiver ikke bare ha behov for opplysninger om og dokumentasjon på arbeidssøkers faglige kvalifikasjoner, men også om mer subjektive egenskaper, som personlige forhold.

Som nevnt inneholder arbeidsmiljøloven ingen regler om en generell opplysningsplikt fra en arbeidssøkers side, verken om personlige forhold eller andre forhold. For å kunne etablere en rettslig plikt for arbeidssøker til å gi slike opplysninger til en arbeidsgiver i forbindelse med en ansettelsesprosess må det som et utgangspunkt foreligge et rettslig grunnlag.

Ved vurderingen av det nærmere innholdet av opplysningsplikten må det tas utgangspunkt i hva som er grunnlaget for at det i det hele tatt oppstår en opplysningsplikt for arbeidssøker, med andre ord hva som er hjemmelen for opplysningsplikten. Det fremstår som det er enighet i juridisk teori om, og også lagt til grunn i rettspraksis, at det finnes en slik plikt, men at det ikke er full enighet om grunnlaget for plikten.

Før en person blir arbeidssøker har vedkommende åpenbart ingen opplysningsplikt overfor en arbeidsgiver som har en stilling ledig. Det er først når man velger å søke en stilling at spørsmålet om opplysningsplikt oppstår. Dels i form av et krav om at de opplysninger som arbeidssøker gir er korrekte, og dels at de er fullstendige i forhold til det arbeidsgiver etterspør enten i utlysning, i intervju situasjon eller for øvrig underveis i prosessen. Pliktbegrepet har to sider. Den ene er at retten til å få en stilling, må motsvares av en plikt til å gi opplysninger som gir arbeidsgiver et grunnlag for å foreta en forsvarlig vurdering. Selv om brudd på plikten i form av å gi mangelfulle opplysninger «bare» fører til at man ikke får stillingen, og ikke sanksjoneres på annen måte, er det likevel naturlig å snakke om en plikt. Også fordi arbeidsgiver har en berettiget forventning om at når de bruker ressurser på en arbeidssøker i

en ansettelsesprosess, så bidrar arbeidssøkeren lojalt til at prosessen kan tjene formålet – nemlig at arbeidsgiver får valgt den arbeidssøker som er best egnet for stillingen.

Den andre siden av opplysningsplikten er at arbeidssøkers opplysninger vil danne de grunnleggende forutsetningene for å etablere et ansettelsesforhold, med bindende avtale- og arbeidsrettslige virkninger for både arbeidsgiver og arbeidstaker.

Begge sider av opplysningsspørsmålet – både det å danne grunnlaget for ikke-ansettelse og ansettelse – har som det fremgår en klar side mot avtaleretten. Når en person velger å bli arbeidssøker i forhold til en konkret stilling, går vedkommende i realiteten inn i avtalerettslige forhandlinger. Generell avtalerett vil derfor kunne danne rammene for partenes rettigheter og plikter i en slik forhandlingsfase. Samtidig vil det faktum at det forhandles om en arbeidsavtale, som reguleres av de spesielle arbeidsrettslige regler, kunne ha betydning.

Fra tidligere har det vært anført at grunnlaget for opplysningsplikt ved ansettelse er den alminnelige lojalitetsplikten i arbeidsforhold.¹¹ Den ulovfestede lojalitetsplikten som foreligger i ansettelsesforhold har også kommet til uttrykk gjennom rettspraksis, blant annet i Rt. 1990 s. 607 «Saga Data», som omhandler et krav om erstatning på bakgrunn av påstått illojal opptreden ved avvikling av et arbeidsforhold. Det er uttalt i dommen at det må legges til grunn at «*det foreligger en alminnelig og ulovfestet lojalitets- og troskapsplikt i ansettelsesforhold*» (s. 614). Lojalitetsplikten i arbeidsforhold har to sider. Arbeidstaker plikter for det første å ikke utføre handlinger som kan skade arbeidsgivers interesse, og for det andre skal arbeidstaker utføre handlinger i arbeidsgivers interesse.¹²

Senere har det imidlertid blitt hevdet at opplysningsplikt om arbeidssøkers helsetilstand snarere er et utslag av en alminnelig, ulovfestet prekontraktuell lojalitetsplikt.¹³ Selv om dette i utgangspunktet har blitt uttalt for spørsmål om helseopplysninger, vil det ut fra sammenhengen i regelverket måtte gjelde for alle typer opplysninger om personlige forhold. Begge de to nevnte teoriene har som utgangspunkt at det er tale om en ulovfestet lojalitetsplikt, men den siste konkluderer med at det er tale om en plikt som inntreder *før* kontraktsinngåelse. Siden spørsmålet om arbeidssøkers opplysningsplikt oppstår i

¹¹ Jan Tormod Dege, *Den individuelle Arbeidsrett* del I, Oslo 2009, Minerva, s. 98

¹² Skjønberg, Hognestad, Hotvedt (2017) s. 244

¹³ Tine Eidsvaag, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, Bergen 2008, det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen s. 303

forhandlingsfasen, og før avtale om ansettelse inngås, er det etter min mening mest naturlig å anse det som et spørsmål om prekontraktuell lojalitetsplikt.¹⁴

Den konkrete vurderingen av opplysningspliktens innhold og omfang, må skje relatert til den aktuelle stillingens art og formål.¹⁵ Innholdet i opplysningsplikten er ikke absolutt, men vil være relativ hensett til relevansen av opplysningene i ulike stillinger. Det er ingen tvil om at det vil variere i til dels betydelig grad fra stilling til stilling hvilke opplysninger som er relevante for en arbeidsgiver å motta, for å kunne bedømme hvem som er best skikket til å utføre det aktuelle arbeidet.

Det vil kunne skade arbeidsgivers interesser om arbeidssøker ikke opplyser om forhold som er relevante for egnetheten for stillingen. Samtidig går en arbeidssøker frivillig inn i en jobbsøkersituasjon, og må i den forbindelse anses for å ha samtykket til en viss grad av utlevering av opplysninger for å kunne ha en berettiget forventning om å bli vurdert for stillingen. Arbeidssøker må med andre ord anses for å ha akseptert en plikt til lojalt å gi opplysninger for å sette arbeidsgiver i stand til å foreta en forsvarlig vurdering av søknaden.

På den annen side må kravet til lojal opptreden fra arbeidsgiver tilsi at arbeidsgiver skal respektere arbeidssøkers interesse i å verne om sitt privatliv, og ikke kunne forvente opplysninger som arbeidsgiver ikke har legitim interesse i, fordi de ikke er rettslig sett relevante for bedømmelsen av søkerne.

2.2 Innholdet i opplysningsplikt om personlige forhold

2.2.1 Generelt for opplysninger om personlige forhold

Utgangspunktet for den ulovfestede lojalitetsplikten er den andre partens berettigede forventninger.¹⁶ Arbeidsgivers berettigede forventninger blir dermed utgangspunktet for opplysningsplikten. Arbeidsgiver har i utgangspunktet ingen berettiget interesse i å få opplysninger om arbeidssøker som ikke kan vektlegges i en ansettelsessituasjon. Her foreligger en sammenheng til de lovfestede mulighetene for arbeidsgiver til å be om eller

¹⁴ Se også Silvelin Bratholm, «Helseopplysninger ved ansettelse», *Arbeidsrett* vol. 10 nr. 02, 2013 s. 181-273, s. 200

¹⁵ Dege (2009) s. 99

¹⁶ Lasse Simonsen, *Prekontraktuell ansvar*, Oslo 1997, Universitetsforlaget s. 171

finne frem til informasjon om arbeidssøkere.¹⁷ Arbeidsgiver vil helt klart ha en berettiget interesse i å få den informasjonen som de har en lovfestet rett til å innhente. Og i de tilfellene der en ligger i grenseland mellom hva som er tillatt etter loven og ikke, kan det også argumenteres for at arbeidsgiver har en viss interesse i informasjon. I de tilfellene der en klart er utenfor lovteksten, skal det derimot mye til for at en arbeidsgiver kan ha berettiget interesse i å få opplysninger.

På generelt grunnlag bør arbeidsgiver alltid kunne be om opplysninger angående attester, kvalifikasjoner, vitnemål osv.¹⁸ Utviklingen går i retning av en kontroll av de opplysninger som gis, og den dokumentasjon som fremlegges.

Selv om vilkårene for arbeidssøkers aktive opplysningsplikt ikke følger direkte av lov, kan det likevel utledes noen utgangspunkter, eller yttergrenser, fra enkelte bestemmelser i avtaleloven, som indirekte definerer innholdet i lojalitetsplikten. Dette gjelder i første rekke avtalelovens (avtl.)¹⁹ ugyldighetsregler. Et ansettelsesforhold er i utgangspunktet et frivillig avtaleforhold. For at det skal være sammenheng i reglene vil det måtte være parallellitet mellom innholdet i opplysningsplikten, og opplysningssvikt som gir grunnlag for avtalerettslig ugyldighet eller andre misligholdsbeføyelser. Dersom en opplysningssvikt i form av enten mangel på opplysning eller feilaktig opplysning, er av en slik art at arbeidsgiver kan gjøre gjeldende avtalerettslige sanksjoner, må det motsetningsvis kunne konstateres at det forelå opplysningsplikt for arbeidssøker om forholdet. Det som vil være utgangspunktet etter en kartlegging av den prekontraktuelle lojalitetsplikten med utgangspunkt i avtalelovens ugyldighetsbestemmelser, må i en del tilfeller avgrenses av konkrete lovbestemmelser til vern om privatlivet, som jeg kommer tilbake til senere.

Avtalelovens § 30 første ledd første punktum lyder: *«Er en viljeserklæring fremkaldt ved svik fra den anden part, binder den ikke den som har avgitt den.»*

I arbeidsforhold vil bestemmelsen kunne komme til anvendelse dersom arbeidssøker lyver om sine kvalifikasjoner, eller underslår negative forhold, og opplysningen har medvirket til ansettelsen. Dersom forholdet har vært avgjørende for arbeidsgivers jobbtillbud, i den forstand at de uriktige positive opplysninger var motiverende for ansettelsen, eller at ansettelse ikke

¹⁷ Eidsvaag (2008) s. 305

¹⁸ Dege (2009) s. 100

¹⁹ Lov 31. mai 1918 nr. 4 om avslutning av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven eller avtl.)

ville funnet sted dersom de negative forhold var blitt opplyst om, kan ansettelsesavtalen være ugyldig. At det gjelder et krav til faktisk årsakssammenheng, følger av at forholdet må ha «fremkaldt» viljeserklæringen (jobbtilbudet).

Det følger videre av avtaleloven § 30 andre ledd at:

«har den anden part svikaktig git urigtige oplysninger om omstændigheder, som kan antages at ha hat betydning for viljeserklæringen, eller har han svikagtig fortiet saadanne omstændigheder, ansees han for at ha fremkaldt erklæringen derved, hvis ikke det motsatte godtgjøres».

Dette innebærer at bevisbyrden for hvorvidt omstendigheten har vært motiverende for arbeidsgiver, dvs. for om det foreligger årsakssammenheng, påhviler arbeidssøker, når arbeidssøker har opptrådt «svikaktig».

Lovens formulering av at det bare er opplysninger som «*kan antages at ha hat betydning for viljeserklæringen*» som rammes av avtl. § 30 andre ledd, indikerer for det første at det må være en objektiv vurdering av opplysningens betydning, og ikke et spørsmål om hva arbeidsgiver hevder å ha ønsket å få vite. Av dette er det igjen naturlig å tolke bestemmelsen slik at de omstendigheter som det er tale om, er opplysninger om forhold som objektivt sett er relevante for arbeidssøkers evne til å utføre de arbeidsoppgavene som stillingen krever.²⁰ Det vil sjelden kunne være svikaktig å holde tilbake opplysninger om forhold som det ikke er grunn til å tro at vil være av relevans for utførelsen av arbeidet.

For det andre er det et subjektivt element i bestemmelsen som er relevant for arbeidssøkers opplysningsplikt.²¹ Bestemmelsen forutsetter at den ene parten (her; arbeidssøker) «*svikaktig [har] git urigtige oplysninger*». For at noe skal være «svikaktig» må det enten være tale om en forsettlig villedelse, eller at en «*holder tilbake opplysninger en måtte forstå var av avgjørende betydning*».²²

For positive opplysninger må hva som er «svikaktig» betinge at opplysningen er usann, og at arbeidssøker gir opplysningen i ond tro, dvs. vel vitende om at den er usann, og med en forståelse av at opplysningen kan være motiverende for arbeidsgivers vurdering.

²⁰ Se Eidsvaag (2008) s. 304

²¹ Eidsvaag (2008) s. 307

²² Alf Petter Høgberg, *Norsk lovkommentar til avtaleloven*, 9.9.2014, note 106 til avtl. § 30 (www.rechtsdata.no)

Dersom avtaleloven § 30 snus om forut for avtaleinngåelse kan det dermed formuleres en regel som sier at arbeidssøker har plikt til å gi korrekte og fullstendige opplysninger om forhold som han forstår har relevans og er av avgjørende betydning for arbeidsgivers vurdering av hans skikkethet for stillingen, og som arbeidsgiver har legitim interesse i å få korrekt og fullstendig informasjon om.

Det følger videre av avtl. § 33 at:

«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».

En naturlig språklig forståelse av bestemmelsens ordlyd underbygger at det må være tale om relevante opplysninger. Ordlyden krever videre at det foreligger kunnskap om de relevante omstendighetene.²³ I juridisk teori og praksis har denne imidlertid blitt tolket slik at den også omfatter uaktsomhet.²⁴

Det tidligere nevnte relevanskriteriet underbygges av NAD 1988 s. 539 (Gulating), som gjaldt spørsmålet om hvorvidt det forelå saklig grunn for oppsigelse av A fra Skånevik godsekspedisjon, Brynjulv Hus, etter den tidligere arbeidsmiljøloven²⁵ § 60 nr. 1. Det var anført flere grunnlag for oppsigelse, og ett av dem var at A ikke hadde opplyst om at hun led av leddgikt da hun ble ansatt. Ved ansettelsen hadde hun blitt forespeilet at hun skulle drive med kontorarbeid, men arbeidsoppgavene endret seg underveis i ansettelsesforholdet. Hva gjelder opplysningsplikt om leddgikten uttaler lagmannsretten:

«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.» (s. 542)

Dommen er et tydelig eksempel på at opplysningsplikten må vurderes basert på den konkrete stillingen det søkes på, og hvordan situasjonen er på søknadstidspunktet – ikke etterfølgende forhold. Videre viser dommen at vurderingen av om personlige forhold er relevant for

²³ Eidsvaag (2008) s. 307

²⁴ Johan Giertsen, *Avtaler*, 3. utgave, Oslo 2014, Universitetsforlaget s. 175

²⁵ Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven eller aml.) (opphevet)

utførelsen av den aktuelle stillingen må foretas av den enkelte arbeidssøker.²⁶ Dommen illustrerer et av problemene med manglende lovregulering, dersom man ikke har avklarte vilkår/kriterier å bedømme forholdet etter.

En annen av de avtalerettslige ugyldighetsbestemmelser som kan ha relevans ved vurderingen av arbeidssøkers opplysningsplikt er læren om bristende forutsetninger.²⁷ Denne er aktuell i de tilfellene der en motiverende forutsetning for avtaleinngåelsen ikke lenger foreligger. Dersom denne læren skal komme til anvendelse på et forhold må det foreligge en endring fra ansettelsestidspunktet, som på vesentlig måte overgår den utviklingen som partene med rimelighet kunne forventes å ha tatt i betraktning ved avtaleinngåelsen.²⁸

Et eksempel på hva som ble ansett som en aktuell og relevant bristende forutsetning i ansettelsesforhold, følger av Rt. 1988 s. 766 «Graviditets-dommen». Saken gjaldt en kvinne som fikk et fire måneders vikariat ved en grunnskole. Da hun bekreftet å ha mottatt ansettelsen, ga hun også beskjed om at hun var gravid og dermed trengte permisjon etter ca. én måned i jobben. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttaler at:

«Den bristende forutsetning er at den kjærende part i sin søknad om vikariat på 4 måneder ikke har opplyst at hun pga. svangerskap bare ville kunne fungere i stillingen i en måned.» (s. 769)

Dette er en situasjon der en opplysning om personlige forhold har stor betydning for arbeidsgiver. I et slikt tilfelle vil hensynet til arbeidsgiver veie tyngre enn arbeidssøkers rett til å holde personlig informasjon for seg selv. Det vil helt klart være svært lite hensiktsmessig for en arbeidsgiver å måtte finne en ny vikar etter én måned. Forholdet mellom den tiden hun kunne jobbe og lengden på vikariatet var nok her avgjørende for at arbeidsgiver kunne anføre bristende forutsetninger. Det å søke på en stilling når man vet at man ikke kan jobbe den aktuelle perioden, vil måtte frata søkeren muligheten til å verne om personlige opplysninger av såpass høy relevans for arbeidsgiver.

²⁶ Bratholm (2013) s. 201

²⁷ Eidsvaag (2008) s. 305

²⁸ Jusinfo.no <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/839/915/916>, sist besøkt 21.05.2018, kl. 19:23

2.2.2 Særlig om opplysninger om helsemessige forhold

Hva gjelder helseopplysninger vil vilkårene som er gjennomgått over være de samme for at det skal foreligge opplysningsplikt. Når det gjelder det subjektive vilkåret for opplysningsplikt er det to deler av dette som gjør seg særlig gjeldende for helseopplysninger.

Den ene delen av det subjektive vilkåret er kunnskapskravet. For at det skal foreligge opplysningsplikt om konkrete helseopplysninger er det et vilkår at arbeidssøker hadde kunnskap om helsetilstanden sin.²⁹ Generelt kan det av naturlige årsaker ikke forventes at en arbeidssøker opplyser om forhold de ikke selv har kunnskap om.

Videre må arbeidssøkeren også ha kunnskap om tilstandens betydning for arbeidsforholdet.³⁰ For arbeidsgivers del kan det følgelig være viktig å opplyse grundig om hva som kreves av personen i stillingen og hvilke arbeidsoppgaver den omfatter, for å sette arbeidssøker i stand til å gi de relevante opplysninger, og unngå etterfølgende konflikter. Her vil de samme hensyn gjøre seg gjeldende som i NAD 1988 s. 539, som er gjennomgått over.

Noen holdepunkter for arbeidssøkers opplysningsplikt vedrørende helsemessige forhold følger av NOU 2001: 4 som foreslo endringer i både Helsepersonelloven og Arbeidsmiljøloven. Her uttales det at det tidligere ulovfestede prinsippet om adgang til å innhente helseopplysninger fra arbeidssøkere særlig vil gjelde i situasjoner der virksomheten er lovpålagt et strengt ansvar for sikkerhet, helse og miljø og der det foreligger fare for stor skade dersom denne sikkerheten ikke er ivaretatt.³¹ I de samme forarbeidene er det forsøkt avklart hvilke helseopplysninger arbeidsgiver konkret kan kreve. Her henvises det til regulering rundt medisinske undersøkelser, og vilkåret om at vedkommende må være «skikket» til å utføre jobben han har søkt på. Det vil da også stilles et krav om relevans og årsak mellom de opplysningene som kreves og sikkerhetshensynene som begrunner opplysningene.³²

Dette stiller imidlertid også krav om at arbeidsgiver faktisk fremhever behovet for visse opplysninger av sikkerhetsmessige grunner. En slik synliggjøring av behov for opplysninger

²⁹ Eidsvaag (2008) s. 307

³⁰ Eidsvaag (2008) s. 309

³¹ NOU 2001: 4 s. 43

³² NOU 2001: 4 s. 44

vil også gjøre det enklere for arbeidssøkere å vite om de faktiske har informasjon som det bør opplyses om.

Ettersom en opplysningsplikt om helseopplysninger vil være et særlig inngrep i personvernet til en arbeidssøker, vil den også begrenses av et krav om saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet.³³

Et spørsmål i forlengelsen av vurderingen av arbeidssøkers opplysningsplikt om helsemessige forhold er hvorvidt en arbeidssøker kan la være å opplyse om tidligere sykehistorikk, selv om det objektivt sett er en risiko for tilbakefall. Dette har en side mot i hvilken grad arbeidssøker kan tillate seg å være optimistisk i forhold til fremtiden, eller må gi de objektive historiske opplysningene slik at arbeidsgiver selv kan vurdere risikoen. Dette kan eksempelvis være en som har lidd av en sykdom, for eksempel en psykisk sykdom som har medført sykdomsperioder, eller en kreftsykdom som arbeidssøker er friskmeldt fra, men der risikoen for at det skal komme igjen er til stede. Holdepunkt for en løsning kan finnes i RG 2003 s. 268 (Eidsivating). Saken gjaldt en nytilsatt økonomisjef som ikke hadde opplyst om at han tidligere var straffedømt for blant annet underslag. Da han ble sagt opp, krevde han dom for usaklig avskjed/oppsigelse etter den tidligere arbeidsmiljøloven. Lagmannsrettens flertall mente at det ikke forelå grunnlag for å heve arbeidsavtalen, men at de straffbare forholdene i seg selv utgjorde oppsigelsesgrunn. Flertallet fant videre at A ikke kunne holdes ansvarlig for at han ikke hadde informert om de tidligere straffer, og uttaler at:

«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.» (s. 275)

Selv om dette er på det strafferettslige området, må det samme prinsippet gjøre seg gjeldende for helseopplysninger ettersom en også her, på lik linje med dem som er straffedømt, har et behov for å fremstille seg selv på best mulig måte i en ansettelsesprosess. Her har det vært lagt til grunn at det må legges inn en betydelig skjønnsmargin hva gjelder sannsynlig utvikling av sykdommen i fremtiden.³⁴

³³ Eidsvaag (2008) s. 305

³⁴ Eidsvaag (2008) s. 308

Den danske Helbredsoplysningsloven³⁵ har regler om plikt til å gi helseopplysninger, og noen holdepunkter for hva det kan være naturlig å kreve at arbeidssøker opplyser om kan hentes derfra, selv om det ikke er direkte overførbart. Det finnes likhetstrekk mellom norske regler og lovfestet rett i Danmark, som gjør en sammenligning relevant. Det følger av lovens § 6 at:

«en lønmodtager skal inden ansættelsen af egen drift eller på sørgsmål derom fra arbejdsgiveren oplyse, om lønmodtageren er bekendt med at lide af en sygdom eller har symptomer på en sygdom, som vil have væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde».

Det er etter denne loven ikke noe krav om at det opplyses om alminnelig sykdom eller spesielt sykefravær. Det som det imidlertid må informeres om, er sykdom som kan medføre hyppigere sykefravær, nedsatt arbeidsevne eller sykehusinnleggelse enn det en arbeidsgiver i utgangspunktet må være innstilt på.³⁶

Videre vil det etter dansk lovgivning være risikoen for økt fravær som begrunner opplysningsplikten, og ikke sykdommen i seg selv. Dette betyr at en i utgangspunktet ikke er pliktig til å opplyse om det dersom en har for eksempel HIV.³⁷ Et slikt syn sammenfaller godt med norsk rett, der rettspraksis kan tolkes i den retning at HIV-positive ikke må opplyse om sin diagnose, se nærmere om dette oppgavens kapittel 3.1.

Hvorvidt arbeidssøker - uavhengig av arbeidsgivers spørsmål - har opplysningsplikt av eget tiltak om slike personlige forhold beror altså på hvorvidt det vil følge av den prekontraktuelle lojalitetsplikten. Videre er det bare arbeidssøkers plikt til å svare på spørsmål som behandles. Det er ikke gitt at arbeidssøkers opplysningsplikt av eget tiltak strekker seg like langt.

³⁵ Lov om bruk af helbredsoplysninger mv. på arbejdsmarkedet, 24. april 1996 nr. 286

³⁶ Merete Preisler, *Helbredsoplysningsloven med kommentarer*, København 1999, av Jurist- og Økonomforbundets Forlag s. 47

³⁷ Preisler (1999) s. 48

3 Arbeidsgivers lovbestemte mulighet for innhenting av helseopplysninger

3.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3

3.1.1 Bestemmelsens virkeområde

Etter arbeidsmiljøloven har arbeidsgiver i visse tilfeller rett til å innhente helseopplysninger om arbeidssøkerne ved ansettelse. I de tilfeller arbeidsgiver med hjemmel i lov har rett til å be om helseopplysninger, vil også arbeidssøker ha plikt til å gi opplysningene. Det følger av aml. § 9-3 at «arbeidsgiver» ikke i «utlysningen» etter nye arbeidstakere eller på «annen måte [kan] be» om at søkerne skal gi andre «helseopplysninger» enn dem som er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen».

Formålet med bestemmelsen er å forhindre at noen holdes utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag, noe som igjen har nær sammenheng med vernet mot diskriminering.³⁸

Bestemmelsen forbyr å innhente helseopplysninger som ikke er relevante for å foreta en forsvarlig vurdering av søkerens egnethet for stillingen.

Loven dekker de fleste situasjoner når arbeidsgiver verken i «utlysningen» eller på «annen måte [kan] be» om disse opplysningene, med mindre nærmere vilkår er oppfylt. Den vanligste situasjonen vil nok være at arbeidsgiver ber om opplysningene i et intervju, men bestemmelsen dekker som det fremgår alle mulige måter å innhente informasjonen på.

Når det gjelder hva som anses som «helseopplysninger» etter aml. § 9-3 følger det av forarbeidene at dette skal forstås som «informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand».³⁹ I teorien er det antatt at begrepet omfatter opplysninger om arbeidssøkerens tidligere, nåværende og fremtidige psykiske og fysiske helse, samt opplysninger om narkotikamisbruk og medisinbruk. Videre kan også sosiale forhold ha betydning dersom disse forholdene kan påvirke helsen.⁴⁰

³⁸ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven – Kommentarer og praksis*, 2. utgave, Oslo 2015, Gyldendal Akademisk s. 298

³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

⁴⁰ Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth [red.], *Arbeidsmiljøloven med kommentarer – arbeidsrett.no*, 4. utgave, Bergen 2017, Fagbokforlaget, Katrine Rygh Monsen § 9-3, note 3, s. 480

3.1.2 Nødvendighetskravet

Helseopplysninger kan bare innhentes etter aml. § 9-3 dersom de er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen».

Ordlyden tilsier i utgangspunktet at det må være tale om opplysninger som vil ha vesentlig betydning for gjennomføringen av arbeidet. Departementet har i forarbeidene uttalt at ønsket om å hindra at arbeidstakere holdes ut fra arbeidslivet på urimelig grunnlag må veies opp mot det sterke saklige behovet arbeidsgiver har for å avklare visse sider ved helsetilstanden til arbeidssøkerne.⁴¹ Dette har arbeidsgiver et behov for både for å kunne vurdere den konkrete arbeidsevnen til arbeidssøkeren og for eventuelt å kunne tilpasse arbeidsplassen på best mulig måte. Det vil være tillatt for en arbeidsgiver å stille spørsmål om det som kan ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet, men ikke mer generelle spørsmål om mulighet for fremtidig sykdom.⁴² Et eksempel på hva som ikke vil være tillatt er en erklæring som en restaurant brukte og som er gjengitt av Breisteinutvalget.⁴³ Den lyder slik:

«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.»⁴⁴

Denne erklæringen er for generell til å være egnet til å kunne sies å etterspørre opplysninger som har vesentlig og konkret betydning for arbeidsforholdet.

Da loven ble utformet ble det ikke foreslått en regel som gir mulighet til å be om opplysninger om tidligere sykefravær.⁴⁵ Det har imidlertid vært lagt til grunn at tidligere sykefravær i hvert fall må regnes som «helseopplysninger» etter loven.⁴⁶ Når aml. § 9-3 i utgangspunktet også omfatter opplysninger om sykefravær, blir spørsmålet om opplysninger om tidligere sykefravær er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen», jf. aml. § 9-3 første ledd. Ettersom det ifølge forarbeidene er mulighet for å spørre om arbeidssøker er «skikket for» eller «lider av en sykdom som er uforenlig med stillingen», kan det argumenteres for at det kan kreves opplyst dersom arbeidssøkeren har sykdom som

⁴¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148

⁴² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148-149

⁴³ Se også Eidsvaag (2008) s. 313

⁴⁴ NOU 2001: 4 s. 39

⁴⁵ Johansen og Stueland (2015) s. 299

⁴⁶ Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 114

medfører generelt nedsatt arbeidsevne.⁴⁷ Det bør imidlertid ikke kunne stilles generelle spørsmål om tidligere sykefravær, og det kan ikke hentes fra tidligere arbeidsgiver.⁴⁸

I SOMB-2007-24 (2007 S 82) har Sivilombudsmannen kommet med en uttalelse angående adgangen til å vektlegge tidligere sykefravær ved ansettelse. I denne saken søkte A om utvidelse av en deltidsstilling, men kommunen konkluderte med at hun ikke var skikket. Begrunnelsen var blant annet tidligere sykefravær. Da vedkommende arbeidet i et bofellesskap medførte slikt fravær ustabilitet for særlige sårbare brukere som trengte kontinuitet i hverdagen, i tillegg til ekstra belastning for de øvrige ansatte. Etter Sivilombudsmannens syn måtte det stilles strenge krav til når en arbeidsgiver har mulighet til å legge vekt på at søkeren har hatt høyt fravær tidligere, når dette har vært lovlig. Men etter denne stillingens karakter ville det ikke foreligge rettslig grunnlag for å kritisere at kommunen la vekt på tidligere fravær ved vurderingen. Videre uttales det i avgjørelsen at kommunen ikke ville ha grunnlag for å be om opplysninger om årsaken til det tidligere fraværet etter aml. § 9-3 (side 84). Kommunen burde ha informert om at det ville bli vektlagt slik at arbeidstakeren selv kunne ha utdypet forholdene nærmere.

Dette var et spesielt tilfelle ettersom det her var tale om en ny stilling for samme arbeidsgiver, som dermed i utgangspunktet hadde kunnskap om det tidligere sykefraværet. Det at arbeidsgiver har mulighet til å legge vekt på tidligere sykefravær, kan tilsi at de ville hatt mulighet til å be om opplysninger om det også i en ansettelsesprosess med en søker de ikke kjente. Spesielt i en slik stilling som i denne saken vil det ha de beste grunner for seg at det kan innhentes opplysninger om sykefravær, da stabilitet var svært viktig, og av hensyn til andre enn arbeidsgiver selv. Uttalelsen kan imidlertid ikke vektlegges generelt. Dels fordi det var en spesiell sak, og en uttalelse fra Sivilombudsmannen har begrenset rettskildemessig vekt.

Når det gjelder rett til å innhente opplysninger om tidligere eller pågående sykdommer har det vært en rekke saker om opplysninger om HIV- og AIDS-smitte. I Rt. 1988 s. 959 «Henkidommen» ble en bartender oppsagt som følge av at han hadde blitt smittet av HIV-virus. Spørsmålet som oppstod for Høyesterett var om arbeidsgiver hadde saklig grunn for oppsigelsen etter den tidligere arbeidsmiljøloven. Høyesterett mente at vilkårene for

⁴⁷ Eidsvaag (2008) s. 321-322 med videre henvisning til Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 148-149

⁴⁸ Eidsvaag (2008) s. 322

oppsigelse ikke forelå, og det ble uttalt at «*det er store betenkeligheter ved å anerkjenne en ubegrunnet smittefrykt som grunnlag for oppsigelse.*» (s. 966).

Ettersom arbeidsgiver i dette tilfelle ikke hadde mulighet til å si opp vedkommende på bakgrunn av HIV-smitte, har det i teorien vært argumentert for at dette trekker i retning av at det heller ikke vil være anledning for arbeidsgiver å be om opplysninger om hiv eller aids. I utgangspunktet gjelder dette generelt, men med unntak for stillinger eller sykdommer der slike opplysninger på grunn av stillingens eller sykdommens karakter er av særlig betydning.⁴⁹ I noen tilfeller kan det imidlertid tenkes at det vil være «*nødvendig*» for arbeidsgiver å få opplysninger om HIV-diagnose eller andre smittbare sykdommer. Dette kan for eksempel være dersom en smittefrykt er reell.

3.1.3 Betydningen av samtykke

Det kan diskuteres om et samtykke fra arbeidssøker medfører at arbeidsgiver likevel vil kunne innhente eller spørre om visse helseopplysninger selv om vilkårene i aml. § 9-3 ikke er oppfylt. Et slikt samtykke kan komme i form av at arbeidssøker uansett svarer på de spørsmålene som er stilt. I en ansettelsesprosess vil arbeidssøker imidlertid kunne oppleve et press til å samtykke. Departementet mener derfor at det ikke skal være grunnlag for å godta samtykke som hjemmelsgrunnlag.⁵⁰ Det har de beste grunner for seg ettersom en arbeidssøker ofte vil ønske å være imøtekommende i en intervju situasjon for å sikre seg jobben, og det å godta et samtykke som hjemmelsgrunnlag i en ansettelsessituasjon, vil kunne undergrave hensikten med reglene om å verne arbeidssøker der de er den svake part.

3.2 Arbeidsmiljøloven § 9-4 om medisinske undersøkelser av arbeidssøkere og arbeidstakere

3.2.1 Bestemmelsens virkeområde

Av aml. § 9-4 følger det at arbeidsgiver bare kan kreve at «*medisinske undersøkelser*» skal foretas dersom det følger av «*lov eller forskrift*», jf. bokstav a, ved stillinger som «*innebærer særlig risiko*», jf. bokstav b, eller når arbeidsgiver finner det «*nødvendig for å verne liv eller*

⁴⁹ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.] (2017), Katrine Rygh Monsen § 9-3 note 10, s. 482

⁵⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149

helse», jf. bokstav c. Det foreligger altså tre alternative vilkår for at arbeidsgiver kan kreve slike undersøkelser, som igjen medfører at arbeidssøker i utgangspunktet ikke kan motsette seg dem.

Det kan være flere grunner til at arbeidsgiveren ønsker å utføre medisinske undersøkelser av arbeidssøkere. Det kan for eksempel være for å avdekke helseskader eller risiko for helseskader ved arbeidet, for å få på plass konkret tilrettelegging av arbeidsmiljøet, eller teste mot rusmidler.⁵¹ Bruk av rusmidler utgjør en risiko for arbeidet og det kan dermed være aktuelt med slik testing.

3.2.2 Hva som omfattes av begrepet «medisinske undersøkelser»

Hva som menes med «*medisinske undersøkelser*», jf. aml. § 9-4 første ledd, er definert i Breisteinutvalgets innstilling:

«... en undersøkelse av en person – en pasient – med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskrivning av attest, bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse.»⁵²

Eksempler på medisinske undersøkelser er at det blir tatt blodprøve, psykiske tester, eller syns- og hørselstest.⁵³ Bruken av begrepet «*med sikte på*» innebærer et krav om at den medisinske undersøkelsen må ha et mål. Dette kommer enda tydeligere frem gjennom de konkrete vilkårene formulert i bokstav a) - c). Dersom den medisinske undersøkelsen ikke har som mål å behandle eller forebygge sykdom, utskrivning av attest eller bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse, så vil den i utgangspunktet ikke ha et beskyttelsesverdig formål. Og dersom den medisinske undersøkelsen ikke har et beskyttelsesverdig formål, vil heller ikke arbeidsgiver ha en legitim interesse i å få kunnskap om opplysningene som den medisinske undersøkelsen ville frembringe.

Spørsmålet er om dette kan brukes som ledd i utvelgelsesvurderingen mellom flere aktuelle kandidater, eller om det bare kan kreves overfor den utvalgte, som en siste sjekk. Det vil bero på den konkrete hjemmelen, men det må ha formodningen mot seg at hensikten med

⁵¹ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.] (2017), Katrine Rygh Monsen § 9-4, note 1, s. 485

⁵² NOU 2001: 4 s. 21

⁵³ Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.] (2017), Katrine Rygh Monsen § 9-4, note 2, s. 485

hjemmelen er å etablere et konkurranseparameter, men snarere er å sikre at den (ene) som ansettes ikke representerer en helserisiko.

Hva som ligger i at undersøkelsen krever hjemmel i «lov eller forskrift», jf. aml. § 9-4 bokstav a trenger ingen nærmere forklaring.

3.2.3 Risikokriteriet

For vilkåret om at stillingen «*innebærer særlig risiko*», jf. aml. § 9-4 bokstav b, følger det av forarbeidene at det omfatter de stillinger der konsekvensene av feil ved utførelsen av arbeidsoppgavene er særlig store for arbeidstaker eller tredjeperson, eller vil ha store samfunnsmessige konsekvenser. Kravene til aktsomhet og oppmerksomhet er her skjerpet.⁵⁴ Eksempler på stillinger der kravet til aktsomhet bør være skjerpet er piloter og noen stillinger til sjøs.⁵⁵ Utrykningspersonell er et annet. I disse tilfellene vil det ha svært gode grunner for seg at arbeidsgiver tillates å kreve medisinske undersøkelser, som for eksempel psykologiske tester, blodtrykk og rusmiddeltesting, av sikkerhetshensyn.

EMDs sak 9. mars 2004 *Wretlund v. Sweden*, application no. 46210/99, omhandlet nettopp rusmiddeltesting. Spørsmålet i saken var om et kjernekraftverk hadde anledning til å teste alle ansatte for rusmidler, og diskusjonen var om det forelå brudd på artikkel 8. En av renholderne motsatte seg slike tester fordi hun uansett ikke hadde mulighet til å komme inn i de lokalene der de strenge sikkerhetskravene gjaldt. Hun mente derfor at kravet ikke var relevant for henne. EMD uttaler på side 12 (under avsnittet «The Law») at selv om renholderen ikke hadde viktige sikkerhetsoppgaver, kunne stillingen likevel ha en særskilt risiko ved seg. Hvis det plutselig skulle oppstå en ulykke kunne det tenkes at også renholderen måtte ta på seg sikkerhetsoppgaver som vedkommende i utgangspunktet ikke hadde. Ettersom alle måtte gjennomgå narkotikatesten var det heller ikke slik at bare noen enkelte ble mistenkt for bruk og måtte testes. Dermed ble sikkerhetshensynet tillagt større vekt enn vernet om den personlige integritet.⁵⁶

Ved en slik stilling er det klart at sikkerhetshensynet må veie særlig tungt. Dersom det oppstår uhell eller skader ved et kjernekraftverk kan dette få svært alvorlige konsekvenser både for arbeidstaker, tredjeperson, men også samfunnet generelt. Etter mitt syn er en da innenfor

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149

⁵⁵ Johansen og Stueland (2015) s. 301

⁵⁶ Se også Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.] (2017), Katrine Rygh Monsen § 9-4, note 9, s. 487

kjerneområdet til vilkåret om stilling som «*innebærer særlig risiko*», jf. aml. § 9-4 bokstav b, og dette vil da også være noe som arbeidssøker på en slik stilling må akseptere. I en slik avveining kan det også tillegges en viss vekt dersom det aktuelle kravet om undersøkelser - som her - ikke er særlig tyngende eller krenkende.

3.2.4 Nødvendighetskriteriet

Det siste alternative vilkåret som kan begrunne medisinske undersøkelser er når det er «*nødvendig for å verne liv eller helse*», jf. aml. § 9-4 bokstav c. Dette vilkåret skal etter forarbeidene tolkes slik at det omfatter liv og helse både hos arbeidssøkeren/arbeidstakeren selv, andre arbeidstakere og også eventuelle tredjepersoner og det må tolkes strengt, slik at faren må fremstå som nærliggende, konkret og sannsynlig og alvorlig.⁵⁷ Det at faren må være «*alvorlig*» tilsier at det må foreligge et stort skadepotensiale.⁵⁸ Det stilles altså ganske strenge krav for at arbeidsgiver skal kunne foreta en medisinsk undersøkelse med grunnlag i bestemmelsens bokstav c. Det kan for eksempel være at det finnes forhold ved psykososialt eller fysisk arbeidsmiljø som innebærer en risiko for helseskader.⁵⁹ Dette kan eksempelvis være eksponering for stråling.

3.3 Generelle vilkår for kontrolltiltak

3.3.1 Arbeidsmiljølovens § 9-1 og dens virkeområde

Det følger av aml. § 9-1 at «*arbeidsgiver*» bare kan iverksette «*kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren*».

Bestemmelsen gjelder etter sin ordlyd bare kontrolltiltak overfor arbeidstakere, og ikke arbeidssøkere. Det er imidlertid på det rene at bestemmelsen gjelder for slike «*kontrolltiltak*» som omhandles senere i lovens kapittel 9. Både aml. § 9-3 og § 9-4, som gjelder konkrete kontrolltiltak, gjelder som vi har sett etter sin ordlyd også overfor arbeidssøker. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier derfor at også aml. § 9-1 skal gjelde for kontrolltiltak i ansettelsesfasen, overfor arbeidssøkere, selv om det ikke er uttrykkelig sagt. Vilkårene i § 9-1

⁵⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 315

⁵⁸ Bratholm (2013) s. 224

⁵⁹ Johansen og Stueland (2015) s. 301-302

er dessuten naturlige vilkår for å ivareta en balanse i hensynet til hhv. arbeidssøker og arbeidsgiver, og vil trolig uansett måtte utledes av ulovfestet rett om prekontraktuell lojalitetsplikt. Vilkår som er usaklige, ikke er begrunnet i virksomhetens forhold, eller innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidssøker vil en arbeidssøker heller ikke etter alminnelig avtalerett måtte finne seg i, jf. drøftelsen i kap. 2.

3.3.2 Saklighetskrav

Det følger av forarbeidene at elementene i saklighetskravet for det første er at det må foreligge et saklig formål som kan forankres i virksomheten og for det andre må det kunne påvises en saklig grunn i forhold til arbeidstakeren.⁶⁰ Forarbeidene gir også eksempler på hva som kan utgjøre slik saklig grunn, og blant disse fremgår blant annet arbeidsmiljø- og helsemessige forhold.⁶¹ At det må foreligge et saklig formål tilsvarer relevanskriteriet som er diskutert tidligere, nemlig at opplysningen som søkes innhentet må ha relevans for arbeidstakers evne til utførelse av arbeidet stillingen medfører.

Innholdet av saklighetskravet var gjenstand for vurdering i Rt. 2001 s. 418 «Kårstødommen», i relasjon til arbeidsgivers styringsrett, men Høyesteretts uttalelser om saklighetskravet må antas å ha generell relevans for innholdet i saklighetskravet. Høyesterett uttaler her at:

«Arbeidsgiver må i kraft av styringsretten ha rett til å bestemme hvor på området arbeidstaker skal stille sin arbeidskraft til disposisjon. Det forhold at arbeiderne bruker ulik tid fra ytterport til fremmøtested, kan ikke medføre en vilkårlig eller usaklig forskjellsbehandling av arbeidstakerne.» (s. 427)

Et saklighetskrav i relasjon til kontrolltiltak overfor arbeidssøker innebærer at kontrolltiltaket må ha relevans enten for alle arbeidssøkere, uavhengig av deres individuelle ulikheter, eller for enkelte arbeidssøkere, på grunn av særlige omstendigheter ved dem, forutsatt at det er forhold ved stillingen som skaper behovet for kontrolltiltaket. At et kontrolltiltak er eller oppleves ulikt tyngende for ulike arbeidssøkere til en stilling innebærer følgelig ikke nødvendigvis at det er usaklig.

⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144-145

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144

3.3.3 Forholdsmessighetsvurdering

Vilkåret om at kontrolltiltaket ikke må innebære en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstakeren, gir også anvisning på en utpreget skjønsmessig vurdering. Ved forholdsmessighetsvurderingen må de samlede kontrolltiltakene i virksomheten vurderes, og det må ses hen til tiltakets formål, behovet på bedriftens side, arten av kontrollen, gjennomføringen og hvilke personverninngrep det er tale om.⁶²

Ved innhenting av opplysninger om helseforhold i ansettelsesprosessen, og ved krav om medisinske undersøkelser, vil det måtte foretas en avveining mellom den interessen arbeidsgiver har i å avklare arbeidssøkers helsetilstand og arbeidssøkers behov for personvern.⁶³ Dette samsvarer godt med hovedhensynene bak arbeidssøkers opplysningsplikt om personlige forhold generelt. Arbeidsgivers ønske og behov må hele tiden veies opp mot både personvern og retten til privatliv for arbeidssøker. Dersom det finnes mindre inngripende måter å nå målet på, må disse velges. Det er i samsvar med regelverkets ønske og mål om å beskytte en arbeidstaker/arbeidssøker. Typisk vil et krav om en inngripende medisinsk undersøkelse betinge at arbeidsgiver har et sterkere behov for de opplysninger undersøkelsen avdekker, enn ved mindre inngripende undersøkelser.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

⁶³ Eidsvaag (2008) s. 315

4 Diskrimineringsforbud i ansettelsesprosessen

4.1 Likestillings- og diskrimineringsloven

4.1.1 Aktuelle bestemmelser

Likestillingsloven § 30 har regler om innhenting av opplysninger i ansettelsesprosesser. Det følger videre av lovens § 29 om diskrimineringsforbudet i arbeidsforhold at forbudet gjelder både ved «*utlysning av stilling*» og «*ansettelse*», jf. bokstav a og b. Funksjonsnedsettelse anses klart nok som et personlig forhold. Det som her er lovregulert er dermed om og i så fall når en arbeidsgiver har anledning til å innhente opplysning om denne typen personlige forhold fra arbeidssøker, og følgelig når arbeidssøker – på spørsmål fra arbeidsgiver - har opplysningsplikt om slike forhold.

4.1.2 Funksjonsnedsettelse

Likestillingsloven § 30 første ledd bokstav d lyder slik: «*Arbeidsgivere må ikke i ansettelsesprosessen, herunder under intervju eller på annen måte, innhente opplysninger om en søkers [...] funksjonsnedsettelse*». Bestemmelsen erstattet en del tidligere lovbestemmelser som regulerte innhenting av opplysninger, men det er nytt at også spørsmål om funksjonsnedsettelse er tatt med.⁶⁴ Det tyder på at det fra lovgivers side er et ønske om mer fokus på nettopp denne gruppen, og beskyttelse av den.

Funksjonsnedsettelse er i forarbeidene forutsatt å bety «*tap av eller skade på kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner*», og dette også vil kunne omfatte psykiske lidelser som depresjon.⁶⁵

Bestemmelsen vil ifølge forarbeidene være delvis overlappende med aml. § 9-3 om innhenting av helseopplysninger om arbeidssøkere og formålet med bestemmelsen er å

⁶⁴ Prop. 81 L (2016-2017) s. 331

⁶⁵ Prop. 81 L (2016-2017) s. 313

forhindre at arbeidsgiver får informasjon som kan bidra til usaklig utelukkelse av personer med funksjonsnedsettelse.⁶⁶

Opplysninger om funksjonsnedsettelse kan altså anses som helseopplysninger, selv om ikke alle funksjonsnedsettelse nødvendigvis vil anses som helseopplysninger etter aml. § 9-3. Loven vil dermed ha betydning for hva arbeidssøker plikter å opplyse om av helsemessige forhold, i de tilfeller der den aktuelle funksjonsnedsettelse anses som en helseopplysning. I disse tilfellene har lovgiver som utgangspunkt tillagt ønsket om beskyttelse av arbeidssøkernes behov for arbeid og privatliv større vekt enn arbeidsgivers behov for informasjon om sine ansatte. Bakgrunnen er behov for å korrigere en ubegrunnet oppfatning av at funksjonsnedsettelse generelt påvirker evnen til å utføre et konkret arbeid. Det er dermed naturlig at det ikke skal forekomme noen forskjellsbehandling i disfavør av arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse når funksjonsnedsettelsen objektivt sett er irrelevant, eller lite relevant, for utførelsen av arbeidet, og eventuelt kan oppveies av tilrettelegging av arbeidet eller arbeidsplassen.

Det er imidlertid ikke ulovlig å diskutere funksjonsnedsettelse dersom arbeidssøker selv tar opp forholdet på et jobbintervju.⁶⁷ For egen del vil det kunne være ønskelig for arbeidssøker å opplyse om disse forholdene, for eksempel for å påpeke at de ikke vil være til hinder for arbeidsevnen.

4.1.3 Lovlig innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse

Loven setter ikke et absolutt forbud mot innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse. Etter § 30 andre ledd kan de innhentes dersom opplysningene har «*avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet*».

En naturlig språklig forståelse av «*avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet*» tilsier at opplysningen om funksjonsnedsettelsen og funksjonsnedsettelsen i seg selv er til hinder for arbeidsutførelsen.

I forarbeidene til loven er det henvist til likestillings- og diskrimineringsloven § 9 andre ledd, ettersom lovlig innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse er nært forbundet med

⁶⁶ Prop. 81 L (2016-2017) s. 331

⁶⁷ Prop. 81 L (2016-2017) s. 331

lovlig forskjellsbehandling.⁶⁸ I forarbeidsuttalelsen til § 9 andre ledd følger det at vilkåret «avgjørende» innebærer at det må foreligge et «faktisk yrkeskrav», og bestemmelsen må tolkes snevert. Et eksempel som trekkes frem, er at piloter må ha godt syn, og dette vil da være et tillatt krav selv om det forskjellsbehandler mot dem som har en synshemming.⁶⁹

Det har gode grunner for seg at bestemmelsen skal tolkes snevert. Dersom unntaket gis for vid anvendelse, ville det undergrave hensynet til arbeidssøker og lovens formål om å hindre usaklig forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse. Det er etter min mening grunn til å tolke vilkåret «avgjørende betydning» som et strengere vilkår enn nødvendighetskriteriet i aml. § 9-3, ettersom bestemmelsen ellers vil ha liten selvstendig betydning, og ordlyden også tyder på et strengere krav spesifikt knyttet til arbeidsutførelsen.

I forarbeidene er det henvist til en sak fra Likestillings- og diskrimineringsombudet (LDO), som gjaldt et spørsmål om en restaurantkjedes praksis i forbindelse med ansettelse.⁷⁰ Her ble det krevd at arbeidstakere ved ansettelsen signerte en erklæring om at de var friske, og at de ikke visste om at de hadde alvorlige sykdommer som ville kunne føre til gjentatte sykemeldinger. Dersom man ikke hadde fortalt sannheten på skjemaet ville man bli sagt opp. LDO mente at dette spesielt ville ramme personer med bestemte typer funksjonsnedsettelser, og det ville dermed være brudd på diskriminerings- og tilgjengelighetsloven⁷¹.

Erklæringen arbeidsgiver her ba om innebar i realiteten et krav om å opplyse om alt som kan ha helsemessig betydning, uten at det var forankret i et konkret behov relatert til virksomheten eller stillingen. Dersom en må opplyse om noe som kan føre til gjentatte sykemeldinger, risikerer en også å måtte opplyse om eventuelt tidligere sykefravær, og som gjennomgått under kapittel 3 vil det ikke være tillatt for arbeidsgiver generelt å kreve informasjon om dette.

⁶⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 332

⁶⁹ Prop. 81 L (2016-2017) s. 316

⁷⁰ Prop. 81 L (2016-2017) s. 273 med videre henvisning til LDOs sak nr. 07/892

⁷¹ Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) (opphevet)

5 Hva arbeidsgiver kan gjøre med innhentede opplysninger

5.1 Personopplysningslovens virkeområde

Én side av arbeidssøkers personvern er hvilke opplysninger som kan innhentes, og hva arbeidssøker har opplysningsplikt om. En annen side av arbeidssøkers personvern er hvilke krav som stilles til behandling av de innhentede opplysningene. I norsk rett foreligger det i utgangspunktet et sterkt personvern. Dette fremkommer blant annet i den såkalte «Personverndommen» inntatt i Rt. 1952 s. 1217. Av denne og generell ulovfestet norsk rett, følger det et prinsipp om at den enkelte borger har rett til fysisk og psykisk integritet, som den har mulighet til å motsette seg inngrep i.⁷² Det kommer også til uttrykk gjennom personopplysningsloven, som gjelder for elektronisk lagret data. Lovens formål er å «*beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger*», jf. popplyl § 1. Personopplysninger skal behandles i samsvar med «*grunnleggende personvern hensyn*», med hensyn til behovet for «*personlig integritet*», «*privatlivets fred*», og «*tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger*», jf. andre ledd. Lovens virkeområde er omfattende, og beskyttelsesfeltet er vidt.

I forhold til arbeidssøkers opplysningsplikt ved ansettelse, vil det første som må vurderes være om, og i så fall for hvilke opplysninger, personopplysningsloven gjør seg gjeldende. Her er det først og fremst viktig å konstatere at reglene om hjemmel til behandling i aml. §§ 9-3 og 9-4 er *lex specialis* i forhold til personopplysningslovens regler, men de øvrige reglene i personopplysningsloven vil gjelde.⁷³

Lovens virkeområde følger av § 3. Av denne fremgår det at loven gjelder for «*behandling av personopplysninger*» som «*helt eller delvis*» skjer med «*elektroniske hjelpemidler*», jf. første ledd bokstav a. Loven gjelder også «*annen behandling av personopplysninger*» når disse «*inngår eller skal inngå i et personregister*», jf. første ledd bokstav b. Forarbeidene har til en viss grad presisert hva som ligger i dette, i den grad at lovens saklige virkeområde ikke

⁷² NOU 2001: 4 s. 41

⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145

omfatter manuell behandling av personopplysninger når disse ikke skal inngå i noe personregister eller de tilfellene der saksdokumentene er på papir.⁷⁴

Det følger også av forarbeidene at formålsbestemmelsen skal være et moment når de øvrige reglene i loven tolkes, og at det ved skjønnsmessige avveininger må legges vekt på at et av hovedsiktemålene er å verne mot krenkelse av personlig integritet.⁷⁵

I en ansettelsesprosess vil det variere om en arbeidsgiver innhenter og behandler opplysningene elektronisk eller ikke. I Forsvaret må en for eksempel, for å sende inn søknaden, fylle ut et detaljert skjema om diverse helseopplysninger som opplysninger om HIV, spiseforstyrrelser og psykisk sykdom. Dette blir utvilsomt lagret ved hjelp av «*elektroniske hjelpemidler*», jf. popplyl § 3 første ledd bokstav a, og vil følgelig omfattes av loven. I andre tilfeller kan det hende at spørsmål om personlige forhold først kommer opp på intervju, og at arbeidsgiver noterer på papir, uten å lagre opplysningene digitalt. I slike tilfeller vil arbeidssøker ikke være vernet av personopplysningsloven. I dag vil det formentlig høre til sjeldenhetene at ikke opplysningene behandles elektronisk, og for alle praktiske formål vil derfor kravene i personopplysningsloven gjelde i alle ansettelsesprosesser.

Hva som menes med «*personopplysning[er]*» følger av popplyl. § 2. Det er «*opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson*», jf. popplyl § 2 nr. 1. Dette omfatter både direkte og indirekte tilknytning til en person. Det kan også anses som en «*personopplysning*» i de tilfellene det foreligger flere ledd mellom opplysning og person, men her må det trekkes en grense mot de tilfellene der det kreves stor innsats for å innhente opplysningen.⁷⁶ Hvis tilknytningen mellom opplysning og vedkommende interessent blir for fjern kan det hende at det ikke dekkes av lovens bestemmelse. Det er imidlertid klart at opplysninger om personlige forhold, herunder helsemessige forhold, uansett vil falle innunder bestemmelsen.

Videre er ordlyden av «*behandling*» presisert til å omfatte «*enhver bruk av personopplysninger, som f.eks. innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering eller en kombinasjon av slike bruksmåter*», jf. popplyl. § 2 nr. 2. En arbeidsgiver vil dermed i realiteten ikke kunne verken innhente opplysninger eller nyttiggjøre seg de innhentede opplysningene i en evalueringsprosess, uten at lovens vilkår er oppfylt.

⁷⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 104

⁷⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 101

⁷⁶ Dag Wiese Schartum, *Norsk Lovkommentar til personopplysningsloven*, 18.10.2012, note 3 til popplyl § 2 (www.rettsdata.no)

Det loven omtaler som «*sensitive opplysninger*», herunder «*helseforhold*», jf. popplyl. § 2 nr. 8 bokstav c, behandles etter særlige regler. Begrepet er i denne loven gitt en videre ramme enn tidligere, da «*misbruk av rusmidler*» nå også anses å falle innunder.⁷⁷ Beskyttelsen av opplysninger om helseforhold kommer dermed enda sterkere til uttrykk gjennom personopplysningsloven, og vil igjen medføre at det stilles egne og strengere krav til behandling av disse opplysningene enn det som følger av arbeidsmiljølovens regler behandlet i kapittel 3 ovenfor. En arbeidssøker som opplyser om helseforhold i ansettelsesprosessen har dermed god beskyttelse hva gjelder behandling av disse.

Av hensyn til oppgavens omfang, og på bakgrunn av at den ikke vil medføre vesentlige endringer, vil det ikke foretas en nærmere vurdering av reglene som i løpet av 2018 innføres med den nye personvernforordningen 2016/679⁷⁸.

5.2 Grunnkrav til behandling av personopplysninger

Personopplysningslovens § 11 inneholder grunnkravene til behandlingen av personopplysninger. Det fremgår av bestemmelsen at «*Den behandlingsansvarlige skal sørge for at personopplysningene som behandles bare behandles når dette er tillatt etter § 8 og § 9*», jf. bokstav a. Personopplysningslovens § 11 bokstav b til e inneholder flere kumulative vilkår for behandling, men på grunn av oppgavens omfang og nødvendig avgrensning drøftes ikke de nærmere her.

Her skal jeg se nærmere på hvilke begrensninger som følger av popplyl. § 11 bokstav a, gjennom henvisningen til §§ 8 og 9. Hovedregelen følger av § 8, nemlig at det kun er adgang til behandling av personopplysninger dersom den registrerte har «*samtykket*» eller det er «*fastsatt i lov*». Hva som anses som «*samtykke*» følger av popplyl. § 2 nummer 7. Det må være tale om en «*frivillig, uttrykkelig og informert erklæring*» fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av slike opplysninger om seg selv.

Dersom det ikke finnes grunnlag i verken samtykke eller lov, må en behandling hjemles i ett av de alternative vilkårene i bokstav a til f. Etter disse bokstavene må behandlingen være:

⁷⁷ Michael Wiik Johansen, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergsens Skullerud, *Personopplysningsloven Kommentartutgave*, Oslo 2001, Universitetsforlaget s. 81

⁷⁸ EUROPAPARLAMENTS- OG RÅDSFORORDNING (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning)

«nødvendig for a) å oppfylle en avtale med den registrerte, eller for å utføre gjøremål etter den registrertes ønske før en slik avtale inngås, b) at den behandlingsansvarlig skal kunne oppfylle en rettslig forpliktelse, c) å vareta den registrertes vitale interesser, d) å utføre en oppgave av allmenn interesse, e) å utøve offentlig myndighet, eller f) at den behandlingsansvarlige eller tredjepersoner som opplysningene utleveres til kan vareta en berettiget interesse, og hensynet til den registrertes personvern ikke overstiger denne interessen».

Bokstav f vil være mest relevant for behandlingen av innhentede helseopplysninger og resultater fra helseundersøkelser.⁷⁹ Dette vil også gjelde andre personlige forhold som fremkommer i en ansettelsesprosess. Forarbeidene til bestemmelsen uttaler at ved avgjørelsen av om behandling er tillat eller ikke, må det foretas en avveining av hensynet til den behandlingsansvarliges behov for gjennomføring mot hensynet til den registrertes personvern.⁸⁰ Bestemmelsen blir dermed en slags «sekkebestemmelse» der behandlingen vurderes å være av større interesse enn personvernet til den registrerte.⁸¹

Det har i juridisk teori vært argumentert for at intensjonen til lovgiver er at samtykke skal være det primære grunnlaget for å kunne behandle personopplysninger. Dette er begrunnet i at det for det første gir den registrerte kontroll med bruken av opplysninger, og at en for det andre vil unngå vurderinger av de skjønsmessige kriteriene i bokstav a til bokstav f i § 8.⁸²

Hva gjelder behandling av personopplysninger i ansettelsesprosesser, har det vært argumentert for et utgangspunkt om at samtykke ikke er lovlig behandlingsgrunnlag, bortsett fra i noen spesielle situasjoner.⁸³ I oppgavens punkt 3.1.3 er det lagt til grunn at samtykke ikke kan godtas som hjemmelsgrunnlag for innhenting av helseopplysninger. Hensynet til sammenheng i regelverket tilsier at reglene om behandling av personopplysninger bør samsvare med reglene om innhenting av helseopplysninger og helseundersøkelser i arbeidsmiljøloven, og dette tilsier at samtykke ikke bør være hjemmelsgrunnlag for behandling av personopplysninger i ansettelsesprosessen.⁸⁴

⁷⁹ Bratholm (2013) s. 262

⁸⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 109

⁸¹ Johansen, Kaspersen og Skullerud (2001) s. 103

⁸² Johansen, Kaspersen og Skullerud (2001) s. 98

⁸³ Bratholm (2013) s. 259

⁸⁴ Bratholm (2013) s. 260

Når det gjelder «*sensitive opplysninger*», som opplysninger om personlige forhold innhentet i en ansettelsesprosess ofte vil være, stilles det ytterligere krav for behandling i popplyl. § 9. I det videre behandles bare de vilkårene som er relevante i forbindelse med innhenting av opplysninger om personlige forhold i en ansettelsesprosess. Disse kan bare behandles dersom behandlingen oppfyller «*et av vilkårene i § 8*», og den registrerte for det første «*samtykker*» i behandlingen, jf. bokstav a, eller det er «*fastsatt i lov*», jf. bokstav b.

Videre hjemler bokstav e behandling dersom det er tale om opplysninger som den registrerte «*frivillig har gjort alminnelig kjent*». Et eksempel hva gjelder helseopplysninger er dersom en person har bekreftet visse opplysninger overfor pressen.⁸⁵ Når en person selv bekrefter opplysningene i det offentlige rom, så gjør ikke hensynet til personens privatliv seg gjeldende som grunnlag for å begrense adgangen til behandling.

Endelig følger det av § 9 bokstav f at behandling kan skje hvis det er nødvendig for at den «*behandlingsansvarlige*» skal kunne gjennomføre sine «*arbeidsrettslige plikter eller rettigheter*». Dette omfatter alle rettigheter og plikter som har et arbeidsrettslig grunnlag, enten det er tale om lovgivning, avtale eller ansettelseskontrakter.⁸⁶

5.3 Arbeidssøkers rett til innsyn i lagrede opplysninger

Det følger av popplyl. § 18 første ledd at «*enhver som ber om det, skal få vite hva slags behandling av personopplysninger en behandlingsansvarlig foretar*». Dersom en arbeidssøker har opplyst om forhold av personlig art i en ansettelsesprosess, som omfattes av personopplysningsloven, vil vedkommende følgelig ha en rett til innsyn i disse opplysningene, og hvordan de behandles.

Etter § 18 andre ledd vil vedkommende ha rett til å vite «*hvilke opplysninger [...] som behandles*», jf. bokstav a, og «*sikkerhetstiltakene ved behandlingen så langt innsyn ikke svekker sikkerheten*», jf. bokstav b. Formålet med denne bestemmelsen er å gi den registrerte såpass mye informasjon at han eller hun kan danne seg et inntrykk av om sikkerhet rundt behandlingen av opplysningene er godt nok ivaretatt.⁸⁷ Arbeidssøker vil kunne ha et ønske og

⁸⁵ Johansen, Kaspersen og Skullerud (2001) s. 108

⁸⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110-111

⁸⁷ Johansen, Kaspersen og Skullerud (2001) s. 155

behov for å vite hva arbeidsgiver har lagret om dem, også for eventuelt å rette opp i uriktig informasjon. I praksis er nok dette en mulighet som blir lite benyttet per i dag.

5.4 Uriktig eller unødvendig informasjon

I tillegg til bestemmelsene gjennomgått ovenfor er popplyl. § 27 om retting av mangelfulle opplysninger, og popplyl. § 28 om forbud mot å lagre unødvendige personopplysninger relevante i og etter en ansettelsesprosess. Også disse bestemmelsene bidrar på ulike måter til å sikre hensynet til arbeidssøkers personvern.

Det følger av popplyl. § 27 at dersom det er behandlet personopplysninger som er «*uriktige*», «*ufullstendige*» eller som det ikke er «*adgang til å behandle*» skal den «*behandlingsansvarlige*» etter eget tiltak, eller på «*begjæring av den registrerte*», rette opplysningene. Videre følger det av andre ledd at rettingen skal skje ved at opplysningene «*tydelig markeres og suppleres med korrekte opplysninger*». Rettssikkerhetshensyn vil her tale for at rettingen som hovedregel skjer på denne måten, uten at opplysningene slettes på en måte som gjør at de vanskelig kan rekonstrueres.⁸⁸ Rettingsbehov kan for eksempel oppstå når det i en søknadsprosess gis opplysninger om sykdom, og vedkommende senere blir friskmeldt. Det er naturlig at en arbeidstaker ønsker at disse opplysningene endres slik at det fremgår at vedkommende er frisk.

Avslutningsvis følger det av popplyl. § 28 at den «*behandlingsansvarlige*» ikke skal lagre «*personopplysninger*» lenger enn det som er «*nødvendig for å gjennomføre formålet med behandlingen*».

I en ansettelsesprosess blir spørsmålet om opplysningene kan lagres etter at utvelgelsen er gjort, eller om de umiddelbart må slettes. I utgangspunktet må formålet med behandlingen av de opplysningene som innhentes fra arbeidssøkerne i en ansettelsesprosess anses oppnådd når ansettelsesprosessen er ferdig og en person er blitt ansatt.⁸⁹ Med mindre opplysningene om arbeidssøkers skikkethet for stillingen må lagres for eksempel for å kunne tilpasse arbeidsforholdene, skal opplysningene da slettes, da de ikke lenger er «*nødvendig for å gjennomføre formålet*» med behandlingen, jf. popplyl. § 28. Det er viktig å merke seg at det er

⁸⁸ Johansen, Kaspersen og Skullerud (2001) s. 204

⁸⁹ Christian Kjølås, *Personvern i arbeidsforhold*, Oslo 2010, Universitetsforlaget s. 69-70

det aktuelle formålet som er avgjørende, og ikke om arbeidsgiver kunne tenke seg å beholde opplysningene for andre formål – for eksempel fremtidige ansettelsesprosesser.

6 Retten til privatliv etter den europeiske menneskerettskonvensjonen

6.1 EMK art. 8

6.1.1 Bestemmelsens virkeområde

På internasjonalt nivå har vi en egen beskyttelse av retten til privatliv, som supplerer de nasjonale regler.

Det følger av EMK art. 8 første ledd (norsk oversettelse) at «*enhver*» har rett til respekt for sitt «*privatliv*». Av andre ledd følger det at det ikke skal skje noe «*inngrep*» av «*offentlig myndighet*» i utøvelsen av retten til privatliv, unntatt når det er i «*samsvar med loven*», og er «*nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlige trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter*».

Det er følgelig ikke tilstrekkelig med hjemmel i (nasjonal) lov. Det kreves også at norsk rett samsvarer med kravene etter den europeiske menneskerettskonvensjonen. Men ofte vil den nasjonale hjemmelen nettopp være begrunnet i og begrenset av et tilsvarende nødvendighetskrav, slik at hjemmel i loven dermed også oppfyller kravet etter EMK art. 8.

Bestemmelsen har ikke et bestemt virkeområde, men gjelder generelt, og vil følgelig også kunne ha betydning for hvor langt arbeidssøkers opplysningsplikt, og arbeidsgivers innhentingsrett, strekker seg.

6.1.2 Vilkåret «privatliv»

Beskyttelsen gjelder alle, jf. «*enhver*». Når det gjelder ordlyden av «*privatliv*» er den i utgangspunktet svært vid. Men det er lagt til grunn i teorien at kjernen i begrepet tar utgangspunkt i individets fysiske og psykiske integritet.⁹⁰

⁹⁰ Jørgen Aall, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave, Bergen 2015, Fagbokforlaget s. 215

Inngrep i den fysiske integriteten vil typisk kunne være medisinske undersøkelser. Her finnes det, som gjennomgått i avsnitt 3.2, i visse tilfeller hjemmel i norsk lov. Gjennom de strenge vilkårene i aml. § 9-4 må det også kunne legges til grunn at bestemmelsen oppfyller EMK sitt nødvendighetskrav. Også andre former for tester og undersøkelser som arbeidsgiver krever gjennomført vil kunne representere inngrep i den fysiske integritet.

I EMDs sak 7. november 2002 *Madsen vs. Denmark*, application no. 58341/00, ble det stilt spørsmål ved om rusmiddeltesting av ansatte om bord på et cruiseskip var i strid med EMK art. 8. En av arbeidstakerne ville ikke gjennomføre en urintest, og anførte at denne testen ville stride med EMK art. 8 om privatlivets fred.

EMD mente at alle i besetningen hadde ansvar for sikkerheten, og de måtte derfor til enhver tid kunne utføre sikkerhetsmessige oppdrag (s. 14). Dermed ville hensynet til alminnelig sikkerhet og beskyttelsen av «*the rights and freedoms of others*», som er et av de legitime formål angitt i art. 8, veie tyngre enn hensynet til arbeidstakers personlige integritet.⁹¹

Spesielt i stillinger der sikkerheten på arbeidsplassen er viktig skal det tilsynelatende mye til før den personlige integriteten til enkelte arbeidstakere veier tyngre enn sikkerhetsmessige hensyn. Dette tyder på at arbeidssøkere til slike stillinger også må akseptere at det blir foretatt undersøkelser før ansettelse.

Innsamling av informasjon om mennesker uten at de har samtykket vil videre være et inngrep i deres privatliv.⁹² Dersom en arbeidsgiver henter inn opplysninger om en arbeidssøkers personlige forhold uten at de selv opplyser om det eller samtykker til at for eksempel tidligere arbeidsgiver blir spurt, så vil dette i utgangspunktet være et inngrep i privatlivet deres etter EMK art. 8. Her kan imidlertid bestemmelsens andre ledd spille en betydelig rolle.

Et eksempel på innsamling av informasjon om personlige forhold følger av EMDs sak 26. mars 1987 *Leander vs. Sweden*, application no. 9248/81. Her hadde en mulig arbeidsgiver hentet opplysninger om saksøker fra et hemmelig politiregister, og ut fra disse opplysningene nektet de å ansette vedkommende. Innhenting var begrunnet i at han skulle ansettes i en stilling som hadde betydning for rikets sikkerhet. Det ble anført at slik innhenting og mangel på mulighet til å imøtegå opplysningene var et inngrep i retten til privatliv. Et av spørsmålene

⁹¹ Se også Jakhelln, Aune, Kroken og Lenth [red.] (2017), Katrine Rygh Monsen § 9-4, note 11, s. 488

⁹² Aall (2015) s. 226

for domstolen var dermed om slik innsamling var nødvendig i lys av rikets sikkerhet etter EMK art. 8 andre ledd, og det måtte foretas en avveining av rikets sikkerhet sett opp mot hvor alvorlig inngrepet i personens privatliv var. Det ble uttalt i dommens avsnitt 59 at når det gjaldt rikets sikkerhet så var statens skjønnsmargin vid, og krenkelse ble ikke konstatert.

De norske reglene, som gjennomgående er begrunnet i avveining mellom hensynet til personvern og arbeidsgivers legitime behov, må antas å være i tråd med de legitime formål som er relevante etter EMK art. 8.

7 Konsekvenser av brudd på opplysningsplikten

7.1 Utgangspunkt om lovlige reaksjoner mot tilbakeholdne arbeidssøkere

I en arbeidssøkersituasjon kan det tenkes at en arbeidssøker ikke ønsker å opplyse om det arbeidsgiver ber om, selv om arbeidsgiver har anledning, og til og med lovfestet anledning, til å innhente personlige opplysninger om arbeidssøkerne. Spørsmålet er hvordan arbeidsgiver kan sanksjonere slike brudd på opplysningsplikten.

Breisteinutvalget har berørt spørsmålet når det gjelder helseopplysninger. Det har vært antatt at arbeidsgiver må kunne vektlegge det at arbeidssøker nekter å opplyse om forhold på samme måte som andre opplysninger som fremkommer i en søknadsprosess, slik at arbeidsgiver kan utelukke arbeidssøkere som aktuelle kandidater som følge av at opplysningene ikke blir gitt.⁹³

Breisteinutvalget fokuserer kun på helseopplysninger, men de samme hensyn gjøre seg gjeldende for andre typer opplysninger, slik at også nektelse av å svare på spørsmål om andre personlige forhold vil kunne ha den konsekvens at en utelukker seg selv som aktuell.

Arbeidssøker må med andre ord selv foreta en vurdering av om den mulige jobben er mer verdt enn å holde informasjonen tilbake. I tillegg vil det å unnlate å gi informasjon som arbeidsgiver har krav på å få kunne berettige senere sanksjoner fra arbeidsgiver, dersom man blir ansatt.

7.2 Avtalerettslig ugyldighet

7.2.1 Avtalelovens kapittel 3

Dersom arbeidssøker forsto eller burde ha forstått at visse opplysninger var av betydning for ansettelsen, men likevel ikke nevner dem, kan en ansettelsesavtale inngått med vedkommende i visse tilfeller heves som ugyldig etter avtalelovens kapittel 3. Og dersom det bevisst gis

⁹³ NOU 2001: 4 s. 45

uriktige opplysninger i en søknad eller på intervju, vil dette være et brudd på lojalitetsplikten som også kan medføre at avtalen er ugyldig.⁹⁴

En nærmere vurdering av avtl. § 30 foretas ikke her, ettersom avtl. § 33 også vil dekke slike svik-tilfeller. Det vises for øvrig til omtalen av bestemmelsen i kap. 2.

I dette tilfellet vil det være arbeidsgiver som har «*avgit den*» viljeserklæringen som det er tale om i form av tilbud om ansettelse, og det er dermed tidligere arbeidssøker som må ha kjent til de «*omstændigheter*» som medfører at det ville stride mot «*redelighet eller god tro*» å gjøre jobbtilbudet gjeldende, jf. avtl. § 33.

Opplysningssvikt i ansettelsesprosess i form av manglende eller feilaktige opplysninger er en av de mest aktuelle «*omstændighete[ne]*» som vil kunne anses som uredelighet etter avtl. § 33, og medføre ugyldighet.⁹⁵ I flere tilfeller vil det imidlertid kunne være usikkerhet rundt opplysninger. Hva gjelder personlige forhold, kan det hende en person har slitt med ryggplager, men antar at det har gått over slik at det vil være mulig å utføre arbeidsoppgavene som jobben krever. Det har vært lagt til grunn i teorien at jo sikrere informasjonen er, jo større grunn vil det være til å pålegge opplysningsplikt.⁹⁶ Dersom opplysningene er sikre vil det dermed også være lettere å konstatere ugyldighet.

7.2.2 Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger

Den ulovfestede læren om bristende forutsetninger i avtaleforhold oppstiller flere vilkår for at en forutsetningsbrist skal medføre bortfall av en kontraktsforpliktelse. Det er her ikke tale om en tilblivelsesmangel som er gjennomgått i avsnitt 7.2.1, men bortfall som følge av en etterfølgende utvikling.⁹⁷ Løftet må for det første være avgitt under en bestemt *forutsetning*, som har vært *motiverende* for løfteavgiveren. Videre må både forutsetningen og kausaliteten ha vært *synbar* for løfteadressaten, og avslutningsvis må forutsetningsbristen anses *relevant* etter en nærmere rettslig vurdering.⁹⁸

En typisk vesentlig forutsetning fra arbeidsgivers side vil være at den som ansettes faktisk er i fysisk stand til å gjennomføre arbeidsoppgavene. Som regel vil dette være synlig i

⁹⁴ Dege (2009) s. 98

⁹⁵ Giertsen (2014) s. 182

⁹⁶ Giertsen (2014) s. 182

⁹⁷ Viggo Hagstrøm, *Obligasjonsrett*, 2. utgave, Oslo 2011, Universitetsforlaget s. 261

⁹⁸ Hagstrøm (2011) s. 260

ansettelsesprosessen på grunn av den stilingen det er tale om. Dersom arbeidstaker senere blir ute av fysisk stand til å utføre de oppgavene som jobben krever, må dette også anses som en relevant forutsetningsbrist da det vil være helt avgjørende for om arbeidet blir utført.

7.3 Oppsigelse etter arbeidsmiljøloven

7.3.1 Forholdet mellom avtalerettslig ugyldighet og oppsigelse etter arbeidsmiljøloven

Dersom det kommer frem at arbeidssøker ikke har opplyst om noe som har betydning for arbeidsforholdet, eller gitt uriktige opplysninger om personlige forhold, er spørsmålet om arbeidsgiver kan gå veien om avtalerettslig ugyldighet for å komme seg ut av avtalen, eller om de må forholde seg til arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler. Et moment i så måte er at arbeidskontrakten normalt signeres før tiltredelsestidspunktet, men det er først etter tiltredelse at hensynene bak arbeidsmiljøloven virkelig trer inn.

Spørsmålet har vært oppe for Høyesterett i Rt. 2004 s. 76. I denne saken viste det seg etter tiltredelse at A, som var ansatt som allmennlærer ved en Oslo-skole, likevel ikke oppfylte kravene for den aktuelle stillingen. Dette kunne i utgangspunktet både læreren og skolen bebreides for. A hadde ikke tatt en tilleggsprøve som var nødvendig for å bli ansatt som stillingen, og hadde fylt ut søknadsskjemaet uriktig. Et av spørsmålene som oppstod for Høyesterett var om kommunen måtte avslutte arbeidsforholdet etter reglene i den tidligere arbeidsmiljøloven, eller om det holdt med avtalerettslig ugyldighet. Det blir uttalt at dersom den manglende kompetanse hadde blitt oppdaget før tiltredelse, så kunne kommunen gått veien om avtalerettslig ugyldighet, og så uttales det at:

«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. [...] Stillingsvernsreglene syns å gi en hensiktsmessig og tilstrekkelig fleksibel regulering hvor arbeidstakeren, til tross for en opprinnelig ugyldig arbeidsavtale, likevel tiltrer stillingen.» (Avsnitt 48)

Skjæringspunktet er dermed tiltredelse. Dette vil gi den løsningen som samsvarer best med hensynet til forutberegnelighet for avtalepartene, og bør derfor gjelde for alle opplysninger om personlige forhold.

7.3.2 Arbeidsmiljølovens § 15-7 om oppsigelse

Det følger av arbeidsmiljølovens § 15-7 at «*arbeidstaker*» blant annet ikke kan sies opp uten at det er «*saklig begrunnet*» i «*arbeidstakers forhold*».

Det har i teorien generelt vært lagt til grunn at for et forhold skal være relevant som saklig grunn for oppsigelse må det være tale om et forhold som kan tilbakeføres til arbeidstakeren, og forholdet må være av betydning for virksomheten.⁹⁹ Ettersom opplysningsplikten for arbeidssøker i utgangspunktet bygger på en prekontraktuell lojalitetsplikt, vil det mest nærliggende oppsigelsesgrunnlaget være brudd på denne lojalitetsplikten. Dersom arbeidssøker ikke gir opplysninger som er relevante for stillingen, for eksempel helseforhold, kvalifikasjoner eller straffbare forhold, vil dette kunne anses som et brudd på lojalitetsplikten som igjen kan være en oppsigelsesgrunn dersom forholdet anses som grovt nok.

RG 1989 s. 787 (Frostating) gjaldt oppsigelse av en ingeniør i et kommunalt elektrisitetsverk på grunn av epilepsi, og et av spørsmålene for lagmannsretten var om det forelå saklig oppsigelse av A etter den tidligere arbeidsmiljølovens § 60. Under epilepsianfallene var han ute av kontroll, og dette kunne få katastrofale følger i noen arbeidssituasjoner. Han kunne derfor ikke ha stillingen, og lagmannsretten bedømte forholdet som tilstrekkelig saklig grunn til oppsigelse.

Her var det sentrale grunnlaget for oppsigelsen at det ville være farlig for A å utføre arbeidsoppgavene. Lagmannsretten uttaler (fra s. 794) imidlertid også at A ikke kunne bebreides for at forholdene ikke ble avklart ved ansettelse. Epilepsien hadde gjennom mange år vært kontrollert slik at han kunne ha et normalt liv. Gjennom stillingsannonsen og opplysningene gitt til A da han søkte, var det ingenting som tilsa at epilepsien ville medføre problemer. Det forelå derfor ikke kritikkverdig opplysningssvikt fra arbeidssøker i dette tilfellet. Lagmannsrettens uttalelser tyder på at det i utgangspunktet legges et betydelig ansvar på arbeidsgiver for å avdekke slike forhold. På tross av dette fikk arbeidsgiver medhold på grunn av sikkerhetsmessige forhold, da sikkerhetsaspektet her ble ansett helt avgjørende.

⁹⁹ Se bl.a. Skjønberg, Hognestad og Hotvedt (2017) s. 418

7.3.3 Arbeidsmiljølovens § 15-14 om avskjed

I de aller groveste tilfellene av brudd på opplysningsplikten kan også aml. § 15-14 om avskjed være aktuell. Det følger av bestemmelsen at arbeidsgiver kan avskjedige en arbeidstaker med påbud om øyeblikkelig fratreden dersom arbeidstakeren har gjort seg skyldig i «*grovt pliktbrudd eller annet vesentlig mislighold av arbeidsavtalen*».

Det er sikker rett at det er en svært høy terskel for at et forhold kan medføre avskjed. Det har imidlertid vært uttalt i høyesterettspraksis, jf. Rt. 2004 s. 76 (avsnitt 48), at dersom arbeidstaker er sterkt å bebreide, ved at de eksempelvis har gitt bevisst uriktige opplysninger som hadde avgjørende betydning for ansettelsen, vil det etter omstendighetene kunne medføre avskjed Denne dommen gjelder den tidligere arbeidsmiljølovens § 66, men § 15-14 er bare en videreføring av denne og rettspraksisen er dermed fortsatt aktuell.

Dersom en arbeidssøker lyver om opplysninger av avgjørende betydning, vil de hensyn som ellers gjør seg gjeldende i arbeidssøker/arbeidstakers favør ikke slå inn. Arbeidssøker har åpenbart ingen beskyttelsesverdig interesse heller. I tillegg vil arbeidsgiver ha mistet tillit til vedkommende, noe som er en grunnleggende forutsetning for ansettelsesforholdet. Dette kan for eksempel være et tilfelle der arbeidsgiver søker en ansatt i en fysisk svært krevende stilling, og med grunnlag i lov har rett til å be om opplysninger om vedkommendes fysiske form. Dersom en da lyver om en eventuell skade som på avgjørende måte svekker den fysiske formen, kan det tenkes at det vil foreligge tilstrekkelig grunnlag for avskjed.

8 Avslutning

Målet med oppgaven er å gi en samlet fremstilling av regelverket på området for arbeidssøkers opplysningsplikt, med særlig fokus på helseopplysninger, ettersom rettskildebildet er fragmentert og til en viss grad uoversiktlig. I forlengelsen av dette er det naturlig å stille spørsmål ved om vilkårene for og omfanget av arbeidssøkers opplysningsplikt i forbindelse med en ansettelsesprosess burde lovfestes. Det er et utpreget praktisk område, og det er grunn til å tro at det tidvis syndes mot reglene. Dette er ikke nødvendigvis av ond vilje fra arbeidsgivere, men av mangel på kunnskap om hvilke begrensninger som gjelder.

Som det fremgår eksisterer det riktignok en del lovregulering knyttet til hvilke opplysninger arbeidsgiver har anledning til å innhente, og vilkårene for det, som i praksis dekker det meste av arbeidssøkers opplysningsplikt om personlige forhold. De lovfestede mulighetene for arbeidsgiver, som følger av arbeidsmiljøloven og likestillings- og diskrimineringsloven, balanserer hensynene til henholdsvis arbeidssøker og arbeidsgiver på en god måte, og bidrar til et mer inkluderende arbeidsliv, ved at arbeidssøkere ikke utelukkes av usaklige hensyn eller begrunnelser. I så måte er viktige sider ved opplysningsplikten sett fra arbeidssøkers side allerede lovregulert.

Utfordringen knyttet til manglende lovfesting av konkrete vilkår for og innholdet i arbeidssøkers opplysningsplikt er likevel at det bidrar til en ukjent og lite klar rettstilstand. Dette kan føre til manglende forutberegnelighet for både arbeidssøkere og arbeidsgivere. En ansettelsesprosess er en kritisk og viktig prosess for begge parter, og er særlig for arbeidsgiver både ressurskrevende og omdømmeskapende. Et tydelig rettslig rammeverk kan bidra til å sikre gode prosesser, og unngå konflikter.

Problemet med at det kan foreligge ulik oppfatning mellom arbeidssøker og arbeidsgiver om hvilke opplysninger som er relevante for stillingen, kunne muligens også til en viss grad vært avhjulpet ved en lovregulering som tydelig legger ansvaret for å formidle hva som er vurderingskriteriene for stillingen, på arbeidsgiver, kombinert med en plikt for arbeidstaker til å gi arbeidsgiver relevant informasjon.

Det kan imidlertid være retts tekniske utfordringer knyttet til å utforme et tilstrekkelig konkret regelverk som samtidig er fleksibelt nok til å håndtere både de ulike hensyn som gjør seg gjeldende, og de ulike praktiske situasjonene som oppstår. Men dette er ikke enestående i

norsk rett, og vi har tradisjon for å utforme overordnede prinsippbestemmelser, som i hvert fall danner den prinsipielle overbygningen for vurderingene. Man kunne tenkt seg at den prekontraktuelle lojalitetsplikten ble fremholdt som den ene «yttergrensen» for opplysningsplikten, og retten til personvern på den andre.

Kildeliste

Lover

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

Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne (diskriminerings- og tilgjengelighetsloven) (opphevet)

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

Lov 14. april 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven eller popplyl.)

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

Lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø (arbeidsmiljøloven eller aml.) (opphevet)

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

Forarbeider

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet, 12.12.2000, av Sosial- og helsedepartementet

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), 25.02.2005, av Arbeids- og sosialdepartementet

Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), 25.06.1999, av Justis- og politidepartementet

Prop. 81 L (2016-2017) Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven), 05.04.2017, av Barne- og likestillingsdepartementet

Avgjørelser

Rt. 1952 s. 1217 *Personverndommen*

Rt. 1986 s. 1322 *Norsk Stålpres*

Rt. 1988 s. 766 *Graviditetsdommen*

Rt. 1988 s. 959 *Henki*

Rt. 1990 s. 607 *Saga Data*

Rt. 2000 s. 1602 *Nøkk*

Rt. 2001 s. 418 *Kårstødommen*

Rt. 2004 s. 76

NAD 1988 s. 539 (Gulating)

RG 1989 s. 787 (Frostatting)

RG 2003 s. 268 (Eidsivating)

SOMB-2007-24 (2007 S 82)

Sak nr. 07/892 fra Likestillings- og diskrimineringsombudet

EMDs sak av 26. mars 1987 Leander vs. Sweden (application no. 9248/81)

EMDs sak av 7. november 2002 Madsen v. Denmark (application no. 58341/00)

EMDs sak av 9. mars 2004 Wretlund v. Sweden (application no. 46210/99)

Litteratur

Aall, Jørgen, *Rettsstat og menneskerettigheter*, 4. utgave (Bergen 2015), Fagbokforlaget

Bratholm, Silvelin, «Helseopplysninger ved ansettelse», *Arbeidsrett* vol. 10 nr. 02, 2013 s. 181-273

Dege, Jan Tormod, *Den Individuelle Arbeidsrett*, del I (Oslo 2009), Minerva

Eidsvaag, Tine, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøping og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, (Bergen 2008), Det juridiske fakultet ved Universitetet i Bergen

Giertsen, Johan, *Avtaler*, 3. utgave (Oslo 2014), Universitetsforlaget

Hagstrøm, Viggo, *Obligasjonsrett*, 2. utgave (Oslo 2011), Universitetsforlaget

Høgberg, Alf Petter, Norsk lovkommentar til avtaleloven, 9.9.2014, note 106 til avtl. § 30 (www.rettsdata.no)

Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth [red.], *Arbeidsmiljøloven med kommentarer – arbeidsrett.no*, 4. utgave (Bergen 2017), Fagbokforlaget

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven - Kommentarer og praksis*, 2. utgave (Oslo 2015), Gyldendal Akademisk

Johansen, Michael Wiik, Knut-Brede Kaspersen og Åste Marie Bergseng Skullerud, *Personopplysningsloven Kommentarutgave* (Oslo 2001), Universitetsforlaget

Kjølaas, Christian, *Personvern i arbeidsforhold* (Oslo 2010), Universitetsforlaget

Preisler, Merete, *Helbredsopplysningsloven med kommentarer* (København 1999), av Jurist- og Økonomforbundets Forlag

Schartum, Dag Wiese, Norsk Lovkommentar til personopplysningsloven, 18.10.2012, note 3 til popplyl § 2. (www.rettsdata.no)

Simonsen, Lasse, *Prekontraktuell ansvar* (Oslo 1997), Universitetsforlaget

Skjønberg, Alexander Ness, Eirik Hognestad, Marianne Jennum Hotvedt, *Individuell Arbeidsrett*, 2. utgave (Oslo 2017), Gyldendal Juridisk

Internasjonale kilder

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

Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter (den europeiske menneskerettskonvensjonen eller EMK), Roma 4. november 1950, i kraft 3. september 1952

Lov om bruk af helbredsoplysninger mv. på arbeidsmarkedet, 24. april 1996 nr. 286

Nettsider

Jusinfo.no <http://jusinfo.no/index.php?site=default/721/839/915/916>, sist besøkt 21.05.2018, kl. 19:23