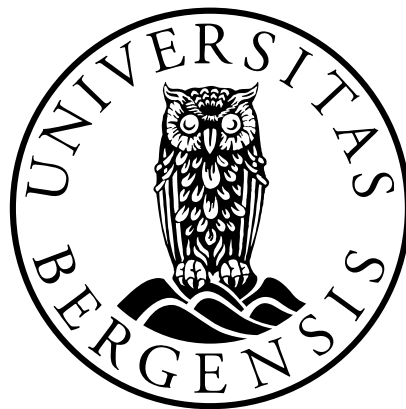


Innhenting av helseopplysninger om arbeidssøkere

Kandidatnummer: 62

Antall ord: 14 453



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

03.06.19

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse.....	1
1 Innledning.....	3
1.1 Problemstilling og aktualitet.....	3
1.2 Avgrensninger.....	4
1.3 Videre fremstilling.....	5
2 Sentrale rettskilder.....	6
2.1 Lover.....	6
2.2 Forarbeider.....	7
2.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis.....	7
2.4 GDPR.....	8
2.5 Rett til privatliv etter EMK.....	9
3 Begrepet «helseopplysninger».....	11
4 Innhenting av helseopplysninger fra arbeidssøker.....	13
4.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd første punktum.....	13
4.1.1 Bestemmelsens anvendelsesområde.....	13
4.1.2 Nødvendighetsvilkåret.....	14
4.1.3 Helseopplysninger som er unntatt nødvendighetsbegrensningen.....	17
4.1.4 Arbeidssøkers plikt til å besvare spørsmål om egen helse.....	17
4.2 Opplysninger om funksjonsnedsettelse.....	18
4.2.1 Forholdet mellom aml. § 9-3 og ldl. § 30.....	18
4.2.2 Begrepet «funksjonsnedsettelse».....	19
4.2.3 Når er opplysningen av «avgjørende betydning for utøvelsen av yrket»?.....	19
5 Interesseavveiningen.....	22
5.1 Utgangspunktet.....	22
5.2 Sikkerhet og helse.....	24
5.3 Produktivitet og kvalitet.....	29
5.4 Stabil tilstedeværelse.....	30
5.5 Individuell tilrettelegging.....	34
6 Innhenting av helseopplysninger på annen måte enn fra arbeidssøker.....	38
6.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd andre punktum.....	38
6.2 Kan arbeidsgiver innhente helseopplysninger på annen måte?.....	39

6.3	Tilretteleggingspliktens betydning.....	41
7	Innhentingens lovlighet etter GDPR.....	45
7.1	Artikkel 6 – Krav om behandlingsgrunnlag.....	45
7.2	Artikkel 9 – Særlig sensitive opplysninger	46
8	Kildeliste.....	48

1 Innledning

1.1 Problemstilling og aktualitet

Arbeidsgivers mål i en ansettelsesprosess er å finne den kandidaten som best kan tilfredsstillе arbeidsgivers behov for ny arbeidskraft eller kompetanse. I vurderingen av om en kandidat er kvalifisert, og eventuelt hvem av flere kandidater som er best kvalifisert, vil helsetilstand kunne være av betydning. Arbeidssøkers helsetilstand kan påvirke evnen til å utføre arbeidsoppgavene. Av den grunn vil arbeidsgiver kunne ha interesse i å innhente helseopplysninger om arbeidssøker i ansettelsesprosessen.

Arbeidssøker kan derimot ha interesse i å holde tilbake opplysninger om sin egen helsetilstand. Arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger om potensielle arbeidssøkere er et inngrep i deres rett til personvern. For arbeidssøker kan det oppleves ubehagelig å gi fra seg slike opplysninger. Arbeidssøker kan frykte at opplysningene gjør at han ikke lenger fremstår som like attraktiv i ansettelsesprosessen og at opplysningene kan komme på avveie.

Arbeidsgivers interesse i å innhente helseopplysninger og arbeidssøkers personverninteresser er de to hovedhensynene som står mot hverandre når helseopplysninger skal innhentes under ansettelsesprosessen. Det er disse hensynene som ligger bak reguleringen av arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker i arbeidsmiljøloven¹ § 9-3. I denne oppgaven skal aml. § 9-3 analyseres og drøftes for å avklare hvordan hensynene skal avveies i ulike tilfeller ut fra de konkrete omstendighetene.

Temaet er primært arbeidsrettslig, men det reiser også spørsmål om diskriminering og retten til privatliv. Av den grunn er både likestillings- og diskrimineringsloven² og personopplysningsloven³ relevant. Personopplysningsloven inkorporerer EUs personvernforordning⁴ i norsk rett. Både likestillings- og diskrimineringsloven og personopplysningsloven er av nyere dato. Lovene ble vedtatt i henholdsvis 2017 og 2018. Dette gjør det særlig aktuelt å avklare forholdet mellom disse lovene og arbeidsmiljøloven fra

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

² Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) [ldl.]

³ Lov 15. juni 2018 nr. 38 om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven)

⁴ EP/Rfor. 2016/679 [GDPR]

2005 og om, og eventuelt hvordan, disse lovene legger rettslige føringer på arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger i ansettelsesprosessen.

Oppgavens problemstilling er i hvilken utstrekning og på hvilken måte arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger om arbeidssøkere i ansettelsesprosessen.

1.2 Avgrensninger

Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger før ansettelsen henger til en viss grad sammen med arbeidssøkers opplysningsplikt. Hvis arbeidssøker bevisst holder tilbake nødvendige opplysninger eller gir uriktige opplysninger kan det være en avtalerettslig ugyldighetsgrunn. Den avtalerettslige læren om bristende forutsetninger gjelder også for arbeidsavtaler.⁵ Det avgjørende er om arbeidsgiver ville ha ansatt vedkommende hvis opplysningene var gitt på forhånd.⁶ Hvilke opplysninger arbeidsgiver har en berettiget forventning om å få vil som utgangspunkt måtte fastlegges på samme måte som arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger. Arbeidsgiver vil ha en berettiget forventning om å få de opplysninger som er nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen, noe som tilsvarer de helseopplysninger arbeidsgiver lovlig kan innhente etter aml. § 9-3.

Arbeidssøkers opplysningsplikt og arbeidsgivers etterspøringsadgang er imidlertid ikke nødvendigvis helt sammenfallende. For at opplysningsplikt skal inntre må arbeidssøker kjenne til eller burde kjenne til at helseopplysningene er av betydning for evnen til å utføre arbeidsoppgavene. Situasjonen kan være slik at arbeidssøker ikke kjenner til alle arbeidsoppgavene som inngår i stillingen, og av den grunn heller ikke har plikt til å opplyse om helseutfordringer som er relevant for disse arbeidsoppgavene. Arbeidsgiver kan på sin side likevel lovlig be om de samme helseopplysningene fordi han kjenner til alle arbeidsoppgavene og hvilke krav som må stilles til helsestand for å kunne utføre dem. Det faller utenfor oppgavens tema å gjøre nærmere rede for grensen for arbeidssøkers opplysningsplikt om egen helsetilstand. Hvilken betydning det har for arbeidssøkers opplysningsplikt at arbeidsgiver har stilt et spørsmål om helse vil likevel kort nevnes under punkt 4.1.4 som følge av den nære sammenhengen med oppgavens tema.

⁵ Rt. 1988 s. 766

⁶ Jan Tormod Dege, *Den individuelle arbeidsrett Del 1*, Oslo 2009 s. 98

Siden formålet med oppgaven er å avklare når selve innhenting av helseopplysningene er lovlig, vil det falle utenfor oppgavens tema å redegjøre for hvilken vekt arbeidsgiver kan legge på helseopplysningene etter at de er innhentet. Det samme gjelder for hvordan arbeidsgiver kan behandle helseopplysningene som er innhentet.

Heller ikke spørsmål om rettsvirkninger ved brudd på relevante bestemmelser, håndhevelse og sanksjoner er innenfor oppgavens tema.

1.3 Videre fremstilling

I det følgende presenteres først, under punkt 2, de rettskildene som er av størst betydning når arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker skal fastlegges. Under punkt 3 vil det bli gjort rede for hva som ligger i begrepet «helseopplysninger» i aml. § 9-3.

Videre deles oppgaven i tre. Den første delen, punkt 4 og 5, omhandler vilkårene for når arbeidsgiver kan be om helseopplysninger fra arbeidssøker selv. Den andre delen, punkt 6, omhandler adgangen til å innhente helseopplysninger på andre måter enn å be om opplysningene fra arbeidssøker selv. Under punkt 6 vil det sentrale være å avklare om vilkårene for å innhente helseopplysninger om arbeidssøker er like når helseopplysningene innhentes fra arbeidssøker selv og når de innhentes på andre måter.

I den tredje delen, punkt 7, vil de aktuelle behandlingsgrunnlagene som kan gjøre arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger om arbeidssøker lovlig etter GDPR kort behandles. Reglene om behandlingsgrunnlag i GDPR behandles avslutningsvis fordi spørsmålet om vilkårene i GDPR er oppfylt i noen tilfeller kan avhenge av hvilke rettigheter og plikter den behandlingsansvarlige og den registrerte har etter nasjonal rett. Det må derfor først avklares hvilken adgang arbeidsgiver har til å innhente helseopplysninger etter nasjonal rett.

2 Sentrale rettskilder

2.1 Lover

Arbeidsmiljøloven er den sentrale rettskilden i individuell arbeidsrett. Arbeidsmiljøloven gjelder med visse unntak for alle arbeidsgivere og arbeidstakere, både private og offentlige. I denne oppgaven er det arbeidsmiljøloven § 9-3 som står sentralt. Bestemmelsen var ny ved arbeidsmiljøloven 2005 og står i lovens kapittel 9 om kontrolltiltak i virksomheten. Ordlyden er som følger:

§ 9-3. Innhenting av helseopplysninger ved ansettelse

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

Bestemmelsen har nær sammenheng med likestillings- og diskrimineringslovgivningen, og personvernlovgivningen. At arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøkere begrenses, skal hindre at arbeidssøkere på urimelig grunnlag holdes utenfor arbeidslivet, og beskytte deres personvern og personlige integritet.⁷

Likestillings- og diskrimineringsloven inneholder bestemmelser som er av betydning for arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse. Denne loven gjelder for alle samfunnsområder, inkludert arbeidslivet, jf. § 2. Loven har en egen regel om innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse, jf. § 30 og en regel om tilrettelegging for funksjonsnedsettelse, jf. § 22. Hvilken betydning disse lovbestemmelsene har for arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker vil bli behandlet i oppgavens punkt 4.2, 5.5 og 6.3.

Personopplysningsloven har generelle bestemmelser om behandling av personopplysninger. Personopplysningsloven består av GDPR og supplerende nasjonale bestemmelser som har hjemmel i forordningen. Loven får imidlertid ikke anvendelse ved alle former for innhenting

⁷ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 148 flg.

av helseopplysninger. Det gjøres rede for lovens anvendelsesområde nedenfor under punkt 2.4 om GDPR.

2.2 Forarbeider

I NOU 2001:4 kom Breistein-utvalget med en omfattende redegjørelse av ulovfestet rett om arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger. Samtidig ble det foreslått å lovfeste hvilken adgang arbeidsgiver skulle ha til å innhente helseopplysninger om arbeidssøkere i ansettelsesprosessen i arbeidsmiljøloven 1977 § 30B.⁸ Forslaget ble ikke vedtatt, men vilkåret i dagens aml. § 9-3 om at helseopplysningene må være «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen» er hentet direkte fra Breistein-utvalgets forslag. Siden utredningen inneholder uttalelser om hvordan dette vilkåret skal forstås er utredningen av betydning for tolkningen av aml. § 9-3.

Alle uttalelsene i Breistein-utvalgets utredning gir imidlertid ikke uttrykk for hva som er gjeldende rett. Arbeidslivslovutvalget og departementet tok, i henholdsvis NOU 2004:5 og Ot.prp. nr.49 (2004-2005), på flere punkter avstand fra Breistein-utvalgets standpunkter. Når det henvises til uttalelser fra Breistein-utvalget i oppgaven er det uttalelser det ikke er tatt avstand fra, med mindre annet er kommentert.

Arbeidslivslovutvalget fikk i oppgave å vurdere om det var behov for nye regler om kontroll og overvåking i arbeidslivet, herunder også å vurdere de forslagene som ble drøftet av Breistein-utvalget.⁹ Arbeidslivslovutvalget kom i NOU 2004:5 med et forslag til en bestemmelse for regulering av arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker.¹⁰ Departementet foreslo denne bestemmelsen uten endringer i sitt forslag til det som i dag er arbeidsmiljøloven § 9-3.¹¹

2.3 Rettspraksis og forvaltningspraksis

Rettskildesituasjonen er spesiell fordi det ikke er avsagt noen dommer som gjelder innhenting av helseopplysninger ved ansettelse. En avgjørelse fra Høyesterett trekkes likevel inn i

⁸ NOU 2001:4 s. 104

⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 148

¹⁰ NOU 2004:5 s. 511

¹¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 354

oppgaven. I sammenheng med henvisningen til dommen gjøres det rede for hvorfor den er relevant.

Kompetansen til å håndheve diskrimineringslovgivningen lå tidligere hos likestillings- og diskrimineringsnemnda (heretter LDN), jf. diskrimineringsombudsloven fra 2005¹² § 7. I dag ligger denne kompetansen hos diskrimineringsnemnda (heretter DN), jf. diskrimineringsombudsloven fra 2017¹³ § 7. Som følge av LDNs og DNs særlige kyndighet på området for diskriminering vil deres praksis ha stor relevans ved tolkning av diskrimineringslovgivningen.¹⁴

2.4 GDPR

Innhenting av helseopplysninger aktualiserer retten til vern av personopplysninger. GDPR er vedtatt for å sikre retten til vern av personopplysninger.¹⁵ GDPR pålegger den som skal behandle personopplysninger forpliktelser, og gir samtidig rettigheter til de personopplysningene angår. GDPR er inkorporert i norsk rett gjennom personopplysningsloven § 1. I tilfelle motstrid mellom GDPR og andre norske bestemmelser som regulerer samme forhold skal GDPR gå foran, jf. EØS-loven¹⁶ § 2. Dette gjør at arbeidsgiver må overholde sine forpliktelser som følger av GDPR når han skal innhente helseopplysninger om arbeidssøkere.

Personopplysningsloven og GDPR kommer imidlertid ikke til anvendelse ved alle tilfeller av innhenting av helseopplysninger. GDPR får anvendelse ved «helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og ved ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår i eller skal inngå i et register», jf. art. 2.

Personopplysningsloven har et tilsvarende anvendelsesområde, jf. lovens § 2.

Helseopplysninger er en type «personopplysning», jf. forordningen art. 4 nr. 15 og innsamling er eksplisitt nevnt som en type «behandling» i art. 4 nr. 2.

¹² Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

¹³ Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

¹⁴ Torstein Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. Utgave, Oslo 2001 s. 233

¹⁵ GDPR art. 1 nr. 2

¹⁶ Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

«Helt eller delvis automatisert behandling» vil si ulike former for bruk av informasjonsteknologi, hvor funksjoner for søk og sammenstilling gjør det mulig å gjenfinne personopplysninger.¹⁷ Det vil omfatte blant annet innhenting av helseopplysninger ved søk på internett, mailkorrespondanse, bruk av spørreskjema på nett eller at arbeidssøker på annen måte lagrer opplysninger om seg selv på en nettside.

Videre er også ikke-automatisert behandling omfattet så lenge personopplysningene «inngår eller skal inngå i et register». Det vil si at innhenting er omfattet hvis opplysningene struktureres eller skal struktureres på en måte som gjør det mulig å finne dem igjen.¹⁸ Hvis arbeidsgiver innhenter opplysningene muntlig uten at opplysningene skrives ned eller det bare tas notater under intervjuet som ikke skal inngis i et register, vil man være utenfor GDPR og personopplysningslovens anvendelsesområde.

Når arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger er innenfor GDPRs virkeområde må innhenting ha rettslig grunnlag i art. 6 og 9 for at den skal være lovlig. De rettslige grunnlagene i art. 6 og 9 som er aktuelle for arbeidsgiver ved innhenting av helseopplysninger om arbeidssøker, blir behandlet avslutningsvis under punkt 7.

2.5 Rett til privatliv etter EMK

Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen¹⁹ inneholder flere rettigheter som myndighetene skal sikre, jf. EMK art. 1. Konvensjonen gjelder som norsk lov, med forrang foran annen lovgivning, jf. menneskerettsloven²⁰ §§ 2 og 3. For arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøkere er det særlig retten til privatliv som er av betydning.

Etter EMK art. 8 nr. 1 har enhver rett til respekt for sitt privatliv. Retten til privatliv er tolket slik at den omfatter vern av personopplysninger.²¹ Rettigheten er imidlertid ikke absolutt. Inngrep i retten til privatliv kan skje hvis det er i samsvar med lov, ivaretar legitime formål og er nødvendig i et demokratisk samfunn, jf. EMK art. 8 nr. 2. Nødvendighetsvilkåret er tolket

¹⁷ Åste Marie Bergseng Skullerud, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad og Marius Engh Pellerud, *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*, 1. Utgave, Oslo 2018 s. 44 (Kommentar til art. 2)

¹⁸ Skullerud m.fl. (2018) s. 45 (Kommentar til art. 2)

¹⁹ Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, 4. november 1950 [EMK]

²⁰ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

²¹ Se bla. *Marper v. The United Kingdom*, para. 67

slik at det må være en «fair balance» mellom behovet for inngrepet og individets rett til privatliv.²² Dette innebærer at dersom arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger om arbeidssøker skal være tillatt etter EMK må arbeidsgivers behov for å innhente helseopplysningene veie tyngre enn arbeidssøkers interesser.

I tillegg til at det er et selvstendig krav om forholdsmessighet mellom arbeidsgivers behov og arbeidssøkers interesse etter EMK får forholdsmessighetskravet også betydning for tolkningen av nødvendighetsvilkåret i aml. § 9-3. Hvilken betydning det har for tolkningen omtales under punkt 4.1.2.

²² Se bla. *Gaskin v. The United Kingdom*, para. 42 og *Hämäläinen v. Finland*, para. 65

3 Begrepet «helseopplysninger»

Arbeidsmiljøloven § 9-3 regulerer adgangen til å innhente «helseopplysninger». Begrepet er ikke definert i loven. Ordlyden tilsier at all informasjon som angår en persons fysiske og psykiske helseforhold omfattes. Det er ingen tidsmessig begrensning, slik at både nåværende, fremtidige og fortidige helseforhold faller innenfor. Videre er det ikke bare opplysninger om at en person har dårligere helse enn normalt som omfattes, men også opplysninger om helsetilstand innenfor normalområdet og opplysninger om særlig god helsetilstand.²³

Ifølge departementet skal begrepet forstås på samme måte som Breistein-utvalgets forslag til legaldefinisjon.²⁴ Utvalget definerte helseopplysninger som «informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulig fremtidige helsetilstand».²⁵ I merknadene står det at det gjelder alle opplysninger som kan «beskrive» helsetilstanden.²⁶ Dette inkluderer opplysninger om medisin- og narkotikabruk, og opplysninger om sosiale forhold dersom de sosiale forholdene påvirker helsen.²⁷ Sosiale forhold kan for eksempel være alkoholvaner, røyking, vanskelige familieforhold og matvaner/overvektsproblematikk.²⁸

Ordlyden «*helseopplysninger*» (min kursivering) tilsier at det må avgrenses mot opplysninger om ferdigheter og personlige egenskaper. Utgangspunktet er at arbeidsgiver kan innhente opplysninger om ferdigheter og egenskaper. Slike opplysninger kan imidlertid være helseopplysninger dersom de kan bidra til å kartlegge en persons nåværende eller mulig fremtidig helsetilstand, og da kan ikke arbeidsgiver fritt innhente opplysningene.

Personlige ferdigheter og egenskaper som at man er vennlig, ærlig, optimistisk og tåler mye stress kan potensielt påvirke risikoen for å få fysiske og psykiske helseutfordringer. Muligheten for påvirkning på helsen er imidlertid ikke nok til å være en helseopplysning. En opplysning om en ferdighet eller egenskap som dette vil isolert sett ikke gi nok informasjon til å bidra til å *kartlegge* eller *beskrive* en persons nåværende eller mulig fremtidig helsetilstand.

²³ Tine Eidsvaag, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*, 2009 via bora.uib.no (<http://bora.uib.no/handle/1956/3589>) s. 192

²⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 314

²⁵ NOU 2001:4 s. 104

²⁶ NOU 2001:4 s. 106

²⁷ NOU 2001:4 s. 21 med videre henvisning til Ot.prp. nr.5 (1999-2000)

²⁸ Henning Jakhelln, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth. (red.), *Arbeidsrett.no - kommentarer til arbeidsmiljøloven*, 3. utgave, Oslo 2011 s. 458 (Kommentar til aml. § 9-3 av Katrine Rygh Monsen)

I totalbildet av ulike årsaksforhold som påvirker helsetilstanden fremstår den enkelte ferdigheten eller egenskapen som lite betydningsfull. Påvirkningen er for fjern eller usikker.

Det samme gjelder opplysninger om fritidsinteresser. At arbeidssøker har en konkret fritidsinteresse kan potensielt påvirke risikoen for å få fysiske eller psykiske helseutfordringer, men opplysningen om interessen vil isolert sett ikke gi nok informasjon til å bidra til å kartlegge eller beskrive helsetilstanden. Uten verken opplysninger om hvor ofte, hvor lenge eller i hvilken grad arbeidssøker deltar på fritidsaktiviteten vil påvirkningen på helsen være for usikker. Hvis arbeidsgiver innhenter flere tilleggsopplysninger om interessen kan opplysningene imidlertid anses som helseopplysninger. Det er tilfellet hvis opplysningene samlet gir et bilde av et forhold som kan bidra til å kartlegge eller beskrive helsetilstanden. Arbeidsgiver skal ikke kunne omgå lovens begrensninger ved å spørre om flere enkeltopplysninger som han senere kan se i sammenheng og bruke til å klarlegge arbeidssøkers helsetilstand.

Akkurat hvor stor mulighet eller sannsynlighet det må være for at fritidsinteressen, den personlige egenskapen eller den personlige ferdigheten påvirker helsetilstanden for at opplysningen skal være en helseopplysning er det vanskelig å si noe konkret om. Terskelen må imidlertid ikke settes høyt. Selv om sannsynligheten for at forholdet påvirker helsetilstanden er liten, kan det være nok til at arbeidsgiver vektlegger dette og velger en annen arbeidssøker. Arbeidssøker vil da på urimelig grunnlag hindres i å få arbeid, i strid med formålet med § 9-3.²⁹ Ved vurderingen av om opplysningen er en helseopplysning må det tas hensyn til om opplysningen er av slik karakter at den potensielt kan føre til urimelig utestengelse, slik at vernebestemmelsen bør komme til anvendelse.

²⁹ Formålet med bestemmelsen er omtalt under pkt. 2.1.

4 Innhenting av helseopplysninger fra arbeidssøker

4.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd første punktum

4.1.1 Bestemmelsens anvendelsesområde

Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd første punktum gjelder arbeidsgivers adgang til å be «søkerne» om helseopplysninger. Arbeidssøkerbegrepet er ikke definert i lovteksten. Breistein-utvalget definerte en arbeidssøker som en person som «har vist interesse for å arbeide i en virksomhet hvor vedkommende [...] ikke er ansatt i fra før» eller som «søker arbeid internt i virksomheten», og er «er aktuell for stillingen ut fra generelle krav til utdanning, sertifikater, alder».³⁰ Siden bestemmelsen har til formål å regulere arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger i hele ansettelsesprosessen, er det uten betydning hvilket stadium man er på i prosessen og hvor aktuell kandidaten er for stillingen. Så lenge arbeidsgiver vil gjøre et inngrep i en persons privatliv for å undersøke muligheten for ansettelse har personen behov for vernet bestemmelsen skal gi. Arbeidssøkerbegrepet favner derfor vidt.

Videre må arbeidsgiver «be om» helseopplysningene, jf. aml. § 9-3. Ordlyden tilsier at arbeidsgiver må utøve en viss aktivitet. Hvis arbeidssøker uoppfordret gir helseopplysninger eller gir helseopplysninger utover det som er etterspurt vil tilfellet ikke være omfattet. Dette vil være overskuddsinformasjon som arbeidsgiver ikke kan bebreides for å ha fått. Bestemmelsen oppstiller ikke et kunnskapsforbud. Heller ikke det tilfelle at arbeidssøker tar opp et helseforhold som han ønsker å diskutere er rammet av bestemmelsen.³¹

Bestemmelsen gjelder uavhengig av hvordan arbeidsgiver ber arbeidssøker om helseopplysningene. Det er uten betydning om det skjer i «utlysningen [...] eller på annen måte», jf. aml. § 9-3 første ledd første punktum. Arbeidsgiver skal ikke ha mulighet til å omgå vernet bestemmelsen gir ved å be om opplysningene på en spesiell måte. Arbeidssøkers behov for vern er like stort uavhengig av måten arbeidsgiver ber om helseopplysningene på.

³⁰ NOU 2001:4 s. 23

³¹ Se Ot.prp. nr.79 (2008-2009) s. 63 og Prop.81 L (2016-2017) s. 273 hvor det uttales at det ikke er forbudt å diskutere forhold rundt graviditet eller funksjonsnedsettelse hvis arbeidssøkeren selv tar dette opp.

Eksempler på andre måter å be om helseopplysningene er under intervju, i telefonsamtale, i et forhandlingsmøte ved inngåelse av arbeidskontrakt eller som krav i arbeidsreglement.³²

Arbeidsgiver kan heller ikke be om opplysningene på en mer indirekte måte. Så lenge arbeidsgiver bevisst har forsøkt å be om helseopplysninger vil tilfellet være omfattet. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke lede samtalen inn på et spesielt tema for at arbeidssøker skal gi helseopplysninger.

Selv om spørsmålet arbeidsgiver stiller ikke direkte retter seg mot helsetilstand kan det være en risiko for at arbeidssøker gir helseopplysninger i sitt svar. For arbeidsgiver kan det være vanskelig å forutse hvilke spørsmål som vil bli besvart med helseopplysninger. Et eksempel på et slikt spørsmål er spørsmål knyttet til "hull" i CV-en. Årsaken til et CV-hull kan være sykdom eller andre helseutfordringer, men det kan også skyldes andre forhold slik som for eksempel at man har mistet jobben, hatt et fengselsopphold eller vært på reise. Det sentrale må også her være at arbeidsgiver ikke skal stille spørsmål som bevisst leder arbeidssøkeren inn på temaet helse. Selv om det er en viss risiko for at arbeidssøker gir helseopplysninger kan arbeidsgiver stille spørsmålet når ikke hensikten er å innhente helseopplysninger. Arbeidsgiver kan altså stille spørsmål om hva en arbeidssøker har foretatt seg i perioder han har vært borte fra arbeidslivet selv om et slikt spørsmål potensielt kan besvares med helseopplysninger.³³

4.1.2 Nødvendighetsvilkåret

For at arbeidsgiver skal kunne be om helseopplysninger fra arbeidssøker må helseopplysningene være «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen», jf. aml. § 9-3 første ledd første punktum. Vilkåret er absolutt. Det er uten betydning om arbeidssøker samtykker til innhenting av helseopplysninger.³⁴ Dersom det var mulig for arbeidsgiver å innhente samtykke ville det gjøre forbudet illusorisk, siden arbeidssøker befinner seg i en tvangssituasjon på grunn av det ujevne styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidssøker. Tvangsaspektet er særlig fremtredende hvis det er flere som

³² Jakhelln m.fl. (2011) s. 459 (Kommentar til aml. § 9-3 av Katrine Rygh Monsen)

³³ Eidsvaag (2009) s. 193

³⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 314

konkurrerer om stillingen. Arbeidssøker kan føle seg presset til å gi samtykke for å være mest mulig samarbeidsvillig og attraktiv i ansettelsesprosessen.

Bruken av ordet «nødvendige» tilsier at arbeidsgiver må ha en saklig grunn til å innhente opplysningene og at opplysningene må være av vesentlig betydning. Departementet foreslo nødvendighetsvilkåret fordi det kunne gi uttrykk for hvor tungtveiende arbeidsgivers behov måtte være. Arbeidsgiver skal bare kunne innhente helseopplysninger om arbeidssøker hvis arbeidsgiver har et sterkt saklig behov for å avklare visse sider av den arbeidssøkendes helsetilstand.³⁵ At arbeidsgiver må ha et sterkt saklig behov er en konsekvens av at helseopplysninger angår noe av det mest intime og personlige for et menneske.

Helseopplysninger er sensitive opplysninger. I tillegg er det av betydning at innhenting av helseopplysninger kan få konsekvenser for muligheten til å delta i arbeidslivet. For den enkelte er det viktig å kunne delta i arbeidslivet for å ha en inntekt, men også fordi arbeid er en viktig arena for å få personlig utvikling, sosial tilhørighet og en følelse av at man bidrar og er til nytte. Departementet presiserte imidlertid også at skjønnstemaet skulle gis en så romslig fortolkning at arbeidsgivers legitime behov ble ivaretatt.³⁶

Arbeidsgivers behov for å innhente helseopplysninger vil bare være saklig dersom helseopplysningene er nødvendig for å vurdere om arbeidssøker kan utføre «de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen». Ordlyden tilsier at helseopplysningene må være relevante og at det må være en årsakssammenheng mellom helseopplysningene som etterspørres og evnen til å utføre arbeidsoppgavene. Det avgjørende for arbeidsgiver er om arbeidssøkeren har evnen til å utføre stillingens arbeidsoppgaver på en forsvarlig og tilfredsstillende måte, og helseopplysningene som innhentes må være nødvendige for å vurdere dette.³⁷ Hvilke arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen må vurderes konkret.

At arbeidsgiver ikke får tilgang til irrelevante helseopplysninger hindrer at arbeidssøker holdes utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag. Uten tilgang til irrelevante helseopplysninger kan arbeidsgiver ikke bevisst eller ubevisst ta opplysningene i betraktning ved vurderingen av hvem som skal ansettes. Faren for at arbeidsgiver tar irrelevante helseopplysninger i betraktning er en konsekvens av uvitenhet, misoppfatninger eller fordommer knytter til helseutfordringer. Uten god nok medisinsk kunnskap om den aktuelle

³⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 148

³⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 148

³⁷ Eidsvaag (2009) s. 313

helseutfordringen må arbeidsgiver basere sin vurdering på antagelser, og dette skaper en risiko for urimelig utestengelse. Hadde arbeidsgiver visst at helseproblemet ikke var relevant for evnen til å utføre arbeidsoppgavene ville han trolig heller ikke hatt noen interesse i å legge vekt på forholdet.

Kravet om årsakssammenheng gjør at arbeidsgiver ikke kan spørre om generell helsetilstand eller om helseopplysninger som kan være av betydning for en potensiell fremtidig stilling i samme virksomhet. Det kan heller ikke stilles generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer³⁸, med mindre en stabil tilstedeværelse er av direkte betydning for den konkrete stillingen.³⁹

Nødvendighetskravet innebærer ikke nødvendigvis et forholdsmessighetskrav. Nødvendighet knytter seg til behovet for et tiltak. Det skal ikke finnes andre mindre inngripende måter å oppnå formålet. Forholdsmessighet knytter seg derimot til om tiltaket er rimelig og forsvarlig etter en interesseavveining. Et tiltak kan i utgangspunktet være nødvendig uten å være forholdsmessig. Det er ikke tvil om at det gjelder et forholdsmessighetskrav for arbeidsgivers innhenting av helseopplysninger, men det kan problematiseres hvorvidt forholdsmessighetskravet skal forankres i nødvendighetskravet i aml. § 9-3 eller i EMK art. 8 nr. 2.⁴⁰

Etter tidligere ulovfestet rett var det et krav om at kontrolltiltak måtte være saklig og forholdsmessig.⁴¹ Vedtakelsen av aml. § 9-3 var ikke ment å føre til en vesentlig endring av den materielle rettstilstand.⁴² Videre er det et forholdsmessighetskrav i aml. § 9-1 som gjelder for kontrolltiltak overfor arbeidstakere, og det er ikke noen grunn til at arbeidstakere skal ha bedre beskyttelse mot inngrep i sitt privatliv enn arbeidssøkere. I praksis vil det være uten betydning om forholdsmessighetskravet forankres i aml. § 9-3 eller EMK art. 8. Forholdsmessighetsvurderingen vil uansett være en integrert del av nødvendighetsvurderingen. Oppgaven går derfor ikke nærmere inn på denne problemstillingen.

³⁸ NOU 2004:5 s. 441

³⁹ Se pkt. 5.4 om i hvilke tilfeller en stabil tilstedeværelse er av direkte betydning for stillingen.

⁴⁰ Se pkt. 2.5

⁴¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 143

⁴² Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 143

Hvorvidt helseopplysningene er nødvendige må dermed avgjøres etter en avveining av arbeidsgivers saklige behov for å innhente helseopplysningene og hensynet til arbeidstakers personvern. Hvis arbeidsgiver skal ha adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidssøker må arbeidsgivers behov for innhenting veie tyngre enn arbeidssøkers interesser. Det er imidlertid ikke en fri vurdering underlagt arbeidsgivers skjønn. Hovedpunktene i interesseavveiningen vil bli behandlet nedenfor under punkt 5.

4.1.3 Helseopplysninger som er unntatt nødvendighetsbegrensningen

Noen typer helseopplysninger er det et absolutt forbud mot å innhente. Disse opplysningene er ikke underlagt nødvendighetsbegrensningen. Det følger av ldl. § 30 første ledd bokstav a at arbeidsgivere i ansettelsesprosessen ikke kan innhente opplysninger om en søkers «graviditet». Det innebærer at det er et absolutt forbud mot å innhente opplysninger om graviditet.

Videre er det et absolutt forbud mot å be om og motta opplysninger om en annen person som er fremkommet ved genetiske undersøkelser, jf. bioteknologiloven⁴³ § 5-8(1), jf. § 5-1(2) bokstav b. Det er heller ikke lov til å spørre om genetiske undersøkelser eller systematisk kartlegging av arvelig sykdom har vært utført, jf. § 5-8(2). Forbudet gjelder alle utenom helse- og omsorgstjenesten, jf. § 5-8(4) og gjelder dermed klart for arbeidsgivere i ansettelsesprosessen.

4.1.4 Arbeidssøkers plikt til å besvare spørsmål om egen helse

I forlengelsen av arbeidsgivers adgang til å be om helseopplysninger kan det stilles spørsmål om arbeidssøker har en plikt til å gi fra seg opplysningene. Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd første punktum retter seg mot arbeidsgiver, noe som tilsier at arbeidssøker ikke samtidig pålegges en plikt til å gi helseopplysningene arbeidsgiver ber om.

Konsekvensen av at arbeidssøkeren velger å la være å gi fra seg nødvendige helseopplysninger er ikke kommentert av departementet i forarbeidene. Breistein-utvalget var innom problemstillingen, og la til grunn at gjeldende ulovfestet rett var at en arbeidsgiver kunne vektlegge arbeidssøkers taushet ved spørsmål om helse på lik linje med andre

⁴³ Lov 12. mai 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

opplysninger om den arbeidssøkendes kvalifikasjoner.⁴⁴ I ytterste konsekvens kunne arbeidssøkeren bli tatt ut av betraktning med den begrunnelse at opplysningene ikke var gitt.⁴⁵ Jakhelln har også skrevet at arbeidsgiver har en saklig grunn til å legge vekt på nektelsen og eventuelt forbigå søkeren på grunnlag av dette.⁴⁶ Denne løsningen ivaretar arbeidssøkernes selvbestemmelsesrett. Arbeidssøkeren kan da selv bestemme om han vil ta risikoen ved å ikke gi fra seg nødvendige helseopplysninger.

Arbeidssøkers rett til å ikke besvare spørsmål om helse må imidlertid ses i sammenheng med arbeidssøkers opplysningsplikt. Det kan være lettere å bebreide arbeidssøker for å ikke ha gitt nødvendige helseopplysninger om arbeidsgiver har spurt om dem. Spørsmålet indikerer at arbeidsgiver anser helseopplysningene som nødvendige. Arbeidssøkers manglende opplysning kan være en bristende forutsetning som gjør at arbeidsavtalen er ugyldig.⁴⁷

4.2 Opplysninger om funksjonsnedsettelse

4.2.1 Forholdet mellom aml. § 9-3 og ldl. § 30

Dersom en helseopplysning også er en opplysning om en funksjonsnedsettelse vil ldl. § 30 komme til anvendelse i tillegg til aml. § 9-3. Det følger av ldl. § 30 første ledd bokstav d at ”arbeidsgivere må ikke i ansettelsesprosessen [...] innhente opplysninger om en søkers [...] funksjonsnedsettelse”. Formålet med bestemmelsen er å unngå at arbeidsgiver får opplysninger som det vil være diskriminerende å legge vekt på ved ansettelsen.⁴⁸

Diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse er forbudt, jf. ldl. § 6 første ledd. Imidlertid er innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse likevel tillatt dersom «opplysningene har avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket», jf. ldl. § 30 andre ledd.

Departementet mente at man burde ha et forbud mot å innhente opplysninger om funksjonsnedsettelse i ansettelsesprosessen i likestillings- og diskrimineringsloven i tillegg til aml. § 9-3 selv om dette til en viss grad ville innebære en dobbeltregulering.⁴⁹ Begrunnelsen

⁴⁴ NOU 2001:4 s. 45

⁴⁵ NOU 2001:4 s. 45

⁴⁶ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 2013 pkt. 4.3.11 s. 137 via arbeidsrett.no (<https://www.arbeidsrett.no/t/ebook/oversikt-over-arbeidsretten/master/intro.xhtml>)

⁴⁷ Se pkt. 1.2

⁴⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 273

⁴⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 273

var for det første at alle grupper burde ha et like godt diskrimineringsvern uavhengig av diskrimineringsgrunnlag, og det ville samtidig bidra til bedre sammenheng i lovverket om forbudet uttrykkelig omfattet alle diskrimineringsgrunnlag.⁵⁰ For det andre ville ikke aml. § 9-3 håndheves av LDN og Likestillings- og diskrimineringsombudet.⁵¹ Dessuten er det ingen nødvendig sammenheng mellom funksjonsnedsettelse og helse, slik at det kan finnes opplysninger om funksjonsnedsettelse som ikke er omfattet av aml. § 9-3.

4.2.2 Begrepet «funksjonsnedsettelse»

Med begrepet «funksjonsnedsettelse» menes tap av eller skade på en kroppsdel eller i en av kroppens funksjoner.⁵² Begrepet omfatter individets fysiske, psykiske og kognitive forutsetninger.⁵³ I forarbeidene nevnes som eksempel nedsatt bevegelses- syns- eller hørselsfunksjon, nedsatt kognitiv eller intellektuell funksjon, funksjonsnedsettelse på grunn av allergi, hjerte- og lungesykdommer og psykiske lidelser slik som depresjon eller bipolar lidelse.⁵⁴ Det stilles ikke krav til varighet og alvorlighetsgrad, og årsaken er heller ikke av betydning.⁵⁵ Begrepet skal tolkes vidt.⁵⁶ Et forbigående eller helt bagatellmessig forhold som ikke påvirker funksjonsevnen i nevneverdig grad omfattes imidlertid ikke.⁵⁷

4.2.3 Når er opplysningen av «avgjørende betydning for utøvelsen av yrket»?

For de tilfeller helseopplysninger også er opplysninger om funksjonsnedsettelse må det avklares om ldl. § 30 pålegger arbeidsgiver ytterligere begrensninger i tillegg til det som følger av aml. § 9-3. Det må derfor avklares hvordan vilkåret «avgjørende betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket» i ldl. § 30 andre ledd skal tolkes.

Ordlyden «betydning for utøvelsen av arbeidet eller yrket» tilsier at det må være en sammenheng mellom funksjonsnedsettelsen det innhentes opplysninger om og arbeidsoppgavene. Ordlyden «avgjørende» tilsier at kravet er strengt. Det fremgår av

⁵⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 271

⁵¹ Prop.81 L (2016-2017) s. 265

⁵² Prop.81 L (2016-2017) s. 313

⁵³ Prop.81 L (2016-2017) s. 275

⁵⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 313

⁵⁵ Alexander Næss Skjønberg, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Oslo 2018 s. 202

⁵⁶ Prop.88 L (2012-2013) s. 71

⁵⁷ Prop.88 L (2012-2013) s. 71

forarbeidene at det må være en «reell kvalifikasjon som er av stor betydning»⁵⁸ og et «faktisk yrkeskrav»⁵⁹.

Forbudet mot innhenting av opplysninger om funksjonsnedsettelse i ldl. § 30 første ledd er direkte knyttet til et diskrimineringsgrunnlag. Diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse er forbudt, jf. ldl. § 6 første ledd. Denne sammenhengen får betydning for tolkningen av ldl. § 30. Det fremgår av forarbeidene at adgangen til å innhente opplysninger om funksjonsnedsettelse etter § 30 andre ledd skal være den samme som adgangen til lovlig forskjellsbehandling etter § 9 andre ledd.⁶⁰ Ettersom formålet med § 30 er å hindre ulovlig forskjellsbehandling⁶¹ er det naturlig at adgang til å innhente opplysninger om funksjonsnedsettelse er tilsvarende som adgangen til forskjellsbehandling på grunn av funksjonsnedsettelse. Dersom det kan legges vekt på opplysningene ved ansettelsen skal opplysningene også kunne innhentes, og i motsatt fall skal de ikke kunne innhentes.

Det følger av § 9 andre ledd at direkte forskjellsbehandling er lovlig i arbeidsforhold dersom de generelle vilkårene for lovlig forskjellsbehandling om saklig formål, nødvendighet og forholdsmessighet er oppfylt. I tillegg må funksjonsnedsettelsen være av «avgjørende betydning for utøvelsen av arbeid eller yrket». Med vilkåret «avgjørende betydning» ønsket departementet å presisere at adgangen til direkte diskriminering skulle være snevrere i arbeidslivet enn på andre områder.⁶² Adgangen til diskriminering i arbeidslivet var snever allerede etter de generelle vilkårene, men departementet ville tydeliggjøre den snevre adgangen ved å la dette fremgå direkte av lovens ordlyd.⁶³

Departementet vurderte å bruke vilkåret «nødvendig» istedenfor «avgjørende betydning». Sistnevnte ble valgt fordi departementet mente det ga bedre uttrykk for at vilkåret skulle tolkes snevert og det ville gjøre det tydeligere at bestemmelsen måtte tolkes i tråd med EU-retten⁶⁴. Valget skulle imidlertid ikke få betydning for tolkningen. Det ble presisert at bestemmelsen fremdeles skulle tolkes på samme måte som aml. § 13-3.⁶⁵ Denne

⁵⁸ Prop.81 L (2016-2017) s. 129

⁵⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 316

⁶⁰ Prop.81 L (2016-2017) s. 274

⁶¹ Se pkt. 4.2.1.

⁶² Prop.81 L (2016-2017) s. 129

⁶³ Prop.81 L (2016-2017) s. 129

⁶⁴ Prop.81 L (2016-2017) s. 129

⁶⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 129

bestemmelsen har et vilkår om nødvendighet for lovlig forskjellsbehandling.⁶⁶ I tillegg sluttet departementet seg til uttalelser om nødvendighetsvilkåret i forarbeidene til aml. § 9-3.⁶⁷ Det sentrale for departementet var å markere at det skal mye til for at arbeidsgivers interesser skal veie tyngre enn arbeidssøkers interesser, uavhengig av hvilket ord som ble brukt for å markere dette.

Etter både ldl. § 30 andre ledd og aml. § 9-3 første ledd er det altså et krav at arbeidsgivers behov for å innhente opplysninger er begrunnet i den konkrete stillingens arbeidsoppgaver og at innhenting av opplysninger må være nødvendig og forholdsmessig.⁶⁸ Sammenhengen og likheten mellom bestemmelsene gjør at den generelle redegjørelsen for nødvendighetsvilkåret under punkt 4.1.2 og den mer utførlige redegjørelsen for interesseavveiningen under punkt 5 også vil være veiledende for ldl. § 30 andre ledd.

I vurderingen av om innhenting er nødvendig og forholdsmessig kan det imidlertid være av betydning at det er tale om helseopplysninger som også er opplysninger om funksjonsnedsettelse. I forarbeidene til ldl. § 30 står det at faren for misbruk av helseopplysninger «særlig vil ramme personer med funksjonsnedsettelse».⁶⁹ Mangel på kunnskap om og erfaring med personer med funksjonsnedsettelse kan gjøre at flere undervurderer arbeidssøkeres arbeidsevne. At det er en større risiko for urimelig utestengelse fra arbeidslivet gjør at arbeidssøkers interesser veier tyngre. Det kan imidlertid være store variasjoner i hvilken kunnskap og hvilke fordommer befolkningen har mot ulike funksjonsnedsettelse. Hvor stor risikoen for utestengelse er må vurderes konkret.

⁶⁶ Aml. § 13-3 regulerer når forskjellsbehandling er lovlig for andre diskrimineringsgrunnlag enn likestillings- og diskrimineringsloven § 9.

⁶⁷ Prop.81 L (2016-2017) s. 275

⁶⁸ Nødvendighetskravet og forholdsmessighetskravet i aml. § 9-3 er omtalt under pkt. 4.1.2.

⁶⁹ Prop.81 L (2016-2017) s. 273

5 Interesseavveiningen

5.1 Utgangspunktet

Som nevnt under punkt 4.1.2 beror spørsmålet om helseopplysningene er «nødvendige», jf. aml. § 9-3, på en avveining av arbeidsgivers saklige behov for å innhente helseopplysningene og hensynet til arbeidstaker. Nøyaktig hvor inngripende innhenting av helseopplysningene er og hvor sterke interesser som må foreligge på arbeidsgivers side må vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Departementet fremhever særlig to formål som kan gjøre det nødvendig for arbeidsgiver å innhente helseopplysninger. For det første må arbeidsgiver må kunne stille spørsmål for å vurdere om arbeidssøkeren er i stand til å utføre de fysiske oppgavene. For det andre må arbeidsgiver kunne stille spørsmål om forhold som vil kunne ha betydning for arbeidsgivers tilpasning av arbeidsmiljøet, herunder om arbeidstaker lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stillingen.⁷⁰

Arbeidssøker er i stand til å utføre arbeidsoppgavene dersom han kan utføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig og tilfredsstillende måte. Arbeidsgiver vil ha et saklig behov for å innhente helseopplysninger for å avklare om arbeidssøker kan utføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig måte i henhold til arbeidstakerens, andre ansattes og tredjepersoners helse og sikkerhet, og på en tilfredsstillende måte i henhold til arbeidsgivers krav til produktivitet og kvalitet. Produktivitet og kvalitet i arbeidet er viktig for å bidra til en rasjonell drift av virksomheten. Hva som skal til for at arbeidsgiver kan be om helseopplysninger på grunn av hensynet til sikkerhet og helse behandles nedenfor under punkt 5.2. Hva som skal til for at arbeidsgiver kan be om helseopplysninger begrunnet i hensynet til produktivitet og kvalitet behandles nedenfor under punkt 5.3.

Et aspekt ved vurderingen av om arbeidssøker kan utføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig og tilfredsstillende måte er om arbeidssøker evner å møte på jobb til avtalt tid. Arbeidsgiver har derfor interesse i å avklare risikoen for høyt fravær. Risikoen vil imidlertid ofte være

⁷⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 148-149

knyttet til helsetilstand. Hva som skal til for at arbeidsgiver kan be om helseopplysninger for å avklare om arbeidssøker vil ha en stabil tilstedeværelse behandles nedenfor under punkt 5.4.

Arbeidsgivers behov for å stille spørsmål om forhold som har betydning for tilpasning av arbeidsmiljøet er en konsekvens av arbeidsgivers tilretteleggingsplikt. Det følger av ldl. § 22 første ledd at arbeidstakere og arbeidssøkere med en funksjonsnedsettelse har rett til «egnet individuell tilrettelegging av ansettelsesprosess, arbeidsplass og arbeidsoppgaver» for å sikre at de kan få arbeid. En forutsetning for at arbeidsgiver skal kunne iverksette egnede tilretteleggingstiltak er at han kan innhente opplysninger om arbeidssøkers helsetilstand. Dette behandles nærmere nedenfor under punkt 5.5.

Hvor tungtveiende arbeidsgivers behov for å innhente helseopplysningene er avhenger ikke bare av årsaken til og hensynene bak behovet. Det vil også være av betydning hvor sentrale de arbeidsoppgavene som det skal avklares om arbeidssøker kan utføre er. Hvis arbeidsoppgavene ikke er særlig tidskrevende vil det kunne være mulig at andre arbeidstakere overtar oppgavene om det senere skulle vise seg at arbeidssøker ikke klarer å utføre dem. Arbeidsgivers behov for å avklare om arbeidssøker kan utføre mindre sentrale arbeidsoppgaver er tilsvarende mindre.

At helseopplysningene må være nødvendige er, som nevnt under punkt 4.1.2, et resultat av at helseopplysninger er sensitive opplysninger som det vil være inngripende å innhente. Nøyaktig hvor inngripende det er for arbeidssøker å bli bedt om en helseopplysning kan imidlertid variere, blant annet ut fra helseopplysningens karakter. Det er av betydning om det er opplysninger om man har bedre eller dårligere helse enn gjennomsnittet og om det er tale om en langvarig eller kortvarig helseutfordring.

Innhenting er generelt mer inngripende dersom helseopplysningene gir tilleggsinformasjon om arbeidssøker selv eller dennes familie eller er sosialt stigmatiserende.⁷¹ Hvis det er stor grad av sosialt stigma knyttet til opplysningene øker frykten og faren for avvisning på usaklig grunnlag og det vil oppleves mer ubehagelig å gi fra seg opplysningene. Graden av sosialt stigma knyttet til helseopplysningen må vurderes konkret. Generelt er det i dag mer stigma og tabu knyttet til psykiske utfordringer enn fysiske utfordringer, noe som gjør at det føles mer inngripende å gi opplysninger knyttet til psykisk helse. Samtidig vil det kunne være store

⁷¹ Eidsvaag (2009) s. 316

forskjeller mellom ulike psykiske helseutfordringer på hvor sosialt stigmatiserende opplysninger om utfordringen er. Graden av stigma kan også forandre seg over tid. Økt kunnskapsnivå i befolkningen om helseutfordringen kan for eksempel føre til færre fordommer og feiloppfatninger om utfordringen, og dermed også mindre sosialt stigma. Arbeidsgiver har uansett adgang til å innhente stigmatiserende helseopplysninger dersom behovet på hans side er stort nok.

Hvor inngripende arbeidssøker opplever innhenting kan også variere ut fra arbeidssøkers person og hvor forståelsesfull arbeidsgiver opplever at arbeidsgiver er. Arbeidssøkeres ulike personligheter kan medføre at det oppleves ulikt å få samme spørsmål. Videre er det av betydning hvordan spørsmålet utformes. Hvordan spørsmål må utformes for å være minst mulig inngripende vil bli omtalt nedenfor under punkt 5.2-5.5.

Det vil også være av betydning hvor mange helseopplysninger som er innhentet fra før. Hvilke helseopplysninger som tidligere er gitt og hvilke helseopplysninger som etterspørres må ses i sammenheng. Isolert sett kan det være forsvarlig å innhente en helseopplysning, men sett i sammenheng med andre helseopplysninger som allerede er innhentet kan innhenting være uforholdsmessig.

På tidspunktet arbeidsgiver skal ta stilling til om han lovlig kan innhente en helseopplysning er det ikke sikkert arbeidsgiver har forutsetninger for å vite hvor inngripende innhenting vil oppleves for den konkrete arbeidssøkeren. Hvis det ikke foreligger holdepunkter for hvor inngripende innhenting vil være må arbeidsgiveren ta utgangspunkt i hvor inngripende den vil være for en alminnelig gjennomsnittlig arbeidssøker.

5.2 Sikkerhet og helse

Arbeidsgiver har interesse i å sørge for at virksomheten er innrettet på en måte som gjør at risikoen for materielle skader og risikoen knyttet til arbeidstakers, andre ansattes og/eller tredjepersoners sikkerhet og helse er minst mulig. At arbeidsgiver må ta hensyn til helse og sikkerhet ved ansettelsen må ses i sammenheng med at arbeidsgiver har plikt til å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, jf. aml. § 4-1. Plikten innebærer at arbeidsgiver må innrette

virksomheten og organisere arbeidet på en slik måte at «arbeidstakerne er sikret mot skader på liv og helse så langt dette rent praktisk lar seg gjennomføre».⁷²

Risikoen som nødvendiggjør innhenting av helseopplysningene kan for det første knytte seg til utføring av arbeidet. Arbeidssøkers fysiske og psykiske helsetilstand kan være av betydning for om han kan utføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig måte. Arbeidsoppgavene kan være spesielt kondisjons- eller styrkekrevede eller stille krav til spesifikke sanser. For eksempel må en tømmer kunne løfte tungt og strekke seg høyt for å klare å gjennomføre arbeidsoppgavene på en forsvarlig måte, mens en pilot må kunne se klart. Det kan også være behov for å stille krav om fravær av fysiske plager som påvirker arbeidsevnen.

Arbeidsoppgavene kan også stille krav til at arbeidstakerne har en robust psykisk helse hvis arbeidet er spesielt psykisk krevende. I en stilling som ambulansarbeider eller medarbeider i kommunens kriseteam vil man for eksempel bli utsatt for store påkjenninger. Da er det viktig at arbeidstakerne klarer å treffe beslutninger selv om situasjonen er stresset og at de ikke er spesielt utsatt for å utvikle psykiske lidelser. Arbeidsgiver kan også ha behov for å avklare om arbeidssøker har en psykisk utfordring som påvirker arbeidsevnen. For eksempel kan det være nødvendig at arbeidstaker ikke har sosiale vansker eller oppmerksomhetsvansker.

Risikoen som gjør det nødvendig å innhente helseopplysningene kan for det andre knytte seg til arbeidsmiljøet. Arbeidsmiljøet kan være slik at det er belastende på arbeidstakernes helse over tid. Det kan være fysiske belastninger som at arbeidstakerne til stadighet utsettes for giftige kjemikalier, stråling eller høye lyder, eller det kan være psykiske belastninger som stress eller isolasjon. Hvis man utsettes for slike belastninger over tid kan det være fare for å utvikle ulike helseproblemer. For arbeidsgiver kan det da være behov for å avklare om arbeidssøker er særlig sårbar for eller robust mot den konkrete risikofaktoren som finnes i virksomheten.

Arbeidsgiver kan imidlertid ikke spørre om sårbarhet eller robusthet knyttet til risikofaktorer som er en konsekvens av at arbeidsgiver ikke har sørget for et fullt forsvarlig arbeidsmiljø. Det fremgår av Breistein-utvalgets utredning at det kreves at arbeidsgiver «først forsøker å iverksette adekvate og virksomme tiltak for å bedre arbeidsmiljøet så det blir «fullt

⁷² Ot.prp. nr.3 (1975-1976) s. 26

forsvarlig»». ⁷³ Dersom arbeidsgiver ikke først iverksetter slike tiltak har han ikke et saklig behov for å innhente helseopplysningene.

For det tredje kan risikoen som gjør det nødvendig å innhente helseopplysningene knytte seg til smittefare. Hvis arbeidsoppgavene er av slik karakter at det er spesielt stor risiko for smitte kan det være nødvendig for arbeidsgiver å stille spørsmål om arbeidssøker har smittefarlige sykdommer for å ivareta hensynet til sikkerhet og helse. Det kan for eksempel være tilfellet hvis arbeidsoppgavene innebærer kontakt med andre personer eller næringsmidler. ⁷⁴ For at arbeidsgiver skal ha et saklig behov for å innhente opplysninger om smittsomme sykdommer må sykdommen utgjøre en reell smittefare. I forarbeidene står det at det ikke kan innhentes opplysninger om en sykdom som befolkningen har en misoppfatning om at utgjør en smitterisiko. ⁷⁵ Det henvises i denne sammenheng til Rt. 1988 s. 959. Dommen gjaldt oppsigelse, men departementet mente at det var «nærliggende å slutte at bedriften også ville vært avskåret fra å stille spørsmål og be om dokumentasjon i forhold til HIV/AIDS». ⁷⁶ Det var ikke saklig grunn til å si opp en HIV-smittet barkeeper når det ikke var reell smittefare. Smittefare hos publikum var ikke nok.

Hvis arbeidsgiver har et saklig behov for å innhente helseopplysninger fordi arbeidssøkers helsetilstand er av betydning for risiko knyttet til utføring av arbeidsoppgavene, arbeidsmiljøet eller smittefare må det vurderes nærmere hva det er risiko for og hvor stor risikoen er.

Risiko for skade på person vil veie tyngre enn risiko for materielle skader. Innenfor de to ulike kategoriene av skader må det også differensieres ut fra alvorlighetsgrad og størrelse på skaden. Risiko for personskader må generelt veie tungt, også når det er risiko for en liten skade. Dersom det er fare for liv eller alvorlige personskader om arbeidssøker ikke tilfredsstillers stillingens fysiske eller psykiske helsekrav vil nødvendighetskravet uten videre måtte være oppfylt. ⁷⁷

⁷³ NOU 2001:4 s. 83

⁷⁴ Det bemerkes at det kan stilles krav til forhåndsundersøkelse av arbeidssøkere i smittevernlovgivningen, se blant annet Lov av 5. August 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven) § 3-2.

⁷⁵ NOU 2004:5 s. 427

⁷⁶ NOU 2004:5 s. 427

⁷⁷ I slike tilfeller kan det eksistere offentlige helsekrav, se for eksempel Forskrift av 20. Desember 2010 nr. 1780 om helsekrav for personer i arbeid på innretninger i petroleumsvirksomheten til havs.

For materielle skader er kostnadene ved en potensiell skade av betydning. Det vil si både den økonomiske verdien av tingen eller tingene som står i fare for å bli ødelagt og eventuelle reparasjonskostnader. Videre må kostnadene ses i sammenheng med bedriftens økonomi. Bedriftens økonomi vil i stor grad påvirke hvor stor den økonomiske konsekvensen av skaden blir. Generelt skal det mer til for at en stor og ressurssterk bedrift kan innhente helseopplysninger for å avverge materielle skader enn for en mindre bedrift med dårligere økonomi.

Hvor stor risikoen for skade er må avgjøres på bakgrunn av sannsynlighetsbetraktninger eller alminnelig erfaringsgrunnsetninger. Nøyaktig hvor stor risikoen må være for at nødvendighetsvilkåret skal være oppfylt er ikke klart. Breistein-utvalget skrev i sin utredning at det kun var aktuelt å innhente helseopplysninger hvis det var en stilling som innebar «stor risiko for arbeidstakeren selv eller omgivelsene».⁷⁸ I tillegg står det at det må eksistere en risiko for «(katastrofe) betydelig skade hvis sikkerheten ikke ivaretas».⁷⁹

Arbeidslivslovutvalget stilte derimot spørsmål om adgangen generelt kunne strekke seg noe lenger. De viser til at risikoaspektet heller skal komme inn som et moment i vurderingen av saklighet og forholdsmessighet.⁸⁰ Arbeidslivsutvalget stiller altså et mindre absolutt strengt krav til risikoens størrelse, og baserer seg i større grad på en helhetsvurdering. Hvor stor grad av risiko som kreves beror dermed på hva det er risiko for, og hvor inngripende innhenting av helseopplysninger er for arbeidssøker.

Nødvendighetskravet påvirker hvordan arbeidsgiver kan be om opplysninger om helsetilstand. For å unngå å be om helseopplysninger utover det som er nødvendig må arbeidsgiver, som nevnt under punkt 4.1.2., unngå å stille generelle spørsmål om helsetilstand. Et spørsmål om generell helsetilstand kan sette arbeidssøker i en situasjon der han føler seg tvunget til å gi opplysninger utover det som er nødvendig for å avklare om han er egnet for stillingen. For eksempel kan arbeidsgiver ikke spørre arbeidssøker hvilke fysiske helseutfordringer han har eller be han gjøre rede for sin helsetilstand generelt. Slike spørsmål legger opp til at arbeidssøker skal gi flere helseopplysninger enn det som er relevant for stillingen.

Det er flere måter arbeidsgiver kan be om helseopplysninger fra arbeidssøker uten at arbeidsgiver innhenter flere helseopplysninger enn nødvendig. Hvis arbeidssøker har oversikt

⁷⁸ NOU 2001:4 s. 43

⁷⁹ NOU 2001:4 s. 43

⁸⁰ NOU 2004:5 s. 426

over hvilke arbeidsoppgaver som inngår i stillingen kan arbeidsgiver spørre om arbeidssøker vil klare å utføre disse eller spørre om det er sider ved arbeidssøkers helsetilstand som vil vanskeliggjøre utførelsen. Arbeidsgiver kan også ta utgangspunkt i en enkelt arbeidsoppgave og stille spørsmål om arbeidssøker vil klare å utføre denne. Arbeidsgiver kan for eksempel spørre om en helsefagarbeider vil klare tunge løft. Arbeidssøker kan da svare tilfredsstillende uten å måtte fortelle detaljer om egen helse. I disse tilfellene er det arbeidssøker selv som vurderer hvilke aspekter ved hans helse som kan være relevant for arbeidsgiver å kjenne til. Arbeidssøker kjenner best sin egen helse og det kan derfor være hensiktsmessig å overlate denne vurderingen til arbeidssøker.

At arbeidssøker skal vurdere hvilke helseforhold som er relevant forutsetter imidlertid at arbeidssøker har god innsikt i arbeidsoppgavene og kjenner til hva som kreves for å utføre disse. Dersom arbeidssøker ikke har denne kunnskapen kan arbeidsgiver risikere å ikke få de nødvendige helseopplysningene fordi arbeidssøker ikke forsto at de var nødvendige.

Normalt er det arbeidsgiver som har best kjennskap til arbeidsoppgavene og hva som vil kreves av den fysiske og psykiske helsen for å kunne utføre disse. Av den grunn kan arbeidsgiver ønske å stille mer konkret spørsmål om arbeidssøkers helsetilstand. Konkrete spørsmål vil i større grad tydeliggjøre for arbeidssøker hvilke helseforhold som er relevante. Arbeidsgiver kan for eksempel spørre om arbeidssøker har en fysisk funksjon, slik som en sterk rygg, dersom dette er nødvendig for å utføre arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende og forsvarlig måte. Imidlertid må spørsmålene ikke bli for detaljerte. Opplysninger om detaljer ved arbeidssøkers helse har liten informasjonsverdi og bidrar i liten grad til å avklare arbeidssøkers arbeidsevne. For eksempel kan arbeidsgiver spørre om arbeidssøker har ryggproblemer, er spesielt utsatt ved høyt støynivå eller har god kondisjon dersom det er relevant for den konkrete stillingen.

Arbeidsgiver kan ikke stille spørsmål om arbeidssøkeren lider av en konkret sykdom eller har en konkret diagnose. Å kjenne til at arbeidssøker har en konkret sykdom eller diagnose er ikke nødvendig for å vurdere om arbeidssøker er i stand til å gjennomføre arbeidsoppgavene. En sykdom eller en diagnose kan utarte seg svært forskjellig hos ulike personer og forteller derfor i seg selv lite om hvordan arbeidssøker vil fungere i stillingen. Det er hvordan den enkelte arbeidssøker med sykdommen eller diagnosen vil fungere i stillingen som er relevant. For eksempel kan arbeidsgiver ikke spørre om arbeidssøker har krystallsyke eller er allergisk mot spesifikke kjemikalier. Arbeidsgiver må heller fortelle at arbeidsoppgavene innebærer brå

bevegelser og krever stødighet eller at arbeidsoppgavene innebærer høy grad av eksponering mot enkelte kjemikalier, for så å spørre om arbeidssøker vil kunne utføre arbeidsoppgavene.

5.3 Produktivitet og kvalitet

Arbeidsgivers primære formål med ansettelsesprosessen er å finne en arbeidssøker som kan tilfredsstillere hans behov for arbeidskraft. For å tilfredsstillere behovet må arbeidssøker ha evne til å arbeide med en viss produktivitet og levere en viss kvalitet i sitt arbeid. For arbeidsgiver er det nødvendig å avklare om arbeidssøker har evnen til å levere i henhold til hans behov. Dersom arbeidsgiver ikke utfører arbeidsoppgavene på en tilfredsstillende måte kan det blant annet føre til at virksomheten ikke blir konkurransedyktig, det kan få økonomiske konsekvenser og det kan føre til irritasjon på arbeidsplassen. Utover de minstekravene arbeidsgiver må stille til produktivitet og kvalitet kan variasjoner i produktivitet og kvalitet være av betydning i valget mellom to arbeidssøkere.

Arbeidssøkers helsetilstand kan være av betydning for hans evne og mulighet til å være produktiv og levere kvalitet i arbeidet. Arbeidssøkers produktivitet og kvalitet i arbeidet vil imidlertid ikke bare være påvirket av helsetilstand. Normalt er personlige ferdigheter og egenskaper av stor betydning, slik som for eksempel selvdisciplin og prestasjonsstreben. Opplysninger om ferdigheter og egenskaper er i utgangspunktet ikke helseopplysninger, jf. punkt 3.2 ovenfor. Arbeidsgiver kan fritt spørre om slike opplysninger når de ikke er helseopplysninger.

Som nevnt er det en helt grunnleggende forutsetning for ansettelse at arbeidssøker tilfredsstiller arbeidsgivers minstekrav til produktivitet og kvalitet. Arbeidsgiver må derfor kunne innhente helseopplysninger for å avklare om minstekravene kan innfris, uavhengig av hvor inngripende det er for arbeidssøker. Arbeidsgiver skal ikke måtte risikere å ansette en person som ikke er kvalifisert.

Arbeidsgiver kan også ønske å avdekke variasjoner i produktivitet og kvalitet utover om arbeidssøker tilfredsstiller minstekravene. Hvis arbeidsgiver allerede har fått avklart at arbeidssøker kan tilfredsstillere minstekravene til produktivitet og kvalitet i arbeidet vil ikke helseopplysninger for å avklare variasjoner utover dette være ”nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen», jf. aml. § 9-3 første ledd første punktum.

Uavhengig av variasjonene utover minstekravene kan arbeidssøker utføre arbeidsoppgavene, og arbeidsgiver er derfor avskåret fra å innhente helseopplysninger for å avklare variasjonene.

5.4 Stabil tilstedeværelse

Det vil alltid være i arbeidsgivers interesse at arbeidstakerne møter på jobb til avtalt tid for å utføre arbeidsoppgavene. Hvis en arbeidstaker har mye fravær kan det både få økonomiske konsekvenser i form av blant annet sykepenger⁸¹ og det kan få konsekvenser for produktiviteten og kvaliteten på arbeidet. Arbeidsgiver kan derfor ha behov for å undersøke om arbeidssøker har en økt risiko for høyt sykefravær om han ansettes i stillingen.

For å undersøke om det er økt risiko for høyt fravær kan arbeidsgiver ønske å be om opplysninger om tidligere sykefravær. Tidligere sykefravær kan i noen tilfeller gi en indikasjon på hvordan arbeidssøkers helsetilstand er nå og hvordan den vil være i fremtiden.

Arbeidsgivers adgang til å be om opplysninger om sykefravær er diskutert i forarbeidene. Breistein-utvalget foreslo å lovfeste at arbeidsgiver skulle kunne stille spørsmål om tidligere sykefravær.⁸² Begrunnelsen var at slike opplysninger kunne være nødvendig for å vurdere arbeidssøkerens evne til å utføre arbeidet. Å stille spørsmål om årsaken til sykefraværet skulle derimot bare være tillatt dersom det var nødvendig for å vurdere arbeidsevnen. Departementet sa seg ikke enig i dette. De sa seg heller enig med Arbeidslovsutvalget og mindretallet i Breistein-utvalget som mente at det i praksis ikke vil være mulig å ta opp spørsmål om tidligere sykefravær uten at spørsmål om personens helsetilstand samtidig ville måtte komme opp.⁸³ Det ble derfor ikke lovfestet en generell adgang til å spørre om sykefravær. Spørsmål om sykefravær er derfor underlagt nødvendighetsbegrensningen i aml. § 9-3. Denne løsningen er også lagt til grunn i teorien.⁸⁴

Opplysningene om tidligere sykefravær må være av betydning for å «utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen», jf. aml. § 9-3. Kravet innebærer at stillingen må være av en slik art at arbeidssøker rent faktisk ikke er i stand til å gjennomføre

⁸¹ Arbeidsgiver skal betale sykepenger i et tidsrom på opptil 16 kalenderdager, jf. Lov 28. Februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven) § 8-19.

⁸² NOU 2001:4 s. 104

⁸³ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 149

⁸⁴ Se blant annet Dege (2009) s. 102, Eidsvaag (2009) s. 321, Jakhelln m.fl. (2011) s. 459 (Kommentar til aml. § 9-3 av Katrine Rygh Monsen) og Erik C. Aagaard, Nina Melsom og Kurt Weltzien, *Bedriftens personalhåndbok*, 8. Utgave, Oslo 2012 s. 15.

arbeidsoppgavene som er tillagt stillingen hvis han har et høyt fravær. En stabil tilstedeværelse må være en forutsetning for en tilfredsstillende og forsvarlig utføring av arbeidsoppgavene.

Sykefravær vil alltid medføre at arbeidsoppgavene ikke blir utført i fraværperioden. Enhver arbeidsgiver vil dermed ha et saklig behov for å avklare om arbeidssøker har økt risiko for høyt sykefravær. Det som må avklares er hvor stort behovet for en stabil tilstedeværelse må være for at arbeidsgiver skal kunne stille spørsmål om sykefravær. Dette må avgjøres etter en avveining mot arbeidssøkers interesser.

Sivilombudsmannen har uttalt at det skal stilles «nokså strenge krav» til når det kan legges avgjørende vekt på sykefravær ved ansettelse.⁸⁵ Tilsvarende må gjelde for innhenting av opplysninger om sykefravær da formålet med aml. § 9-3 nettopp er å hindre at arbeidsgiver får opplysninger som det ikke lovlig kan legges vekt på.

I tillegg må terskelen være høy fordi stort fravær er et forhold arbeidsgiver typisk vil legge vekt på selv om helseutfordringen som utløste det tidligere fraværet ikke lenger er relevant. Arbeidssøkere med stort sykefravær er særlig utsatt for å bli utestengt fra arbeidslivet. Videre vil det være svært inngripende for arbeidssøker å få spørsmål som skal avklare risiko for fremtidig sykdom. Grunnen er at fremtidig sykdomsutvikling ofte er vanskelig å avklare fordi prognosene er usikre. Arbeidssøker kan dermed måtte opplyse om helseutfordringer som det senere viser seg at aldri ble et aktuelt problem.

I LH-2000-560 kom lagmannsretten til at man kunne legge vekt på tidligere sykefravær ved ansettelse av en lærer. Begrunnelsen var at «[t]ilstedeværelse, kontinuitet og oppfølging i forhold til elevene, skolen og kollegiet fremstår som så sentrale elementer i utøvelse av læreryrket». Uten stabilitet ville ikke elevene fått den undervisningen de hadde krav på og som skolen var forpliktet til å tilby. Uttalelsen knytter seg direkte til vektlegging av opplysninger om tidligere sykefravær ved ansettelse. Uttalelsen kan imidlertid også være illustrerende for når arbeidsgiver kan innhente opplysninger om sykefravær fordi den viser i hvilke tilfeller behovet for stabil tilstedeværelse er så stort at hensynet til arbeidssøker må vike.

⁸⁵ SOMB-2007-24 og SOMB-2018-2591

Sivilombudsmannen har også kommet med uttalelser som kan illustrere når arbeidsgivers behov for stabil tilstedeværelse er tungtveiende. I en sak om ansettelse av omsorgsarbeider ved et bofellesskap uttalte sivilombudsmannen at «[d]enne stillingens karakter, og særlig hensynet til den spesielt sårbare gruppen av tjenestemottakere stillingen skal betjene, tilsier etter mitt syn at det ved tilsetning vil være saklig å legge vekt på stabilitet og kontinuitet».⁸⁶ Sivilombudsmannen har også funnet det saklig å legge vekt på sykefravær ved ansettelse av en pedagogisk lærer i barnehage fordi det var nødvendig med stabilitet og tilstedeværelse for å oppfylle de lovpålagte kravene om å sikre et godt pedagogisk tilbud.⁸⁷

Både lagmannsrettsdommen og sakene som har vært tatt opp av sivilombudsmannen viser at det avgjørende ved vurderingen er hvordan et høyt sykefravær vil påvirke virksomheten og ytelsen eller produktet som tilbys. I disse tre sakene ble det lagt avgjørende vekt på at fraværet ville påvirke sårbare grupper som trenger jevn oppfølging av samme personer. Både i barnehage, på skole og i omsorgsbolig må det være de samme personene som utfører arbeidsoppgavene for at det skal skapes trygghet og legges til rette for utvikling. I alle tilfellene var en tilfredsstillende utførelse personavhengig.

I de nevnte sakene var det i tillegg et lovpålagt krav til kvalitet på tjenesten som ble tilbudt. Dersom sykefravær kan medføre at lovpålagte krav ikke blir tilfredsstillende vil dette nødvendigvis få stor vekt i interesseavveiningen. Motsatt vil interessen i å innhente opplysninger om sykefravær ikke veie like tungt dersom behovet for en stabil tilstedeværelse ikke er en konsekvens av et lovpålagt krav.

En tilfredsstillende utførelse av arbeidsoppgavene kan også være personavhengig hvis den som skal ansettes må ha en særskilt kompetanse som gjør det vanskelig å erstatte vedkommende. For eksempel hvis det skal ansettes en legespesialist som har svært høy kompetanse innenfor et snevert medisinsk felt eller en kunstner som er kjent for et spesielt kunstneruttrykk. I slike tilfeller er det ikke mulig å få tak i en vikar som kan utføre arbeidsoppgavene på tilsvarende måte. Behovet for en stabil tilstedeværelse er da så tungtveiende at arbeidsgiver kan stille spørsmål om økt risiko for høyt sykefravær.

Arbeidsgiver kan også ønske å innhente opplysninger om økt risiko for høyt sykefravær for å unngå økte utgifter. Sykefravær kan medføre kostnader i form av lønn til den sykemeldte i

⁸⁶ SOMB-2007-24

⁸⁷ SOMB-2018-2591

arbeidsgiverperioden, lønn til vikar, overtidbetaling til andre ansatte, produksjonstap osv. Økte utgifter i forbindelse med sykefravær kan imidlertid ikke være nok. Sykefravær vil i alle tilfeller føre til økte utgifter. Hvis arbeidsgiver uten videre kan innhente slik informasjon vil resultatet være at det alltid kan stilles spørsmål om sykefravær. En slik løsning vil være i tråd med det Breistein-utvalget foreslo. Som nevnt ovenfor fravek departementet uttrykkelig en slik løsning.

Det kan stilles spørsmål om virksomhetens økonomiske interesse kan være et tilstrekkelig tungtveiende argument dersom kostnadene ved sykefraværet kan bli store. Kostnadene blir typisk større for mindre virksomheter fordi de har mindre fleksibilitet og færre ansatte som potensielt kan overta arbeidsoppgavene til den som sykmeldes. Det er imidlertid en øvre grense for hvor store kostnadene ved en ansatts sykefravær kan bli og virksomheten må ta høyde for at slike kostnader kan inntreffe. Dersom virksomheten ikke har økonomiske ressurser til å tåle uforutsette kostnader kan virksomheten på forhånd redusere utgiftene ved eventuelt sykefravær, for eksempel ved å tegne forsikring mot ansvar for sykepenger i arbeidsgiverperioden. Arbeidsgiver kan ikke innhente helseopplysninger om arbeidssøker av hensyn til bedriftens økonomi.

Nødvendighetsvilkåret påvirker hvordan arbeidsgiver kan stille spørsmål om tidligere sykefravær. Hvis arbeidsgiver stiller et generelt spørsmål om arbeidssøker tidligere har hatt sykefravær blir arbeidssøker bedt om å opplyse om tidligere sykefravær selv om dette ikke er relevant for evnen til å utføre arbeidsoppgavene i den nye stillingen. I tillegg kan arbeidssøker føle seg tvunget til å opplyse om årsaken til sykefravær selv om den heller ikke lenger er aktuell. Et generelt spørsmål om sykefravær vil dermed føre til at det gis opplysninger utover det som er nødvendig, og det blir fare for at for at arbeidsgiver vektlegger disse. For opplysninger om tidligere sykefravær bygger faren for utestengelse særlig på at arbeidsgiver feilaktig kan tro at problemet er vedvarende eller tilbakevendende, selv om sykdommen egentlig bare varte i en begrenset periode.

Når arbeidsgiver skal stille spørsmål om tidligere sykefravær må han formulere seg slik at spørsmålet bare omhandler sykefravær som er av betydning for evnen til å utføre arbeidsoppgavene i den nye stillingen. Det er arbeidsevnen i stillingen som er det sentrale. Av samme grunn kan arbeidsgiver heller ikke stille spørsmål om sykefraværet skyldes konkrete sykdommer.

Arbeidsgiver kan spørre om arbeidssøker har hatt mer sykefravær enn normalt som skyldes årsaker som kan føre til unormalt mye fravær også i denne stillingen. Da vil man unngå at arbeidssøker føler seg tvunget til å gi opplysninger om sykefravær utover det som er relevant.

Et annet alternativ er at arbeidsgiver spør om arbeidssøker har hatt problemer relatert til spesifikke krav som må stilles til den som innehar stillingen. Hvis arbeidet krever høy grad av fysisk styrke kan det stilles spørsmål om arbeidssøkeren har hatt problemer relatert til dette, men ikke om vedkommende har hatt sykefravær som skyldes psykiske problemer.⁸⁸

Arbeidsgiver kan også ønske å undersøke om arbeidssøker har økt risiko for høyt sykefravær uten å relatere dette til tidligere sykefravær, men heller stille spørsmål risiko for fremtidig sykdom og helseutfordringer mer generelt. Det fremgår av forarbeidene at det ikke kan stilles generelle spørsmål om risiko for fremtidig sykdom eller helseproblemer.⁸⁹ Et slikt spørsmål vil normalt gi opplysninger utover det som er nødvendig. Arbeidsgiver kan for eksempel ikke stille spørsmål om arvelige sykdommer i familien. Hvis opplysninger om risiko for fremtidig sykdom og helseutfordringer skal være nødvendig, må det som for tidligere sykefravær, være slik at stillingen stiller særlige krav til en stabil tilstedeværelse.

Når arbeidsgiver stiller spørsmål for å avklare risiko for fremtidig sykdom og helseutfordringer kan det være vanskelig for arbeidssøker å vurdere om risikoen er av en slik størrelse at han skal opplyse om den. Hvor stor risikoen må være for at arbeidssøker må opplyse om forholdet avhenger av arbeidssøkers opplysningsplikt. I teorien har det vært lagt til grunn at arbeidssøker har en relativt betydelig skjønnsmargin for den sannsynlige utviklingen av fremtidig sykdom.⁹⁰

5.5 Individuell tilrettelegging

Hvis arbeidsgiver under ansettelsesprosessen oppdager at arbeidssøker ikke vil være i stand til å utføre arbeidsoppgavene eller delta i ansettelsesprosessen på lik linje med andre kan arbeidsgiver ha en plikt til å tilrettelegge. Arbeidstakere og arbeidssøkere med en funksjonsnedsettelse har rett til «egnet individuell tilrettelegging av ansettelsesprosess, arbeidsplass og arbeidsoppgaver» for å sikre at de kan få arbeid, jf. ldl. § 22 første ledd.

⁸⁸ Dege (2009) s. 102

⁸⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 149

⁹⁰ Eidsvaag (2009) s. 308

Retten gjelder likevel ikke hvis tilrettelegging innebærer en «uforholdsmessig byrde», jf. ldl. § 22 andre ledd. Målet med tilretteleggingen er å utjevne eksisterende ulikhet og bidra til reell likebehandling.⁹¹ Manglende tilrettelegging vil være diskriminering i strid med forbudet mot diskriminering på grunn av funksjonsnedsettelse i ldl. § 6.⁹²

Arbeidsgivers tilretteleggingsplikt overfor arbeidssøkere gjelder bare for funksjonsnedsettelse, ikke helseutfordringer generelt. Imidlertid vil det i praksis være vanskelig å se for seg et tilfelle der en helseutfordring nødvendiggjør tilrettelegging uten å være en funksjonsnedsettelse.⁹³

For at arbeidsgiver skal kunne oppfylle tilretteleggingsplikten er det en forutsetning at han har kjennskap til at arbeidssøker har en nedsatt funksjonsevne som nødvendiggjør tilretteleggingstiltak og at han har kunnskap om hvilke tilretteleggingstiltak som vil være hensiktsmessig. Helseopplysninger som gjelder tilrettelegging og tilpasning kan derfor være «nødvendige» for å vurdere om arbeidssøker kan «utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen», jf. aml. § 9-3.⁹⁴

Ordlyden «nødvendige for å utføre de *arbeidsoppgaver* som knytter seg til stillingen» (min kursivering) kan tilsi at arbeidsgiver bare kan innhente helseopplysninger for å avklare om arbeidssøker har behov for tilrettelegging og tilpasning av arbeidsmiljøet, ikke ansettelsesprosessen. Deltakelse i ansettelsesprosessen er ikke en del av stillingens arbeidsoppgaver, hvilket kan tilsi at arbeidsgiver ikke kan innhente helseopplysninger for å avklare om arbeidssøker har behov for tilrettelegging av ansettelsesprosessen. En slik tolkning passer dårlig med at arbeidsgiver etter ldl. § 22 ikke bare har en plikt til å tilrettelegge arbeidsplassen og arbeidsoppgavene, men også ansettelsesprosessen. Arbeidsgiver har dermed et like stort behov for å avklare om arbeidssøker trenger tilrettelegging av ansettelsesprosessen som han har for å avklare om arbeidssøker kan utføre de konkrete arbeidsoppgavene.

Ordlyden er imidlertid flertydig. Deltakelse i ansettelsesprosessen er en forutsetning for å få mulighet til å utføre arbeidsoppgavene som knytter seg til stillingen. På den måten kan helseopplysninger som avklarer arbeidssøkers behov for tilrettelegging av

⁹¹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 220

⁹² Prop.81 L (2016-2017) s. 226

⁹³ Eidsvaag (2009) s. 332

⁹⁴ Se pkt. 5.1 med videre henvisning til forarbeidene.

ansettelsesprosessen være «nødvendige for å utføre [...] arbeidsoppgav[ene]».

Arbeidsmiljøloven § 9-3 må på dette punktet tolkes i samsvar med ldl. § 22 som forutsetter at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger som er nødvendig for tilrettelegging av ansettelsesprosessen.

Nødvendighetsvilkåret er av betydning for hvilke spørsmål arbeidsgiver kan stille når han skal avklare om arbeidssøker har en funksjonsnedsettelse som kan medføre et tilretteleggingsbehov. For arbeidsgiver er det ikke nødvendig å kjenne til akkurat hvilken type funksjonsnedsettelse arbeidssøker har. Arbeidsgiver kan bare stille spørsmål for å avklare hvordan en eventuell funksjonsnedsettelse påvirker arbeidssøkers mulighet til å utføre arbeidsoppgavene. Arbeidsgiver må fokusere på å avklare selve tilretteleggingsbehovet, ikke årsaken til det eventuelle behovet. Arbeidsgiver kan ikke spørre om arbeidssøker har konkrete sykdommer eller helseutfordringer han antar vil kreve tilrettelegging.

Det er flere måter arbeidsgiver kan innhente opplysninger for å avklare om arbeidssøker har et tilretteleggingsbehov. Som nevnt under punkt 5.2 kan arbeidsgiver stille et generelt spørsmål om arbeidssøker vil klare å utføre arbeidsoppgavene. Dersom arbeidssøker har et tilretteleggingsbehov vil et slikt spørsmål oppfordre til at han opplyser om at han kan utføre arbeidsoppgavene dersom han får egnet tilrettelegging. Arbeidsgiver kan også formulere spørsmålet slik at det direkte gjelder tilretteleggingsbehovet, altså spørre om utførelsen av arbeidsoppgavene vil nødvendiggjøre tilrettelegging. Hvis arbeidssøker ikke har tilstrekkelig innsikt i arbeidsoppgavene til å vurdere om han kan utføre dem kan arbeidsgiver spørre arbeidssøker om han vil trenge tilrettelegging for å utføre konkrete arbeidsoppgaver.

Har arbeidsgiver først oppdaget at arbeidssøker har et tilretteleggingsbehov må han stille flere spørsmål for å avklare nærmere hvordan tilretteleggingsplikten overfor arbeidssøker kan ivaretas. Dersom arbeidsgiver ikke stiller flere spørsmålet kan arbeidssøker frykte at arbeidsgiver har feilaktige antagelser om arbeidssøkers funksjonsevne som potensielt kan føre til at arbeidsgiver unnlater å tilby arbeidssøker stillingen på uriktig grunnlag. Arbeidsgiver må stille flere spørsmål slik at arbeidssøker får mulighet til å dele egne erfaringer, idéer og vurderinger som kan belyse hvordan han vil fungere i stillingen og hvilke tilretteleggingstiltak som vil være egnet. Innhentingen blir mindre inngripende og risikoen for diskriminering reduseres hvis arbeidssøker får mulighet til å korrigere arbeidsgivers potensielt misvisende og feilaktige vurderingsgrunnlag. Som nevnt under punkt 4.1.2 skal arbeidsgiver innhente opplysningene på den minst inngripende måten formålet kan oppnås.

Når arbeidsgiver stiller spørsmål for å avklare hvordan tilretteleggingsplikten kan ivaretas må arbeidsgiver fokusere på den enkelte arbeidssøkers forutsetninger og behov. Spørsmålene som stilles må bidra til å avklare hvilken type tilretteleggingstiltak som vil være egnet i det konkrete tilfellet. I forarbeidene nevnes at tilretteleggingen kan være av organisatorisk art, for eksempel tilrettelegging av tid eller arbeidsoppgaver.⁹⁵ Arbeidssøker kan for eksempel få mulighet til å arbeide kortere arbeidsdager, få hviletid eller slippe nattarbeid. Arbeidsgiver kan også delegerer enkelte av arbeidsoppgavene til andre. Videre står det at tilretteleggingen kan være av fysisk art, for eksempel tilpasning av døråpninger, skrivebord eller installering av heis.⁹⁶

⁹⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 327

⁹⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 327

6 Innhenting av helseopplysninger på annen måte enn fra arbeidssøker

6.1 Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd andre punktum

Arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd andre punktum regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger på andre måter enn å be om opplysningene fra søkerne selv. Det følger av § 9-3 første ledd andre punktum at arbeidsgiver «må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte». Begrensningen hindrer at arbeidsgiver kan omgå nødvendighetsbegrensningen i første punktum ved å innhente opplysningene på andre måter. Eksempler på andre måter å innhente helseopplysninger er å innhente opplysninger fra «helsepersonell, felles kjente eller familie, ved å kontakte oppgitte referanser, tidligere arbeidsgivere eller kolleger, ved søk i tilgjengelige dataregistre e.l.».⁹⁷

Ordlyden «iverksette tiltak» tilsier på samme måte som «be om» i første ledd første punktum at arbeidsgiver må ha utøvd en viss aktivitet. Ordlyden «for å innhente» tilsier at det må ha vært arbeidsgivers hensikt å innhente helseopplysningene. Hvis arbeidsgiver ikke har forsøkt å innhente helseopplysninger og tilfeldig kommer over dem kan han ikke bebreides, og man er utenfor bestemmelsens virkeområde. Som nevnt under punkt 4.1.1 oppstiller bestemmelsen ikke et kunnskapsforbud. For eksempel er ikke det at arbeidsgiver hører eller leser helseopplysninger som arbeidssøker har gjort offentlig tilgjengelig omfattet.⁹⁸

I dagens samfunn har det blitt vanligere at arbeidsgivere søker opp arbeidssøkeres navn på internett. Arbeidsgiver kan ikke søke etter om arbeidssøker har en sykdom eller helseutfordring. Det vil derimot være tillatt å søke hvis det gjøres for å verifisere at opplysninger gitt i CV og søknad stemmer eller for å få et generelt inntrykk av arbeidssøker. Det sentrale er om arbeidsgiver bevisst har forsøkt å innhente helseopplysninger om arbeidssøker.

⁹⁷ Jakhelln m.fl. (2011) s. 461 (Kommentar til aml. § 9-3 av Katrine Rygh Monsen)

⁹⁸ At opplysninger som allerede er offentlig tilgjengelig ikke rammes av forbudet fremgår for opplysninger om funksjonsnedsettelsers vedkommende direkte av Prop.81 L (2016-2017) s. 273.

6.2 Kan arbeidsgiver innhente helseopplysninger på annen måte?

Det følger av § 9-3 første ledd andre punktum at «arbeidsgiver må heller ikke iverksette tiltak for å innhente helseopplysninger på annen måte». Ordlyden «heller ikke» viser at andre punktum må ses i sammenheng med første punktum. Det er imidlertid ikke tydelig hvilke deler av første punktum det vises tilbake til. Spørsmålet er om arbeidsgiver kan innhente nødvendige helseopplysninger på andre måter enn å be om dem fra arbeidssøker.

På den ene siden kan henvisningen «heller ikke [...] på annen måte» tilsi at det kun presiseres at arbeidsgiver ikke skal kunne omgå nødvendighetsbegrensningen i første punktum ved å innhente helseopplysningene på en annen måte. Altså slik at henvisningen både viser tilbake til innhentingsmåte og nødvendighetsvilkåret i første punktum. En slik tolkning vil medføre at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger på andre måter så lenge de er nødvendige.

På den annen siden kan henvisningen kun peke tilbake på innhentingsmåte. I så fall er arbeidsgiver avskåret fra å innhente helseopplysninger på andre måter. At ordet «helseopplysninger» er brukt i ubestemt form underbygger at andre punktum gjelder alle helseopplysninger, uavhengig av om helseopplysningene er nødvendige. Ordlyden er dermed tvetydig.

Dersom det var meningen at nødvendighetsvilkåret skulle gjelde både for innhenting av helseopplysninger fra arbeidssøker selv og for innhenting av helseopplysninger på andre måter ville det ikke vært naturlig å skille ut innhenting på andre måter i et eget punktum. Da ville det vært mer naturlig å regulere alle innhentingsmåter i samme setning.

Breistein-utvalget uttalte at «[h]elseopplysninger skal heller ikke kunne innhentes på annen måte enn ved å spørre arbeidssøkeren, for eksempel ved bruk av andre kilder, helsepersonell, oppgitte referanser mv.».⁹⁹ Uttalelsen viser at utvalget mente at arbeidsgiver skulle være avskåret fra å innhente helseopplysninger på andre måter, uavhengig av om de var nødvendige.

Jakhelln skriver at første punktum er «et forbud mot at det [...] blir bedt om at søkere gir ytterligere opplysninger», og videre at andre punktum er et «forbud mot at arbeidsgiver

⁹⁹ NOU 2001:4 s. 107

innhenter slike ytterligere opplysninger på annen måte ved å iverksette tiltak».¹⁰⁰ Bruken av ordene «slike ytterligere opplysninger» tilsier at han mener at de opplysningene som ikke kan innhentes etter første punktum, altså de unødvendige helseopplysningene, heller ikke kan innhentes på andre måter. Videre skriver han at bestemmelsen innebærer at «arbeidsgiver ikke har rett til å innhente ytterligere helseopplysninger gjennom helsepersonell, felles kjente eller familie».¹⁰¹ I denne sammenhengen synes ordet «ytterligere» å vise tilbake til helseopplysninger gitt av arbeidssøker, slik at det er ment at arbeidsgiver overhode ikke kan innhente helseopplysninger på andre måter. Uttalelsene er ikke klare.

Monsen skriver at andre måter å innhente helseopplysninger på er «tiltak som arbeidsgiver ikke kan iverksette».¹⁰² Uttalelsen viser at hun mener at forbudet gjelder uavhengig av om helseopplysningene er nødvendige.

Begrunnelsen for at det er åpnet for at arbeidsgiver kan innhente nødvendige helseopplysninger fra arbeidssøker er at arbeidsgiver kan ha et sterkt behov for å avklare om arbeidssøker kan utføre arbeidsoppgavene. Arbeidsgivers grunnlag for å avklare dette vil imidlertid normalt bli best dersom helseopplysningene innhentes fra arbeidssøker selv og ikke på andre måter. Arbeidssøker selv sin egen kropp og helse best. Arbeidssøker vil kunne gi mest mulig presis og korrekt informasjon om hvordan helsetilstanden hans er og hvordan den påvirker hans arbeidsevne. At arbeidsgivers vurderingsgrunnlag blir bedre ved å innhente helseopplysningene fra arbeidssøker selv tilsier at arbeidsgiver ikke bør kunne innhente helseopplysninger på andre måter.

Hvis helseopplysninger innhentes ved andre tiltak er det en fare for at det skjer en sortering basert på tidligere sykdomshistorikk, symptomer og diagnoser. Slike forhold er ikke i seg selv relevante for arbeidsgiver når han skal vurdere om arbeidssøker kan utføre arbeidsoppgavene. Forholdene forteller lite om hvordan den enkelte arbeidssøker som har hatt eller har sykdommen eller diagnosen vil fungere i stillingen. Vernet mot utestengelse på urimelig grunnlag effektiviseres dersom arbeidsgiver ikke kan innhente helseopplysninger på andre måter.

¹⁰⁰ Jakhelln (2013) pkt. 4.3.11 s. 135

¹⁰¹ Jakhelln (2013) pkt. 4.3.11 s. 136

¹⁰² Jakhelln m.fl. (2011) s. 461 (Kommentar til aml. § 9-3 av Katrine Rygh Monsen)

Siden arbeidsgiver får et bedre grunnlag for å vurdere arbeidssøkers arbeidsevne i den konkrete stillingen ved at helseopplysningene innhentes fra arbeidssøker selv er det liten grunn til at arbeidsgiver skal kunne innhente helseopplysninger ved andre tiltak. Det vil dessuten være mer inngripende å innhente helseopplysninger ved andre tiltak. Arbeidssøker vil i slike tilfeller miste kontroll over hvilke opplysninger som gis og han kan miste muligheten til å imøtegå opplysningene.

Hvis arbeidssøker ikke gir de nødvendige helseopplysningene når arbeidsgiver ber om dem vil arbeidsgiver kunne legge vekt på arbeidssøkers taushet i vurderingen av hvem som skal ansettes.¹⁰³ Arbeidsgiver må dermed ikke innhente nødvendige helseopplysninger fra andre for å ivareta sitt behov dersom arbeidssøker ikke gir helseopplysningene.

Forarbeidsuttalelsen peker på den løsningen som best ivaretar arbeidssøkers interesser og arbeidsgivers behov. Basert på dette må aml. § 9-3 første ledd andre punktum tolkes slik at nødvendige helseopplysninger ikke kan innhentes på annen måte enn fra arbeidssøker selv.

6.3 Tilretteleggingsplikstens betydning

Arbeidstakere og arbeidssøkere med funksjonsnedsettelse har rett til «egnet individuell tilrettelegging av ansettelsesprosess, arbeidsplass og arbeidsoppgaver», jf. ldl. § 22. For å avklare hva som er egnet tilrettelegging har arbeidsgiver behov for å innhente helseopplysninger.¹⁰⁴ I noen tilfeller er det ikke tilstrekkelig å innhente helseopplysninger fra arbeidssøker selv for å avklare hva som er egnet tilrettelegging. For eksempel kan arbeidssøker ha en funksjonsnedsettelse som påvirker evnen til å vurdere egen arbeidsevne eller til å gjøre rede for hvilke tilretteleggingstiltak som er egnet. Da må arbeidsgiver innhente helseopplysninger fra andre for å kunne klarlegge hvilke tilretteleggingstiltak som er hensiktsmessige for å imøtekomme arbeidssøkers konkrete behov.

Etter aml. § 9-3 første ledd andre punktum kan arbeidsgiver ikke innhente helseopplysninger fra andre, jf. drøftelsen over i punkt 6.2. Spørsmålet er om forbudet i aml. § 9-3 første ledd andre punktum mot å innhente helseopplysninger på andre måter enn å be om opplysningene

¹⁰³ Se pkt. 4.1.4

¹⁰⁴ Se pkt. 5.5 om arbeidsgivers behov for å stille spørsmål for å ivareta plikten til individuell tilrettelegging.

fra arbeidssøker skal tolkes innskrenkende i de tilfeller det er nødvendig for å ivareta tilretteleggingsplikten.

Likestillings- og diskrimineringsloven § 30 er ikke problematisk i dette tilfellet. I motsetning til aml. § 9-3 skiller det i ldl. § 30 ikke mellom å be om opplysningene fra arbeidssøker og innhenting av opplysningene ved andre tiltak. Så lenge vilkårene i ldl. § 30 andre ledd er oppfylt kan arbeidsgiver innhente opplysninger om funksjonsnedsettelsen etter den bestemmelsen.

Forholdet mellom forbudet mot å innhente helseopplysninger ved andre tiltak og tilretteleggingsplikten er ikke eksplisitt kommentert i forarbeidene til arbeidsmiljøloven eller likestillings- og diskrimineringsloven.

I forarbeidene til likestillings- og diskrimineringsloven kommer imidlertid departementet med en uttalelse om at det kan «være aktuelt å innhente bistand fra andre for å finne frem til en god individuell tilrettelegging».¹⁰⁵ Videre presiseres det at «[a]rbeidsgivere vil imidlertid ikke ha anledning til å innhente helseopplysninger utover det som er nødvendig for å kartlegge tilretteleggingen».¹⁰⁶ Departementet synes da å mene at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra andre dersom det er nødvendig for å finne frem til egnet tilrettelegging. Dette forutsetter at forbudet i aml. § 9-3 første ledd andre punktum mot å innhente helseopplysninger på andre måter enn å be om dem fra arbeidssøker tolkes innskrenkende.

I LDNs praksis er det lagt til grunn at arbeidsgiver kan måtte innhente helseopplysninger fra andre for å ivareta tilretteleggingsplikten. I LDN-2007-21 ble det uttalt at arbeidsgiver hadde brutt tilretteleggingsplikten fordi han «satt seg ikke inn i hva diagnosen AD/HD innebærer, og hvilke følger denne kunne få for Bs atferd». Første skritt måtte være å ta «kontakt med kompetent medisinsk fagpersonale for å vurdere hva arbeidsplassen kan bidra med». Uttalelsene viser at arbeidsgiver ikke kan basere seg utelukkende på arbeidssøkers egne utsagn. Videre viser uttalelsene at arbeidsgiver ikke bare kan innhente opplysninger om ADHD generelt. Han må innhente opplysninger for å kartlegge den konkrete arbeidssøkers behov og hva arbeidsplassen kan bidra med for denne arbeidssøkeren. At arbeidsgiver har en selvstendig plikt til å sette seg inn i arbeidssøkers diagnose og behov er også uttrykk i LDN-

¹⁰⁵ Prop.81 L (2016-2017) s. 221

¹⁰⁶ Prop.81 L (2016-2017) s. 221

2009-40 og LDN-2011-22.¹⁰⁷ I tillegg har det blitt henvist til LDNs tolkning av tilretteleggingsplikten når det gjelder innhenting av opplysninger om arbeidssøker fra andre i litteratur.¹⁰⁸

Sakene om tilretteleggingsplikten som LDN har behandlet gjelder arbeidsgivers plikt til å tilrettelegge for arbeidstakere. Imidlertid er det ingen grunn til at arbeidsgiver i større utstrekning skal kunne innhente helseopplysninger for å sette i verk egnede tilretteleggingstiltak for arbeidstakere enn arbeidssøkere. For arbeidssøkere kan tilrettelegging av ansettelsesprosessen være en nødvendighet for å få innpass i arbeidslivet.

Etter FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter¹⁰⁹ artikkel 6 skal myndighetene anerkjenne retten til arbeid. Det følger også av Grunnloven¹¹⁰ § 110 at myndighetene «skal legge forholdene til rette for at ethvert arbeidsdyktig menneske kan tjene til livets opphold ved arbeid eller næring». Tilrettelegging av ansettelsesprosessen, arbeidsplassen og arbeidsoppgaver er et viktig virkemiddel for å ivareta retten til arbeid for personer med funksjonsnedsettelse. En tolkning av aml. § 9-3 første ledd andre punktum som gjør at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra andre for å få iverksatt de mest egnede tilretteleggingstiltakene vil på den måten bidra til å ivareta retten til arbeid for personer med funksjonsnedsettelser. Det tilsier at forbudet må tolkes innskrenkende, slik at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra andre hvis det er nødvendig for å ivareta tilretteleggingsplikten.

Det følger av aml. § 1-1 bokstav e at et av formålene med loven er å «bidra til et inkluderende arbeidsliv». Tolkningen av de materielle rettslige bestemmelsene skal skje i lys av formålet.¹¹¹ Dersom arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra andre når det er nødvendig for å iverksette egnede tilretteleggingstiltak vil det bidra til å legge til rette for at personer med funksjonsnedsettelser får ta del i arbeidslivet. På den måten vil en innskrenkende tolkning av aml. § 9-3 første ledd andre punktum bidra til å oppnå lovens formål.

¹⁰⁷ Sakene gjelder nå opphevede aml. § 13-5 og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Lov 20. juni 2008 nr. 42 om forbud mot diskriminering på grunn av nedsatt funksjonsevne) § 12, jf. § 4. Disse bestemmelsene er materielt videreført i ldl. § 30.

¹⁰⁸ Skjønberg m.fl. (2017) s. 221-222

¹⁰⁹ FNs konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966.

¹¹⁰ Lov 17. mai 1814 (Grunnloven)

¹¹¹ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 68

Videre er formålet med aml. § 9-3 å beskytte arbeidssøker og når innhenting fra andre gjør at arbeidsgiver kan få iverksatt de mest egnede tilretteleggingstiltak er det til arbeidssøkers fordel. Egnede tilrettelegging er med på å sikre reell likebehandling og gjør arbeidssøkers mulighet til å delta i arbeidslivet større. Det er mindre betenkkelig å tolke bestemmelsen innskrenkende når det er til fordel for arbeidssøker som bestemmelsen er gitt for å verne.

Samlet vil det en innskrenkende tolkning av aml. § 9-3 første ledd andre punktum føre til bedre sammenheng i regelverket og ivareta hensynet til både arbeidsgiver og arbeidssøker på best mulig måte. I tillegg kan løsningen bidra til å ivareta den menneskerettslige retten til arbeid. Konklusjonen er at arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd andre punktum må tolkes innskrenkende slik at arbeidsgiver kan innhente helseopplysninger fra andre når det er nødvendig for å iverksette egnede tilretteleggingstiltak slik arbeidssøker har krav på etter ldl. § 22.

Arbeidsgivers innhenting av helseopplysningene fra andre vil uansett være underlagt nødvendighets- og forholdsmessighetsbegrensningen i aml. § 9-3 og ldl. § 30. Dette innebærer for det første at arbeidsgiver ikke kan innhente opplysninger fra andre dersom han får tilstrekkelig informasjon til å ivareta tilretteleggingsplikten fra arbeidssøker selv. For det andre skal arbeidsgiver gjøre innhenting så lite inngripende som mulig overfor arbeidssøker. Dette gjør at arbeidssøker må gis anledning til å imøtegå opplysningene.

7 Innhentingens lovlighet etter GDPR

7.1 Artikkel 6 – Krav om behandlingsgrunnlag

For at behandling av personopplysninger skal være tillatt etter GDPR må det finnes et behandlingsgrunnlag i artikkel 6. Det følger av GDPR artikkel 6 nr. 1 at behandlingen av personopplysninger bare er lovlig dersom den har grunnlag i minst et av vilkårene som er angitt i artikkelens bokstav a-f. Vilåret må være oppfylt fra innsamlingstidspunktet til behandlingen er ferdig.¹¹²

Etter artikkel 6 bokstav b er behandlingen lovlig hvis den er «nødvendig [...] for å gjennomføre tiltak på den registrertes anmodning før en avtaleinngåelse». Arbeidsgivers vurdering av om arbeidssøker er en aktuell kandidat for ansettelse er et «tiltak». Innhenting av helseopplysninger om arbeidssøker er ”nødvendig” for å gjennomføre dette tiltaket i de tilfeller en forsvarlig og tilfredsstillende utførelse av arbeidsoppgavene avhenger av arbeidssøkers helsetilstand.

At tiltaket skal skje på «den registrertes anmodning» tilsier at det er arbeidssøker som skal ta initiativ. Det er ikke selve innhenting av arbeidssøker må ta initiativ til, men tiltaket som nødvendiggjør behandlingen. Behandlingen er lovlig så lenge den skjer «for these purposes» som den registrerte har anmodet.¹¹³ Når en arbeidssøker sender en søknad eller møter på intervju vil han ha anmodet at arbeidsgiver vurderer om han er egnet for stillingen, og innhenting av nødvendige helseopplysninger vil være behandling av personopplysninger for dette formål.

Det følger av artikkel 6 bokstav c at behandlingen er lovlig hvis den er «nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som påhviler den behandlingsansvarlige». Hvis innhenting av helseopplysninger er nødvendig for å ivareta arbeidsgivers tilretteleggingsplikt etter ldl. § 22 er dette vilåret oppfylt.

¹¹² Skullerud m.fl. (2018) s. 81 (Kommentar til art. 6)

¹¹³ Uttalelse fra EUs Article 29 Working Party i Opinion 06/2014, s. 18. Uttalelsen gjelder direkte art. 7 første ledd bokstav b i det nå opphevet personverndirektivet (ERdir. 95/46/EF), men uttalelsen er relevant for GDPR artikkel 6 bokstav b fordi bokstavene er rettslig sett identiske (Paul Voigt og Axel von dem Bussche, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*, Cham 2017 s. 102)

Artikkel 6 bokstav f gir større fleksibilitet enn de andre vilkårene siden bokstav f gir anvisning på en konkret interesseavveining. Behandlingen må være «nødvendig», den behandlingsansvarlige må ha en «berettiget interesse» og disse interessene må veies opp mot «den registrertes interesser eller grunnleggende friheter», jf. bokstav f. Dersom innhenting er lovlig etter aml. § 9-3 vil arbeidsgivers interesser veie tyngre enn hensynet til arbeidssøker.¹¹⁴ Er innhenting lovlig etter aml. § 9-3 vil dermed også behandlingen ha grunnlag i artikkel 6 bokstav f.

7.2 Artikkel 9 – Særlig sensitive opplysninger

For noen kategorier av personopplysninger er det fastsatt ytterligere regler om behandling av personopplysninger i GDPR artikkel 9. Opplysningene dette gjelder er særlig sensitive og innebærer en særlig høy risiko for den registrertes grunnleggende rettigheter og friheter.¹¹⁵ Utgangspunktet er at behandling av slike personopplysninger er forbudt, jf. artikkel 9 nr. 1. Personopplysningene kan imidlertid likevel behandles dersom et av de alternative vilkårene i artikkel 9 nr. 2 er oppfylt. Helseopplysninger er en av de typene personopplysninger som er regulert i artikkel 9, jf. artikkel 9 nr. 1.

Det følger av artikkel 9 nr. 2 bokstav b at behandling av helseopplysninger kan skje dersom behandlingen er «nødvendig» for at den behandlingsansvarlige skal kunne «utøve sine særlige rettigheter på området arbeidsrett [...] i den grad dette er tillatt i henhold til [...] medlemsstatenes nasjonale rett [...] som gir nødvendige garantier for den registrertes grunnleggende rettigheter».

Adgangen arbeidsgiver har til å innhente helseopplysninger etter arbeidsmiljøloven § 9-3 er en «rettighet[er] på området arbeidsrett» og behandlingen av helseopplysninger for å ivareta arbeidsrettslige plikter er tillatt i henhold til nasjonal rett, jf. personopplysningsloven § 6. Behandlingen er «nødvendig» for at arbeidsgiver skal kunne «utøve sin[e] særlig[e] rettighet[er]» fordi rettigheten nettopp er retten til å innhente helseopplysninger.

Kravet om at det må gis «nødvendige garantier for den registrertes grunnleggende rettigheter» sikter ikke bare til personvernrettigheter, men også til andre grunnleggende rettigheter for den

¹¹⁴ Se pkt. 4.1.2 og 5

¹¹⁵ Fortalen til GDPR, pkt. 51

enkelte.¹¹⁶ Siden det er tale om behandling av en sensitiv personopplysningstype, som innebærer en særlig høy risiko for den registrerte og krever høy grad av datasikkerhet, må garantiene som gis være tilsvarende gode.¹¹⁷

Departementet uttalte ved vedtakelsen av personopplysningsloven at dette kravet skulle oppfylles gjennom mer spesifikke garantier i sektorlovgivningen.¹¹⁸ Som eksempel på en slik garanti ble det blant annet vist til aml. § 9-3. Det ble påpekt at dersom det ble behov for ytterligere garantier skulle dette fastsettes i arbeidsmiljølovgivningen. Departementet synes dermed å mene at arbeidssøkerens personvernrettigheter er ivaretatt i tilstrekkelig grad gjennom arbeidsmiljøloven. I teorien henviser også Skullerud til arbeidsmiljøloven som eksempel på en lov som inneholder slike garantier.¹¹⁹ Dette innebærer at så lenge innhenting er lovlig etter aml. § 9-3 vil arbeidsgiver kunne innhente helseopplysninger om arbeidssøker med grunnlag i artikkel 9 nr. 2 bokstav b.

I tillegg til artikkel 9 nr. 2 bokstav b kan også bokstav e være et aktuelt grunnlag for innhenting av helseopplysninger. Det følger av bokstav e at behandlingen er lovlig dersom den gjelder personopplysninger som det er «åpenbart at den registrerte har offentligjort». Har arbeidssøker frivillig tilgjengeliggjort helseopplysninger i et register, på en nettside, i et forum eller på en profil i sosiale medier kan arbeidsgiver med grunnlag i bokstav e innhente opplysningene.¹²⁰

¹¹⁶ Fortalen til GDPR, pkt. 52

¹¹⁷ Voigt og Bussche (2017) s. 112

¹¹⁸ Prop.56 LS (2017-2018) s. 43

¹¹⁹ Skullerud m.fl. (2018) s. 108 (Kommentar til art. 9)

¹²⁰ Voigt og Bussche (2017) s. 113

8 Kildeliste

A. Lover, forskrifter, konvensjoner og EU-rettsakter:

Lover:

Lov 17. mai 1814 (Grunnloven)

Lov 27. november 1992 nr. 109 om gjennomføringen i norsk rett av hoveddelen i avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde (EØS) m.v. (EØS-loven)

Lov 05. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd (folketrygdloven)

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

Lov 12. mai 2003 nr. 100 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi m.m. (bioteknologiloven)

Lov 10. juni 2005 nr. 40 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Likestillings- og diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

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

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

Lov 16. juni 2017 nr. 50 om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven)

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

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

Forskrifter:

Forskrift 20. desember 2010 nr. 1780 om helsekrav for personer i arbeid på innretninger i petroleumsvirksomheten til havs

Konvensjoner:

Den europeiske menneskerettskonvensjonen, 4. november 1950. Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (EMK)

Konvensjon om økonomiske, sosiale og kulturelle rettigheter, 16. desember 1966. International covenant on economic, social and cultural rights (ØSK)

EU-direktiver og forordninger:

Personverndirektivet, ERdir. 95/46/EF

Personvernforordningen, EP/Rfor. EU 2016/679 (GDPR)

B. Forarbeider

NOU 2001:4	<i>Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet (Breisteinutvalget)</i>
NOU 2004:5	<i>Arbeidslivlovutvalget: Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst</i>
Ot.prp. nr.3 (1975-1976)	<i>Om lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v</i>
Ot.prp. nr.5 (1999–2000)	<i>Om lov om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)</i>
Ot.prp. nr.49 (2004-2005)	<i>Om lov om arbeidsmiljø. Arbeidstid og stillingsvern mv.</i>

Ot.prp. nr.79 (2008-2009)	<i>Om lov om endringer i arbeidsmiljøloven, likestillingsloven, diskrimineringsombudsloven og diskriminerings- og tilgjengelighetsloven (Homofile og kvinner i trossamfunn m.m)</i>
Prop.88 L (2012-2013)	<i>Diskrimineringslovgivning (diskrimineringsloven om seksuell orientering, likestillingsloven, diskrimineringsloven om etnisitet, diskriminerings- og tilgjengelighetsloven)</i>
Prop.81 L (2016-2017)	<i>Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)</i>
Prop.56 LS (2017-2018)	<i>Lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) nr. 2016/679 (generell personvernforordning) i EØS-avtalen</i>

C. Rettspraksis og forvaltningspraksis

Høyesterettspraksis:

Rt. 1988 s. 766

Rt. 1988 s. 959

Vedtak fra likestillings- og diskrimineringsnemda:

LDN-2007-21, ADHD-saken

LDN-2009-40, Epilepsi-saken

LDN-2011-22, Bipolar-saken

Uttalelser fra sivilombudsmannen:

SOMB-2007-24

SOMB-2018-2591

Praksis fra Den europeiske menneskerettighetsdomstolen:

10454/83, Gaskin v. The United Kingdom, 7. juli 1989.

30562/04 og 30566/04, S. and Marper v. The United Kingdom, 4. desember 2008.

37359/09, Hämäläinen v. Finland, 16. juli 2014.

D. Juridisk litteratur:

Aagaard, Erik C, Nina Melsom og Kurt Weltzien 2012, *Bedriftens personalhåndbok*. 8. Utgave. Oslo, Gyldendal.

Dege, Jan Tormod 2009, *Den individuelle arbeidsrett Del 1*. Oslo, Minerva. Side 1-798.

Eckhoff, Torstein 2001, *Rettskildelære*, 5. Utgave. Oslo, Universitetsforlaget.

Eidsvaag, Tine 2009, *Handlaus gjæte. Vern mot utstøting og diskriminering av arbeidstakere med helseproblemer eller funksjonsnedsettelse*. Universitetet i Bergen, via bora.uib.no (<http://bora.uib.no/handle/1956/3589>).

Jakhelln, Henning 2013, *Oversikt over arbeidsretten*. Cappelen Damm, via arbeidsrett.no (https://www.arbeidsrett.no/r/ebook/oversikt_over_arbeidsretten/master/_intro_.xhtml). Sist oppdatert 13.11.2018.

Jakhelln, Henning, Helga Aune, Nina Kroken og Claude A. Lenth. (red.) 2011, *Arbeidsrett.no - kommentarer til arbeidsmiljøloven*. 3. utgave. Oslo, Cappelen Damm Akademisk.

Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Marianne Jenum Hotvedt 2018, *Individuell arbeidsrett*. 2. utgave. Oslo, Gyldendal.

Skullerud, Åste Marie Bergseng, Cecilie Rønnevik, Jørgen Skorstad, og Marius Engh Pellerud 2018, *Personvernforordningen (GDPR) Kommentarutgave*. 1. Utgave. Oslo, Universitetsforlaget.

Voigt, Paul og Axel von dem Bussche 2017, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Practical Guide*. Cham, Springer International Publishing.

E. Annet:

Article 29 Working Party, *Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC*, Adopted on 9 April 2014, 844/14/EN WP 217