

”Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser av ansatte og arbeidssøkende”.

Kandidatnummer:148653

Antall ord: 13477

Veileder: Tine Eidsvaag

1 Innledning.....	3
1.1 Presentasjon av problemstilling.	3
1.2 Avgrensning.	3
1.3 Definisjoner.	4
1.4 Arbeidstakers integritet som begrensning for arbeidsgivers styringsrett.	4
2 Rettskildebildet.....	5
2.1. Lov.	5
2.2 Forarbeidene.....	5
2.3 Rettspraksis.	5
2.4 Juridisk litteratur.	5
2.5 Nærmere om internasjonale forpliktelser.....	6
2.5.1 Innledning.....	6
2.5.2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK).	6
2.5.3 International Labour Office.....	7
2.5.4 EU og EØS.	8
2.5.5 Europarådet.	8
3 Bakgrunnen for arbeidsmiljøloven § 9-4.	8
3.1 Historisk bakgrunn for arbeidsgivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser.	8
3.2 Legislative hensyn.....	9
3.2.2 Nærmere om hensynene.	9
4 Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser i et nordisk perspektiv.	10
4.1 Innledning.....	10
4.2 Sverige.....	11
4.2.1 SOU 2002:18.....	12
4.3 Danmark.	12
4.4 Finland.....	13
4.5 Oppsummering.	14
5 Arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd.....	14
5.1 Innledning.....	15
5.2 Forholdet til arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2.	15
5.3 § 9-4 første ledd bokstav a.	16
5.4 § 9-4 første ledd bokstav b.	16
5.5 § 9-4 første ledd bokstav c.	17
6 Særlig om rusmiddeltesting.....	17
6.1 Innledning.....	17
6.2 Lovregulering.	18
6.2.1 Arbeidsmiljøloven § 9-4.....	18
6.2.2. Annen lovgivning.....	18
6.3 Rettspraksis.	19
6.3.1 Klagesak 2005-06, Securitas saken.	19
6.3.2 Forståelsen av personvernemndas resultat.	20
6.3.3 Securitas saken sett i sammenheng med nordisk praksis.	21
6.4 Etterfølgende vurdering om rusmiddelkontroll i arbeidslivet.	22
7 Nærmere om visse yrkesgrupper.....	23
7.1 Innledning.....	23
7.2 Dykkere.	23
7.2.1 Innledning.....	23
7.2.2 Den rettslige regulering.....	24
7.3 Helsepersonell.	25
7.3.1 Innledning.....	25

7.3.2. Rusmiddelkontroll i henhold til helsepersonelloven og arbeidsmiljøloven § 9-4.....	25
7.3.3. Forskrift om antibiotikaresistente bakterier og tuberkoloseundersøkelse.....	26
8 Arbeidstakers medvirkningsplikt, mulige sanksjoner mot arbeidstaker ved unnlattelse og tvangsgjennomføring.....	27
8.1 innledning.....	27
8.2 Arbeidstakers medvirkningsplikt og mulige sanksjoner mot arbeidstaker ved unnlattelse.....	27
8.3 tvangsgjennomføring.....	28
9 Rettsvirkninger av ulovlig kontroll.	28

1 Innledning.

1.1 Presentasjon av problemstilling.

Formålet med denne oppgaven er å drøfte hvilken adgang arbeidsgiver har til å kreve medisinske undersøkelser av ansatte og arbeidssøkende. Hovedproblemstillingen vil da være knyttet til avveiningen av de ulike interessene og behovene hos arbeidsgiver og arbeidstaker. Det vil bli nærmere behandlet i hvilken grad disse behovene og interessene skal tilgodeses på bekostning av den andres, når det kan skje og på hvilke vilkår.

Oppgaven vil vurdere arbeidsgivers adgang både etter den generelle hjemmelen i arbeidsmiljøloven § 9-4 og etter bestemmelser i særlovgivningen. Hovedvekten av oppgaven vil omhandle adgangen etter § 9-4, fordi dette er den generelle og samtidig mest aktuelle hjemmelen for de fleste arbeidsgivere.

1.2 Avgrensning.

Problemstillingen avgrenses mot behandlingstilfellene. Dermed er det formålet bak kontrolltiltaket som er avgjørende for oppgavens emne. Dermed vil for eksempel spørsmål knyttet til arbeidslivets kompetansesenter for rus- og avhengighetsproblematikk avtale mellom ledelse og ansatte falle utenfor oppgavens tema. Bedriftshelsetjeneste vil også falle utenfor, siden ordningen hovedsakelig har et behandlingsformål.

I den komparative delen vil det kun bli foretatt en sammenligning med andre nordiske lands gjeldende rett. Dette som en følge av de mange fellestrekkene det er mellom de nordiske lands kontrolladgang vil nettopp en presentasjon av denne retten kunne øke forståelsen av vår egen rett.

1.3 Definisjoner.

Begrepet medisinsk undersøkelse skal i denne oppgaven forstås på samme måte som den forståelse Breisteinutvalget la til grunn. Medisinske undersøkelser er da undersøkelser som har som formål å fremskaffe helseopplysninger om den enkelte, og som er utført av helsepersonell.¹

Ut i fra denne definisjonen vil både utvendige undersøkelser som å lytte til hjerte, undersøkelse av biologisk materiale som urintest, og andre tester og undersøkelser som for eksempel synstest og røntgen bli omfattet av begrepet.²

Derimot vil personlighetstester som for eksempel personlighetsanalyser, ferdighetstester og simuleringstester falle utenfor.

1.4 Arbeidstakers integritet som begrensning for arbeidsgivers styringsrett.

Arbeidsgivers adgang til å kreve at arbeidstakere skal underlegges medisinske undersøkelser bygger på styringsretten. Styringsretten er retten til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, og er en naturlig konsekvens av det hierarkiske forholdet mellom partene som arbeidsavtalen etablerer.³ Det kan være mange grunner til at arbeidsgiver vil innføre og anvende medisinske undersøkelser på sine ansatte og arbeidssøkende. Arbeidsgiver har blant annet lovpålagte plikter i arbeidsmiljøloven kapittel 3 til å sikre et trygt arbeidsmiljø, både for den ansatte selv, for andre arbeidstakere og omverdenen for øvrig. Videre vil arbeidsgiver ha klare økonomiske interesser i å få tak i informasjon om arbeidstakerne som vil kunne sikre virksomhetens produktivitet og lønnsomhet. En arbeidstaker som er ofte syk vil kunne medføre utgifter i form av vikarutgifter og sykepenger. Slik informasjon vil dermed kunne være av stor driftsmessig betydning for bedriften allerede under ansettelsesprosessen.

Arbeidsgivers ønske om informasjon fra medisinske undersøkelser må likevel sees i forhold til arbeidstakers integritet. Som en følge av at alle medisinske undersøkelser etter sin art må betraktes som inngrep i den enkeltes personlige integritet⁴ vil arbeidstakerne ha et klart behov for et vern mot arbeidsgivers ønske om slik informasjon. Behovet for integritetsvern vil også være merkbart for arbeidstakerne i forhold til mulige uheldige følger som kan oppstå etter at opplysningene er hentet inn, som for eksempel at opplysningene blir brukt til andre formål enn bestemt eller utestengning fra arbeidslivet.

Et slikt vern har arbeidstakerne allerede ved det ulovfestede prinsipp om individets personlige integritet⁵ og dette prinsippet kommer blant annet til syne i arbeidsmiljøloven § 9-4. Der fremgår det at arbeidsgiver kun kan kreve medisinske undersøkelser på nærmere angitte vilkår. Videre vil arbeidstakeren ha et alminnelig vern til respekt for sitt "privatliv" i EMK art. 8. Både aml. § 9-4 og EMK art. 8 vil bli nærmere behandlet senere, under henholdsvis punkt 5 og 2.5.2. Det at arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til disposisjon i henhold til

¹ NOU 2001:4 s.19.

² NOU 2001:4 s.19.

³ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.48.

⁴ *Ot.prp. 49 2004-05 s.149*

⁵ Domstolene har utviklet et ulovfestet personvern. Dette ulovfestede vernet ble blant annet lagt til grunn i Rt. 1991 s.616. Saken dreide seg om adgangen til å avskjære bevis i et video-opptak som arbeidsgiver hadde foretatt av en arbeidstaker på arbeidsplassen, uten at arbeidstaker visste om det. Beviset ble avskjært med begrunnelse i vern av den personlige integritet. "Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra almindelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis" (Rt. 1991 s.616 på s.623). Det ulovfestede prinsippet ble også lagt til grunn i forarbeidene til arbeidsmiljøloven, jfr. *ot.prp. 49 2004-05 s.140*.

arbeidsavtalen medfører dermed ikke et opphør av vernet til integritet vedkommende har som privatperson.⁶ På den annen side så kan arbeidsgiver som tidligere nevnt ha et klart behov for å sikre seg informasjon om arbeidstaker og arbeidssøkers helsesituasjon. Det foreligger dermed motstrid mellom arbeidstakers behov for vern av sin integritet og arbeidsgiver sitt behov for informasjon, selv om behovene i visse tilfeller vil kunne sammenfalle. Eksempler på slike sammenfall vil være at det er i begge parter interesse at arbeidstakerne ikke blir syke som en følge av et helsefarlig arbeidsmiljø og at virksomheten har en forsvarlig økonomi som sikrer arbeidsplassene.⁷

2 Rettskildebildet.

2.1. Lov.

Den generelle hjemmel arbeidsgiver har for å iverksette medisinske undersøkelser er arbeidsmiljøloven § 9-4. Ellers er det en rekke bestemmelser i særlovgivningen som gir lignende hjemmel for en konkret yrkesgruppe eller arbeidsområde. Bestemmelsene vil også ofte kun gi hjemmel for en konkret type medisinsk undersøkelse som for eksempel rusmiddeltesting. Eksempler på slike særbestemmelser er lov av 16. februar 2007 om skipssikkerhet § 17, lov av 11. juni 1993 om luftfart § 6-11, lov av 5. august 1994 om vern mot smittsomme sykdommer § 3-2 og lov av 4. august 1995 om politiet § 23.

Det foreligger videre en rekke forskrifter gitt med hjemmel i lov som enten fastsetter flere vilkår for en allerede lovfestet rett til medisinsk undersøkelse eller som i seg selv gir rett til å foreta slike kontrolltiltak. Et eksempel på det sistnevnte er forskrift om dykking av 30. november 1990, gitt i hjemmel av arbeidsmiljøloven, jfr. §§ 4-1, 4-4 og 20-2

2.2 Forarbeidene.

Forarbeidene til arbeidsmiljøloven er NOU 2004: 5 og Ot.prp 2004-05 nr. 49. NOU 2001:4 Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet resulterte aldri i noen lovgivning og vil dermed bare kunne fungere som bakgrunnsmateriale. Utredningen har likevel en ganske detaljert drøftelse av oppgavens problemstilling og kan dermed komme med nyttige innspill der forarbeidene til arbeidsmiljøloven er tause.

2.3 Rettspraksis.

Det foreligger ingen rettsavgjørelse fra det ordinære domstolsapparatet som tar for seg arbeidsgivers adgang til medisinske undersøkelser. Derimot så har personvernemnda behandlet en sak om adgang til rusmiddeltesting av ansatte. Denne saken er behandlet nærmere under punkt 6.3.

Som en følge av mangel på norske avgjørelser og siden arbeidsgivers kontrolladgang er ganske lik i de andre nordiske land, så vil andre nordiske lands praksis kunne ha relevans. En presentasjon og sammenligning av nordisk praksis blir foretatt under punkt 6.3.3.

2.4 Juridisk litteratur.

Det foreligger lite juridisk litteratur som behandler problemstillingen.

⁶ Aune/Jakhelln Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.141

⁷ NOU 2001:4 s.15

Både Henning Jakhelln i "Oversikt over arbeidsretten" og Eirik C. Aagaard, Nina Melsom i "bedriftens personalhåndbok tar likevel opp problemstillingen i sine verk. Videre er det publisert noen artikler om problemstillingen. Advokat Nils H. Storeng har laget en artikkel om "rusmiddelkontroll i arbeidslivet", og utreder i Høyesterett Tron Sundet har berørt problematikken i artikkelen "Rusmiddelkontroll av vernepliktige - noen rettslige spørsmål".

2.5 Nærmere om internasjonale forpliktelser.

2.5.1 Innledning.

På arbeidsrettens område er folkerettslige regler med på å trekke opp grensene for den norske lovgivningen. Grensene kan bli trukket gjennom både traktater og konvensjoner, som når Norge har ratifisert, blir folkerettslig forpliktet til å følge, og gjennom rekommandasjoner, som ikke er rettslig bindende men er anbefalinger. Sedvane vil også kunne ha en avgjørende rolle siden konvensjonsorganenes tolkning og praksis vil kunne ha en stor betydning ved forståelsen og tolkningen av nasjonale regler. Norsk rett bygger i prinsippet på det dualistiske system i forhold til folkeretten, som vil si at norsk rett og internasjonal rett er to separate systemer. Systemet innebærer at gjennomføring av konvensjonsforpliktelser krever lovvedtak eller annen tilsvarende handling for at retter og plikter skal bli gyldig internrettslig. Men hvor det er norske lovregler som svarer til konvensjonsbestemmelsene vil konvensjonsreglene kunne få betydning ved tolkningen av de norske reglene. Ut i fra harmoniseringshensyn vil de tolkes slik at det blir samsvar med konvensjonsreglene.⁸ Det foreligger videre en presumsjon⁹ for at norsk rett formodes å være i samsvar med folkeretten

Er derimot de norske reglene i strid med konvensjonsreglene, og de norske reglene er så klare at de ikke kan tolkes til å samsvare med konvensjonsbestemmelsene gjennom harmonisering eller presumsjonsprinsippet, har de norske reglene forrang¹⁰.

Nedenfor skal både de viktigste internasjonale forpliktelsene til Norge presenteres, samt forslag og konvensjoner som ikke er vedtatt men som likevel kan gi et bilde av rettsområdets utvikling.

2.5.2 Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon (EMK).

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon ble gjort til norsk lov ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett¹¹, lov av 21. mai 1999 nr. 30 jfr. § 2. Ved motstrid mellom annen lovgivning og bestemmelser som er angitt i mnskrl. § 2, skal bestemmelser som er angitt i § 2 gå foran annen lovgivning, jfr. mnskrl. § 3.

Konvensjonen har betydning for arbeidsgivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser ved at den gir vern av den personlige integritet. Artikkel 8 nr. 1 sier at "Enhver har rett til respekt for sitt privatliv". At medisinske undersøkelser er inngrep som kan omfattes av vernet er lagt til grunn av EMD.¹² Etter EMK er det staten "så vel statsrettslig som traktatrettlig" det naturlige ansvarssubjekt.¹³ Staten hefter dermed "objektivt for alle sine ansatte i alle

⁸ Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.82.

⁹ Ruud/Ulfstein, Innføring i folkeretten s.42

¹⁰ Norsk retts forrang ved motstrid ble lagt til grunn i Finanger saken, Rt.2000 s.1811

¹¹ note: som må sees i sammenheng med Grunnlovens § 110 c som sier at det "paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne. Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov".

¹² Peters v/Nederland, Anr. 21132/93. Saksforholdet var at fengselsmyndighetene i Nederland krevde en urinprøve av en innsatt. Ved spørsmålet om dette var inngrep som var omfattet av art. 8 uttalte EMD at "In respect of Article 8 (Art. 8) of the Convention the Commission recalls that a compulsory medical intervention, even if it is of minor importance, must be considered an interference with the right to respect for private life (..) therefore, considers that the obligation to undergo a urine test constitutes an interference with the applicant's right to respect for his private life within the meaning of Article 8 para".

¹³ Aall Rettsstat og menneskerettigheter s.50.

myndighetsgrener og funksjoner”.¹⁴ Dermed vil offentlige ansettelsesforhold omfattes av art. 8. Dette ble lagt til grunn i *COPLAND v. Storbritannia*. En kvinnelig ansatt ved Carmarthenshire College fikk sin e-post, internet aktivitet og telefon overvåket av arbeidsgiver. De britiske myndighetene erkjente da at “the College was a public body for whose actions the State was directly responsible under the Convention”.¹⁵

At art. 8 i visse tilfeller kan komme til anvendelse også overfor private er også lagt til grunn av EMD.¹⁶ Spørsmålet blir da om vernet skal utvides til også å omfatte private arbeidsforhold. Det foreligger ingen rettspraksis fra EMD på området. Både *Wretlund v. Sverige* og *Madsen v Danmark* som begge gjaldt rusmiddeltesting på arbeidsplassen ble avvist av EMD etter art. 35 (3) og (4).

Nordisk teori virker å akseptere en slik utvidelse av konvensjonsvernet. Kent Källström¹⁷ mener at artikkelen omfatter både offentlige og private ansettelsesforhold når det er tale om grove krenkelser. Han bruker telefonavlytting som eksempel på en kontrollvirksomhet som vil kunne tenkes bryte med art. 8. Helga Aune og Henning Jakhelln presenterer vernet etter art. 8, men går ikke nærmere inn på spørsmålet om artikkelen i seg selv er anvendelig på arbeidsforhold. Det blir bare konstatert at den generelle regelen er at ”de alminnelige prinsipper om vern av den enkeltes personlige integritet også må legges til grunn i arbeidsforhold”.¹⁸

Derimot har Lovavdelingen i Justisdepartementet kommet med en tolkningsuttalelse om art. 8. Den konkrete problemstillingen var ”HIV-testing som betingelse for å tjenestegjøre i fredsoperasjoner”.¹⁹ Relevante momenter i vurderingen om et pålegg om å undergå medisinske undersøkelser i arbeidsforhold er omfattet av artikkel 8 mente lovavdelingen var om pålegget er kjent før ansettelsen eller gitt under ansettelsesperioden, hvem som har gitt pålegget og eventuelle konsekvenser for arbeidstaker eller arbeidssøker ved nektelse. Det ble da betraktet som en større grunn å anse et ensidig pålegg fra arbeidsgiver som omfattet av art. 8, enn et pålegg som er forhandlet frem mellom organisasjonene i arbeidslivet. Lovavdelingen sier videre at et pålegg overfor personer som allerede er ansatt og som vil få følger for ansettelsesforholdet hvis det brytes, vil være mer inngripende enn et pålegg som er kjent for en person før ansettelsen. I den aktuelle tolkningsuttalelsen ble det lagt til grunn at spørsmålet om HIV-testing som betingelse for å tjenestegjøre i fredsoperasjoner var tvilsomt, men avdelingen helte i retning av at testingen måtte anses som et inngrep i privatlivet etter art. 8.

Lovavdelingens betraktninger virker fornuftige, og det vil dermed kunne legges til grunn at det er en reell mulighet for at både private og offentlige arbeidsforhold vil kunne gå inn under art. 8.

2.5.3 International Labour Office.

ILO er FNs internasjonale særorganisasjon for arbeidslivet og en av dets grunnmålsetninger er blant annet å gi støtte til utvikling av grunnleggende arbeidstakerrettigheter.

¹⁴ Aall Rettsstat og menneskerettigheter s.50).

¹⁵ Det myndighetene likevel anførte var tiltakene hadde tilstrekkelig hjemmel i lov. EMD fant derimot tiltakene i strid med art. 8.

¹⁶ Saksforholdet i X og Y mot Nederland var seksuelt misbruk begått av en privatperson. Som en følge av mangler i intern lovgivning som medførte at fornærmede var uten strafferettslig vern kom EMD til at staten var ansvarlig for ikke å ha oppfylt sin positive sikreforpliktelse.

¹⁷ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s. 89.

¹⁸ Jakhelln/Aune Nordisk Arbeidsrettslig Møte s. 142

¹⁹ Tolkningsuttalelse saksnummer: 2001/9253

Norge har vedtatt en rekke av ILO sine konvensjoner, deriblant ILO-konvensjon nr. 81 om arbeidervern. Derimot så har Norge ikke ratifisert noen av ILO sine konvensjoner som omhandler medisinske undersøkelser på arbeidsplassen. En slik konvensjon er nr. 161 om bedriftshelsetjeneste. Dens formål er blant annet å overvåke arbeidstakernes helse på arbeidsplassen, jfr. artikkel 5 bokstav F. Norge har ikke ratifisert konvensjonen siden den stiller krav til at samtlige virksomheter skal omfattes av kravet til å ha bedriftshelsetjeneste og det er uenighet om kravets relevans.²⁰ Som en følge av at Norge ikke har ratifisert noen av ILO sine konvensjoner vil ikke de bli behandlet nærmere i oppgaven.

2.5.4 EU og EØS.

EØS-avtalen trådte i kraft 1. januar 1994 og ble gjort til norsk lov ved lov 27. november 1992 nr. 109 (EØS-loven). Norge har gjennom EØS-avtalen forpliktet seg til å respektere EUs felles arbeidslivsregler.²¹ For eksempel samsvarer den norske arbeidsmiljøloven langt på vei med direktivet 89/391/EØF ”on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health of workers at work” langt på vei med den norske arbeidsmiljøloven og er viktig for utformingen av forskrifter i Norge på arbeidsmiljøets område.²² Direktivet er internrettslig gjennomført hovedsakelig gjennom bestemmelser i arbeidsmiljøloven og dens forskrifter.²³ Arbeidsmiljøloven § 9-4 har ingen bestemmelser som direkte tilsvarer direktivet, men § 9-4 c bygger til en viss grad på samme syn på sikkerhet til arbeidstakers helse som fremkommer i art. 14 om helseovervåking.

2.5.5 Europarådet.

Den europeiske helsekomiteen la frem et forslag i juni 1999 til felles europeiske retningslinjer for bruk av medisinske undersøkelser i arbeidslivet før ansettelse og i private forsikringsordninger.²⁴ Komiteen konkluderte med at en felles, europeisk standard ville trygge menneskerettighetene og forhindre diskriminering på grunn av helseforhold. Forslaget ble likevel ikke vedtatt da det var uenighet mellom landene om de etiske og medisinske spørsmålene.²⁵ Forslaget vil dermed ikke bli behandlet nærmere i oppgaven.

3 Bakgrunnen for arbeidsmiljøloven § 9-4.

3.1 Historisk bakgrunn for arbeidsgivers adgang til å foreta medisinske undersøkelser.

Det var likevel usikkert hvor langt styringsretten gjaldt ved medisinske undersøkelser i forhold til arbeidstakers personlige integritet. Breistein-utvalget slo fast at ”arbeidsgiver ikke kan kreve faktisk gjennomført helseundersøkelser eller utlevert opplysninger om arbeidstakers helse mot dennes vilje, uten klar hjemmel.²⁶ Utvalget mente at arbeidsgivers styringsrett som hovedregel ikke ville være en tilstrekkelig hjemmel i seg selv for innhenting av helseopplysninger.²⁷ Utvalget kom likevel frem til at arbeidsgiver kunne ha hjemmel etter

²⁰ NOU 2001:4 s.70

²¹ Ot.prp. nr. 49 2004-05 s.39

²² NOU 2001:4 s.67

²³ NOU 2001:4 s.67.

²⁴ Medical examinations preceding employment or private insurance, a proposal for European standards.

²⁵ NOU 2001:4 s. 68.

²⁶ NOU 2001:4 s.48.

²⁷ NOU 2001:4 s.49.

ulovfestet rett. Det ulovfestede prinsipp ville likevel kun bli aktuelt overfor visse arbeidstakere i stillinger som innbefattet stor risiko for arbeidstakeren selv eller omgivelsene og det måtte foreligge samtykke, saklighet, nødvendighet og forholdsmessighet.²⁸

Denne oppfatningen av gjeldende rett ble ikke uten videre lagt til grunn av forarbeidene til arbeidsmiljøloven. Det ble uttalt i NOU 2004:5 at ”Breisteinutvalget synes å sette nokså snevre rammer for arbeidsgivers adgang til å kreve helseopplysninger eller helseundersøkelser”, og at ”Spørsmålet er om den ulovfestede adgangen til å gjennomføre denne type undersøkelser generelt kan strekke seg noe lenger”.²⁹

Utredningen slår fast at det ikke foreligger særskilte holdepunkter for å anta at det rettslige grunnlaget for innhenting av slike opplysninger er noe annerledes enn for kontrolltiltak i sin alminnelighet. Momenter som arbeidsforholdets art vil dermed komme inn i den alminnelige saklighets og forholdsmessighetsvurderingen av kontrolltiltaket og at det dermed neppe kan utelukkes at arbeidsgivers styringsrett i ”konkrete tilfeller etter gjeldende rett kan gi tilstrekkelig grunnlag for forholdsvis inngripende helseundersøkelser”.³⁰ Dette ble også lagt til grunn av departementet.³¹

3.2 Legislative hensyn.

3.2.1 innledning.

Etter hvert som fremganger i medisinsk forskning gjør at stadig flere sykdommer, naturlige fysiske begrensninger og ulovlige stoffer kan bli identifisert gjennom undersøkelser, øker samtidig dette risikoen for at en arbeidsgiver misbruker muligheten dette gir til å sile ut arbeidssøkere og ansatte av enten sikkerhetsmessige, helsemessige eller økonomiske årsaker. Som en følge av at medisinske undersøkelser er klare inngrep i arbeidstakers personlige integritet blir behovet for lovregulering av praksisen desto større. Lovgiver ser likevel at arbeidsgiver har klare behov som kan rettferdiggjøre slike undersøkelser, såfremt de oppfyller kravene til saklighet og forholdsmessighet.³²

3.2.2 Nærmere om hensynene.

Hvis det var mulig for arbeidsgiver å kunne foreta medisinske undersøkelser når det passet dennes interesser, er det ikke tvilsomt at en slik praksis kunne medført tilfeller der det ble foretatt en utvelgelse allerede under ansettelsesprosessen av arbeidssøkende ut ifra deres medisinske tilstand. Det er i arbeidsgivers interesse å ha en mest mulig effektiv virksomhet. Kan arbeidsgiver sile ut arbeidssøkere med enten latente eller virksomme medisinske plager, vil dette kunne medføre en klar økonomisk fordel for arbeidsgiver gjennom en besparelse av utgifter til vikarer, sykepenger, tilrettelegging av arbeidsplass for den ansatte og i visse tilfeller en økt effektivitet. Sistnevnte er gjerne særlig aktuelt ved repeterende manuelt arbeid. For arbeidsgiver vil det også kunne oppstå tilfeller der sikkerhet vil være en årsak til at medisinske undersøkelser vil fremstå som en nødvendighet. Arbeidsplassen eller arbeidsstillingen kan være av en slik art at en arbeidstaker med visse medisinske diagnoser vil kunne representere en sikkerhetsrisiko for både seg selv, sine kolleger, bedriften eller samfunnet. Det er for eksempel en klar nødvendighet med krav til godt syn for en flygeleder. Videre er det for visse arbeidsplasser et klart behov for å kunne foreta medisinske

²⁸ NOU 2001:4 s.52-53.

²⁹ NOU 2004:5 s.426

³⁰ NOU 2004:5 s.426

³¹ Ot.prp. nr. 49. s.143.

³² NOU 2004:5 s.433.

undersøkelser av ansatte og arbeidssøkende for å hindre smitte av sykdommer. Dette vil særlig være aktuelt for ansatte i helsesektoren og for visse ansatte i næringsmiddelindustrien. De ulike interessene på arbeidsgiversiden må likevel sees i forhold til interessene på arbeidstakersiden. For arbeidstakerne representerer medisinske undersøkelser som nevnt under punkt 1.4 et inngrep i deres personlige integritet. At dette integritetsvernet i visse tilfeller må vike for arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser er likevel klart, og dette vil i større grad være aktuelt i tilfeller der helse og sikkerhet er hensynene bak kontrolltiltaket enn der motivet er større økonomisk vinning for bedriften. Samtidig er det en åpenbar nødvendighet med en regulering av undersøkelsene for å ivareta arbeidstakers interesser. Selv om det skulle foreligge anerkjennelsesverdige hensyn bak arbeidsgivers ønske om å foreta kontrolltiltaket, så kan det være at selve undersøkelsen er for inngripende. At et kontrolltiltak kan være for inngripende vil kunne være tilfellet når informasjonen kan innhentes på en annen måte som er mindre krenkende overfor arbeidstaker, som at det i stedet for blodprøve er tilstrekkelig med en utåndingsprøve.

Videre er det ikke bare selve måten informasjonen blir hentet inn på som kan være for inngripende, men informasjonen i seg selv. Dette vil kunne være tilfelle hvis det er tale om kontroll av den psykiske helse og undersøkelse om HIV-smitte. Ikke bare kan det oppleves som nedverdiggende for arbeidstaker å for eksempel måtte få testet sin psykiske helse, men en slik type informasjon kan også medføre en risiko for utstøting, både fra kolleger og arbeidskivet generelt.

Det vil også ha betydning om kontrolltiltaket blir gjennomført som en følge av konkret mistanke eller om tiltaket gjelder alle ansatte.

Det fremgår av forarbeidene at det overordnede målet med den nye arbeidsmiljøloven er å få til et arbeidsliv med plass for alle.³³

Et mer inkluderende arbeidsliv vil kunne være gunstig for samfunnet, siden flere i arbeid vil kunne medføre en reduksjon i trygdeutgiftene. Det vil også være bra for arbeidsmarkedet, da det fungerer best når det er konkurranse om jobbene.³⁴

Den største gevinsten er likevel forbeholdt den arbeidssøkende, siden "Arbeid er den beste garantien mot fattigdom og store sosiale forskjeller. Arbeid gir sosial forankring, det gir mulighet for å bidra til fellesskapet, og det gir ikke minst mulighet for læring og realisering av egne evner".³⁵

4 Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser i et nordisk perspektiv.

4.1 Innledning.

Som nevnt under punkt 2.3 så foreligger det nesten ikke praksis knyttet til problemstillingen i Norge og juridisk litteratur har behandlet temaet forholdsvis sparsommelig. Derimot er det mange likhetstrekk mellom norsk og nordisk rett i forhold til arbeidsgivers adgang til å innføre kontrolltiltak.³⁶ Dermed vil en sammenligning av nordisk rett med norsk rett kunne være interessant i forhold til å kunne fastsette yttergrensene for arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser.

³³ Ot.prp.nr. 49 2004-05 s.60.

³⁴ Ot.prp.nr. 49 2004-05 s.60.

³⁵ Ot.prp.nr. 49 2004-05 s.60.

³⁶ Ot.prp nr.49 2004-05 s.136.

4.2 Sverige.

Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser i Sverige er hovedsaklig regulert gjennom konstitusjonelle bestemmelser og arbeidsretten.

Det fremgår av den svenske grunnloven Regeringsformen kapittel 2 § 6 at ”Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp”.

Bestemmelsen er dermed et generelt vern for borgerne mot offentlige inngrep og er således begrenset til å bare omfatte offentlig ansatte.

Vernet etter Rf kapittel 2 § 6 inneholder et vilkår om at det må foreligge tvang. Dermed er utgangspunktet at det offentlige kan kreve medisinske undersøkelser uten at det strider med § 6 hvis det for eksempel samtidig tilbyr borgeren ansettelse³⁷. Likevel må bestemmelsen sees i forhold til EMK art. 8. Siden 1995 gjelder emk. sine regler som svensk lov og går i visse tilfeller lengre enn Rf § 6 ved at det ikke er krav i art. 8 om tvang og som en følge av at staten har et ansvar for å gjennomføre sine konvensjonsforpliktelser selv om det skulle foreligge samtykke.³⁸

Likevel er utgangspunktet at Rf kapittel 2 § 6 gir et betydelig vern mot rusmiddelkontroll og sykdomsundersøkelser. For tilfeller utenfor Rf kapittel 2 § 6 må det søkes hjemmel i lov eller gjennom styringsretten. Et eksempel på en slik bestemmelse er ”lag om offentlig anställning” (1994:260) 30 § som regulerer periodiske helseundersøkelser.

Bestemmelsens første ledd sier at arbeidsgiver kan iverksette helseundersøkelser hvis arbeidstaker har en stilling der brister i hans helsetilstand vil kunne medføre ”risk för människors liv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljö eller egendom”. Derimot fremgår det av 30 § første ledd at loven bare gjelder for offentlig ansatte som er forpliktet til å gjennomgå helseundersøkelser hjemlet i tariffavtaler eller ”föreskrifter av regeringen” *jf* § 30 (2). Arbeidstakere som ikke er organiserte vil også omfattes av første ledd såfremt de ”sysselsätts i sådant arbete som avses med avtalet”, *jf* § 30 (2).

Som nevnt gjaldt § 30 bare for offentlig ansatte. I forhold til det private arbeidsmarkedet finnes det ingen lovregler for kontroller av ansatte.³⁹ Derimot så er det en hjemmel i Arbeidsmiljölög av 1977 kapittel 4 § 5 der det går frem at ”Arbetsmiljöverket” kan vedta at arbeidsgiver må foreta legeundersøkelse, vaksinasjon eller annen forebyggende behandling mot smitte.⁴⁰

Utenom disse tilfellene er det styringsretten som danner grunnlag for arbeidsgivers kontrolladgang i det private arbeidsforhold. Styringsretten kommer til uttrykk i Arbeidsmiljölög kapittel 3 § 2 a som sier at ”Arbetsgivaren skall systematiskt planera, leda och kontrollera verksamheten på ett sätt som leder till att arbetsmiljön uppfyller föreskrivna krav på en god arbetsmiljö”.⁴¹

Dette må sees i sammenheng med den generelle plikten arbeidstaker har til å medvirke *jf* kapittel 3 § 4. Begrensinger i arbeidsgivers styringsrett er at beslutningene ikke må stride mot

³⁷ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.89.

³⁸ Aall, Rettsstat og menneskerettigheter s.55.

³⁹ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.93

⁴⁰ Et eksempel på en slik forskrift er ”föreskrifter om rök- och kemdykning (AFS 1995:1), *jfr*. SOU 2002:1 s.167)

⁴¹ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.93.

lov og ”goda seder”.⁴² Kravet om gode seder medfører at det må foretas en proporsjonalitets vurdering der formålet med undersøkelsen måles opp mot inngrepet i arbeidstakers personlige sfære.⁴³

Arbeidsmiljølagen gjelder bare for arbeidstakere. I forhold til arbeidssøkere er den eneste reguleringen Anställningsförordning (1994:373) 5 § ”Om arbetsuppgifterna i en anställning är sådana att särskilda krav måste ställas på den anställdes hälsotillstånd i något visst hänseende, får myndigheten meddela föreskrifter om att den som skall anställas för arbetsuppgifterna skall lämna läkarintyg”. Dette gjelder likevel bare statsansatte, jf § 1, øvrige arbeidssøkere har etter svensk rett ikke noe særskilt regulert vern.⁴⁴

4.2.1 SOU 2002:18.

Det ble utgitt en SOU i 2002 som behandlet forslag til en ny ”lag om skydd för personlig integritet i arbetslivet (LIA”).⁴⁵ Blant spørsmålene som blir behandlet er om det skal lages en egen lovbestemmelse som regulerer arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser i det private. Det ble drøftet tre alternativer for hvordan regelen skulle være, der første alternativ vill være en ”reglering motsvarande den i 30 § LOA”⁴⁶. De andre alternativene er om det skal gis arbeidsgiver en generell mulighet til av sikkerhetshensyn å beordre undersøkelser,⁴⁷ eller en rettighetsregel som ”stadgar som huvudregel att påtvingade kroppsliga ingrepp inte är tillåtna” med ”undantag som bara tillgodoser berättigade intressen av att utföra undersökningar och tester som är motiverade av olika särskilt begränsade säkerhetsskäl”.⁴⁸ Utviklingen i Sverige ser dermed ut til å kunne gå mot mer lovregulering av arbeidsgivers kontrolladgang.

4.3 Danmark.

Arbeidsgivers adgang til å kreve medisinske undersøkelser i Danmark er i stor grad lovregulert, men deler er omfattet av ulovfestet rett. Danmark er også forpliktet til å respektere vernet om privatlivets fred som EMK. art. 8 gir som en følge av at konvensjonen ble gjort til dansk lov i 1992, jf lov nr. 750 av 19. oktober 1998.

Historisk sett har arbeidsgivers adgang til å utføre kontrollvirksomhet av sine arbeidstakere vært regulert og hjemlet i styringsretten⁴⁹. styringsrettens innhold har i all hovedsak blitt utviklet gjennom rettspraksis fra ”Arbejdsretten”⁵⁰ og voldgift.⁵¹ Begrensningene rettspraksis har lagt på styringsretten i forhold til kontrolltiltak er at tiltaket må være saklig begrunnet og respektere de ansattes krav på en verdig behandling.⁵² Likevel er vernet svakere under ansettelsessituasjonen enn når vedkommende har blitt ansatt.

⁴² Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.93

⁴³ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.96

⁴⁴ Kent Källström Nordisk Arbeidsrettslig Møte s.94

⁴⁵ SOU 2002:18 s.15

⁴⁶ SOU 2002:18 s.193

⁴⁷ SOU 2002:18 s.193-194

⁴⁸ SOU 2002:18 s.194.

⁴⁹ Jens Kristiansen s.102.

⁵⁰ Arbejdsretten tilsvare den norske Arbeidsretten, og er en statlig spesialdomstol utenfor det alminnelige domstolssystemet.

⁵¹ Jens Kristiansen s.102.

⁵² Jens Kristiansen s.103.

Det må dermed i dansk rett i visse tilfeller skilles mellom situasjonen under ansettelsesprosessen og senere ved en eventuell ansettelse.

Kontroll under ansettelsesprosessen:

Utgangspunktet fra rettspraksis er at styringsretten kun er begrenset når arbeidsgiver har tatt illegitime hensyn.⁵³ Men behovet for en mer detaljert regulering av medisinske undersøkelser medførte at § 63 i ”lov om arbejdsmiljø nr. 784 af 11. oktober 1999” ble vedtatt. Bestemmelsen behandler legeundersøkelser og arbeidsmedisinske undersøkelser og det fremgår av § 63 punkt 1 at regelen gjelder både arbeidssøkende og ansatte. Arbejdstilsynet har i medhold av § 63 utarbeidet forskrift nr.1165 16.12.1992 om ”arbeidsmedisinske undersøkelser etter lov om arbejdsmiljø”.⁵⁴ Men det fremgår av forskriften at det er ”Arbejdstilsynet” og ikke arbeidsgiver som kan kreve at det iverksettes undersøkelser, og dette kun når forholdene i virksomheten kan innebære en fare for arbeidstakers helse, jf forskriftens §§ 3 og 4. Derimot er det opp til arbeidsgiver å sørge for at undersøkelsen finner sted, jfr. arbejdsmiljøloven § 63.

Kontroll av ansatte:

Som nevnt ovenfor gjelder arbejdsmiljøloven § 63 både for ansatte og arbeidssøkende. Men loven regulerer ikke muligheten for arbeidsgiver til å foreta ruskontroll. Hjemmelen for arbeidsgiver til å foreta slike kontroller er den alminnelige styringsretten. At Arbeidsgiver i visse tilfeller kan kreve urintesting av ansatte for å kontrollere om eventuell rusmisbruk blant de ansatte ble lagt til grunn i voldgiftsaken den 23. februar 2000 mellom Dansk Sø-Restaurations Forening og Restaurationsbranchens Forbund mot DFDS A/S. Voldgiftsretten la særlig vekt på formålet som var sikkerhet, og at siden samtlige ansatte inngikk i sikkerhetsberedskapen ville dessuten testingen ikke være vilkårlig. Testingen ble dermed lagt til grunn av voldgiftsretten som rettmessig.

Derimot er det ikke et skille mellom situasjonen under ansettelsesprosessen og senere ved en eventuell ansettelse i LOV nr 286 av 24. april 1996 om helbredsopplysninger på arbeidsmarkedet.⁵⁵ Det fremgår av § 1 (3) at ved innhenting av helseopplysninger omfattes også medisinske undersøkelser så lenge de er nødvendige for å hente inn nødvendige helseopplysninger. Loven inneholder et eksplisitt forbud mot at arbeidsgiver innhenter opplysninger med det formål å få belyst arbeidstakers risiko for å utvikle eller pådra seg sykdom, jfr. § 2 (4). Den danske teorien bruker da som eksempel at en arbeidsgiver ikke kan stille krav til arbeidssøker om å foreta en HIV-test for å finne ut om han senere kan utvikle AIDS.⁵⁶

4.4 Finland.

Finland har, i motsetning til Norge, Sverige og Danmark, en egen lov som skal ivareta integritetsvernet i arbeidslivet, nemlig ”Lag om integritetsskydd i arbetslivet” av 13. august 2004 nr. 759. Loven gjelder både for arbeidssøker og arbeidstaker, jfr. §§7,8 og 15.⁵⁷

⁵³ Jens Kristiansen s.104.

⁵⁴ NOU 2001:4 s.72.

⁵⁵ Loven nevner både arbeidstaker og arbeidssøker i § 2, det er i tillegg lagt til grunn i teorien, jfr. Jens Kristiansen s.105.

⁵⁶ Jens Kristiansen s.106.

⁵⁷ NOU 2004:5 s.411.

Loven gir ikke i seg selv hjemmel til generelt å foreta medisinske undersøkelser, den beskriver bare rettmessig fremgangsmåte for å foreta slike undersøkelser, jf § 5. Derimot så gir den arbeidsgiver adgang til i visse tilfeller foreta rusmiddelkontroll av narkotiske stoffer, jfr. §§ 7 og 8.

Loven har egne bestemmelser for arbeidssøker og arbeidstaker. Arbeidsgiver kan foreta en rusmiddelkontroll av en samtykkende arbeidssøker når yrket tilsier at denne må ha ”noggrannhet, tillifrlitlighet, sjlvstendig omdmesfrmåga eller god reaktionsfrmåga”, jfr. § 7 (1). Videre så må narkorusen enten være en trussel mot liv eller helse, forsvaret eller riket, trafikkikkerheten, betydelige miljøskader, misbruk av konfidensiell informasjon eller bedriftshemmeligheter, jfr. § 7. Videre beskrives det i bestemmelsens annet ledd visse yrker der arbeidsgiver også kan foreta rusmiddelkontroll, derbilant i undervisningssammenheng, jf § 7 (2) nr 2.

Arbeidsgivers adgang til å undersøke ansatte samsvarer i stor grad med adgangen til å undersøke arbeidssøkere. Forskjellen er at undersøkelsen bare kan iverksettes når arbeidstaker har et yrke som krever ”srskild noggrannhet, tillifrlitlighet, sjlvstendig omdmesfrmåga eller god reaktionsfrmåga” og narkorusen kan øke risikoen for ulovllig handel og spredning av narkotika som arbeidsgiver råder over, jf. § 8.

Videre er det i loven et eksplisitt forbud mot bruk av gentesting, jfr. § 15

Skal arbeidsgiver foreta andre former for medisinske undersøkelser så er hjemmelen for det § 4 i ”Lag om fretagshlsovrd” 21.12.2001/1383. Det fremgår der at arbeidsgiver skal ordne bedriftshelsetjeneste for å forebygge og bekjempe risiko for helsen som beror på arbeidet og arbeidsforholdene samt for å beskytte arebidstakernes sikkerhet og helse. Hva som skal forstås med bedriftshelsetjeste fremgår av § 3 nr 1, og innholdet i tjenesten er beskrevet i § 12. En arbeidstaker kan da ikke unnlate å medvirke til en medisinsk undersøkelse når hensynet er arbeidstakers egen helse eller sikkerhet, jfr. § 13.

4.5 Oppsummering.

Selv om det er klare likheter i norsk og nordisk rett så er det likevel tilsvarende klare ulikheter, da særlig i bestemmelsers rekkevidde. For eksempel skiller ikke den norske lovgivningen mellom offentlig ansatte og privat ansatte som den svenske lovgivningen gjør. Det er heller ikke et ulikt vern alt etter som man er arbeidssøker eller arbeidstaker i norsk rett i motsetning til i svensk og dansk rett. De sistnevntes lands rett har også en del ulovfestet rett, mens Norge etter vedtakelsen av arbeidsmiljøloven hovedsakelig har en lovfestet rett. Selv med det ulike omfanget så regulerer likevel bestemmelsene aml. § 9-4 og ”lag om offentlig anställning” 30 § (1-3) stort sett de samme situasjonene. Videre er de samme prinsippene lagt til grunn ved forståelsen av retten i landene, nemlig at det er krav om saklighet og forholdsmessighet.⁵⁸ Dette kan medføre at Nordisk praksis knyttet til den bestemmelsen kan være interessant for norsk rett. Nordisk praksis eventuelle betydning for norsk rett er nærmere behandlet i punkt 6.3.3.

5 Arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd.

⁵⁸ NOU 2004: 5 s 410.

5.1 Innledning.

Arbeidsmiljøloven § 9-4 (1) er den generelle og mest aktuelle hjemmelen arbeidsgiver har for å kunne iverksette medisinske undersøkelser. Bestemmelsen gir arbeidsgiver adgang til å igangsette medisinske tester når det enten fremgår av "lov eller forskrift", ved stillinger som innebærer "særlig risiko" eller når arbeidsgiver finner det "nødvendig for å verne liv eller helse", jfr. § 9-4. Både arbeidssøker og arbeidstaker omfattes av paragrafen.⁵⁹ Bestemmelsen er en uttømmende regulering av arbeidsgivers adgang til å gjennomføre medisinske undersøkelser.⁶⁰ Samtykke vil dermed ikke være et selvstendig hjemmelsgrunnlag for gjennomføring av testing av arbeidstaker eller arbeidssøker.⁶¹

Bestemmelsens annet ledd gir departementet adgang til å gi forskrift om vilkårene for å kreve medisinske undersøkelser etter første ledd. Denne adgangen har departementet inntil videre ikke benyttet seg av.

Nødvendighetskriteriet er bare uttrykkelig nevnt i § 9-4 bokstav c. Likevel må kravet også legges til grunn i forhold til § 9-4 bokstav a og b. Forarbeidene har lagt til grunn at medisinske undersøkelser er så inngripende at det bør begrenses til det strengt "nødvendige".⁶² Det vil likevel foreligge en presumsjon, såfremt ikke helt spesielle omstendigheter foreligger, at nødvendighetskravet er oppfylt når helseundersøkelser er lovregulert.⁶³

5.2 Forholdet til arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-2.

Arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak er regulert i arbeidsmiljøloven kapittel 9, og vilkårene for denne adgangen fremgår av §§ 9-1 og 9-2.

§ 9-4 er således en særbestemmelse i kapitlet om kontrolladgang. Slik loven er utformet ville det kunne være naturlig å anse § 9-4 som uttømmende i forhold til hvilke vilkår som er nødvendig for rettmessig kunne foreta medisinske undersøkelser av ansatte.⁶⁴ Det korrekte vil likevel være å se på saksbehandlingsreglene i § 9-2 og kravene til saklighet og forholdsmessighet i § 9-1 som vilkår også etter § 9-4.⁶⁵ Departementet fulgte et samlet Arbeidslivslovutvalg med å kodifisere gjeldende rett og lage en bestemmelse i form av § 9-1 som en "rettslig standard som angir hovedkriteriene og gir anvisning på at det skal finne sted en konkret vurdering på basis av de fastsatte skjønnsmomentene".⁶⁶ Deretter drøfter departementet saklighetskravet og benytter som et eksempel at et flyselskap kan ha saklig grunn for å pålegge tilfeldig rusmiddelkontroll av flyverne, men at det ikke nødvendigvis vil foreligge tilsvarende grunnlag for å pålegge kontorpersonalet den samme kontrollen.⁶⁷ Ved å illustrere saklighetskravet med en medisinsk undersøkelse så tyder dette på at de kodifiserte reglene i § 9-1 også må regulere kontrolltiltak etter § 9-4. I forhold til § 9-2 så vil sammenheng i regelverket tale for at kravene der også gjelder kontrolltiltak etter § 9-4. Arbeidstakers behov for drøfting, informasjon og evaluering av kontrolltiltak er minst like stor ved kontrolltiltak etter § 9-4 som etter § 9-1. I visse tilfeller vil den kunne være større, siden det er et større inngrep i den personlige integritet å måtte ta en rusmiddeltest enn en registrering av når datamaskinen blir slått på og av.

⁵⁹ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁶⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁶¹ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁶² Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁶³ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten, s.414.

⁶⁴ Aagaard/Melsom Bedriftens personalhåndbok s.181.

⁶⁵ Aagaard/Melsom Bedriftens personalhåndbok s.182.

⁶⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.143.

⁶⁷ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.145).

5.3 § 9-4 første ledd bokstav a.

Det fremgår av § 9-4 første ledd bokstav a at arbeidsgiver kan kreve at medisinske undersøkelser skal foretas ”når det følger av lov eller forskrift”.

Det må dermed foreligge en klar lovhjemmel for at arbeidsgiver skal kunne kreve en undersøkelse. En slik lovhjemmel kan være ivaretagelse av arbeidsgivers plikter etter arbeidsmiljøloven, bestemmelser i særlovgivningen eller forskrifter gitt med hjemmel i lov. Det synes som om Henning Jakhelln og Helga Aune mener at ivaretagelse av arbeidsgivers plikter etter bestemmelser i aml. kapittel 3 kan være en tilstrekkelig lovhjemmel.⁶⁸ Kapitlet regulerer virkemidler i arbeidsmiljøarbeidet deriblant særskilte forholdsregler for å ivareta sikkerheten og krav til systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid og bedriftshelsetjeneste, jfr. aml. §§ 3-1, 3-2 og 3-3. Hvis medisinske undersøkelser anses nødvendig for å ivareta arbeidsgivers plikt, vil kontrollen ha tilstrekkelig hjemmel i lov og således tillatt.⁶⁹ Det kan diskuteres om en generell plikt til å ivareta arbeidstakers plikter vil være tilstrekkelig som hjemmel for helseundersøkelser. Det mest nærliggende vil nok være å hjemle slike helseundersøkelser i § 9-4 b og c.

Eksempler på bestemmelser i særlovgivningen som gir hjemmel til medisinske undersøkelser er lov av 16. februar 2007 om skipssikkerhet § 17, lov av 11. juni 1993 om luftfart § 6-11, lov av 5. august 1994 om vern mot smittsomme sykdommer § 3-2 og lov av 4. august 1995 om politiet § 23.

Videre er det gitt en rekke forskrifter med hjemmel i både arbeidsmiljøloven og særlovgivningen som regulerer adgangen til medisinske undersøkelser. En slik forskrift med hjemmel i arbeidsmiljøloven § 20-2, er forskrift av 16. august 1991 om asbest § 36. Noen forskrifter vil bare gi en forståelse om allerede eksisterende vilkår i lovhjemmelen. For eksempel sier lov av 16. februar 2007 om skipssikkerhet § 17 at ”Den som har sitt arbeid om bord, må være fysisk og psykisk skikket til tjenesten”. Hva som skal forstås med ”fysisk og psykisk skikket til tjenesten” er nærmere regulert i forskrift av 19. oktober 2001 kapittel 3. Derimot vil noen lover gi en generell hjemmel til departementet å utstede forskrifter som omhandler en generell risiko. Et slikt eksempel er lov av 5. august 1994 om smittsomme sykdommer som i § 3-2 gir hjemmel til å gi forskrifter når ”smittede personer kan utgjøre en alvorlig fare for overføring av smittsom sykdom i sitt arbeid eller sin virksomhet og hensynet til smittevernet krever det”. Slike forskrifter er gitt både om tuberkulose⁷⁰ og antibiotikaresistente bakterier⁷¹ som hjemler medisinske undersøkelser i henholdsvis §§ 3-1 og 4.

5.4 § 9-4 første ledd bokstav b.

Videre kan arbeidsgiver kreve medisinske undersøkelser ”ved stillinger som innebærer særlig risiko” jfr. aml. § 9-4 første ledd bokstav b. En naturlig forståelse av ”særlig risiko” vil innebære at det må være tale om stillinger som etter sin art vil være mer utsatt for fare og skade enn det som er vanlig i arbeidslivet. Det fremgår av forarbeidene at med ”stillinger som innebærer særlig risiko” menes stillinger der utøveren ”rutinemessig” kommer i situasjoner hvor konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store, enten for arbeidstakeren selv, for tredjeperson eller konsekvensene for samfunnet vil bli særlig store, hvor det dermed må stilles

⁶⁸ Henning Jakhelln/Helga Aune, *Arbeidsrett.no* s.370.

⁶⁹ Henning Jakhelln/Helga Aune, *Arbeidsrett.no* s.370.

⁷⁰ Forskrift av 24. juni 2002 nr.56.

⁷¹ Forskrift av 5. juli 1996 nr.700.

særlige krav til aktsomhet og oppmerksomhet.⁷² Dermed legger departementet opp til at ved risikovurderingen må den ansatte rutinemessig komme i situasjoner der fare situasjonen oppstår.⁷³ Dette synet modifiseres til en viss grad senere i proposisjonen under ”Merknader til lovtteksten”, der ”stillinger som innebærer særlig risiko” menes stillinger der arbeidstakeren ”ofte” har arbeidsoppgaver hvor konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store.⁷⁴ Likevel vil vurderingen etter forarbeidene i stor grad innebære at vilkårene ”særlig risiko” må vurderes etter hyppigheten de forekommer. En vurdering av om en stilling vil innebære en generell ”særlig risiko” for fare og skade for utøveren vil dermed etter forarbeidene være utelukket.

Det kan vanskelig leses inn en slik begrensning i lovens ordlyd, og dette støttes oppunder av teorien.⁷⁵ Når bestemmelsens formål er å redusere muligheten for alvorlige konsekvenser som en følge av en viss type arbeid, vil det være naturlig å inkludere yrkene hvor arbeidstakerne kanskje ikke ofte eller rutinemessig kommer i situasjoner hvor konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store, men når feilen først inntreffer så kan det få store konsekvenser. Risikoen kan i visse tilfeller kunne være like stor om arbeidstakeren ofte eller sjeldent er i en slik situasjon.

Selv om det ikke fremgår av ordlyden så sier forarbeidene at undersøkelsene også vil omfatte rusmiddeltesting.⁷⁶ Dette vil bli behandlet nærmere under punkt 6.

5.5 § 9-4 første ledd bokstav c.

Videre kan det kreves medisinske undersøkelser når arbeidsgiver finner det ”nødvendig for å verne liv eller helse”, jf. aml. § 9-4 første ledd bokstav c.

At undersøkelsene må være nødvendige tilsier en snever tolkning og at undersøkelsene må relatere seg til en konkret trussel mot ”liv eller helse”. Dette fremgår også av forarbeidene som sier at faren må være alvorlig og fremstå som nærliggende og sannsynlig.⁷⁷

Vilkårene ”liv eller helse” vil ikke bare gjelde for arbeidstaker, men også andre arbeidstakere og tredjepersoner.⁷⁸

6 Særlig om rusmiddeltesting.

6.1 Innledning.

Rusmiddelkontroll er en særlig form for medisinsk undersøkelse. Det er i all hovedsak to hensyn arbeidsgiver vil vektlegge ved en rusmiddelkontroll. For det første vil bruk av rusmidler i arbeidslivet kunne medføre en fare for både arbeidstakeren selv og andre. Dette er spesielt aktuelt i yrker der det er stor risiko for at feil kan inntreffe, eller der konsekvensene av eventuelle feil kan være særlig store. Et eksempel på dette er petroleumsindustrien, der det allerede er regulert at inntak av narkotika og alkohol medfører at lovens helsekrav ikke anses oppfylt, jfr. forskrift om helsekrav for personer i petroleumsvirksomheten av 12. november 1990 nr. 1164, §§ 13 jfr. 12.

⁷² Ot.prp. nr.49 2004-05) s.149.

⁷³ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁷⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.314.

⁷⁵ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.414-415.

⁷⁶ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁷⁷ NOU 2004-5 s.442 og Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁷⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s.149.

For det andre vil arbeidsgiver ha et økonomisk hensyn siden en ruspåvirket arbeidstaker vil både kunne medføre tapt omsetning som følge av mindre effektivitet, og ruspåvirkede arbeidstakere vil kunne være uheldig i forhold til bedriftens kundekrets.⁷⁹

Det er videre et lite skille i forhold til når arbeidstaker bruker rusmiddelet. Arbeidsavtalen gir ikke grunnlag for å pålegge rusfrihet i fritiden. Arbeidsavtalen regulerer nemlig vilkårene i arbeidstiden, og dermed i utgangspunktet ikke de ansattes fritid. Derimot vil virkningen av rusmidlene som er forbrukt i fritiden kunne ha direkte betydning for arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgavene. Tidspunktet for inntaket vil dermed ikke alltid ha betydning for eventuell risiko forbundet med rusinntak. Denne problemstilling vil bli behandlet nærmere under punkt 6.3.3.

6.2 Lovregulering.

6.2.1 Arbeidsmiljøloven § 9-4.

Det er ingen bestemmelse som direkte regulerer arbeidsgivers adgang til å foreta rusmiddelkontroll på et generelt grunnlag. Derimot så sier forarbeidene at rusmiddelkontroll vil kunne omfattes av aml. § 9-4.⁸⁰ Det ble diskutert i forarbeidene om ikke arbeidsgiver uansett i kraft av styringsretten måtte kunne foreta slike tester ved konkret mistanke om ruspåvirkning. Dette ble avvist av departementet fordi medisinske undersøkelser er så inngripende i forhold til arbeidstakers integritet at det bør ”begrenses til det som er strengt nødvendig.”⁸¹ Det vil dermed også for rusmiddeltesting foreligge et nødvendighetskrav, dette er også lagt til grunn i teorien.⁸²

Arbeidsgiver kan dermed kun foreta rusmiddeltesting så lenge det er nødvendig og enten er hjemlet i ”lov eller forskrift”, er tale om stillinger som innebærer ”særlig risiko” eller ivareta ”liv eller helse”, jfr. § 9-4.⁸³

6.2.2. Annen lovgivning.

Som nevnt ovenfor vil annen lovgivning kunne være en hjemmel for rusmiddeltesting. Et eksempel på en slik lovgivning er lov av 16. februar 2007 om skipssikkerhet. Det stilles der krav om helse for at vedkommende skal kunne få arbeide på skip, jfr. § 17. Det fremgår også at ”Departementet kan gi nærmere forskrift om kravene i første ledd til fysisk og psykisk skikkethet, helseerklæring og legeundersøkelser, herunder om”. En slik forskrift, forskrift av 19. oktober 2001 om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip, var allerede gitt under lignende bestemmelse i den gamle sjømannsloven og gjelder inntil videre også for lov om skipssikkerhet, jfr. § 72. Det går frem av forskriftens vedlegg bokstav c punkt 5.5.1 at rusmiddelmisbruk omfattes av listen over sykdommer og tilstander som kan eller skal føre til hyrenektelse. Det fremgår ikke av forskriften om det er tale om rusmiddeltesting ved konkret mistanke eller en adgang til å rutinemessig kontrollere sjøfolk. Situasjonene må likevel vurderes separat som en følge av at det er ulike hensyn som aktualiseres ved bruken av de. Hensynet til arbeidstakernes integritet vil være mer fremtredende ved en rutinemessig rusmiddelkontroll enn ved konkret mistanke. Dette er naturlig siden det med rusmiddelkontroll ved konkret mistanke nettopp foreligger faktorer som tilsier at vedkommende er ruset. Ved en rutinemessig kontroll så er det bare tilfeldig om en ruset arbeidstaker bli oppdaget. Antallet ikke-rusede arbeidstakere vil da følgelig være høyere

⁷⁹ NOU 2001:4 s.116.

⁸⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.149.

⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s.149.

⁸² Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.415.

⁸³ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s.149.

representert ved rutinemessige kontroller enn ved kontroller basert på konkret mistanke, selv om integritetskrenkelsen isolert sett er den samme. Den første problemstillingen blir da om arbeidsgiver kan foreta en rusmiddeltest på grunnlag av konkret mistanke om påvirkning. Sjøfolk utfører sine arbeidsoppgaver i et miljø hvor når det først inntreffer en ulykke så er muligheten stor for alvorlige konsekvenser. Dermed er det nødvendig når ulykken først inntreffer at sjøfolkene reagerer umiddelbart og korrekt. Konsekvensene av en ulykke vil kunne være alt fra dødsfall som ved Scandinavian Star, Estonia, Rocknes og Sleipner ulykkene til alvorlige miljøødeleggelser som ved Exxon-Valdez grunnstøtingen. Ikke bare skal sjøfolkene sørge for å redde seg selv, men de må også kunne ta ansvar for kolleger, og særlig for sjømenn på cruise skip er evakuering av passasjerer et av grunnelementene ved skipenes sikkerhetsrutiner. Videre er det klart at rusen i seg selv kan resultere i alvorlige hendelser ombord på et skip, i form av for eksempel kollisjon eller grunnstøting. Rusmiddeltesting er likevel et klart inngrep i sjøfolkenes personlige integritet. Derimot er arbeidssituasjonen deres såpass spesiell, og kravet til sikkerhet så fremtredende at rusmiddelkontroll ved konkret mistanke klart går inn under forskriftens hjemmel. Neste spørsmålet blir da om forskriften hjemler rutinemessig kontroll av sjøfolk. Som ved vurderingen av om adgangen til ruskontroll ved konkret mistanke, er også her de avgjørende hensynene helse, sikkerhet og miljø for om det skal godtas rusmiddelkontroll. Likevel vil rutinemessige kontroller tilføre et ekstra moment ved seg, nemlig at den fungerer som et varsel. Muligheten for å bli tatt er der selv om vedkommende klarer å holde det skjult rent synlig. Likevel er muligheten for at enda flere ikke-rusede arbeidstakere må igjennom rusmiddelkontroll enn tilfellet er med kontroll ved konkret mistanke. Ved at det foreligger en mulighet å rusmiddelteste sjøfolk ved konkret mistanke, så vil de mest opplagte situasjonene med ruspåvirkning kunne bli avslørt. Det må nok dermed legges til grunn at det ikke kan foretas rutinemessige kontroller av sjømenn. Spørsmålet blir likevel mer komplisert hvis det innsnevres til å gjelde rutinekontroll av visse typer sjøfolk, altså om sjøfolk i visse stillinger vil måtte finne seg i rutinemessige kontroller. At kaptein og styrmann er stillinger om bord på skip hvor det hviler et stort ansvar er klart. Like klart er det at muligheten for en alvorlig ulykke øker jo mer ansvar og styring vedkommende som er beruset er innehaver av. Likevel vil det også i disse tilfellene foreligge en adgang til å rusmiddelteste ved konkret mistanke. Denne adgangen synes å kunne være vel så effektiv som rutinemessige kontroller. Det er dermed mest nærliggende å anta at rutinemessig ruskontroll av sjøfolk må ha positiv hjemmel i lov eller forskrift eller at det kommer en klar sedvanerettsregel til fordel for kontroll.

6.3 Rettspraksis.

6.3.1 Klagesak 2005-06, Securitas saken.

Det foreligger ingen rettsavgjørelse fra det ordinære domstolsvesenet som omhandler arbeidsgivers adgang til rusmiddelkontroll. Derimot har personvernemnda i klagesak 2005-06 behandlet en sak om gjennomføring av rusmiddelkontroll av ansatte i Securitas. Selv om den nye arbeidsmiljøloven først trådte i kraft den 01. 01. 2006 så la nemnda den nye loven til grunn for sin behandling og vurderte om Securitas hadde hjemmel i aml. § 9-4 for rusmiddelkontroll. Her er det likevel nødvendig å bemerke at personvernemnda som utgangspunkt bare skal kontrollere at lover og forskrifter som gjelder for behandling av personopplysninger blir fulgt, jfr. lov av 14. april 2000 om behandling av personopplysninger § 43 jfr. § 42 (3) nr. 3. Lovens forarbeider sier ingenting om en mulig adgang til å også kontrollere rettmessigheten av kontrolltiltak. Teorien ser også å ha lagt til grunn at det bare er

saker knyttet til personopplysninger nemnda skal behandle. Dag Wiese Schartum behandler bare spørsmålet om adgangen nemnda har til å behandle personopplysninger i sin artikkel om ”lov om behandling av personopplysninger”.⁸⁴ Avgjørelsen blir behandlet av Eirik C. Aagaard og Nina Melsom, men problemstillingen i forhold til nemndas eventuelle adgang til å behandle et slikt spørsmål etter aml. § 9-4 blir ikke berørt.

Faktum i saken var at Securitas gjennomførte rusmiddelkontroll av sine ansatte ved konkret mistanke om rusmisbruk.

Securitas anførte at virksomheten hadde et særlig behov for rusfrie ansatte som en følge av at virksomhetens oppgave er å verne både økonomiske verdier og personers sikkerhet. Videre så mente Securitas at de ansattes rett til vern av personlig integritet ble ivaretatt da rusmiddeltesting kun ble foretatt når det forelå konkret mistanke. Deretter anførte bedriften at samtykke var tilstrekkelig som hjemmel til rusmiddeltesting. Uansett så ville styringsretten i seg selv er være tilstrekkelig hjemmel siden tiltaket ikke var uforholdsmessig og var saklig begrunnet.

Datatilsynet, som hadde pålagt Securitas å endre eller stoppe denne praksisen, anførte at samtykke på generelt grunnlag ikke er tilstrekkelig hjemmelsgrunnlag og at personopplysningslovens regler vil begrense styringsretten i dette tilfelle. Avslutningsvis anfører tilsynet at securitas ikke hadde dokumentert et større behov for rusmiddelkontroll enn andre arbeidsgivere.

Personvernemnda slår innledningsvis fast at samtykke ikke er tilstrekkelig hjemmel i verken personopplysningsloven eller aml. § 9-1, jfr § 9-4.

Deretter behandles spørsmålet om kravet til saklighet i forhold til adgangen til å iverksette testingen og spørsmålet om adgangen til å behandle opplysningene som fremkommer av undersøkelsen. Nemnda henviser da til forarbeidene som uttaler at det er en ”nær indre sammenheng mellom problemstillingene”⁸⁵ og behandler saklighetskravet samlet både for personopplysningslovens regler og aml § 9-4.

Nemnda fremhever at Securitas sin testing ikke vil være rutinemessig eller tilfeldig, men basert på en konkret mistanke om misbruk. Dette gjør at sannsynligheten for at mistanken vil bli bekreftet øker i forhold til tilfeller der testingen er rutinemessig eller tilfeldig.

Derimot så mener nemnda at hensynene til en preventiv effekt og sikring av bevis som Securitas hadde angitt ikke var tilstrekkelig tungtveiende. At testingen ville ha en preventiv effekt mente nemnda kunne ivaretas gjennom andre reaksjoner som bortvisning fra arbeidsplass. Sikring av bevis ble ikke ansett til å virke preventivt og dermed ikke bidra til å verne liv eller helse etter aml. § 9-4 nr. 1 bokstav c.

Securitas kunne dermed ikke innføre medisinske undersøkelser av alle sine ansatte for å kontrollere eventuell rusmisbruk.

6.3.2 Forståelsen av personvernemndas resultat.

Personvernemnda brukte ikke direkte aml. § 9-4 som hjemmel i vurderingen om virksomheten hadde rett til å rusmiddelteste sine ansatte. Umiddelbart ser det ut som den hjemlet begrunnelsen i det ulovfestede prinsippet om arbeidsgivers adgang til medisinske undersøkelser. Prinsippet ble nærmere behandlet under punkt 3.1. Nemnden brukte nemlig et sitat fra forarbeidene som utgangspunkt for sin vurdering:

”Det rettslige utgangspunkt er at kontrolltiltak som virker inngripende i forhold til arbeidstakerens personlige sfære eller integritet ikke er rettmessig med mindre det foreligger

⁸⁴ Dag Wiese Schartum, Lov og rett 2000 s.564-565.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-05) s.135.

en hjemmel for tiltaket (..) Hvilket krav som må stilles til rettsgrunnlaget for at kontrollen skal være rettmessig, vil særlig bero på begrunnelsen og behovet for kontrollen, kontrolltiltakets art og hvor inngripende det vil virke i forhold til den enkelte ansatte⁸⁶." Nemnda viser deretter til samme proposisjon når den uttaler at det i tillegg er vilkår om at kontrollen er saklig begrunnet i virksomhetens forhold og at det foreligger proporsjonalitet mellom mål og middel.

Likevel vil en vurdering om rusmiddeltesting hjemlet i det ulovfestede prinsippet om arbeidsgivers adgang til å iverksette medisinske undersøkelser i stor grad samsvare med en vurdering etter aml. kapittel 9. Som nevnt under 5.2 vil de alminnelige kravene i § 9-1 om saklighet og forholdsmessighet også komme til anvendelse i en vurdering etter § 9-4. Dette er også lagt til av Henning Jakhelln, som legger til grunn at det i det hele tatt "all grunn til å se de to lover i sammenheng når det gjelder tolkning av de enkelte bestemmelser".⁸⁷

At personvernemnda ikke direkte hjemlet resultatet i § 9-4 vil dermed ikke nødvendigvis ha noe å si for resultatets rekkevidde.

6.3.3 Securitas saken sett i sammenheng med nordisk praksis.

Som tidligere nevnt er det ikke noen tilsvarende praksis å sammenligne med i Norge. Derimot har problemstillingen blitt behandlet i svensk og dansk rett. Rettslige avgjørelser fattet av et annet lands judicielle myndigheter er statsakter, og er uttrykk for statsuverenitet som medfører at de i prinsippet ikke har virkning ut over en stats egne grenser.⁸⁸ At virkningen av en rettskraftig utenlandsk dom er nasjonal medfører ikke nødvendigvis antitesen; at under ingen omstendighet skal dommen kunne ha betydning ved forståelsen av retten i et annet land. Det som gjør det aktuelt med å se på nordisk praksis i forhold til Securitas saken er blant annet fellestrekkene i nordisk rett for arbeidsgivers adgang til kontrolltiltak som krav til "saklighet ved at arbeidsgivers kontroll må være begrunnet i virksomhetsrelaterte forhold og at det skal være proporsjonalitet mellom mål og middel".⁸⁹ Departementet sier da også at "utenlandske rettsavgjørelser på området, særlig svenske og danske domstolars praksis, vil kunne ha relevans".⁹⁰

Arbeidsgivers adgang til å kreve rusmiddeltesting av ansatte var problemstillingen i den danske voldgiftssaken Dansk Sø-Restaurations Forening og Restaurationsbranchens Forbund mot DFDS A/S. Spørsmålet i saken var om et rederi uvarslet kunne pålegge de ansatte urintesting for bruk av rusmidler med hjemmel i styringsretten av sikkerhetsmessige grunner. Dette ble godtatt av retten da samtlige arbeidere om bord et skip vil regnes som del av sikkerhetsbesetningen, og sett i forhold til de senere års skipsulykker i de nordiske farvann, mente retten at det både forelå forholdsmessighet og saklighet. Det som likevel skiller denne dommen fra Securitas saken er sikkerhetsaspektet. Det er generelt en større fare for "liv eller helse" når en arbeidstaker er påvirket av rus på sjøen enn når en vokter gjør sine arbeidsoppgaver, jfr. § 9-4. Nettopp den økonomiske siden ble i stor grad anført av Securitas som en av de primære hensiktene for å foreta rusmiddeltesting. Det er dermed presumptivt en større sannsynlighet for at et rederi skal få adgang til å foreta rusmiddeltesting av sine ansatte i Norge enn et vaktelskap, og da særlig om målet er bedret sikkerhet enn økonomi.

⁸⁶ Nemnda siterte fra ot.prp. nr.49 (2004-05) s.135.

⁸⁷ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.403.

⁸⁸ Helge J. Thue, Internasjonal privatrett s.328.

⁸⁹ NOU 2004:5 s 410.

⁹⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.144.

Den svenske "Arbetsdomstolens" dom 1998 nr. 97 var spørsmålet om en ansatt renholder ved et kjernekraftverk måtte gjennomgå rusmiddeltestene arbeidsgiveren krevde. Virksomheten testet alle ansatte hvert tredje år, en ordning som var regulert i gjeldende tariffavtaler med fagorganisasjonene, derimot med unntak av den fagorganisasjonen til renholderen. Domstolen la avgjørende vekt på at bedriften hadde en sterk interesse i å holde arbeidsplassen fri for narkotikarpåvirkede ansatte. Derimot besluttet retten at bedriften ikke hadde adgang til å foreta en generell testing av alkoholbruk blant arbeidstakerne. At retten kom til et annet resultat ved testing av alkohol enn testing av narkotika, synes å grunne i at retten vektla at den konkrete testmetoden bedriften hadde benyttet seg av i forhold til alkohol var usikker. Problemstillingen blir da om det kan foretas et skille mellom testing av alkohol og narkotika etter norsk rett. Begge deler har til felles at de kan gi rus, med påfølgende risiko for svikt i motorikk og/eller dømmekraft. Likevel er alkohol, med unntak av visse restriksjoner, i utgangspunktet en lovlig vare i Norge, i motsetning til narkotika. Risikoen vil også i visse tilfeller kunne være annerledes. En narkoman ansatt i helsevesenet vil være mer tilbøyelig til å forsyne seg av medisinskapet/brettet med de konsekvenser det vil kunne føre til for pasienter, enn den som misbruker alkohol. På den annen side så vil et skille i de fleste situasjoner kunne fremstå som illusorisk. Når resultatet av inntaket ofte vil kunne være det samme så vil det fort kunne fremstå som kunstig å ha et skille mellom de to former for rus. Et slikt standpunkt synes også å ha blitt lagt til grunn i norsk rett ved rusmiddeltesting. Forarbeidene til arbeidsmiljøloven skiller ikke mellom testing av narkotika eller alkohol, men bruker samlebegreper som for eksempel "rusmiddelundersøkelser".⁹¹ Likevel vil det kunne tenkes tilfeller også i Norge der arbeidsgiver vil kunne få rett til å teste etter et rusmiddel men ikke et annet. Departementet tar nemlig et forbehold i de tilfeller der "kontrolltiltaket på grunn av usikre testresultater ikke er egnet til å avdekke de risikofaktorer som ønskes forebygget"⁹² da det i slike tilfeller ikke nødvendigvis vil foreligge tilstrekkelig saklig grunn. At visse testresultater kan være usikre fremgår av punkt 6.3 nedenfor. Dermed kan det ikke utelukkes at domstolene i Norge vil kunne komme med et resultat lignende den svenske arbeidsdomstolen.

6.4 Etterfølgende vurdering om rusmiddelkontroll i arbeidslivet.

Rusmiddelkontroll vil være et klart inngrep i den enkeltes personlige integritet. Som en følge av at sikkerhet og økonomi vil være arbeidsgivers primære mål med rusmiddelkontroll, vil det kunne være naturlig å se på omfanget av rusbruk på arbeidsplassen, og dermed den potensielle gevinsten, en rusmiddelkontroll vil ha for en bedrift sett i forhold til integritetsinngrepet.

Det faktiske omfanget av rus på norske arbeidsplasser er vanskelig å fastslå, men forarbeidene henviser til en undersøkelse fra MMI gjort i 1999 som viste at 24 % av de spurte i store virksomheter kjente til misbruk av rusmidler på arbeidsplassen og tilsvarende 16 % av ansatte i små og mellomstore bedrifter.⁹³ Selv om prosentandelen er høy sier den likevel ikke noe om hvor mange arbeidstakere som faktisk er ruspåvirket i yrkessammenheng.

Arbeidslivets kompetansesenter for rus- og avhengighetsproblematikk la frem tall fra sin årsrapport fra 2006 at de fikk inn rapporter fra 1176 bedrifter med til sammen 315.376 arbeidstakere, hvorav 1017 enkeltpersoner har vært i formelle eller uformelle opplegg med AKAN. Likevel er det en grunn til å anta en viss underreportering av yrkesaktive rusmisbrukere.⁹⁴ Det er også en stor sannsynlighet for underreportering vil inntreffe selv med utbredt rusmiddeltesting. Dette som en følge av at visse narkotiske stoffer forblir lengre i

⁹¹ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.145.

⁹² Ot.prp. nr.49 (2004-05) s.145.

⁹³ Nou 2001:4 s.116.

⁹⁴ Nou 2001:4 s.116.

kroppen enn andre. Rusmiddeltesting på arbeidsplassen vil dermed oftere kunne avsløre misbruk av cannabis enn annen type narkotika.⁹⁵ Årsaken til dette at i tillegg til å være et av de mer brukte narkotiske stoffene, så har ”virkestoffet og omdannelsesstoffer av cannabis (..) en relativt lang nedbrytningstid i kroppen”⁹⁶ i forhold til tyngre narkotiske stoffer.⁹⁷ Videre kan testene gi usikre resultater. Ullevål universitetssykehus Seksjon for klinisk farmakologi og toksikologi opplyser i en orientering fra juni 2003 om misbruksanalyser⁹⁸ at både urinprøver og andre former for tester vil kunne feilaktig gi positive resultater. Opiater vil for eksempel kunne gi feilaktig utslag som en følge av inntak av smertestillende og hostedepende preparater. Dette vil dermed kunne ha konsekvenser for rusmiddelkontrollens rettmessighet som ble nærmere behandlet under punkt 6.3.3. Videre finnes det lite data om rusmiddelkontroll generelt har noe å si for bedriftssikkerheten i Norge. Derimot ble problemstillingen berørt av den uavhengige organisasjonen American Civil Liberties Union i september 1999 i utgivelsen “Drug testing – a bad investment”. Det fremgår der at to studier av ansatte i posten ble foretatt utelukkende for å se om rusmiddeltesting før ansettelse kunne forutse etterfølgende arbeidsmønster, deriblant hyppighet av ulykker.⁹⁹ Resultatet av begge studiene viste at de som testet positivt på rusmiddeltesten ikke var mer tilbøyelig til å være innblandet i ulykker enn de som testet negativt. På den annen side ble det påvist en klar sammenheng mellom å teste positivt og være innblandet ulykker i en lignende studie ved et kraftselskap.¹⁰⁰ Spørsmålet om ulykker og eventuelle konsekvenser av ulykkene vil naturligvis variere fra yrke til yrke og hvordan dette vil kunne påvirke rettmessigheten til en rusmiddeltest vil bli ytterligere eksemplifisert nedenfor under punkt 7.

7 Nærmere om visse yrkesgrupper.

7.1 Innledning.

Arbeidsmiljøloven § 9-4 gir den generelle hjemmelen for arbeidsgivere å kunne iverksette medisinske undersøkelser. Lovgiver har likevel sett behovet for at visse yrker har særegne reguleringer på området. Hensynene bak kan være alt fra å beskytte helsen til arbeidstakerne til å gi samfunnet generelt et større vern mot ulykker eller sykdom. Felles for disse yrkene er at de representerer arbeidssituasjoner hvor når ulykker først inntreffer, så vil de kunne få alvorlige konsekvenser. Likevel vil aml. § 9-4 måtte anvendes når særlovgivningen gir utilstrekkelig hjemmel. Et eksempel på dette behandles under punkt 7.3.2.

7.2 Dykkere.

7.2.1 Innledning.

Som nevnt ovenfor er det visse yrker som på grunn av sine særegne karakteristikk trenger større regulering i forhold til medisinske undersøkelser enn andre. Dykking faller klart inn i

⁹⁵ NOU 2001:4 s.117.

⁹⁶ NOU 2001:4 s.117.

⁹⁷ Drug testing – a bad investment, American Civil Liberties Union .s.13.

⁹⁸

Ullevål universitetssykehus *Seksjon for klinisk farmakologi og toksikologi*, Orientering om misbruksanalyser – prøvetaking, forsendelse og fortolkning.

⁹⁹ Drug testing – a bad investment, American Civil Liberties Union .s.8.

¹⁰⁰ Drug testing – a bad investment, American Civil Liberties Union .s.8.

denne kategorien. Dette blir særlig klart når statistikk for skader og dødsfall blant dykkere sammenlignes med andre yrker. En undersøkelse blant britiske dykkere viste at de var mer sannsynlig enn ikke-dykkere til å utvikle konsentrasjonsvikt, muskel og skjelett plager og svekket hørsel¹⁰¹ og i perioden mellom 1967 og 1990 døde anslagsvis 17 dykkere i Nordsjøen.¹⁰² Det har i tillegg vært en rekke avisartikler som har illustrert plagene de første nordsjødykkerne utviklet gjennom arbeidet sitt, noe som igjen medførte opprettelsen av en egen granskningskommisjon for undersøkelse av pionerdykkernes forhold i Nordsjøen, NOU 2003:5.

For nordsjødykkerne må det også tas i betraktning at arbeidsplassen deres er den viktigste inntekstkilden for den norske stat. Skader på installasjonene i Nordsjøen tilknyttet olje og gass virksomhet vil kunne få store økonomiske konsekvenser. Det vil også kunne være en åpenbar fare for alvorlige miljøødeleggelser.

7.2.2 Den rettslige regulering.

Når petroleumsindustrien begynte sin satsing i Nordsjøen på 1960 tallet økte samtidig behovet for yrkesdykkere i Norge. De første reguleringene kom likevel allerede på slutten av 1950 tallet i form av forskrift 12. juni 1959 om legeundersøkelse av personer som vil utføre dykkerarbeid som ble gitt i hjemmel av den daværende arbeidervernlov av 1956.¹⁰³ Det ble da blant annet stilt krav til syn, hørsel og førlighet.¹⁰⁴

Av dagens regelverk er det forskrift om dykking av 30. november 1990, gitt i hjemmel av arbeidsmiljøloven, jfr. §§ 4-1, 4-4 og 20-2, som er den mest aktuelle.

Arbeidsgivers adgang til å kunne iverksette legeundersøkelser fremgår av forskriftens § 21. Den sier at "Arbeidsgiver kan bare nytte dykker og personell på undervannsfarkost som har gyldig helseerklæring" og at "Arbeidstaker som ved legeundersøkelse viser seg å ha sykdom eller skade som øker risiko for ulykke eller nedsatt helse ved dykkerarbeid skal ikke sysselsettes i slikt arbeid".

Arbeidsgiver har dermed ikke bare adgang til å iverksette helseundersøkelse av dykkere, men er pålagt å sørge for at arbeidstakeren har vært igjennom en slik undersøkelse og få en godkjent helseerklæring før arbeidsgiver i det hele tatt kan benytte seg av arbeidstakeren som dykker. Men hvis arbeidsgiver etter at arbeidstaker har fått utstedt en gyldig helseerklæring får mistanke om en "helsesvikt som kan ha betydning for arbeidsdyktigheten" kan arbeidsgiver på eget initiativ "kreve at dykker skal fremstille seg til ny legeundersøkelse", jfr. § 21 (4).

Som en følge av at yrket i seg selv er en fare for liv og helse og de potensielt store økonomiske skadene som kan oppstå ved en ulykke, er det ikke tvilsomt at arbeidsgiver ville kunne foretatt medisinske undersøkelser med hjemmel i aml. § 9-4 b og c.

Begrunnelsen for at det er nødvendig å stadfeste denne retten i en egen forskrift ser ut til å være todelt. Først og fremst er det praktisk når det først er tatt inn en bestemmelse om obligatorisk helsesjekk for utøvelse av yrket, at det da ytterligere gis hjemmel for arbeidsgiver til å kunne foreta nødvendige helsesjekker når dette anses påkrevd. Deretter er det et åpenbart faremoment med yrket som gjør at det skiller seg fra de fleste andre arbeidsplasser.

¹⁰¹ Health status of professional divers and offshore oil industry workers, John A.S. Ross1, Jennifer I. Macdiarmid, Liesl M. Osman, Stephen J. Watt, David J. Godden and Andrew Lawson s1.

¹⁰² NOU 2003:5 s.103.

¹⁰³ NOU 2003:5 s.71.

¹⁰⁴ NOU 2003:5 s.71.

Forskriften gjelder alle yrkesdykkere med unntak for de som arbeider i militæret, politi, forskere og helsepersonell som arbeider i trykkammer og dykking i forbindelse med petroleumsvirksomhet på kontinentalsokkelen, jfr. § 1. For sistnevnte arbeidsgruppe gjelder en egen forskrift om helsekrav for personer i petroleumsvirksomhet av 12. november 1990. Reglene der samsvarer i stor grad med reglene i forskrift om dykking ved at dykkeren må ha gyldig helseerklæring for å kunne arbeide og arbeidsgiver kan kreve helseundersøkelse når denne "finner særlig grunn til det", jfr. §§ 7 og 18 (2). Det utføres blant annet et antall rusmiddeltester i henhold til disse reglene.¹⁰⁵ Her kan det nevnes at hensynene bak rusmiddeltester går videre enn bare å verne dykkeren selv, som for eksempel undersøkelser om mulige muskel- og skjelettplager i hovedsak gjør. Dette tyder på at adgangen til å foreta medisinske undersøkelser i vel så stor grad motiveres av andre hensyn enn bare dykkerens helse situasjon, som for eksempel økonomi. Dette er likevel ikke overraskende. Som nevnt innledningsvis er olje- og gassindustrien den norske stats viktigste inntektskilde. Når faremomentet med utførelsen av arbeidet i tillegg er såpass fremtredende som det er i dykkernes tilfelle, er det naturlig med en sikring gjennom rusmiddeltesting.

7.3 Helsepersonell.

7.3.1 Innledning.

Selv om begrepet helsepersonell er ganske vidt og omfatter en rekke ulike profesjoner, har arbeidsgruppen stort sett det til felles at de skal sikre borgernes helse. Det er derfor et åpenbart behov for å kunne kontrollere helsepersonellens egen helse og medisinske situasjon, enten dette er i form av rusmiddelkontroll eller sykdomstester.

Kontroll av mulig ruspåvirkning behandles under 7.3.2, og adgangen til kontroll av visse sykdommer behandles under 7.3.3.

7.3.2. Rusmiddelkontroll i henhold til helsepersonelloven og arbeidsmiljøloven § 9-4.

Medisinske undersøkelser av helsepersonell reguleres av lov om helsepersonell av 2. juli 1999 nr. 64. Som helsepersonell regnes alt fra lege til ortopediingeniør, jfr. § 3, jf §§ 48 og 49. Det fremgår av loven at helsepersonell har pliktmessig avhold, og skal dermed ikke "innta alkohol eller andre rusmidler i arbeidstiden", jfr. § 8 (1). For å kunne gjøre forbudet mest mulig effektivt gis departementet hjemmel til å bestemme at "helsepersonell skal kunne pålegges å avgi utåndingsprøve, blodprøve eller lignende prøve ved mistanke om overtredelse" av rusforbudet, jfr. § 8 (3). Denne adgangen har ikke departementet benyttet seg av enda. Om en arbeidsgiver likevel rettmessig kan kreve å rusmiddelteste sine ansatte selv uten utstedelse av en slik forskrift, vil måtte vurderes etter aml. § 9-4. Bestemmelsens vilkår er nærmere behandlet under punkt 5. En arbeidsgiver kan da foreta rusmiddeltesting hvis det er "nødvendig" for å verne "liv eller helse", jfr. § 9-4 bokstav c. Det må videre skilles mellom kontrolltiltak på grunnlag av konkret mistanke og generelle tiltak som gjelder alle ansatte som en følge av de ulike hensynene som aktualiseres ved bruken av de. Som nevnt vil begrepet helsepersonell omfatte en rekke vidt forskjellige yrker. Det vil dermed være en klar forskjell mellom de ulike yrkesgruppene om hvor stor risiko ruspåvirkning vil innebære for "liv eller helse". Risikoen for alvorlige helsemessige konsekvenser vil være klart større for pasientene om kirurgen møter ruset på jobb enn om en fotterapeut hadde gjort tilsvarende. Likevel er det klart at generelt vil ruspåvirket helsepersonell kunne representere en risiko for "liv eller

¹⁰⁵ NOU: 2001:4 s.165.

helse”, som en naturlig følge av at det er nettopp liv og helse som i stor grad utgjør helsepersonells arbeidsfelt. Dermed vil det inntreffe tilfeller der rusmiddeltesting vil være ”nødvendig” for å verne liv eller helse. Men også i forhold til nødvendighetskravet vil det måtte differensieres mellom type arbeid, ansvar og potensiell risiko ruspåvirkning vil kunne ha. En ruspåvirket sykepleier vil kunne utgjøre en risiko for ”liv eller helse”, men nødvendigheten for rusmiddeltesting vil være større i de tilfeller der sykepleieren har ansvar for alvorlig skadde og syke enn der arbeidsoppgavene er av mer forebyggende art.

At en rusmiddeltest vil være et inngrep i arbeidstakers personlige integritet må sees i sammenheng med tungtveiende samfunnsinteresser, deriblant forventningen om sikkerhet i ulike institusjoner og virksomheter. Det er når mennesket er alvorlig sykt og skadet at det samtidig er på sitt mest sårbare. Et moderne samfunn vil da både ha en forventning og en avhengighet av at helseinstitusjonenes ansatte gjør sitt beste ut i fra forutsetningene. En svekkelse av utføringen av arbeidet som en følge av selvpåført rus vil klart kunne svekke disse forventningene.

Det må dermed kunne legges til grunn at arbeidsgiver i visse tilfeller kan rusmiddelteste helsepersonell såfremt det er ”nødvendig” for å verne ”liv eller helse”, jfr. § 9-4 c.

Om arbeidsgiver kan foreta andre medisinske undersøkelser av ansatte ved konkret mistanke må også vurderes etter § 9-4. Vurderingen vil i stor grad samsvare med vurderingen om adgangen til å foreta rusmiddelkontroll. Hvis en kirurg begynner å få store problemer med synet vil det kunne være ”nødvendig” for å verne ”liv eller helse” om arbeidsgiver beordrer en synstest, jfr. § 9-4 c.

Videre blir problemstillingen om arbeidsgiver rutinemessig kan foreta ruskontroll av helsearbeidere. Det må også i disse tilfellene tas utgangspunkt i § 9-4 c. Som ved vurderingen av om adgangen til ruskontroll ved konkret mistanke, er også her hensynet til pasientenes helse fremtredende. Det er som nevnt ovenfor ”nødvendig” å hindre berusede helsearbeidere å arbeide med pasienter. Vurderingen vil bli ganske lik den som ble foretatt om adgangen til å kontrollere sjøfolk rutinemessig. Det er dermed mest nærliggende å anta at rutinemessig ruskontroll av helseansatte må ha positiv hjemmel i lov eller at det kommer en klar sedvanerettsregel.

Dette ble da også lagt til grunn av personvernemnda, jfr. avsnitt 6.3.2.

Samme resultat må nok legges til grunn for om arbeidsgiver rutinemessig kan foreta andre typer medisinske undersøkelser.

7.3.3. Forskrift om antibiotikaresistente bakterier og tuberkuloseundersøkelse.

Lovgiver har som nevnt tidligere i visse tilfeller ansett det som nødvendig å konkretisere tilfeller der arbeidsgiver ikke bare kan foreta medisinske undersøkelser, men er pålagt å gjøre det. Behovet for dette i helsevesenet er klart. Som en følge av at helsepersonell jobber med syke og helsemessige svekkete mennesker er det en nødvendighet at helsepersonellet selv ikke opptrer som smittebærere og dermed selv utgjør en risiko for pasientene. Likevel vil man aldri kunne garantere for helt sykdomsfrie ansatte. Derfor er det bare visse sykdommer eller bakterier man vil forsikre seg om at de ansatte ikke er i besittelse av. Et eksempel på dette er forskrift av 5. juli 1996 nr. 700 om forhåndsundersøkelse av arbeidstakere innen helsevesenet - antibiotikaresistente bakterier, gitt i hjemmel av smittevernloven §§ 3-2 og 3-9.

Forskriften gir hjemmel til å ”undersøke for antibiotikaresistente sykdomsfremkallende bakterier”, jfr. § 4. Dette gjelder personer som har ”arbeidet i helsevesenet i utlandet” eller ”har vært innlagt i helseinstitusjon i utlandet”, og skal før ”tiltredelse eller gjeninntredelse i

stilling i helseinstitusjon som er omfattet av denne forskriften” gjennomgå undersøkelse for antibiotikaresistente bakterier, jfr. § 4.

At undersøkelsen skal finne sted før ”tiltredelse” og ”Undersøkelse kan ikke kreves gjennomført før vedkommende er ansatt”, medfører at undersøkelsen må foretas i perioden mellom ansettelse og innen tidspunktet den ansatte etter arbeidsavtalen skal begynne å utføre arbeidet sitt, jfr. § 4 (1) og (2).¹⁰⁶ Dette er naturlig som en følge av at hensynet bak forskriften er å sikre pasientenes helse. Det ville vært lite gunstig om en som er smittet av slike bakterier hadde kunne begynt å jobbe før en eventuell testing hadde funnet sted.

For tilfeller som ikke går inn under § 4 (1) så fremgår det av bestemmelsens annet ledd at når det er påkrevet av hensyn til smittevernet, kan Sosial- og helsedirektoratet bestemme at også personer som har vært i ”andre risikosituasjoner” for å få en infeksjon kan undersøkes. Hva som skal forstås med ”andre risikosituasjoner” vil måtte vurderes konkret, og det må foreligge en reell risikositasjon. Dermed vil nok hospitering og opplæring omfattes av § 4 (2). Risikoen for smitte vil være like stor i slike tilfeller som de nevnt i § 4 (1). Siden hensikten er å sikre pasientenes helse er det da ikke tvilsomt at de nevnte tilfellene vil representere minimumet av adgang etter § 4 (2) til å iverksette undersøkelser for antibiotikaresistente bakterier.

Stillingene som er omfattet av forskriften er de nevnt i lov om spesialisthelsetjenesten § 1-2 og sykehjem etter kommunehelsetjenesteloven § 1-3 andre ledd nr. 6”, jfr. forskriftens §§ 2 og 4. Dette medfører at begrepet helsepersonell må forstås i en litt snevrere betydning etter forskrift om antibiotikaresistente bakterier enn etter helsepersonelloven, da sistnevnte blant annet også omfatter farmasøyter i motsetning til de ovenfor henviste lover.

Det kan kort nevnes at det er gitt ytterligere en forskrift med hjemmel i smittevernloven §§ 3-2 og 3-9 om tuberkuloseundersøkelse.¹⁰⁷

Arbeidsgiver har etter den en plikt til å kreve kontroll av personer som skal ”tiltre eller gjeninntre” i stilling i helse og sosialtjenesten eller som er ”under opplæring eller hospitering” i slike stillinger, jfr. forskriftens § 3-1 (2). Forskriftene skal ivareta de samme hensynene og er ganske likt oppbygget. Eventuell rettspraksis om en av forskriftene vil dermed kunne være interessant for forståelsen av den andre.

8 Arbeidstakers medvirkningsplikt, mulige sanksjoner mot arbeidstaker ved unnløtelse og tvangsgjennomføring.

8.1 innledning.

Som det fremgår under punkt 5 og 7 kan hjemlene for arbeidsgiver til å iverksette kontrolltiltak i form av medisinske undersøkelser både være en adgang eller plikt for arbeidsgiver. Problemstillingene som skal behandles her er i hvor stor grad arbeidstaker må medvirke til kontrolltiltaket, eventuelle avtalerettslige konsekvenser for arbeidstaker ved unnløtelse og om arbeidsgiver kan tvangsgjennomføre kontrolltiltaket.

8.2 Arbeidstakers medvirkningsplikt og mulige sanksjoner mot arbeidstaker ved unnløtelse.

¹⁰⁶ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.221.

¹⁰⁷ Forskrift av 21. juni 2002 nr. 567 om tuberkulosekontroll.

Utgangspunktet er at så lenge vilkårene i de aktuelle bestemmelsene er oppfylt så vil arbeidstakerne ha en plikt til å ikke bare finne seg i kontrollen, men også aktivt medvirke til gjennomføringen av den.¹⁰⁸ Ved rettmessige kontrolltiltak vil en unnløstelse fra arbeidstaker kunne anses som ordrenekt, som igjen vil kunne medføre disiplinære sanksjoner fra arbeidsgiver¹⁰⁹ som for eksempel advarsel, irrettesettelse oppsigelse eller avskjed. Hvilke sanksjoner som vil anses rettmessig vil være betinget av unnløstelsens alvorlighet¹¹⁰. Selv om det er uenighet om rettmessigheten av et kontrolltiltak så er utgangspunktet at arbeidstaker må avfinne seg med kontrolltiltaket inntil saken er rettslig avklart.¹¹¹ Dette er naturlig da hensikten med kontrolltiltaket ofte vil være å verne liv og helse. En utsettelse av kontrolltiltaket til etter at dets rettmessighet er avgjort ved domstolen er lite tilfredsstillende. Likevel må det trekkes en grense i forhold til hva arbeidstaker må finne seg i av kontroller. Forarbeidene til aml. kapittel 9 nevner som unntak fra arbeidstakers medvirkningsplikt de tilfeller der det er åpenbart at kontrolltiltaket er ulovlig, hvor det er tale om særlig inngripende kontrolltiltak, eller i situasjoner hvor det ikke er noen rimelig eller saklig grunn for at arbeidsgiver ikke kan avvende iverksettelsen av kontrolltiltaket fram til en rettslig avklaring av tvisten¹¹² Disse unntakene har de likhetstrekk at de enten vil representere direkte overgrep eller overgrepslignende situasjoner, dermed vil unntakene, selv om de konkret gjelder aml. kapittel 9, kunne være aktuelle på lignende bestemmelser som hjemler medisinske undersøkelser.¹¹³

Eksempel på kontrolltiltak som fristiller arbeidstaker fra sin medvirkningsplikt vil kunne være om arbeidsgiver krever gentesting av sine arbeidere for å få oversikt over deres mulige fremtidige helsesituasjon. Bruk av opplysninger fra en gentest vil ikke bare vil stride mot lov av 5. desember 2003 om humanmedisinsk bruk av bioteknologi § 5-8, det vil i tillegg representere et klart og grovt inngrep i deres personlige integritet. Videre så nevner forarbeidene at ytterligere begrensninger vil kunne følge av tariffavtale, arbeidsavtale eller bestemmelser i arbeidsreglement.¹¹⁴

Likevel er det klare utgangspunkt at arbeidstakerne har en midlertidig lydighetsplikt.¹¹⁵

8.3 tvangsgjennomføring.

Men selv med en slik lydighetsplikt så vil ikke den i seg selv medføre at arbeidsgiver kan gjennomføre kontrollen med tvang så lenge det ikke foreligger en klar og særskilt lovhjemmel.¹¹⁶

9 Rettsvirkninger av ulovlig kontroll.

Det kan oppstå en situasjon der arbeidstaker har latt seg undersøke og resultatet viser at arbeidstakeren ikke oppfyller de helsemessige krav loven anviser, men at det senere viser seg at testen var ulovlig. Spørsmålet blir da om resultatet likevel kan brukes som bevis i en straffe- eller avskjed-/oppsigelsessak .

¹⁰⁸ Aagaard/Melsom, Bedriftens personalhåndbok s.184.

¹⁰⁹ Aagaard/Melsom, Bedriftens personalhåndbok s.184-185.

¹¹⁰ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.415.

¹¹¹ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.410 og ot.prp. nr.49 (2004-05) s144.

¹¹² Ot.prp. nr.49 s.144.

¹¹³ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.411.

¹¹⁴ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s144.

¹¹⁵ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s.410.

¹¹⁶ Aagaard/Melsom, Bedriftens personalhåndbok s.184.

Spørsmålet kan ikke besvares generelt, men beror på en bred interesseavveining.¹¹⁷

Utgangspunktet er at retten i særlige tilfeller kan nekte bevis som er skaffet til veie på utilbørlig måte, jfr. tvisteloven av 17. juni 2005 nr. 90 § 22-7.

Tvistelovens forarbeider sier at det vil "normalt være tungveiende rettsikkerhetshensyn, herunder personvernens hensyn, som tilsier at beviset ikke skal tillates ført".¹¹⁸ Det foreligger ingen dommer der problemstillingen har omhandlet avskjæring av bevis som er innhentet fra ulovlige medisinske undersøkelser. Derimot er det dommer som omhandler avskjæring av bevis innhentet fra andre kontrolltiltak. Som en følge av kontrolltiltak generelt reiser til en viss grad like spørsmål i forhold til personvern, vil slike dommer kunne være interessante for å belyse hva som skal til før bevis innhentet fra en ulovlig medisinsk undersøkelse blir avskåret.¹¹⁹ Faktum i Rt. 2002 s.1500 var at en arbeidstaker hadde blitt avskjediget grunnet informasjon arbeidsgiver fikk tak i gjennom en kontroll av den ansattes e-post. Selv om dette brøt med reglene i personopplysningsloven § 2 nr 1, ble ikke beviset avskåret fordi fremleggelsen av e-posten hadde ivaretatt en "berettiget interesse" som oversteg hensynet til arbeidstakerens personvern.

Høyesterett kom likevel til motsatt resultat i Rt. 2001 s. 668. Saksforholdet var det at arbeidsgiver hadde montert et videokamera med den hensikt å finne ut om noen ansatte stjal fra butikkens tippekasse. Høyesterett sa da at hemmelig videoovervåking representerte et "vidtgående integritetsinngrep" i forhold til de ansatte. Personvernens hensynene ble dermed avgjørende da videoopptakene ble avskåret som bevis.

Sistnevnte dom viser at ved de grove integritetsinngrepene så er det klare utgangspunkt at beviset avskjæres. Det vil for eksempel tenkes at et IT-selskap rusmiddeltestet alle sine ansatte med den begrunnelse at ansatte som var ruset utgjorde en "særlig risiko", jfr. aml. § 9-4 bokstav b. Hvis bedriften da sanksjonerte overfor de ansatte som leverte et positivt resultat på testen og domstolen kom til at rusmiddeltesten ikke hadde tilstrekkelig lovhjemmel, taler mye for at beviset ville måtte avskjæres. En rusmiddeltest er et klart og alvorlig inngrep i den enkeltes integritet, og forarbeidene sier klart at de "bør begrenses til det strengt nødvendige".¹²⁰ Når risikoen i tillegg er knyttet opp mot ganske generelle og mindre alvorlige konsekvenser kan det vanskelig godtas at en eventuell fremleggelse vil ivareta en "berettiget interesse", jfr. § 2 nr. 1. Annerledes vil resultatet kunne bli dersom det som gjør kontrollen ulovlig er brudd på prosessuelle regler eller resultatet viser en mangel ved arbeidstaker som er et absolutt krav for å kunne fungere i stillingen. Det kan tenkes at et sykehus har reagert med enten overføring til nytt arbeidssted eller kanskje til og med oppsigelse overfor en sykepleier fordi vedkommende er smittet med antibiotikaresistente bakterier. Dersom undersøkelsens resultat stammer fra et inngrep som går inn under forskrift om antibiotikaresistente bakterier § 5 om ikke rettmessige undersøkelsesmetoder, så kan det neppe være avgjørende i vurderingen om beviset skal føres eller ikke.

Litteraturliste.

¹¹⁷ Aagaard/Melsom, Bedriftens personalhåndbok s.185.

¹¹⁸ Ot.prp.nr.51 (2004-2005) s.458.

¹¹⁹ At rettspraksis før lovens vedtakelse fortsatt er aktuell legges til grunn i forarbeidene, som sier at § 22-7 er en kodifisering av gjeldende rett jfr. ot.prp. nr.51 2004-2005 s.458.

¹²⁰ Ot.prp. nr.49 (2004-05) s. 149.

- Aune Helga Aune, Henning Jakhelln, Kent Källström, Jens Kristiansen, Anders Von Koskull, Birgitta Nyström, Arbeidsgiverens kontrolladgang - arbeidstakerens integritet. Nordisk Arbeidsrettslig Møte 1 utg. 2000.
- Jakhelln Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten 4. utg. 2006, Damm.
- Jakhelln/Aune Henning Jakhelln og Helga Aune, arbeidsrett.no – kommentarer til arbeidsmiljøloven 1. utg. 2005, Damm.
- Ruud/Ulfstein Morten Ruud og Geir Ulfstein, Innføring i Folkerett 2. utg. 2004, Universitetsforlaget.
- Schartum Dag Wiese Schartum, Lov om behandling av personopplysninger, lov og rett 2000 s. 543
- Storeng Nils H. Storeng, Rusmiddelkontroll i arbeidslivet (2006), jusstorget.no.
- Thue Helge J. Thue, Internasjonal Privatrett - Personrett, familierett og arverett. Alminnelige prinsipper og de enkelte reguleringer 1. utg. 2002, Gyldendal.
- Aagaard/Melsom Eirik C. Aagaard og Nina Melsom, Bedriftens personalhåndbok- Rett og plikt i arbeidsforhold. 7. utg. 2006 Gyldendal.
- Aall Jørgen Aall, Rettsstat og menneskerettigheter 1. utg. 2004, Fagbokforlaget.

Forskningsrapporter m.v.

Lovavdelingen, Tolkningsuttalelser om den europeiske menneskerettighetskonvensjon Art. 8 HIV-testing som betingelse for å tjenestegjøre i fredsoperasjoner. Saksnummer 2001/9253. (2002).

John A.S. Ross, Jennifer I. Macdiarmid, Liesl M. Osman, Stephen J. Watt, David J. Godden and Andrew Lawson, Health status of professional divers and offshore oil industry workers, (2007) Oxford Journals.

Drug testing – a bad investment, American Civil Liberties Union (1999).

Ullevål universitetssykehus Seksjon for klinisk farmakologi og toksikologi, Orientering om misbruksanalyser – prøvetaking, forsendelse og fortolkning, (2003).

Norske og utenlandske offentlige innstillinger m.v.

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

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

NOU 2001: 4 (2000) Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet.

NOU 2003:5 (2002) Pionerdykkerne i Nordsjøen.

SOU 2002:18 (2002) Personlig integritet i arbeidslivet.