

Adgang til medisinsk testing i arbeidsforhold



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer:

Leveringsfrist: 25. april 2011

Til sammen 17937 ord

15.02.2011

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Presisering	1
1.2	Avgrensning	2
1.3	Rettskilder	2
1.4	Formål	3
<u>2</u>	<u>ADGANGEN TIL MEDISINSKE UNDERSØKELSER I ARBEIDSFORHOLD</u>	<u>8</u>
2.1	Styringsretten	8
2.2	Arbeidsmiljøloven kapittel 9	10
2.3	Arbeidsmiljøloven § 9-1	11
2.3.1	Saklighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd	11
2.3.2	Forholdsmessighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd	14
2.4	Arbeidsmiljøloven § 9-2	16
2.5	Arbeidsmiljøloven § 9-4	17
2.5.1	Hva er medisinske undersøkelser?	18
2.5.2	Rettslige vilkår for å iverksette medisinske undersøkelser etter arbeidsmiljøloven § 9-4	20
2.5.3	Hva slags tester kan pålegges?	25
2.6	Konklusjon	26
<u>3</u>	<u>RETTLIG ADGANG TIL Å BEHANDLE PERSONOPPLYSNINGER VED MEDISINSKE UNDERSØKELSER I ARBEIDSFORHOLD</u>	<u>27</u>
3.1	Innsyn i pasientjournaler	29

3.2	Grunnkrav for arbeidsgiver til å behandle personopplysninger	30
3.2.1	Tillatt etter personopplysningsloven § 8 og § 9	32
3.2.2	Krav om angitte formål og saklig tilknytning til virksomheten	40
3.2.3	Personopplysningene må ikke brukes til andre formål	42
3.2.4	Personopplysningene må være tilstrekkelige og relevante	44
3.2.5	Krav om kvalitet og lagringsvarighet	44
3.2.6	Må arbeidsgiver ha konsesjon for å behandle helseopplysninger om ansatte?	45
3.3	Konklusjon	48
4	<u>OSLO LUFTHAVN GARDERMOEN</u>	49
4.1	Er kondisjonstest å anse som en medisinsk undersøkelse	49
4.2	Saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig belastende for de ansatte	51
4.3	Stillinger som innehar særlig risiko eller nødvendig for å verne liv eller helse	53
4.4	De personvernmessige aspekter ved en kondisjonstest av ansatte	55
4.4.1	Er vilkårene for å behandle personopplysninger oppfylt?	56
5	<u>DE LEGE FERENDA VURDERINGER OG AVSLUTTENDE BETRAKTNINGER</u>	61
6	<u>LITTERATURLISTE</u>	A
6.1	Bøker	A
6.2	Forarbeider	A
6.3	Domsregister	B
6.4	Forskrifter	B
6.5	Internettsteder	C
6.6	Artikler	C

1 Innledning

1.1 Presisering

Samfunnets generelt økende behov for innhenting av informasjon gjelder også i stor grad i arbeidsforhold. Arbeidstakere og arbeidssøkere utsettes for større og større press for å akseptere at det foretas kontrolltiltak som kan ligge i gråsonen for hva som anses for å utgjøre en krenkelse av ens personlige integritet. Det rettslige grunnlaget for å kreve kontrolltiltak kan fremstå som noe uklart. Samtidig reises det en rekke spørsmål vedrørende lagring av informasjonen som innhentes ved medisinske undersøkelser. Av den grunn vil en stor del av oppgaven omhandle personvernspørsmål som oppstår ved medisinske tester i arbeidsforhold. Samspillet mellom arbeidsrettslige regler og personvernregler er avgjørende for å avklare rettstilstanden for medisinsk testing i arbeidsforhold. I tillegg medfører Norges internasjonale forpliktelser at drøftelsen også må ta stilling til internasjonal lovgivning for å kunne klargjøre rettstilstanden.

Drøftelsens oppbygning vil følge en naturlig utvikling i de rettslige spørsmål rundt adgangen til medisinsk testing i arbeidsforhold. Først vil den arbeidsrettslige adgangen til å foreta medisinsk kontroll av de ansatte presenteres. Deretter vil de personvernmessige spørsmålene som naturlig oppstår etter at medisinsk informasjon er fremskaffet problematiseres. Til slutt vil jeg ta for meg noen konkrete hendelser fra norsk arbeidsliv for å analysere hvorvidt næringslivets handlinger er innenfor lovverket. Oppgavens målsetning er å tegne leseren et kart over et fragmentarisk og til dels uoversiktlig rettsområde.

1.2 Avgrensning

Så fremt det ikke er nødvendig for å belyse problemstillinger, er oppgaven avgrenset mot øvrige kontrolltiltak som kan tenkes i arbeidslivet. Hva som anses for å være en medisinsk undersøkelse, vil bli drøftet i kapittel 2.5.1.

Oppgaven avgrenses også mot lov av 4. mars 1983 nr. 3 om statens tjenestemenn. Etter Forskrift av 2005 om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper § 1 kommer bestemmelsene vedrørende medisinske undersøkelser i arbeidsforhold også til anvendelse for statsansatte som reguleres av tjenestemannsloven.

Endelig avgrenses oppgaven mot internasjonale konvensjoner som Norge har folkerettslig forpliktet seg til å følge. Imidlertid skal det kort poengteres hvilke rettslige problemstillinger som er aktuelle for oppgavens tema ut ifra et internasjonalt synspunkt. Norge har forpliktet seg til å følge den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen. Konvensjonen oppstiller en rekke rettigheter som tar sikte på å gi individet rettigheter, samt plikter for statene til å oppfylle konvensjonens forpliktelser. Det følger av konvensjonens artikkel 8 første ledd at enhver har rett til respekt for sitt ”privatliv og familieliv, i sitt hjem og korrespondanse”. Hvorvidt norske rettsregler vedrørende medisinsk testing i arbeidsforhold er i samsvar med artikkel 8 er av interesse når lovligheten av helseundersøkelser i arbeidsforhold skal vurderes. Imidlertid tillater ikke oppgavens rammer for ord en inngående drøftelse av problemstillingen, og følgelig må oppgaven avgrenses mot den Europeiske Menneskerettighetskonvensjonen.

1.3 Rettskilder

Arbeidervernlovgivningen er et av de eldste rettsområdene i Norge. Allerede i 1892 kom den første loven som tok sikte på å gi arbeidere i fabrikker et visst rettslig vern.

I 2011 er det lov av 17. juni 2005 nr. 62 om Arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. som er den mest sentrale loven for å regulere forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, herunder adgangen til å iverksette kontrolltiltak.

Sentrale forarbeider til loven er:¹

- NOU-2001:4 Helseopplysninger i arbeidslivet, av 12 desember 2000 (Breisteinutvalget)
- NOU-2004:5 Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst av 20. februar 2004.
- Ot.prp.nr.49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern (arbeidsmiljøloven)

Arbeidsmiljøloven ble foreslått av Breisteinsutvalget. Derfor er NOU-2001:4 særskilt interessant når arbeidsmiljøloven § 9-4 skal tolkes.

Ettersom oppgaven også har en viktig side mot personvernlovgivning, vil lov av 14. april. 2000 nr. 31 om behandling av personopplysninger være en viktig kilde. Denne loven er utgangspunktet for å klargjøre de rettslige problemstillingene vedrørende personvern. Hvorvidt den også regulerer personvernmessige spørsmål som oppstår i forbindelse med et arbeidsforhold, vil bli behandlet senere i oppgaven.

1.4 Formål

For å forstå samspillet mellom reglene om kontrolltiltak, da spesielt adgangen for å foreta medisinske undersøkelser i arbeidsforhold og reglene om personvern, er det nødvendig å forstå formålet med lovgivningen. På bakgrunn av dette har arbeidsmiljøloven i § 1-1 en formålsbestemmelse som skal være retningsgivende for tolkning og praktisering av loven.²

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 1-1 angir at formålet med lovverket er å sikre trygge og faste arbeidsplasser i et arbeidsliv der likebehandling står sentralt slik at enhver kan arbeide ut ifra sine forutsetninger. Videre skal loven legge til rette for at arbeidsgivere har stor grad av frihet til å sørge for at de ansatte får de rettighetene de har krav på, men med veiledning og kontroll fra det offentlige. Endelig fastslår paragrafen at et sentralt formål er å ”bidra til et inkluderende arbeidsliv”. Bestemmelsen legger også opp til et omfattende vern av

¹ www.regjeringen.no/nb/dep/ad.

² Pettersen (2010) s.24

arbeidstakere gitt det sterke fokuset på likebehandling i arbeidslivet, uavhengig av ulike fysiske forutsetninger.

Formålsparagrafen er skrevet som en rettslig standard som til enhver tid tilpasser seg de endrede samfunnsforhold. I dette ligger det at det tiltak som i dag medfører for eksempel et inkluderende arbeidsliv, ikke nødvendigvis vil være tilstrekkelig om ti år.

Bakgrunnen for Stortingets regulering av arbeidsgivers adgang til å gjennomføre helsekontroll i arbeidsforhold, er sammensatt. Driften i virksomheten kan gi arbeidsgiver behov for å kontrollere de ansatte ved hjelp av medisinske tester. På en annen side må arbeidstakere ha et visst vern for sin personlige integritet. Arbeidsmiljøloven § 9-4 er basert på en interesseavveining mellom de to motstridende hensynene.

Arbeidsgivers behov eller ønske om å foreta medisinske undersøkelser av de ansatte, lar seg ikke uttømmende oppregne. Til det er kompleksiteten i arbeidslivet for stor. Det mest iøynefallende behovet er dersom virksomheten bedriver arbeid som potensielt kan medføre en fare for de ansattes helse, eller for øvrig være skadelig for samfunnet. Utfører ansatte i bedriften arbeid som kan medføre helserisiko, kan ledelsen i virksomheten ha behov for at de ansatte gjennomgår en helsekontroll for å klargjøre tiltak som kan redusere risikoen for skader. Det finnes også en rekke bedrifter som er lovpålagt at enkelte ansatte til enhver tid er rusfrie, slik som for eksempel piloter eller styrmenn på skip.³ Videre kan arbeidsgiver ha ønske om å bedre effektiviteten, eller å avklare hvilken ansatt som best egner seg for en forfremmelse.⁴ Tilfellene er etter dette så ulike at det ikke er hensiktsmessig å foreta en lang presentasjon av de ulike begrunnelser, og de ovennevnte er derfor tatt med for å illustrer ulike formål.

Sett fra arbeidstakerens ståsted er det en rekke betenkeligheter som kan oppstå ved en uforbeholden adgang for arbeidsgiver til å kreve helseundersøkelser. Lovgiver har derfor

³ NOU-2001:4, s.21

⁴ NOU-2004:5, s.424

ønsket å beskytte arbeidstakers personlige integritet så langt det lar seg gjøre. Hovedårsaken er at en medisinske undersøkelse medfører en krenkelse av arbeidstakerens personlige integritet, og derfor bør utgangspunkt være at det er arbeidstaker selv som beslutter om vedkommende ønsker å gjennomgå en medisinsk undersøkelse eller ikke. Dersom adgangen til helseundersøkelser var basert på samtykke fra arbeidstakeren, kunne den ansatte lett komme i en situasjon der det å motsette seg helseundersøkelse kunne medføre konsekvenser for den det gjelder, for eksempel i form av represalier fra arbeidsgiver. Styrkeforholdet i et arbeidsforhold tilsier at det fort kan bli et utilbørlig press på den ansatte til å samtykke, og en slik situasjon ønsker ikke lovgiver at den ansatte skal utsettes for.⁵

Et ytterligere formål er at man ved å lovregulere adgangen til medisinske undersøkelser, forhindrer at enkelte arbeidstakere holdes utenfor arbeidslivet på urimelig grunnlag, for eksempel dersom undersøkelsen ga indikasjoner på helseproblemer som ikke direkte er av relevans for det arbeid som arbeidstakeren skal utføre.⁶ Man unngår dermed at arbeidsgiver kan misbruke helsekontrollene til andre formål enn de som er tillatt av bestemmelsen.

Personopplysningsloven inneholder også en formålsbestemmelse i § 1, og vil følgelig være sentral for å tolke loven i henhold til lovgivers intensjon. Etter bestemmelsens ordlyd skal loven bidra til å ”beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger”. Bestemmelsen angir en rettslig standard som skal sørge for at loven til enhver tid er tilpasset de endrede samfunnsforhold som i løpet av kort tid kan prege personvernet.

Bruken av begrepet ”krenket” i bestemmelsens første ledd kan gi indikasjoner på at lovgiver har ønsket at det skal være en lav terskel for at personopplysningslovens bestemmelser skal komme til anvendelse. Imidlertid er det ikke i forarbeidene kommentert hva som skal til for å kunne fastslå at det har forekommet en krenkelse i lovens forstand, og

⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s.148

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s.148

dermed kan man ikke uten videre legge en slik forståelse til grunn. Ved at lovens formålsbestemmelse er formulert med forholdsvis vage begrep kan det oppstå usikkerhet om hvordan lovens bestemmelser skal tolkes opp i mot § 1.⁷ Dette vil jeg komme tilbake til senere i drøftelsen.

Videre følger det av bestemmelsens andre ledd at loven også skal bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med ”grunnleggende personvern hensyn”. Hva som er ”grunnleggende personvern hensyn” følger ikke direkte av loven, men paragrafen oppstiller følgende momenter:

1. Personlig integritet,
2. Privatlivets fred, og
3. Tilstrekkelig kvalitet på opplysningene.

Lovens formål er etter dette å sikre lovregler som egner seg til å gi individet grunnleggende personvern i samfunnet.

Ordlyden av bestemmelsen tilsier at dersom personopplysningene inneholder informasjon om eller informasjon som kan knyttes til den enkelte som person, eller består av informasjon som må anses for å være privat, skal personopplysningene falle inn under lovens virkeområde. Likevel må slike opplysninger være av en slik kvalitet at de evner å inneholde slike opplysninger. Dette medfører at informasjon, som rent teoretisk kan anses for å være en personopplysning, kan på grunn av dens karakter falle på utsiden av loven, for eksempel dersom den ikke inneholder tilstrekkelig kvalitet på opplysningen. Ut ifra ordlyden i § 1 er ikke momentene som nevnes uttømmende for tolkningen.

Etter juridisk teori skal uttrykket også forstås som en referanse til hva rettspraksis, forvaltningspraksis og etablert personvernteori anser for å være ”grunnleggende personvern hensyn”.⁸

⁷ Schartum (2003) s.105

⁸ Schartum (2003) s.105-106

Den videre drøftelse vil redegjøre for det rettslige grunnlaget for arbeidsgiver til å iverksette kontrolltiltak i virksomheten. Av like stor interesse som den rettslige adgangen til å iverksette tiltak, er lovgivers begrensning av arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstakere. Videre vil derfor styringsretten i arbeidsforhold bli presentert, før de generelle vilkårene for å kunne iverksette kontrolltiltak i bedriften blir drøftet. Sistnevnte følger av arbeidsmiljøloven § 9-1 mens de materielle vilkårene for å iverksette medisinske undersøkelser i arbeidsforhold følger av arbeidsmiljøloven § 9-4. I og med at oppgaven belyser medisinske undersøkelser i arbeidsforhold vil § 9-4 gis mer oppmerksomhet enn § 9-1, men det er likevel nødvendig å redegjøre for de generelle vilkårene som loven oppstiller. Den ovennevnte drøftelse om formål bak arbeidsmiljøloven, vil være sentral for å klarlegge lovgivers intensjon med arbeidsmiljøloven kapittel 9. Likedan vil arbeidsgivers formål for å iverksette kontrolltiltak være av stor betydning når lovligheten av ulike tiltak skal vurderes.

2 Adgangen til medisinske undersøkelser i arbeidsforhold

Arbeidsmiljølovens kapittel 9 inneholder lovregler for arbeidsgiver til å kunne iverksette kontrolltiltak overfor de ansatte i virksomheten. Kapitlet er bygd opp slik at de materielle grunnvilkårene som må være oppfylt for å kunne iverksette kontrolltiltak, finnes i arbeidsmiljøloven § 9-1, mens de prosessuelle vilkår følger av § 9-2. De materielle reglene for å kunne foreta medisinske undersøkelser av de ansatte er regulert i § 9-4.

Som den videre drøftelse vil vise, utgjør arbeidsgivers formål for å iverksette kontrolltiltaket en meget sentral del av vurderingen om hvorvidt tiltaket er lovlig. Sentralt er også formålene som ble presentert ovenfor under oppgavens kapittel 1.3, i og med at det ofte vil være motstridende formål bak arbeidsgivers ønske om å innføre kontrolltiltak og lovgivers ønske om å verne de ansatte.

2.1 Styringsretten

Det eksisterer i norsk arbeidsrett et ulovfestet prinsipp om arbeidsgivers styringsrett. Det er i rettsavgjørelser fra så tidlig som 1918 vist til at det eksisterer et slikt prinsipp, og Høyesterett har i flere nylig avsagte dommer vist til styringsretten.⁹ Professor Jakhelln har omtalt prinsippet som ”arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet, samt retten til å inngå arbeidsavtaler og bringe de til opphør, innen de rammer som følger av arbeidsrettslige regler”.¹⁰ Etter Jakhellns syn kan styringsretten blant annet oppstå på bakgrunn av arbeidsavtalen. Resonnementet er logisk dersom en forestiller seg at det ikke eksisterer en arbeidsavtale mellom A og B. I et slikt tilfelle vil ikke A kunne instruere B.

⁹ ARD 1918-19-233 og Rt. 2001 side 418

¹⁰ Jakhelln (2010) s.61

Annerledes er det dersom en arbeidsavtale mellom A og B er inngått, da vil det foreligge et rettsgrunnlag for arbeidsgiver A til å instruere og styre den ansatte B. Rekkevidden av denne rettigheten som tilkommer arbeidsgiver, må tolkes gjennom ulike rettskilder, blant annet arbeidsavtalen og lovgivning, eksempelvis arbeidsmiljøloven kapittel 9.

Styringsretten er begrenset av en rekke forhold, både lovfestede og ulovfestede. Det har i rettspraksis utviklet seg et krav om at den generelle adgangen arbeidsgiver har i kraft av styringsretten overfor de ansatte, begrenses av saklighetsprinsippet. Bakgrunnen for saklighetskravets utvikling i arbeidsretten er maktforholdet i arbeidslivet. Tradisjonelt sett, og også i 2011, er det normalt en skjevhet i maktforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For å utligne ubalansen gjelder det en generell begrensning av styringsretten ved at disposisjoner utført av arbeidsgiver må være saklig begrunnet i virksomheten. I Rt. 2001 s. 418 Kårstø-dommen uttalte Høyesterett at ”Styringsretten begrenses imidlertid også av mer allmenne saklighetsnormer.” Dommen gir derimot ikke holdepunkter for hvilke beslutninger som må anses for å utgjøre en allmenn saklighetsnorm. Professor Jakhelln viser til avgjørelser fattet av arbeidsgiver på bakgrunn av hevngjerrighet og tilfeldighet som eksempler på utøvelse av styringsrett i strid med saklighetsprinsippet. Motsatt viser Jakhelln til veloverveide avgjørelser basert på vurderinger som er nødvendige for driften av virksomheten som eksempler der saklighetsprinsippet i styringsretten er oppfylt.¹¹ Gode grunner taler for at Jakhellns eksempler tegner et riktig bilde. Formålet med styringsretten er ikke at arbeidsgiver skal kunne fatte beslutninger som vedkommende selv finner for godt, men at prinsippet skal være et redskap for å kunne forvalte selskapets interesser på best mulig måte. Dette gjøres gjennom veloverveide avgjørelser, ikke avgjørelser fattet for eksempel i affekt overfor en ansatt. Sett i sammenheng med den nevnte dom hvor Høyesterett fant at endret oppmøtested for de ansatte var begrunnet i saklige ønsker fra arbeidsgiver side, må Jakhellns syn sies å kunne være beskrivende for dagens rettstilstand vedrørende saklighetsprinsippet. Etter dette må enhver avgjørelse

¹¹ Jakhelln (2010) kap.1.3.1

besluttet av arbeidsgiver med hjemmel i styringsretten være basert på saklige vurderinger i virksomheten.

Høyesterettssyn i Rt. 2001 s. 418 er lagt til grunn i arbeidsmiljølovens forarbeider til kapittel 9. Det følger av Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) at dette prinsippet skal forstås slik at styringsretten ikke kan utøves uten at tiltaket er basert på forhold som vedrører virksomheten, samt at formålet man ønsker å oppnå må kunne skje på bakgrunn av tiltaket.

2.2 Arbeidsmiljøloven kapittel 9

Før arbeidsmiljøloven av 2005 var adgang og skranker for å iverksette kontrolltiltak ikke samlet i én lov. I stedet var adgangen til å iverksette kontrolltiltak regulert av ulovfestet rett. De materielle reglene som følger av arbeidsmiljøloven § 9-1 for å iverksette kontrolltiltak er i stor grad en kodifisering av tidligere ulovfestet rett, noe som medfører at tidligere rettspraksis fortsatt er av interesse for tolkning av bestemmelsene.¹²

Kapittelet om kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven kan sees som en begrensning av arbeidsgivers styringsrett ved at kontrolltiltak i virksomhet ikke er tillatt med mindre vilkårene i § 9-1 er oppfylt. De sentrale vilkårene for å kunne iverksette kontrolltiltak er at det må foreligge saklig grunn i virksomheten for å iverksette tiltaket, samt at tiltaket ikke må utgjøre en uforholdsmessig belastning for de ansatte.

Mens arbeidsmiljøloven § 9-1 tar for seg de generelle vilkårene for å iverksette kontrolltiltak, kan § 9-4 om medisinske undersøkelser anses som en ytterligere begrensning av arbeidsgivers adgang til å iverksette en særskilt form for kontrolltiltak. For at medisinske undersøkelser skal være tillatt kreves det for det første at de materielle vilkårene etter § 9-1 er oppfylt, i tillegg til de ytterligere strenge vilkårene etter § 9-4. For kontrolltiltak som ikke er å anse som helseundersøkelser reguleres den materielle adgangen

¹² NOU-2004:5, s.431

kun av § 9-1. Det er derfor i det følgende nødvendig å presentere de alminnelige vilkårene i § 9-1 før vilkårene for medisinske undersøkelser drøftes.

2.3 Arbeidsmiljøloven § 9-1

De materielle grunnvilkår for lovlig å kunne gjennomføre kontrolltiltak i virksomhet følger av arbeidsmiljøloven § 9-1. Etter første ledd kan det kun iverksettes kontrolltiltak overfor arbeidstaker dersom tiltaket har ”saklig grunn i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”.

Det følger av ordlyden og juridisk teori at vilkårene er kumulative.¹³

Begrepet ”kontrolltiltak” gir i seg selv ikke klare holdepunkter for hva slags tiltak som skal anses for å utgjøre et kontrolltiltak. En naturlig språklig forståelse tilsier at ethvert forsøk på å kontrollere de ansatte faller inn under begrepet, noe som medfører at det å sette en nedre grense for hva som skal anses for å være et kontrolltiltak ikke nødvendigvis er opplagt. I tilleggsavtale V punkt 1 til Hovedavtalen mellom LO og NHO (2010-2013) er det avtalt en ikke-uttømmende liste over tiltak som skal anses for å være kontrolltiltak. I forarbeidene er det uttalt at forståelsen av begrepet må avklares gjennom rettspraksis og generell forståelse av begrepets innhold.¹⁴ Sentrale momenter i vurderingen vil være tiltakets formål og hvor inngripende tiltaket er for de som blir rammet. Videre framholdes det at det sjelden vil være uklart om det aktuelle tiltaket vil bli ansett som et kontrolltiltak eller ikke. I tråd med dette vil det forutsettes i den resterende drøftelse av arbeidsmiljøloven § 9-1 at vi står ovenfor et kontrolltiltak i lovens forstand.

2.3.1 Saklighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd

Det første vilkåret i § 9-1 er at arbeidsgiver må ha ”saklig grunn” for å iverksette kontrolltiltak. Det er her naturlig å trekke en parallell til det allerede nevnte

¹³ Spångberg 2008, s.171

¹⁴ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.147

saklighetsprinsippet i arbeidsretten. Vilkåret er mer omfattende enn hva som følger ved første øyekast, og det må foretas flere vurderinger enn hva som følger direkte av paragrafens ordlyd.

En naturlig språklig forståelse av ”saklig grunn” tilsier at grunnlaget for kontrolltiltaket må basere seg på noe som er aktuelt i eller for virksomheten. For eksempel vil ikke en hivtst ha saklig grunn i virksomheten hvis bedriften yter telefonsupport for produsenter av vaskemiddel. Derimot vil det trolig foreligge saklig grunnlag for å hivtste operasjonssykepleiere.

I Ot.prp.nr. 49 uttales det at begrepet inneholder to hovedelementer som er nødvendige å oppklare. For det første må det foreligge et saklig formål bak det aktuelle kontrolltiltaket, og for det andre oppstilles det krav om at den nødvendige sakligheten vedvarer så lenge kontrolltiltaket eksisterer.¹⁵

2.3.1.1 Saklig formål

Forarbeidene presiserer at kontrolltiltaket må være saklig begrunnet i bedriftens virksomhet.¹⁶ Det nevnte eksemplet ovenfor om hivtst av ansatte som bedriver telefonsupport kan igjen være forklarende. Det er trolig ingen forhold i bedriftens virksomhet som tilsier at de ikke kan ha supportansatte som er smittet med hiv, fordi sannsynligheten for å overføre smitte til en annen person i dette tilfellet er svært eller helt usannsynlig. For en operasjonssykepleier vil saken høyst trolig være meget annerledes. I et slikt arbeidsforhold er smittefaren langt større enn for den supportansatte.

Videre stilles det i forarbeidene krav til at tiltaket er saklig begrunnet i relasjon til den enkelte arbeidstaker som skal underlegges kontrolltiltaket. Er det tale om kategorier av ansatte som er i en identisk situasjon, tilsier reelle hensyn at det kan gjøres en vurdering opp imot kategorien som enhet. Samtidig kan det foreligge forhold ved den enkelte ansatte som tilsier at det må gjøres ulike vurderinger i forhold til kategorien den ansatte tilhører. Dette må i så fall vurderes konkret. Dersom arbeidsgiver etter dette ønsker å hivtste

¹⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.144-145

¹⁶ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.144-145

operasjonssykepleiere, er kravet om individuell saklighet oppfylt, mens det ikke vil være saklig grunn for å teste sykepleiere som kun har administrative oppgaver hos helseforetaket. Dette medfører at arbeidsgiver må foreta en individuell vurdering av hver enkelt ansatt eller kategori av ansatte for å kunne iverksette kontrolltiltak overfor den aktuelle arbeidstaker.

I den allerede nevnte dommen Rt. 2001 s. 418 som omhandler arbeidsgivers adgang til å iverksette kontrolltiltak basert på styringsretten, uttalte Høyesterett at styringsretten generelt begrenses av alminnelige saklighetsnormer. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven er dette synet fulgt opp og lagt til grunn i vurderingen av § 9-1, og det uttales at ”Med saklighet menes i denne sammenheng at tiltaket skal være begrunnet i forhold som vedrører virksomheten, tiltaket skal være egnet til å fremme formålet, og tiltaket skal ikke settes i verk vilkårlig overfor arbeidstakerne”.¹⁷

Som et siste moment under det første hovedelementet er det oppstilt krav om at kontrolltiltaket må være ”egnet til å avdekke og forebygge de sikkerhetsrisiki som det tas sikte på å eliminere”.¹⁸ Dette må forstås dit hen at loven stiller krav om at det aktuelle tiltaket er av en slik kvalitet at det man ønsker å avdekke blir avdekket. Dersom dette ikke er tilfellet er ikke vilkåret om saklighet oppfylt. Er ikke kvaliteten tilfredsstillende, kan tiltaket ikke iverksettes.

Dette var tilfellet i en dom avsagt av Salten tingrett 26.05.2010.¹⁹ Arbeidsgiver, Nordlandssykehuset HF, ønsket at ambulansesjåførene i helseforetaket skulle testes for å se hvorvidt de tilfredsstilte helsekravene som sykehuset hadde utarbeidet for de ansatte. Testen de skulle utføre går under navnet UKK-test. Testen består i hovedsak av å gå to kilometer på en tredemølle så fort man klarer. Tiden blir så lagt inn i et program sammen med alder, høyde, vekt og puls ved avsluttet test. På bakgrunn av dette regner programmet

¹⁷ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), side 140.

¹⁸ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), side 145.

¹⁹ Salten tingretts dom av 26. Mai 2010.

ut hvordan vedkommendes kondisjonen avviker fra normalen for dennes kjønn og alder. Tingretten kom frem til at vilkårene for å gjennomføre testen i all hovedsak var oppfylt, men at den aktuelle testen ikke var egnet til å identifisere de problemer som sykehuset ønsket å avklare. Retten pekte på at det er flere elementer som avgjør hvorvidt en ambulansarbeider er i stand til å utføre tjenesten på en forsvarlig måte. Ikke bare oksygenopptak, men også styrke, reaksjonsevne, erfaringsnivå med mer. Dette medførte at UKK-testen ikke ble vurdert som egnet til å avdekke hvorvidt arbeidstakeren var i stand til å utføre jobben på en tilfredsstillende måte. Følgelig var vilkåret om egnethet ikke oppfylt, og kravet til saklighet i arbeidsmiljøloven § 9-1 ble ikke ansett for å være til stede.

2.3.1.2 Vedvarende saklighet

Det andre hovedelementet som forarbeidene oppstiller, er at saklighetskravet til enhver tid er oppfylt så lenge kontrolltiltaket opprettholdes. I forarbeidene uttales det at ”tiltaket må opphøre når det behov eller formål som begrunnet tiltaket ikke lenger eksisterer eller er betydelig redusert”.²⁰ Ønsker arbeidsgiver for eksempel å hivteste de ansatte på månedlig basis, må grunnlaget for testen være til stede til enhver tid. Dersom en operasjonssykepleier går over i administrativ stilling, er det ikke lenger saklig grunn for å teste vedkommende.

2.3.2 Forholdsmessighetsvilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd

Vilkåret om forholdsmessighet som oppstilles i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd har store likheter med vilkåret om saklighet, og det følger av forarbeidene at en rekke av de samme vurderingene vil være relevante for begge vilkårene.²¹

Etter arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd kan kontrolltiltaket ikke innebære en ”uforholdsmessig belastning” for arbeidstakeren. Ordlyden tilsier at det må foretas en vurdering av den belastning som arbeidstaker står overfor ved det aktuelle kontrolltiltaket,

²⁰ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.145

²¹ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.145

holdt opp mot betydningen tiltaket vil ha for arbeidsgiver. Med andre ord en interesseavveining.

2.3.2.1 Momenter ved forholdsmessighetsvurderingen

Den sentrale forskjellen mellom saklighetsvilkåret og forholdsmessighetsvilkåret ligger i vurderingen av hvor belastende tiltaket er for den ansatte som rammes. Dersom virksomheten allerede har innført en rekke kontrolltiltak, vil et i utgangspunktet saklig kontrolltiltak kunne medføre at den totale belastningen for de ansatte bli så stor at det siste kontrolltiltaket medfører en uforholdsmessig belastning for arbeidstakerne som rammes av tiltaket. For å klargjøre forholdsmessighetsvilkåret er det nødvendig å foreta en helhetsvurdering av situasjonen, basert på en rekke momenter.²² Forarbeidene inneholder en rekke slike momenter, men listen kan ikke anses for å være uttømmende. Sentralt er tiltakets formål, kontrollens art, den praktiske gjennomføringen av tiltaket, om personvernet forsøkes ivaretatt, oppbevaring av informasjon som innhentes og så videre. Generelt kan det slås fast at dess mer inngripende tiltaket er for de ansattes personvern, jo lettere er det å fastslå at tiltaket medfører en ”uforholdsmessig belastning”. Dette synspunktet støttes av forarbeidene som uttaler at kontrolltiltak som medfører et ikke ubetydelig inngrep i ens personlige integritet og lignende, bare i unntakstilfeller vil aksepteres i en slik forholdsmessighetsvurdering.²³ At inngrep i individets personlige integritet kan medføre et brudd på den ansattes personvern støttes av personopplysningsloven § 1 og formålsdrøftelsen ovenfor under avsnitt 1.3

I juridisk teori fremheves også betydningen av hvorvidt tiltaket er et isolert tiltak eller om det er tale om en vedvarende kontroll. I tillegg er det nødvendig å vurdere hvorvidt viktige personvern hensyn er tatt i betraktning og ivaretatt av bedriften.²⁴

²² Jakhelln (2010) s.397

²³ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.145

²⁴ Jakhelln (2010) s.398

Til slutt fastslår forarbeidene at avgjørelsen må foretas etter en bred skjønnsmessig vurdering hvor man veier virksomhetens behov for tiltaket opp mot de ulemper som arbeidstaker vil oppleve som følge av kontrollen, herunder om tiltaket vil medføre et alvorlig inngrep i den rammedes personlige integritet. Dersom vurderingen viser at arbeidsgivers interesse veier tyngre enn arbeidstakers, vil vilkårene i arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd være oppfylt. I lovens forarbeider pekes det på at også for dette rettsområdet vil rettspraksis danne føringer for hvorledes momentene i bestemmelsen skal forstås, og det samme vil utenlandske avgjørelser gjøre.²⁵

Etter dette er det derfor nødvendig å foreta en interesseavveining der tiltakets innvirkning på de ansatte skal vurderes opp mot den betydning kontrolltiltaket har for bedriften.

Forarbeidene peker på at de tradisjonelle kontrolltiltak som adgangskontroll, produksjonskontroll, tidsregistrering mv. må anses for ikke å medføre en uforholdsmessig belastning for den ansatte.²⁶ De mer inngripende tiltakene, som for eksempel medisinske undersøkelser, må arbeidsgiver i all hovedsak ha lovhjemmel for.

2.4 Arbeidsmiljøloven § 9-2

De prosessuelle bestemmelsene i § 9-2 inneholder ikke tilsvarende skjønnsmessige vurderinger som i § 9-1, og de vil av den grunn ikke bli behandlet like inngående som de materielle vilkårene.

Essensen i § 9-2 er at de som rammes av kontrolltiltaket skal bli informert så tidlig som mulig om tiltakene. Dette skal fortrinnsvis skje via de ansattes tillitsvalgte, jf. arbeidsmiljøloven § 9-2 første ledd. Det er i juridisk teori hevdet at dersom virksomheten ikke innehar tillitsvalgte for de ansatte, skal drøftelsen skje i plenum.²⁷ Dette taler for at lovgiver forutsetter at den informasjonen som tillitsvalgte mottar på drøftelsen skal videreformidles til de ansatte. Sistnevnte synes imidlertid ikke drøftet i lovforarbeidene.

²⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.144

²⁶ NOU-2004:5, s.433

²⁷ Arbeidsrett.no, § 9-2 note 7

Videre skal de ansatte, før tiltaket igangsettes, gis informasjon om formålet med kontrolltiltaket, praktiske konsekvenser det vil medføre (for eksempel adgangskontroll med kroppsvisitasjon) og om hvordan selve kontrollen vil bli gjennomført, jf. tredje ledd punkt 1 og 2. Etter 3 punkt skal de ansatte også bli informert om tiltakets varighet. Videre har de ansatte krav på dialog med arbeidsgiver om evaluering av kontrolltiltakene.

Dersom de prosessuelle kravene i arbeidsmiljøloven § 9-2 ikke blir oppfylt fra arbeidsgivers side, kan det medføre at kontrolltiltaket ikke er lovlig gjennomført. Dette må avgjøres etter en konkret vurdering der den manglende drøftingen med de ansatte vil være en del av vurderingen.²⁸ I og med at oppgaven har fokus på de materielle vilkårene for å iverksette helseundersøkelser, forutsettes det i den resterende drøftelse at de prosessuelle vilkårene i arbeidsmiljøloven § 9-2 er oppfylt.

De neste avsnittene i oppgaven vil omhandle de materielle vilkårene som må være oppfylt for at arbeidsgiver skal kunne foreta medisinske undersøkelser av de ansatte. Arbeidsmiljøloven § 9-4 oppstiller tre alternative vilkår, hvorav to av disse er særlig relevante for oppgaven.

2.5 Arbeidsmiljøloven § 9-4

Før arbeidsmiljøloven av 2005 var rettsbildet for adgangen til å iverksette helseundersøkelser i arbeidsforhold svært uoversiktlig. Det rettslige grunnlaget for å kreve helseundersøkelser var spredt over ulike lover og forskrifter, noe som medførte at det ble utført en del medisinske tester i arbeidsforhold uten at det forelå hjemmel for slike undersøkelser.²⁹ Sentrale lover var personopplysningsloven, menneskerettighetsloven mv., i tillegg til ulovfestede regler om personlig integritet.³⁰ Dette medførte at lovgiver ønsket å samle alle vilkårene for å kunne iverksette en medisinsk undersøkelse i en og samme

²⁸ Pettersen (2010) s.128

²⁹ NOU-2004:5, s.438

³⁰ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.138

bestemmelse, noe som ville forenkle de ansattes mulighet til å vurdere lovligheten av arbeidsgivers ønske om å igangsette helseundersøkelser. I og med at lovreguleringen av adgangen til å foreta medisinske undersøkelser er forholdsvis fersk, foreligger det begrenset rettspraksis for hvordan vilkårene og momentene i bestemmelsen skal tolkes. Av den grunn vil andre rettskilder spille en sentral rolle i denne oppgaven.

Enhver form for helseundersøkelse som arbeidstaker må akseptere på grunn av arbeidsforhold, medfører en krenkelse av den personlige sfære. Dess mer inngripende undersøkelsen er, jo større blir krenkelsen av den personlige integriteten. Derfor er utgangspunktet at medisinske undersøkelser i arbeidsforhold skal reduseres i så stor grad som mulig. Nødvendigheten må avgjøres etter en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for helseundersøkelser, holdt opp mot den ulempe det medfører for den enkelte arbeidstaker.³¹ Denne interessevurderingen vil bli sentral i den følgende redegjørelse for arbeidsmiljøloven § 9-4.

2.5.1 Hva er medisinske undersøkelser?

Ordlyden i arbeidsmiljøloven § 9-4 gir ingen veiledning for hva som skal anses for å være en medisinsk undersøkelse. Å trekke en slik nedre grense vil være nødvendig for å avgjøre hvorvidt kontrolltiltaket skal anses for å falle inn under den generelle adgangen til å foreta kontrolltiltak i kapittel 9, eller om tiltaket skal vurderes etter de strengere reglene i § 9-4. Både i forarbeider og i dagliglivets språk opereres det ikke med noe klart skille mellom medisinske undersøkelser og helsekontroll, slik at i den resterende drøftelsen nedenfor vil de to uttrykkene ha samme mening.³²

En naturlig språklig forståelse av ”medisinske undersøkelser” tilsier at enhver undersøkelse av en person hvor det benyttes medisinske metoder for å komme frem til et resultat, er å anse som en medisinsk undersøkelse. Dette kan være alt fra en enkel undersøkelse for å

³¹ Jakhelln (2010) s.414

³² NOU-2001:4, s.19

klarlegge høyde og vekt, til en omfattende undersøkelse av lege for å klarlegge alvorlige sykdommer. Ordlyden av begrepet favner dermed svært bredt.

I forarbeidene er det uttalt at ”Alle typer helsekontroll, både kliniske og biologiske, må i utgangspunktet betraktes som inngrep i den enkelte arbeidstakers personlige integritet. Slik kontroll bør derfor begrenses til det som er strengt nødvendig ut fra hensynet til virksomhetens behov”.³³ Noen nærmere forståelse av begrepet følger ikke av nevnte forarbeid. I Breisteinutvalget defineres medisinske undersøkelser som ”en undersøkelse av en person – en pasient – med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskrivning av attest eller erklæring om vedkommendes helse”.³⁴ Dette, sammenholdt med sitatet ovenfor, viser at en vid fortolkning av ordlyden er i samsvar med lovgivers intensjon. Etter dette rettskildebildet kan det virke som om lovgiver har ønsket at det skal være en lav terskel for hva som skal anses for å utgjøre en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven §9-4.

En slik forståelse av begrepet er fornuftig sett ut ifra arbeidsmiljølovens formålsbestemmelse. Loven er en vernelov. Dersom det skulle være en høy terskel for å kunne anse en undersøkelse for å utgjøre en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven § 9-4 ville dette potensielt kunne utnyttes av arbeidsgivere slik at vernet mot helseundersøkelser i arbeidslivet ble uttynnet. Det kan da tenkes en fare for at arbeidsgiver ikke anser det aktuelle tiltaket som et kontrolltiltak som må vurderes etter reglene i arbeidsmiljøloven § 9-4, og som i stedet kan iverksettes etter en generell kontrolltiltaksvurdering etter § 9-1. Dette ville i så fall medføre en kraftig svekkelse av vernelovgivning som beskytter den antatt svakere part i arbeidslivet.

På den annen side kan det tenkes en rekke tiltak som ligger i grenseland for hva som må anses for å utgjøre en medisinsk undersøkelse, men som vil være et positivt tiltak for

³³ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.149

³⁴ NOU-2001:4, s.19

bedriften, og ikke minst, den ansatte selv. Kondisjonstest er et eksempel. Dersom de ansatte får mulighet til å teste sin utholdenhet, kan den ansatte selv, eventuelt med hjelp fra virksomheten, sette i gang et treningsprogram som bedrer den ansattes helse. Bedre helse vil kunne føre til færre fraværsdager på grunn av sykdom, noe som er fordelaktig for virksomheten. Samtidig er det grunn til å tro at de fleste individer vil oppfatte forbedret helse som noe positivt. Legges det til grunn en lav terskel for hva som skal anses for å utgjøre en medisinsk undersøkelse vil det kunne vanskeliggjøre mulighetene for å iverksette sådanne tiltak av den grunn at arbeidsgiver frykter å bryte bestemmelsene i arbeidsmiljøloven.

De reelle synspunktene i avsnittet ovenfor vil jeg komme tilbake til senere i oppgaven. På nåværende tidspunkt nøyer jeg meg med å konkludere med at de ikke kan medføre at innholdet av begrepet medisinske undersøkelser som ble klarlagt ovenfor kan endres. Følgelig forutsettes det i den resterende drøftelse at lovgivers intensjon er at terskelen for hva som skal anses for å utgjøre en medisinsk undersøkelse skal være lav.

2.5.2 Rettslige vilkår for å iverksette medisinske undersøkelser etter arbeidsmiljøloven § 9-4

Det følger av overskriften til arbeidsmiljøloven § 9-4 at bestemmelsen både gjelder for ansatte, og de som søker arbeid i bedriften. For øvrig følger det av bestemmelsens forarbeider at arbeidsgiver aldri kan tvinge en arbeidstaker til å gjennomføre helsekontroll selv om arbeidsgiver har adgang til å kreve det etter arbeidsmiljøloven § 9-4. For å gjennomføre helsekontroll med tvang må det foreligge klar hjemmel for dette i formell lov.³⁵ Dette støttes også av de generelle legalitetsprinsippet i norsk rett.

³⁵ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.150

Bestemmelsen oppstiller tre alternative vilkår for å kunne iverksette medisinske undersøkelser i arbeidsforhold. Alternativene er:

- a) Når det følger av lov eller forskrift,
- b) Ved stillinger som innebærer særlig risiko, eller
- c) Når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse.

Ut over de tre alternativene som følger av bestemmelsen, er det ingen adgang for arbeidsgiver til å kreve at ansatte gjennomgår medisinske undersøkelser. Samtykke fra den ansatte gir derfor ikke rettslig grunnlag til å foreta helseundersøkelser, og arbeidsgiver kan ikke be de ansatte eller arbeidssøkende om å samtykke til å foreta medisinske tester av noe slag.

Tvert imot er det påpekt i forarbeidene at samtykke ikke skal være et alternativ til lovens regulering.³⁶ Som jeg skal komme grundig tilbake til senere i redegjørelsen, er det i arbeidsforhold en viss fare for at en samtykkeerklæring fra en ansatt er framsatt etter press fra arbeidsgiver, enten direkte eller indirekte. Det er derfor en risiko for at et samtykke fra en ansatt overfor en arbeidsgiver dermed ikke er reelt.³⁷ Av den grunn kan det tyde på at lovgiver i arbeidsrettslige forhold er tilbakeholden med å akseptere samtykke som et alternativ.

Arbeidsmiljøloven § 9-4 er etter dette uttømmende når det gjelder adgangen til medisinske undersøkelser i arbeidsforhold.³⁸

I det følgende skal jeg foreta en tolkning av de tre alternative vilkårene for å kunne iverksette helseundersøkelser i arbeidsforhold. Hovedtyngden av drøftelsen vil bli på alternativ b) og c) nevnt ovenfor.

³⁶ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.150

³⁷ NOU-2001:4, s.11

³⁸ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.149

2.5.2.1 Når det følger av lov eller forskrift

Det første alternativet som arbeidsmiljøloven § 9-4 oppstiller i første ledd punkt a) er at adgangen til å kreve medisinske undersøkelser følger av lov eller forskrift. Det er en rekke lover som hjemler en slik adgang, for eksempel luftfartsloven § 11,³⁹ helsepersonelloven § 8⁴⁰ og lokførerforskriften § 5.⁴¹ I de tilfeller hvor adgangen er hjemlet ved lov, forutsettes det at de materielle vilkårene som følger av arbeidsmiljøloven § 9-1 også er oppfylt. Jakhelln legger til grunn at dette må antas å være utgangspunktet uavhengig av hva slags type undersøkelse det er tale om å gjennomføre.⁴² Riktignok kan de enkelte hjemmelsgrunnlag tenkes å medføre tolkningstvil, men det må avgjøres konkret i hvert enkelt tilfelle og faller av den grunn utenfor denne oppgavens område. Bestemmelsens alternativ a) er dermed av mindre interesse for denne oppgavens vedkommende, og jeg velger derfor å fokusere på de to andre alternativene i arbeidsmiljøloven § 9-4.

2.5.2.2 Ved stilling som innebærer særlig risiko

Lovens andre alternativ følger av arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd punkt b). Etter denne bestemmelsen kan arbeidsgiver kreve medisinske undersøkelser dersom arbeidstaker har en stilling som innebærer ”særlig risiko”.

Ordlyden av ”særlig risiko” tilsier at det må være tale om en stilling som innehar et farepotensial utover hva som er vanlig i arbeidslivet. Bruken av ordet ”særlig” tilsier at det kun skal være ved spesielle tilfeller at de ansatte skal kunne underkastes medisinske undersøkelser.

Forarbeidene til bestemmelsen uttaler at alternativet er ment for de tilfeller der den ansatte til stadighet kan komme i situasjoner hvor feil i arbeidsforholdet kan medføre alvorlige

³⁹ Lov om luftfart av 11 juni. Nr. 101. 1993

⁴⁰ Lov av 02 Juli. Nr. 64 1999, Lov om helsepersonell mv.

⁴¹ FOR 2009-11-27 nr 1414: Forskrift om sertifisering av førere av trekkraftkjøretøy på det nasjonale jernbanenettet (førerforskriften)

⁴² Jakhelln (2010) s.414

konsekvenser for arbeideren selv, eller tredjepart. Også ved tilfeller hvor deler av samfunnet risikerer skade dersom feil begås, kan arbeidsgiver kreve helseundersøkelse som er egnet til å redusere fare for eller avverge at slike situasjoner oppstår.⁴³ Forarbeidene peker på at konsekvensene av feil må være alvorlige, det er for eksempel ikke tilstrekkelig at feilen kun medfører økonomisk skade eller tap av begrenset størrelse. Som eksempler viser Breisteinutvalget til piloter, dykkere og sjåførere.⁴⁴ Når forarbeidene uttaler at adgangen kun skal være lovlig i tilfeller der ”konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store”, trekker dette i retning av at det er snakk om betydelig skadepotensial. De nevnte forarbeider trekker frem Exxon Valdez-ulykken i 1989, og i norsk sammenheng vil for eksempel en ulykke ved oljetransport utenfor norskekysten i forbindelse med offshorevirksomhet kunne anses for å ha et betydelig skadepotensial.

Inn under bestemmelsen må det innfortolkes et krav om nødvendighet. Dette følger direkte av ordlyden når det gjelder arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd punkt c). Etter en ordlydstolkning av punkt b) skulle det da ikke være nødvendig med en tilsvarende vurdering under dette alternativet. Imidlertid følger det av juridisk teori at det også under punkt b) skal foretas en vurdering av om helseundersøkelsen er nødvendig.⁴⁵ Forarbeidene har ikke problematisert dette, og det er etter mitt syn uklart hvorvidt et slikt nødvendighetskrav skal innfortolkes eller ikke.

Jakhelln tolker nødvendighetskravet dit hen at det ikke skal utføres grundigere helseundersøkelser enn hva som er påkrevet.⁴⁶ Dette er etter mitt syn i samsvar med bestemmelsens formål. Er ikke undersøkelsen egnet til å forhindre den ”særlige risiko”, eller medfører undersøkelsen en krenkelse av den ansattes integritet som ikke står i sammenheng med den ”særlige risiko” som kan oppstå, taler dette for at helseundersøkelsen ikke bør gjennomføres. Den innfortolkede nødvendighetsvurderingen kan da fremstå som et ytterligere vilkår for å kunne foreta medisinske undersøkelser.

⁴³ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.149

⁴⁴ NOU-2001:4, s.40

⁴⁵ Jakhelln (2010) s.414

⁴⁶ Jakhelln (2010) s.414

Nødvendighetsvurderingen har derfor etter mitt syn også en relevant betydning under punkt b), selv om dette ikke kan hevdes å være endelig avklart.

2.5.2.3 Nødvendig for å verne liv eller helse

Lovens siste alternativ følger av arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd punkt c). Dersom det er nødvendig for å ”verne liv eller helse”, kan medisinske undersøkelser tillates.

Ordlyden av ”liv eller helse” tilsier at formålet med helseundersøkelsen må være å forhindre personskade. Både fysiske og psykiske skader faller inn under ordlyden, men den tar ikke stilling til hvem sitt liv eller helse som skal vernes. Imidlertid følger det av forarbeidene at både den ansatte selv, kolleger og tredjeperson skal omfattes av ordlyden.⁴⁷ Hvorvidt dyrs liv og helse også faller inn under ordlyden er ikke problematisert i forarbeidene, og dette taler i seg selv for at loven må avgrenses mot dyr. Det samme gjør reelle hensyn. Helseundersøkelse medfører som sagt et inngrep i den enkeltes personlige integritet, og derfor bør det være klare holdepunkter for at et slikt inngrep skal begrunnes i dyrs liv og helse.

Lovgiver har ansett det for påkrevet å foreta en nødvendighetsvurdering under dette alternativet. Ordlyden trekker i retning av at det kun er i særlige tilfeller at loven hjemler adgang til å foreta medisinske undersøkelser, noe som er i henhold til vernet av den ansattes personlige integritet. Etter forarbeidene skal vilkåret forstås slik at ”Faren må være alvorlig og fremstå som konkret, nærliggende og sannsynlig”.⁴⁸

I arbeidsrett.no sine kommentarer til bestemmelsen er vilkåret vurdert dit hen at det stilles krav til at den potensielle faren må være av en viss alvorlighetsgrad, samt at det ikke kan

⁴⁷ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.149

⁴⁸ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), s.149

være for usannsynlig at den vil inntre.⁴⁹ Dette bygger opp under lovgivers forståelse av at helseundersøkelser kun skal benyttes dersom det er en reell fare for liv eller helse. Et annet aspekt lovgiver oppnår ved å innføre et strengt nødvendighetsvilkår, er at det reduserer faren for at arbeidsgiver misbruker adgangen til å foreta helseundersøkelser. Som ovenfor må arbeidsgiver foreta en vurdering av betydningen av helseundersøkelsens relevans for å verne liv eller helse, sett opp imot den ulempe det medfører for den enkeltes personlige integritet.

Også her vil typiske yrkesgrupper som kan falle inn under bestemmelsen være de som er ansatt i luftfart, dykkere osv. Kjennetegnet er at de innehar en stilling som krever særlig oppmerksomhet under utførelse av arbeidet.⁵⁰ Grensetilfeller for slike stillinger kan være de som utføre støtteoppgaver til de som faktisk utfører arbeidet som kan medføre fare for liv eller helse. Dersom den som utfører service på et fly ikke innehar de helsekrav som er nødvendig for å utføre tilstrekkelig godt arbeid, kan dette få tilsvarende store konsekvenser som dersom piloten ikke innehar de helsemessige kvalifikasjoner som er nødvendig. Imidlertid er ikke vedlikeholdspersonell nevnt i forarbeidene som typiske eksempler på yrkesgrupper som faller inn under bestemmelsens rekkevidde. Dette viser etter mitt syn at det må foretas en konkret vurdering i hvert enkelt tilfelle, noe som er i tråd med arbeidsmiljøloven § 9-1 der det ble stilt krav om individuell vurdering av hver ansatt i forhold til påtenkt kontrolltiltak.

2.5.3 Hva slags tester kan pålegges?

Dersom det er adgang til å foreta helseundersøkelser etter arbeidsmiljøloven § 9-4, følger det av den generelle bestemmelsen i § 9-1 at den medisinske undersøkelsen må begrenses til undersøkelser som er saklig begrunnet i virksomhetens forhold, samt at den ikke må innebære en uforholdsmessig belastning for den ansatte. Ulikt arbeid medfører behov for ulike helseundersøkelser, slik at en uttømmende liste over hvilke medisinske undersøkelser

⁴⁹ Arbeidsrett.no, § 9-4 note 10

⁵⁰ Arbeidsrett.no, § 9-4 note 11

som kan tenkes ikke lett lar seg utarbeide. Jeg nøyer meg med å konstatere at lovgiver gjennom nødvendighetsvilkåret har satt en klar begrensning for hva slags tester som kan kreves for den enkelte ansatte.

2.6 Konklusjon

Drøftelsen viser at det er en forholdsvis snever adgang for arbeidsgiver til å kreve at de ansatte gjennomgår medisinske undersøkelser. Arbeidsgivers behov må veie vesentlig tyngre enn vernet av de ansattes personlige integritet for at det lovlig kan gjennomføres helseundersøkelser i arbeidsforhold. Videre kan testene ikke være mer omfattende enn hva som er nødvendig sett ut ifra hva som skal vernes.

Ved at lovgiver i tillegg ikke har tatt med samtykke som et alternativt grunnlag reduseres sannsynligheten for at de ansatte presses til å akseptere helseundersøkelser. Dette er etter mitt syn fornuftig av den grunn at det fortsatt finnes en rekke arbeidsplasser der arbeidsgiver har stor makt over de ansatte. Det kan hevdes at konsekvensene av maktmisbruk i forbindelse med helseundersøkelser av ansatte representerer en større krenkelse av de ansatte enn andre kontrolltiltak i arbeidsforhold, av den grunn at helseundersøkelser utgjør et forholdsvis stor krenkelse av den personlige integritet. Med dagens rettstilstand beskyttes den ansatte i stor grad mot maktmisbruk utøvd av arbeidsgiver i forbindelse med helseundersøkelser i arbeidsforhold.

3 Rettslig adgang til å behandle personopplysninger ved medisinske undersøkelser i arbeidsforhold

Som nevnt innledningsvis i oppgaven er det en tett sammenheng mellom de materielle reglene for å kunne iverksette helseundersøkelser i arbeidsforhold, og reglene for å behandle den informasjonen som naturlig utledes av en medisinsk undersøkelse. Dersom arbeidsgiver ikke kan nyttiggjøre seg av opplysningene etter undersøkelsen, har det lite for seg at helseundersøkelsen gjennomføres. Dette synspunktet støttes en rekke steder i forarbeidene til arbeidsmiljøloven.⁵¹

Det rettslige utgangspunkt for behandling av personopplysninger i Norge er personopplysningsloven, men det finnes en rekke lover som oppstiller alternative regler vedrørende personopplysningsbehandling og som i spesielle tilfeller går foran personopplysningslovens bestemmelser. Etter personopplysningsloven vil enhver form for behandling av opplysninger falle inn under lovens virkeområde, uavhengig av lagringsform. Følgelig er det opplysningene som sådan som avgjør om personopplysningsloven kommer til anvendelse eller ikke.⁵²

Etter lov av 18. mai 2005 nr. 24 om helseregistre og behandling av helseopplysninger av 2001 (helseregisterloven) § kan opplysninger vedrørende helsemessige forhold kun behandles dersom ”dette er tillatt etter personopplysningsloven §§ 9 og 33, helseforskningsloven § 3 eller følger av lov og behandlingen ikke er forbudt ved annet særskilt rettsgrunnlag”. Det foreligger dermed tre alternative grunnlag for å behandle slike opplysninger. Etter arbeidsmiljølovens forarbeider kan det virke uklart hvorvidt

⁵¹ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.135

⁵² Schartum (2003) s.102

personopplysningslovens regler kommer til anvendelse når man skal vurdere lovligheten av å behandle opplysninger som er fremskaffet etter medisinske undersøkelser.

Arbeidslivslovutvalget uttaler at all behandling av personopplysninger i arbeidsforhold skal reguleres av personopplysningsloven, ”med unntak for..., behandling av helseopplysninger ved ansettelse samt for medisinske undersøkelser”.⁵³

Derimot følger det lengre ned i samme avsnitt at Justisdepartementet har et annet syn.

Departementet anser arbeidsmiljøloven § 9-1 som *lex specialis* i forhold til adgangen til å innhente personopplysninger, men at den øvrige behandlingen av de innsamlede personopplysninger reguleres av personopplysningsloven. Det følger videre av samme forarbeid at Arbeids- og sosialdepartementet stiller seg bak denne tolkningsuttalelsen.⁵⁴

Det følger av en avgjørelse fattet av Personvernemnda i 2005 at det er Justis- og Arbeidsdepartementets forståelse som er lagt til grunn i praksis.

I Personvernemnda 2005:6 ble både spørsmålet om adgangen til å foreta medisinske undersøkelser og reglene for å behandle helseopplysninger i arbeidsforhold drøftet.⁵⁵ Saken handlet om et sikkerhetsselskaps adgang for å kreve at de ansatte kunne testes for bruk av rusmidler under arbeidstiden. Selskapet begrunnet ønsket om rusmiddelkontroll med at de hadde et særlig behov for at de ansatte var rusfrie under arbeidet, fordi selskapets arbeidsområde er å verne økonomiske verdier og menneskers sikkerhet. Personvernemnda måtte da ta stilling til arbeidsmiljøloven § 9-4 og hvorvidt personopplysningslovens regler kom til anvendelse for den informasjon som ble utledet av rusmiddelkontrollen. Nemndas beslutning var i tråd med departementenes syn i forarbeidene. Den rettskildemessige vekten av avgjørelsen er imidlertid uklar, noe som også vil gjenspeiles i oppgaven. For øvrig støttes dette synet av enkelte teoretikere på området.⁵⁶

⁵³ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.145

⁵⁴ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.145

⁵⁵ Personvernemnda 2005:6, avgjørelse av 6.12.2005

⁵⁶ Kjølås (2010) s.131

Reelle hensyn taler etter mitt syn for en slik løsning. Personopplysningsloven er en lov som trolig flere arbeidsgivere er kjent med enn noen av de alternative rettsgrunnlagene som følger av helseregisterloven. Det er dermed betimelig å håpe på at arbeidsgivere i stor grad kjenner til regelverket som følger av personopplysningsloven for å kunne behandle helseopplysninger av ansatte. Påstanden er imidlertid ikke basert på annet en eget skjønn, og er derfor av mindre rettskildemessig verdi.

Etter dette legger jeg til grunn at personopplysningsloven regulerer adgangen for arbeidsgiver til å behandle opplysninger om helseforhold. Men før vilkårene for slik behandling drøftes, er det nødvendig å vurdere om og i hvilken grad arbeidsgiver har adgang til innsyn i pasientjournalen som følger av helseundersøkelsen.

3.1 Innsyn i pasientjournaler

Det rettslige utgangspunktet for å vurdere spørsmål om innsyn i pasientjournaler er lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. Etter lovens § 2 gjelder loven helsepersonell og virksomheter som yter helsehjelp. Helsepersonell er definert i lovens § 3 jf. § 48, og det er grunn til å tro at mange medisinske undersøkelser i arbeidsforhold vil bli foretatt av en av de nevnte yrkesgruppene.

Taushetsplikten er streng innenfor helseforhold. Etter helsepersonelloven § 21 er hovedregelen at helsepersonell plikter å forhindre at andre får kjennskap til helseopplysninger om pasienten. Utgangspunktet er altså at arbeidsgiver ikke kan få tilgang til opplysninger i den ansattes pasientjournal.

Imidlertid følger det unntak i helsepersonelloven § 22. For det første har den som opplysningene gjelder krav på innsyn i sin egen journal. Denne retten ble slått fast allerede i Rt. 1977 side 1033 Sykejournaldommen. For det andre kan den som har krav på taushet samtykke i at andre også gjøres kjent med opplysninger i helsejournalen. Sagt med andre ord, dersom den ansatte samtykker i at arbeidsgiver får opplysninger i pasientjournalen, er det ikke i strid med helsepersonelloven om arbeidsgiver får tilgang til de aktuelle helseopplysningene som samtykket omfatter. Dersom den ansatte ikke samtykker, har ikke arbeidsgiver innsynsrett i resultatene fra helseundersøkelsen.

Det er interessant å se at betydningen av samtykke under helsepersonelloven §22 kontra dens relevans under arbeidsmiljøloven § 9-4. De samme hensyn bak lovgivers skepsis til å akseptere samtykke i arbeidsforhold skulle komme til syne også ved helsepersonelloven § 22. Også her vil en skjevhet i maktforholdet tilsi at arbeidstaker kan føle seg presset til å akseptere at arbeidsgiver får tilgang til opplysninger i vedkommendes pasientjournal. I bestemmelsens forarbeid er det sagt at ”Det er viktig at samtykket er gitt under omstendigheter som sikrer at det er skjedd frivillig, etter moden overveielse og med full oversikt over konsekvensene”.⁵⁷ Dette er etter mitt syn viktig, og også i samsvar med personopplysningslovens forståelse av samtykke som vil bli omtalt senere i oppgaven.

Dersom det foreligger et samtykke fra arbeidstaker som tilfredsstillers lovens krav, kan arbeidsgiver gis innsyn i den ansattes pasientjournal, og i den resterende drøftelsen forutsettes det at et slikt samtykke foreligger.

3.2 Grunnkrav for arbeidsgiver til å behandle personopplysninger

Det følger av personopplysningsloven § 11 første ledd en rekke grunnkrav som må være oppfylt for at det skal være adgang for å behandle personopplysninger. Dette betyr at arbeidsgiver før behandlingen av de ansattes helseopplysninger finner sted må oppfylle vilkårene som følger nedenfor før virksomheten kan starte behandlingen av de aktuelle opplysninger.⁵⁸

Før vilkårene for å behandle personopplysninger i arbeidsforhold blir drøftet, finner jeg det nyttig å minne om formålsbestemmelsen i personopplysningsloven § 1. Som nevnt ovenfor er den en viktig kilde for tolkning av reglene i loven. Formålet er å ”beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger”.

⁵⁷ Ot.prp.nr. 13 (1998-1999) s.228

⁵⁸ Kjølås (2010) s.63

Det er nødvendig å avklare hva som ligger i begrepet ”behandling av personopplysninger” i personopplysningsloven § 11. Dette begrepet benyttes en rekke steder i loven. Etter personopplysningsloven § 2 punkt 2 skal enhver bruk av personopplysninger falle inn under begrepet, og loven viser til eksempler som innsamling, registrering mv. Ordlyden gir ikke inntrykk av at eksemplifisering er uttømmende, noe som støttes av lovens forarbeider, som også uttaler at ”Det som kjennetegner en behandling, er at den er formålsbestemt - den utføres for å oppnå et bestemt resultat”.⁵⁹ Denne vide forståelsen er i tråd med lovens formål, det sentrale med loven er å beskytte personvernet.

Etter personopplysningsloven §11 første ledd er det den ”behandlingsansvarlige” som skal sørge for at vilkårene i paragrafen er oppfylt. Lovens § 2 definerer den behandlingsansvarlige som ”den som bestemmer formålet med behandlingen”. For juridiske personer, som ofte er tilfellet når det er tale om arbeidsforhold, er det i dom av Arbeidsretten slått fast at det er arbeidsgiver som er behandlingsansvarlig, i tillegg til den personen som arbeidsgiver utpeker til å være behandlingsansvarlig.⁶⁰

Hva er så en personopplysning? De nevnte bestemmelsene ovenfor gir ingen holdepunkter for dette spørsmålet, til tross for at de alle forutsetter at det faktisk foreligger personopplysninger. Etter personopplysningsloven § 2 punkt 1 skal ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson” anses som personopplysninger. Etter ordlyden er det avgjørende at de faktiske opplysningene som foreligger er rettet mot et bestemt individ. For eksempel dersom et register inneholder helsemessige opplysninger som kan knyttes mot et bestemt individ. Dersom registeret bare inneholder helseopplysninger uten at de kan knyttes til en person, tilsier en naturlig språklig forståelse av personopplysningsloven § 2 punkt 1 at de aktuelle opplysningene ikke skal anses som personopplysninger. Etter lovens forarbeider vil opplysninger som navn, fødsels- og personnummer, fysiske kjennetegn, sosial identitet med mer anses som identifikasjon som

⁵⁹ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999), s.102

⁶⁰ ARD-1951-291

gjør det mulig å knytte opplysninger opp mot en enkeltperson.⁶¹ Lovgiver legger dermed opp til at det skal lite til for at en opplysning skal kunne knyttes til en enkeltperson. Dette er også i tråd med personopplysningslovens formål, det sentrale er å verne personopplysninger. Det sentrale er da ikke hvordan den enkelte skal kunne knyttes til personopplysningene, men at det faktisk er mulig å se en sammenheng mellom personopplysningene og individet de omhandler. Etter mitt syn har dermed forarbeidernes forståelse av begrepet ”enkeltperson” de beste grunner for seg.

3.2.1 Tillatt etter personopplysningsloven § 8 og § 9

Etter personopplysningsloven §11 første ledd punkt a) må det foreligge adgang til behandling etter personopplysningsloven §§ 8 og 9. Det er derfor nødvendig å tolke de nevnte paragrafene før de andre vilkårene i §11 vurderes.

3.2.1.1 Vilkår for å behandle personopplysninger § 8

Etter personopplysningsloven § 8 finnes det tre alternative vilkår for å behandle personopplysninger. Det er i juridisk teori problematisert hvorvidt det bør oppstilles en prioritetsrekkefølge mellom de tre alternativene, men på nåværende tidspunkt er landets teoretikere uenige vedrørende dette spørsmålet.⁶²

Det første alternative vilkåret er at den registrerte før behandlingen starter har samtykket i at det foretas behandling av personopplysninger. Ved medisinske undersøkelser må det være den ansatte som samtykker i at arbeidsgiver kan behandle helseopplysninger. Også her oppstår det spørsmål om betydningen av samtykket. Under avsnittet om arbeidsmiljøloven § 9-4 ble det klart at et samtykke til helseundersøkelser ikke ble akseptert av lovgiver, mens for helsepersonelloven § 22 var samtykke tilstrekkelig. Det samme er altså tilfellet ved personopplysningslovens bestemmelser. I det følgende skal det

⁶¹ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) s.101-102

⁶² Schartum (2003) s.135

drøftes hvilke krav det stilles til det avgitte samtykket, mens i oppgavens siste kapittel vil det bli knyttet vurderinger til det faktum at de ulike lover som regulerer adgangen til å foreta helseundersøkelser i arbeidsforhold har ulikt syn på betydningen av samtykke.

I debatten om personvern er det bred enighet om at individet bør ha stor selvbestemmelsesrett over seg selv, og at det bør være adgang til frivillig å akseptere at det behandles personopplysninger om en selv.⁶³ Detaljerte regler om hva slags samtykke som skal avgis finnes i personopplysningsloven § 2 første ledd nr. 7.

Det stilles krav til at samtykke er en ”frivillig, uttrykkelig og informert erklæring” fra den registrerte om at det foretas behandling av personopplysninger. Av disse tre momentene er det særlig ”frivillig” som er sentralt. Den motsatte ordlyden av frivillig er tvang, men man kan ikke gå så langt for å definere begrepet. Hvis for eksempel en arbeidstaker settes under press fra sin overordnede, vil et samtykke da karakteriseres som frivillig? I juridisk teori er det antatt at dersom det medfører negative konsekvenser i tilfeller der en ansatt ikke samtykker, kan man ikke lenger anse samtykke som frivillig avgitt (for eksempel dersom den ansatte går glipp av en forfremmelse).⁶⁴ I stedet vil slikt press fra en overordnet kunne bli sett på som utilbørlig press på arbeidstakeren om å akseptere at personopplysninger behandles av arbeidsgiver.

I den allerede nevnte saken i Personvernemnda 2005:6 ble begrepet ”samtykke” vurdert. Sikkerhetsselskapet hevdet i denne avgjørelsen at det var tale om et frivillig samtykke, og at det ikke ville få noen negative konsekvenser om de ansatte sa nei til å la seg rusmiddelteste. Likevel uttalte Personvernemnda at ”For den enkelte vil det likevel være nærliggende å oppleve at det vil kunne få konsekvenser for vedkommendes arbeidsforhold. Arbeidsgiver har alltid en viss makt over de ansatte gjennom sin styringsrett. Det vil i skyggen av denne være vanskelig å anse et samtykke fra en ansatt avgitt uten tanke på at

⁶³ Se bl.a. Personvernemnda 2004:1, avgjørelse av 19.08.2004, avsnitt 6.2

⁶⁴ Schartum (2003) s.131

nektelse vil kunne ha betydning for fremtiden - selv om arbeidsgiver ikke har til hensikt å utnytte opplysningene til skade for arbeidstaker".⁶⁵ Dette viser at det ikke skal mye til for at et samtykke ikke lenger kan anses for å være avgitt uforbeholdent frivillig.

Så til de to andre momentene. Bruken av begrepet "uttrykkelig" tilsier at det ikke kan være tvil om at man står overfor et samtykke. Det stilles imidlertid ingen krav til skriftlighet.⁶⁶ For momentet "informert erklæring" får en inntrykk av at den som avgir samtykke har krav på detaljert informasjon om hva han samtykker til. Dette innebærer at den samtykkende skal vite hva slags opplysninger som blir behandlet, og hvem som er den behandlingsansvarlige.⁶⁷

For arbeidstakere som er underlagt medisinsk kontroll stilles etter dette krav til at såfremt de samtykker, så må det skje uten noen form for tvang eller press fra arbeidsgiver, og at arbeidstakeren er klar over hva slags personopplysninger som lagres om vedkommende. Det skal ikke mye til for å kunne hevde at et samtykke ikke er avgitt uforbeholdent frivillig.

Et avgitt samtykke kan trekkes tilbake uten begrunnelse. Dersom dette gjøres, må opplysningene slettes umiddelbart, så fremt ingen av de alternative vilkårene nedenfor er oppfylt.⁶⁸

Det andre alternative vilkåret i personopplysningsloven § 8 første ledd er at adgang til behandling av personopplysninger er "fastsatt i lov". Det stilles her som ellers innenfor legalitetsprinsippets område krav om at dess mer inngripende personverntiltak det er tale om, jo høyere krav stilles det til hjemmelsgrunnlaget.⁶⁹ Dette alternativet er imidlertid ikke

⁶⁵ Personvernemnda 2005:6, avgjørelse av 6.12.2005.

⁶⁶ Schartum (2003) s.132

⁶⁷ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) s.103

⁶⁸Schartum (2003) s.133

⁶⁹Schartum (2003) s.134

av stor interesse i denne oppgaven. Det vil kun i sjeldne tilfeller være diskusjon vedrørende klarheten av rettsgrunnlaget dersom lovhjemmel foreligger.

Det tredje alternative vilkåret i personopplysningsloven § 8 første ledd er at behandlingen er ”nødvendig for” et av de alternative grunnlagene som oppstilles fra punkt a til f. Det er her viktig å ha i minne hvilket av punktene som kan begrunne behandling av informasjon fra en pasientjournal etter at arbeidsgiver har hatt anledning til å foreta helseundersøkelse av den ansatte.

Alternativ a) gjelder de tilfeller hvor behandling av personopplysninger er nødvendig for ”å oppfylle avtale med den registrerte”. Opplysninger som kan behandles med hjemmel i punkt a) kan være arbeidstakerens navn og adresse som arbeidsgiver må behandle for å kunne oppfylle sin forpliktelse overfor den ansatte.⁷⁰

Under alternativ f) må det foretas en interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for å behandle personopplysninger og hensynet til den ansattes integritet. Forarbeidene uttaler at hensynet til privatlivets fred må tillegges en betydelig vekt.⁷¹ Det er derfor nødvendig med en interesseovervekt i arbeidsgivers favør for at dette alternativet skal komme til anvendelse, i og med at nødvendigheten for arbeidsgiver må veie tyngre enn ansattes krav til personvern.⁷²

Det er i forarbeidene drøftet hvilken betydning det har for vurderingen av vilkåret at det foreligger materiell adgang til å foreta selve testene. Den materielle adgangen som følger av arbeidsmiljøloven §§ 9-1 og 9-4 inneholder vurderinger som er basert på en rekke av de samme momentene som blir vurdert når man tolker nødvendighetsvilkåret i personopplysningsloven § 8 første ledd, og sammenhengen i lovgivningen kan tilsier at såfremt vilkårene for å iverksette kontrolltiltak i bedriften er oppfylt, bør man også kunne fastslå at vilkårene i personopplysningsloven er til stede.⁷³ Det uttales i Ot.prp. nr. 49

⁷⁰ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.109

⁷¹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.109

⁷² Schartum (2003) s.134

⁷³ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.146

(2004-2005) at ”Kravet om saklig grunn [i arbeidsmiljøloven § 9-1] vil normalt føre til at personopplysningslovens vilkår om berettiget interesse vil være oppfylt, mens vilkåret om forholdsmessighet/proporsjonalitet i alminnelighet vil innebære at kravet om at hensynet til arbeidstakerens personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettigede interesse ikke vil være krenket”.⁷⁴ Det er etter dette grunnlag for å hevde at som utgangspunkt vil det foreligge hjemmel for å behandle personopplysninger som følger av et kontrolltiltak med rettslig grunnlag i arbeidsmiljøloven såfremt de materielle vilkår arbeidsmiljøloven § 9-1 er oppfylt.

Vedrørende prioritetsrekkefølgen mellom de tre alternativene skal det til slutt nevnes kort at Justisdepartementet i en anbefaling skrev at samtykkealternativet trolig bør veie tyngre enn de andre alternativene. Departementet sa at ”For det første vil dette styrke den registrertes muligheter til å råde over opplysninger om seg selv. For det annet vil man ved å basere behandlingen på samtykke unngå mulig tvil om de mer skjønsmessige vilkårene i bokstavene a til f er oppfylt”.⁷⁵ Dette støttes av et av personopplysningens grunnelementer. Enhver skal ha anledning til å bestemme over opplysninger som vedgår seg selv. Av den grunn påpekes det i boken Personvern i informasjonssamfunnet at samtykkealternativet er å anse som det sentrale av alternativene i personopplysningsloven § 8.⁷⁶ Etter mitt syn peker også reelle hensyn i den retningen, frivillighet bør alltid være det naturlige utgangspunkt når det kommer til individuelle vurderinger.

Etter gjennomgangen ovenfor er derfor samtykkealternativet det mest nærliggende for arbeidsgiver å benytte seg av i personopplysningsloven § 8 første ledd, men den rettslige adgangen kan også utledes av § 8 første ledd punkt f).

Det neste grunnvilkåret som følger av personopplysningsloven § 11 er grunnlaget for å behandle sensitive personopplysninger etter lovens § 9.

⁷⁴ Ot.prp.nr 49 (2004-2005) s.146

⁷⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.108

⁷⁶ Schartum (2003) s.131

3.2.1.2 Behandling av sensitive personopplysninger

Personopplysningsloven § 9 regulerer adgangen for behandling av ”sensitive personopplysninger”. Hvilke opplysninger som anses for å utgjøre sensitive personopplysninger følger av lovens § 2 første ledd nr. 8. For denne oppgaven er det punkt c) som er av størst interesse, opplysninger om ”helseforhold”.

Begrepet ”helseforhold” trekker i retning av at grensen for hva som skal anses for helseopplysninger skal være lav. Sammenholdt med formålsbestemmelsen i personopplysningsloven § 1 taler dette for at terskelen for at opplysninger om helse skal anses for å være en sensitiv personopplysning er lav. Dette synet støttes av lovens forarbeider. Enhver opplysning om et individs fysiske eller psykiske befinnende, både tidligere, nåværende og fremtidige faller inn under begrepet ”helseforhold”. Også genetiske opplysninger om et individ faller inn under begrepet.⁷⁷

En sammenligning av begrepet helseforhold i personopplysningsloven § første ledd nr. 8 og hva som skal anses for å utgjøre en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven § 9-4 kan være nødvendig for å vurdere hvorvidt enhver opplysning som utledes etter arbeidsmiljøloven § 9-4 er å anse som en sensitiv personopplysning. Vi så ovenfor under avsnitt 2.5.1 at til tross for at reelle hensyn i enkelte tilfeller kunne tale for at helseundersøkelser ikke ble omfattet av ordlyden i arbeidsmiljøloven § 9-4, ble det konkludert med at formålet bak bestemmelsen tilsier at terskelen for hva som utgjør en helseundersøkelse skal være lav fordi lovgiver ikke ønsker at adgangen til helseundersøkelser skal kunne misbrukes, noe som taler for at opplysninger som utledes av arbeidsmiljøloven § 9-4 skal anses som sensitive personopplysninger etter personopplysningsloven § 2 første ledd nr. 8.

Drøftelsen synes ikke problematisert verken i arbeidsmiljølovens eller personopplysningslovens forarbeider. I mangel av mer vektige kilder som skulle tilsi en annen forståelse, tolker jeg begrepet ”helseforhold” på en slik måte at som utgangspunkt

⁷⁷ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.104

bør opplysninger som utledes av medisinske undersøkelser etter arbeidsmiljøloven § 9-4 omfattes av begrepet.

For at arbeidsgiver skal ha rettslig hjemmel for å kunne behandle opplysninger om de ansattes helseforhold, kreves det at vilkårene i personopplysningsloven § 9 er oppfylt. Som grunnkrav kreves det at vilkårene etter personopplysningsloven § 8 er oppfylt, samt et av de alternative vilkårene som er oppstilt i § 9 første ledd. Ikke alle alternativene er relevante i denne oppgavens sammenheng, og vil følgelig ikke bli drøftet.

Alternativene i § 9 punkt a) og b) er identiske med de tilsvarende i § 8, og vil derfor ikke bli behandlet på nytt. En rekke av de etterfølgende vilkår inneholder et nødvendighetskrav, og det er forutsatt av lovgiver at bestemmelsen utdyper nødvendighetsvilkåret i § 8, slik at det er krav om interesseovervekt for behandlingsansvarlige for å kunne behandle sensitive personopplysninger.

Alternativ f) tar for seg de tilfeller der behandling av sensitive personopplysninger er nødvendige for at bedriften kan gjennomføre sine ”arbeidsrettslige plikter eller rettigheter.” Ordlyden er svært vid, og gir ingen klare holdepunkter for hvorvidt helseopplysninger kan anses for å utgjøre en del av de arbeidsrettslige plikter eller rettigheter. I lovens odelstingsproposisjon uttales det at ” Uttrykket « arbeidsrettslige plikter eller rettigheter » omfatter alle plikter og rettigheter som påhviler et arbeidsrettslig grunnlag, uansett om grunnlaget er lovgivning, avtale mellom partene i arbeidslivet, eller individuelle arbeidsavtaler (ansettelseskontrakter)”.⁷⁸ Det skal etter dette ikke mye til for at et tilfelle skal anses for å være en arbeidsrettslig plikt eller rettighet. Ifølge samme avsnitt er Justisdepartementet av den oppfatning at i tilfeller hvor arbeidsgiver må oppbevare opplysninger om helseforhold for å kunne kontrollere for eksempel en rehabilitering av den ansatte, vil dette anses som en arbeidsrettslig forpliktelse. Ut over dette drøfter ikke

⁷⁸ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.110-111

proposisjonen de tilfeller der arbeidsgiver har materiell adgang til å foreta medisinske undersøkelser av de ansatte.

Ovenfor ble det under kapittel 4.2.1.1 drøftet om adgangen til å behandle personopplysninger som utgangspunkt måtte anses for å foreligge dersom de materielle vilkårene for kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven var oppfylt. Dette ble bekreftet. Hvorvidt dette også er tilfelle for de mer sensitive personopplysningene som reguleres av personopplysningsloven § 9, er ikke direkte omtalt i forarbeidene.

Vilkårene i personopplysningsloven § 9 er strengere enn i lovens § 8. Dette kan isolert sett tilsi at man ikke automatisk kan trekke slutning om at såfremt de materielle vilkårene for å iverksette tiltaket er til stede så kan man også behandle opplysningene. Men ser man hen til forskjellen mellom de materielle vilkårene for å iverksette ”normale” kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven § 9-1, og vilkårene for å iverksette ”medisinske undersøkelser” i arbeidsmiljøloven § 9-4, er de sistnevnte vesentlig strengere enn de førstnevnte. Det kan trekke i retning av at vurderingene i arbeidsmiljøloven § 9-4 og personopplysningsloven § 9 er lik, slik at det da automatisk oppstår behandlingsgrunnlag.

Formålet bak personopplysningsloven er å beskytte den enkelte mot krenkelser gjennom behandling av personopplysninger. Dess mer sensitive personopplysninger det er tale om å behandle, jo mer tilsier reelle hensyn at lovgivningen må beskytte den enkelte. Av denne grunn kan det anføres at det bør vises forsiktighet med å trekke paralleller fra vurderinger foretatt under arbeidsmiljøloven § 9-4 til personopplysningsloven § 9. Adgangen til en slik parallell burde i så fall ha vært kommentert i bestemmelsens forarbeid. En slik forståelse av § 9 er etter mitt syn også i tråd med personopplysningslovens § 1, da lovens formål ikke er å tilrettelegge for utstrakt behandling av personopplysninger.

Basert på denne rettslige vurdering kan jeg ikke se at det bør trekkes en tilsvarende parallell mellom personopplysningsloven § 9 og arbeidsmiljøloven § 9-4 som ovenfor under avsnitt 4.2.1.1 Følgelig må det foretas en selvstendig vurdering av hvorvidt vilkårene i

personopplysningsloven § 9 er oppfylt til tross for at de materielle vilkårene i arbeidsmiljøloven § 9-4 er tilstede.

I den videre drøftelse forutsettes det at vilkårene i personopplysningsloven §§ 8 og 9 er oppfylt.

3.2.2 Krav om angitte formål og saklig tilknytning til virksomheten

Det neste vilkåret som oppstilles i personopplysningsloven § 11 første ledd punkt b) er at opplysningene bare benyttes til ”uttrykkelig angitte formål”, og disse formålene må være ”saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet”. I forhold til virksomheter som ønsker å behandle opplysninger om de ansattes helseforhold blir det derfor avgjørende hvorvidt det foreligger saklig begrunnelse i virksomheten for hvorfor virksomheten ønsker å behandle opplysningene.

Det første vilkåret er at behandlingsansvarlig må ha klare formål med behandlingen av personopplysningene. Ordlyden av ”angitt formål” gir inntrykk av at begrunnelsen må være konkret klarlagt, slik at det ikke er tvil om hvorfor man ønsker å foreta behandlingen. I forarbeidene fokuseres det på at formålet med bestemmelsen er å skape ”åpenhet og klarhet om hva behandlingen skal tjene til”.⁷⁹ Ved at det stilles krav til formålet klarhet, medfører dette at behandlingsansvarlig ikke kan gjemme seg bak vage beskrivelser som for eksempel sikkerhet. Det kreves at formålet er presist angitt før behandlingen finner sted.

Det andre vilkåret i punkt b) er at formålet må være ”saklig begrunnet” i virksomheten som den behandlingsansvarlige driver. Dette tilsier at det må være et reelt og aktuelt behov for å iverksette behandling av personopplysninger i bedriften som er nødvendig ut ifra virksomhetens behov. Vilkaåret er ikke inngående behandlet i lovens forarbeider, men i juridisk teori er det antatt at det trolig er lite aktuelt med en inngående test av dette

⁷⁹ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.114

vilkåret.⁸⁰ Likevel kan det tenkes tilfeller hvor en virksomhet ikke oppfyller saklighetsvilkåret, og det dermed ikke foreligger adgang til å behandle personopplysninger etter personopplysningsloven § 11, i og med at vilkårene i bestemmelsen er kumulative.

Ved at behandlingsansvarlig i forkant av behandlingen må klargjøre begrunnelsen for hvorfor man ønsker å behandle personopplysninger, medfører dette at den som ønsker å foreta slik behandling blir ”tvunget” av lovgiver til å tenke igjennom hvorvidt begrunnelsen er konkret og tilstrekkelig saklig til å oppfylle lovgivers krav. Dette bidrar forhåpentligvis til å redusere antall tilfeller der virksomheten ikke har tilstrekkelig velbegrunnede formål for å iverksette behandling av personopplysninger.

Før bedriften har fått tilgang til de ansattes helseopplysninger må de angi konkrete formål for behandlingen. Dersom en slik formålsangivelse ikke foreligger medfører det at all behandling av personopplysningene da skjer i strid med personopplysningsloven.⁸¹ Denne vurderingen vil knyttes opp mot de vurderinger som arbeidsgiver allerede har foretatt for å iverksette kontrolltiltakene, og de formålene som begrunner behandlingen i personopplysningsloven §§ 8 og 9. Som under kapittel 3.2.1.1 kan det problematiseres om det tilfellet at arbeidsgiver har materiell adgang til å iverksette medisinske undersøkelser, også medfører at vilkårene for å behandle personopplysningene er oppfylt. Dette er ikke drøftet i forarbeidene, men i juridisk teori uttales det at det trolig må kunne antas at det foreligger en formodning om dette.⁸²

Drøftelsen ovenfor viser at det kan tenkes en rekke tilfeller der det kan trekkes en parallell mellom de vurderinger som er gjort etter arbeidsmiljøloven når man skal vurdere lovligheten av behandlingen av opplysningene etter personopplysningsloven, men oppgaven viser at dette ikke til enhver tid er tilfellet. Under dette punktet vedrørende

⁸⁰ Schartum (2003) s.137

⁸¹ Schartum (2003) s.137

⁸² Arbeidsrett.no, § 9-1 note 8

formålsangivelser taler imidlertid gode grunner for å anføre at formålene for å iverksette helseundersøkelsen også tilfredsstillende kravene til formålet etter personopplysningsloven § 11. Arbeidsgiver skal ha foretatt en vurdering av hvorvidt virksomhetens behov for helseundersøkelsen veier tyngre enn det inngrep i den ansattes personlige integritet undersøkelsen medfører. Drøftelsen under kapittel 2 viser at interesseovervekten skal være betydelig. Det er da etter mitt syn også grunn til å akseptere at formålet med å behandle opplysningene kan utledes av denne vurderingen. Etter mitt syn kan det vanskelig hevdes at det å behandle opplysningene da vil utgjøre en større krenkelse enn selve helseundersøkelsen. Min konklusjon blir da etter dette at utgangspunktet er at formålsangivelsen etter arbeidsmiljøloven § 9-4 også tilfredsstillende kravene som stilles til formålsvurdering etter personopplysningsloven § 11 første ledd punkt b).

I så fall er også kravet om ”uttrykkelig angitte formål” og ”saklig begrunnet” i personopplysningsloven § 11 første ledd punkt b) oppfylt.

3.2.3 Personopplysningene må ikke brukes til andre formål

I personopplysningsloven § 11 første ledd punkt c) stilles det som et ytterligere vilkår at den behandlingsansvarlige på et senere tidspunkt ikke benytter personopplysningene på en slik måte som er ”uforenlig med det opprinnelige formålet”. Dette må forstås dit hen at dersom formålet var å forhindre ulykker ved produksjon av sprengstoff, kan ikke de samme personopplysningene benyttes for å kartlegge de ansattes kondisjonsnivå. Ordlyden gir ikke holdepunkter for i hvilken grad man kan gå bort fra det opprinnelige formålet. At noe er ”uforenlig med det opprinnelige formålet” tilsier videre at behandlingsansvarlig må være forsiktig ved bruk av overskuddsmaterialet etter kontrolltiltak, for eksempel ved blodprøver for å avklare rus i arbeidsforhold. Den overskytende informasjonen som blodprøven kan gi, kan ikke uten videre behandles under det opprinnelige formålet.

I forarbeidene er problemstillingen drøftet, og departementet uttalte at problemstillingen må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Momenter som skal vurderes er hvorvidt bruken av personopplysningene utenfor de allerede uttrykkelig angitte formålene medfører en

ulempe for de ansatte, om bruken er en helt annen enn den som begrunnet behandlingen i utgangspunktet eller om det nye formålet faller inn under strengere krav i loven enn det opprinnelige. Med det siste menes at man ikke kan komme seg unna lovens vilkår for behandling av for eksempel sensitive personopplysninger ved senere å endre formålet for behandlingen. Forarbeidene sier at som et utgangspunkt vil det ikke være uforenlig med det opprinnelige formålet dersom begrunnelsen for den nye behandlingen ”står i en nær og naturlig sammenheng med den behandlingsansvarliges virksomhet”.⁸³ Er det tilfelle, foreligger det i utgangspunktet ikke brudd på personopplysningsloven § 11 første ledd punkt c), og behandlingen er da i henhold til loven.

I forhold til medisinske undersøkelser i arbeidsforhold er det stilt strenge krav til formålet med undersøkelsen for at de materielle vilkårene skal være oppfylt. Dette taler i utgangspunktet for at det ikke skal mye til for at en senere bruk av personopplysningen i slike tilfeller må anses for å være uforenlig med det opprinnelige formålet. Denne problematikken er ikke direkte behandlet i lovens forarbeider. Derimot sies det at dersom kontrollen (i denne sammenheng helsekontrollen) ikke er en ”naturlig del av den virksomheten den behandlingsansvarlige driver, eller når ubehaget for den registrerte ikke står i et rimelig forhold til fordelene kontrolløren oppnår”, må den senere bruk anses som uforenlig med det opprinnelige formålet.⁸⁴ Dette taler for at arbeidsgivere bør utvise forsiktighet når det gjelder å benytte innsamlede helseopplysninger til andre formål enn det som var utgangspunktet da de medisinske undersøkelsene ble iverksatt. Reelle hensyn trekkes også i denne retningen. Det kan fort medføre en krenkelse av de ansattes personlige integritet dersom overskuddsinformasjon etter helseundersøkelser benyttes til et annet formål enn det de ansatte ble informert om.

⁸³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.113

⁸⁴ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.113

3.2.4 Personopplysningene må være tilstrekkelige og relevante

Vilkårene i personopplysningsloven § 11 første ledd punkt d) er at personopplysningene som behandles må være ”tilstrekkelige og relevante for formålet med behandlingen”.

Ordlyden tilsier at det stilles krav til kvaliteten på de aktuelle opplysningene, sett ut ifra en vurdering for hva man ønsker å oppnå ved behandlingen. Eksempler på dette kan man finne i medisinske undersøkelser. For at slike sensitive personopplysninger skal kunne behandles, kreves det at opplysningene er av en slik kvalitet at de egner seg til å avklare de problemstillinger som arbeidsgiver krever svar på. Ønsker man å avklare om de ansatte er i stand til å utføre jobben på en tilfredsstillende måte må de testene som skal avsløre dette være av en god nok kvalitet til å sikre testresultater.

Etter forarbeidene medfører uttrykket ”tilstrekkelige” at personopplysningene som behandles må være av en slik kvalitet at den gir behandlingsansvarlig svar på begrunnelsen for å iverksette behandlingen, noe som støtter ordlydsforståelsen ovenfor.

Begrepet ”relevante” viser at det finnes en grense for hva slags opplysninger som kan anses for å være av interesse.⁸⁵ Utover dette kommenteres ikke begrepet, men det er grunn til å tro at betydningen av begrepet må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle.

3.2.5 Krav om kvalitet og lagringsvarighet

Til slutt i personopplysningsloven § 11 første ledd punkt e) stilles det krav om at kun opplysninger som er korrekte og oppdaterte skal behandles. Alle andre opplysninger må etter dette fjernes og slettes. Etter forarbeidene er dette en plikt for behandlingsansvarlig.⁸⁶ Bestemmelsen begrenser også adgangen til å lagre opplysningene til hva som er nødvendig ut ifra formålet med behandlingen, noe som er i samsvar med personopplysningsloven § 28. Jeg vil komme tilbake til lagringsproblematikken under kapittel 4.

⁸⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999), s.114

⁸⁶ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s.114

3.2.6 Må arbeidsgiver ha konsesjon for å behandle helseopplysninger om ansatte?

Utgangspunktet etter personopplysningsloven § 33 første ledd er at arbeidsgiver må ha konsesjon fra Datatilsynet for å kunne behandle sensitive personopplysninger, med mindre de er ”avgitt uoppfordret” fra den de omhandler. Formuleringen av unntaket kan tale for at dersom et individ oppgir opplysninger om seg selv som er av sensitiv karakter, så er det ikke nødvendig for behandlingsansvarlig å søke tilsynet om konsesjon. Bestemmelsens forarbeider inneholder ingen drøftelse av når en sensitiv opplysning skal anses for å være avgitt uoppfordret. I boken Personvern i informasjonssamfunnet hevder forfatteren at unntaket må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Etter mitt syn er det fornuftig, av den grunn at det ikke lar seg gjøre å komme frem til et entydig svar på når en opplysning kan anses for å være avgitt uoppfordret. De nevnte forfattere viser til at for eksempel brev med innhold av sensitiv karakter til en virksomhet må anses for å være avgitt uoppfordret. Avgjørende hevdes det å være at opplysningene er avgitt frivillig og dermed gjort allmenn kjent.⁸⁷

Etter mitt skjønn gir ikke dette noen klar forståelse av unntakets rekkevidde. For det første kan det reises spørsmålstegn om hva som skal anses for å være frivillig i en rekke ulike situasjoner. Som drøftet ovenfor er det i arbeidsforhold stilt strenge krav til hva som skal anses for å utgjøre et samtykke og når det kan anses for å være avgitt frivillig. De samme kravene ble det stilt etter personopplysningsloven §§ 8 og 9. Siden det er tale om opplysninger av sensitiv karakter taler likheten i lovverket for at den samme forståelse også må legges til grunn for unntaket ved personopplysningsloven § 33. Da dette ikke er problematisert i forarbeider eller i rettsavgjørelser er det imidlertid usikkerhet hvorvidt en slik rettsoppfatning vil vinne frem ovenfor mer vektige rettskilder.

Legges derimot forståelse av frivillighetsbegrepet ovenfor til grunn er unntaket som følger av personopplysningsloven § 33 første ledd snevert, slik at det klare utgangspunkt og

⁸⁷ Schartum (2003) s.176

hovedregel er at det kreves konsesjon for å kunne behandle sensitive personopplysninger i arbeidsforhold.

Et ytterligere unntak følger av personopplysningsloven § 33 fjerde ledd. Det er i Forskrift om behandling av personopplysninger (Personopplysningsforskriften) gitt ytterligere unntak fra konsesjonskravet. Etter forskriftens § 7-16 andre ledd foreligger det ikke konsesjonsplikt, men meldeplikt etter personopplysningsloven § 31, dersom

- a) den registrerte har samtykket i behandlingen eller behandlingen er fastsatt i lov,
- b) opplysningene er knyttet til arbeidsforholdet, og
- c) personopplysningene behandles som ledd i personaladministrasjonen

De tre vilkårene er kumulative. Bestemmelsens forarbeider består av en kongelig resolusjon, men som gir få holdepunkter for lovtolkningen. Den følgende drøftelse vil derfor i stor grad basere seg på ordlydstolkning og reelle hensyn. I vilkåret om samtykke i punkt a) er det naturlig å innfortolke samme krav til samtykke som i personopplysningsloven §§ 8 og 9 for å anse vilkåret som oppfylt. Reelle hensyn støtter etter mitt syn også en slik forståelse, da det ville være unaturlig om lovgiver ønsker et annet innhold av begrepet her enn andre steder innenfor samme rettsområde. I så fall må det oppstilles klare holdepunkter for dette.

Det neste vilkåret er at de sensitive personopplysningene er knyttet til arbeidsforholdet. En naturlig språklig forståelse av vilkåret tilsier at det må foretas en vurdering av om behandlingen er saklig begrunnet i arbeidsforholdet. Innenfor medisinske undersøkelser i arbeidsforhold viser arbeidsmiljøloven § 9-4 at det er meget snever adgang til å foreta medisinske undersøkelser, noe som kan trekke i retning av at vilkåret om tilknytning er oppfylt. Datatilsynet har tolket vilkåret dit hen at dersom det foreligger saklig grunn for å behandle opplysningene og det ikke medfører en uforholdsmessig belastning for

arbeidstakeren vil vilkåret trolig være oppfylt.⁸⁸ Denne vurderingen har store likhetstrekk med vurderingen av arbeidsmiljøloven § 9-1 og grunnvilkåret for å innføre kontrolltiltak, noe som viser likheten i lovverket mellom personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven.

Det tredje vilkåret er at behandlingen av de sensitive personopplysningene gjøres som en del av personaladministrasjon i virksomheten. Hva som skal anses for å være personaladministrasjon lar seg ikke klart utlede av ordlyden av begrepet. En direkte ordlydsforståelse kunne tilsi at enhver administrativ handling som har med personalet å gjøre skal falle inn under begrepet. Men dersom en legger en slik forståelse til grunn eksisterer det ingen begrensninger for arbeidsgiver til å fastslå hva som skal anses for å utgjøre ”personaladministrasjon”, og dermed har vilkåret liten eller ingen betydning for vurderingen av hvorvidt det skal være konsesjonspliktig å behandle sensitive personopplysninger. Reelle hensyn tilsier derfor at begrepet skal ha en rettslig betydning og utgjøre en skranke for når behandling av slike opplysninger ikke krever konsesjon. I forrige vilkår ble det oppstilt krav om saklig tilknytning, noe som også reelle hensyn tilsier er av relevans for dette vilkåret. Foreligger det saklig begrunnelse i virksomheten for å foreta personaladministrasjon av opplysningene bør det tillegges stor vekt. Dette synet støttes av det generelle kravet til saklighet i arbeidsrettslige disposisjoner, og bør også komme til anvendelse på dette området. Skranken bør etter dette være at det foreligger saklig personaladministrative grunner for å behandle de sensitive opplysningene.

Til tross for utgangspunktet om konsesjonsplikt foreligger det omfattende unntak etter personopplysningsforskriften. Unntakene i forskriften har store likhetstrekk med arbeidsmiljølovens kapittel 9. Dersom vilkårene arbeidsmiljøloven § 9-4 og personopplysningsloven § 11 er oppfylt, taler det for at det ikke foreligger konsesjonsplikt etter § 33.

Kontrollen av arbeidsgiver gjøres da gjennom meldeplikten som virksomheter som ønsker å behandle personopplysninger er pålagt etter personopplysningsloven § 31.

⁸⁸ Nedberg (2010)

3.3 Konklusjon

Drøftelsen viser at rettsliggjøringen for å kunne behandle sensitive personopplysninger som pasientjournaler er stor. Hovedhensynet bak den omfattende lovreguleringen er ønsket om å forhindre at menneskers personvern blir krenket gjennom behandling av personopplysninger. En rekke av de vurderinger som arbeidsgiver skal foreta etter personopplysningslovgivningen er tilsvarende som vurderinger foretatt under arbeidsmiljøloven kapittel 9. Arbeidsgivere som ønsker å foreta slik behandling av personopplysninger må før behandlingen finner sted foreta et grundig arbeid for å sikre at det ikke foretas handlinger som er i strid med loven. I og med at lovgiver i stor grad har unntatt behandlingsansvarlig konsesjonsplikten og i stedet legger opp til kontroll ved hjelp av meldeplikt til Datatilsynet, er det usikkert hvorvidt arbeidsgivere oppfyller lovens strenge vilkår. For å belyse både de arbeids- og personvernrettslige problemstillinger ovenfor, vil jeg i neste kapittel vurdere lovligheten av en virksomhets helseundersøkelse av ansatte. Oslo Lufthaven Gardermoen sa seg villig til å redegjøre for virksomhetens helseundersøkelse av ansatte.

4 Oslo Lufthavn Gardermoen

Oslo Lufthavn Gardermoen (OSL) er et aksjeselskap med ca. 500 ansatte. OSL drifter Gardermoen flyplass, og har derfor ansatte som utfører en rekke forskjellige arbeidsoppgaver. Bakgrunnen for at OSL ble forespurt om de kunne stille til intervju i forbindelse med denne oppgaven var en artikkel i Dagens Næringsliv 29. juli 2010 vedrørende trening i arbeidslivet. Administrerende direktør Nic. Nilsen i OSL meddelte at samtlige ansatte ved OSL fikk tilbud om å teste kondisjonen, og at 300 ansatte hadde benyttet seg av tilbudet. Den følgende delen av oppgaven baserer seg på samtale med helse- og arbeidsmiljøsjef ved OSL, Vidar Wærp.

4.1 Er kondisjonstest å anse som en medisinsk undersøkelse

Det finnes en rekke ulike måter å teste en persons kondisjon på. Et alternativ er å måle oksygenopptaket ved hjelp av tredemølle og maske. Masken registrerer luften som blir pustet inn og ut. Dette er en relativt dyr og tidsmessig krevende metode. En annen mulighet er å benytte seg av de mer tradisjonelle metodene, for eksempel å løpe 3000 meter i en bestemt løype. Sistnevnte gir imidlertid et langt mindre nøyaktig svar på den enkeltes kondisjon.

OSL valgte å benytte en såkalt UKK-test for å måle de ansattes kondisjon. Testen ble gjennomført av Synergi Helse AS, en bedrift spesialisert på bedriftshelsetjeneste og yrkesrettet rehabilitering, heretter forkortet SH. De ansatte fikk valget mellom å gå to kilometer utendørs eller på tredemølle veiledet av testleder. Den anvendte tiden ble notert i et dataprogram, sammen med, alder, kjønn, vekt, høyde og puls ved testen slutt. Dataprogrammet kan med denne informasjon regne ut den enkeltes kondisjon i forhold til normalverdien for alder og kjønn, med en feilmargin på mellom 5 og 10 prosent ifølge

OSL. Det foretas videre en årlig kondisjonstest av de ansatte for å måle hvorvidt det foreligger en forbedring av kondisjon eller ikke.

OSL anser ikke den ovennevnte testen for å være en medisinsk undersøkelse etter arbeidsmiljøloven § 9-4 forstand. Ovenfor under avsnitt 2.5.1 ble det konkludert med at lovgiver har ønsket at det skal lite til for å anse en undersøkelse for å falle inn under begrepet ”medisinsk undersøkelse” etter arbeidsmiljøloven § 9-4. I Breisteinutvalget ble det lagt til grunn at ”en undersøkelse av en person – en pasient – med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på å behandle eller forebygge sykdom, eller utskrivning av attest eller erklæring om vedkommendes helse” må anses for å være en medisinsk undersøkelse.⁸⁹

Den nevnte UKK-testen gir et resultat av en persons kondisjon. Testen inneholder ikke noen form for klinisk eller biologisk undersøkelse, noe som taler for at det ikke er å anse som en medisinsk undersøkelse som faller inn under arbeidsmiljøloven § 9-4. På en annen side må det kunne hevdes at testresultatet sier noe om vedkommendes helse i forhold til normalverdien for alder og kjønn.

Ovenfor ble dommen av Salten tingrett 26.05.2010 omtalt. I denne sak benyttet Nordlandssykehuset HF seg av en UKK test lik den OSL benyttet for å teste kondisjonsnivået til ambulansesjåfør. Tingretten tok ikke direkte stilling til hvorvidt en UKK-test er å anse som en medisinsk undersøkelse etter §9-4, men slo fast at UKK-testen ikke var en slik kvalitet at den tilfredsstilte de generelle vilkårene for kontrolltiltak i arbeidsmiljøloven § 9-1. Dommen gir følgelig ikke noen veiledning for å avgjøre hvorvidt en UKK-test er å anse som en medisinsk undersøkelse. For øvrig er dommen kritisert av Hålogaland lagmannsrett i kjennelse LH-2010-131825 av den grunn at tingretten ikke drøftet hvorvidt sykehuset hadde rettslig adgang etter arbeidsmiljøloven §9-4 til å gjennomføre slike tester. Jeg må si meg enig i lagmannsrettens kritikk, det synes underlig å

⁸⁹ NOU-2001:4, s.19

kunne ta stilling til om UKK-testen var av god nok kvalitet uten å ta stilling til den rettslige adgangen til å gjennomføre testen.

Drøftelsen ovenfor viser at det ikke er noe klart svar på om en UKK-test er å anse som en medisinsk undersøkelse. Som drøftet under avsnitt 2.5.1 kan det foreligge velbegrunnede ønsker fra arbeidsgiver som begrunnelse for å tilby de ansatte en kondisjonstest. I slike tilfeller blir arbeidsgivers formål med testen sentral. På en annen side er det i forarbeidene klart at det er forutsatt en lav terskel. I mangel av andre og mer vektige rettskilder må sistnevnte syn legges til grunn. Følgelig forutsettes det i den følgende drøftelse at UKK-testen OSL tilbyr sine ansatte er å anse som en medisinsk undersøkelse som omfattes av arbeidsmiljøloven § 9-4.

Det neste rettsspørsmålet som da må vurderes er om vilkårene for å gjennomføre testen er oppfylt, og hvorvidt OSL foretok en vurdering av arbeidsmiljøloven kapittel 9 før de iverksatte UKK-testing av de ansatte.

4.2 Saklig begrunnet og ikke uforholdsmessig belastende for de ansatte

Etter arbeidsmiljøloven § 9-1 kan det bare iverksettes kontrolltiltak dersom det er saklig grunn i virksomheten for å iverksette ønsket tiltak, og dette tiltaket ikke utgjør en uforholdsmessig belastning for de ansatte. Det er krav til saklighet både overfor bedriften som enhet og overfor hver enkelt som rammes av tiltaket.

OSL begrunnet kondisjonstesten med at de ønsket å bevisstgjøre de ansatte om ansvar for egen helse. Videre ønsket ledelsen å ta norske myndigheters anbefaling på ordet om at enhver burde bevege kroppen minst 30 minutter per dag. Ledelsen ved OSL ønsket derfor å tilrettelegge for at de ansatte kunne forbedre sin kondisjon ved å starte en kampanje i 2008 som de ga navnet Formstigen 2010. I starten av kampanjen ble alle ansatte tilbudt en kondisjonstest. For øvrig var det frivillig for de ansatte om de ønsket å ta del i Formstigen eller ikke. Ledelsen ved OSL foretok videre beregninger av hvilken økonomisk effekt selskapet kunne forvente dersom kampanjen viste seg å bli vellykket. Dersom sykefraværet

ble redusert med 1 prosent ville bedriften spare ca. 13 millioner kroner per år i reduserte kostnader. Dermed var ikke Formstigen kun begrunnet ut ifra helsemessige årsaker, det var en klar økonomisk fordel forbundet med tiltaket.

Det er vanskelig å si hvorvidt dette medfører at kondisjonstesten har saklig grunn i virksomheten. Det ingen holdepunkter for at OSL som helhet har behov for ansatte med god kondisjon. På en annen side kan det hevdes at det å ha ansatte som er friske, er noe enhver bedrift er tjent med. Både økonomiske og driftsmessige hensyn kan begrunne dette. Dette kan tilsi at det forelå saklig grunn i virksomheten til å kondisjonsteste de ansatte.

Hvorvidt den individuelle sakligheten var oppfylt er det få holdepunkter for å vurdere. Samtlige som gjennomførte kondisjonstesten var frivillige. Etter hva OSL har opplyst, medførte det ingen konsekvenser for de ansatte som ikke ønsket å ta del i prosjektet. Hvorvidt frivillighet medfører at tiltaket er saklig begrunnet i forhold til den enkelte ansatte problematiseres ikke i forarbeidene. Reelle hensyn tilsier etter mitt skjønn at det må være tilfelle, under forutsetning at det er tale om et ubetinget frivillig avgitt samtykke. I slike tilfeller kan det anføres at en slik saklig vurdering har mindre for seg, i og med at dette er noe den ansatte selv ønsker å ta del av. Etter dette må det legges til grunn at vilkåret om individuell saklighet i dette tilfellet var oppfylt.

Videre følger det av arbeidsmiljøloven § 9-1 at det må foretas en forholdsmessighetsvurdering av tiltaket, enten av det konkrete tiltaket eller samlet av alle kontrolltiltak i virksomheten. Heller ikke denne vurderingen passer videre godt i tilfeller hvor det er tale om frivillighet, men reelle hensyn tilsier at såfremt den enkelte ansatte har akseptert tiltaket kan det vanskelig hevdes å utgjøre en uforholdsmessig belastning.

OSL foretok ingen vurdering av hvorvidt de materielle vilkårene for å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1 var oppfylt. Hvorvidt det faktisk at virksomheten ikke har foretatt en vurdering av arbeidsmiljøloven § 9-1 i seg selv er et brudd på loven, finnes det etter mitt syn ikke holdepunkter for å anføre verken i lov eller

forarbeider. Det avgjørende er hvorvidt de materielle vilkårene faktisk er oppfylt. Etter dette var vilkårene for å iverksette kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1 oppfylt for OSL sitt vedkommende.

Videre følger det av arbeidsmiljøloven § 9-2 at slike kontrolltiltak skal drøftes med de tillitsvalgte før de iverksettes. OSL opplyste at de i forkant av Formstigen 2010 drøftet dette med tillitsvalgte, og at de informerte de ansatte både ved informasjonsmøter og på intranettsidene til bedriften. Følgelig var arbeidsmiljøloven §9-2 oppfylt.

Det neste spørsmålet blir da hvorvidt OSL oppfylte de strengere vilkårene for å kunne foreta medisinske undersøkelser etter arbeidsmiljøloven §9-4 i forbindelse med kondisjonstesten.

4.3 Stillinger som innehar særlig risiko eller nødvendig for å verne liv eller helse

Etter arbeidsmiljøloven § 9-4 er det tre alternative grunnlag for å kunne foreta medisinske undersøkelser i arbeidsforhold. Det er redegjort for de tre grunnlagene ovenfor.

Lovens andre alternativ er for de stillinger som innebærer særlig risiko, der det av den grunn er nødvendig å foreta helseundersøkelser, jf. arbeidsmiljøloven § 9-4 andre ledd punkt b. Etter drøftelsen under avsnitt 2.5.3.2 var det kun stillinger som hadde et skadepotensial utover hva som var vanlig i arbeidslivet at det kunne foreta medisinske undersøkelser, og at det skulle være en snever adgang for arbeidsgiver til å benytte seg av dette alternativet.

Etter hva jeg har blitt opplyst har ikke OSL foretatt en vurdering av om det er enkelte kategorier av de ansatte som kan anses for å falle inn under dette alternativet. Imidlertid opplyste OSL at det var ansatte som utførte arbeid som ikke kan sies å falle inn under denne kategorien som også gjennomgikk kondisjonstesten. For eksempel var det flere i administrasjonen som deltok i Formstigen 2010. I det hele tatt foretok ikke OSL noen

vurdering av hvorvidt de ansatte som ble kondisjonstestet innehadde en stilling som falt inn under arbeidsmiljøloven § 9-4 første ledd punkt b.

Det tredje alternativet som oppstilles i § 9-4 første ledd punkt c er at den medisinske undersøkelsen er nødvendig for å verne liv eller helse, enten i relasjon til den ansatte selv eller tredjemann. Som beskrevet overfor er alternativet påtenkt de tilfeller hvor faren er ”alvorlig og fremstå som konkret, nærliggende og sannsynlig”.⁹⁰ Som under alternativet i forrige avsnitt har ikke OSL foretatt en vurdering av hvorvidt de ansatte som er blitt kondisjonstestet innehar stillinger som faller inn under arbeidsmiljøloven §9-4 første ledd punkt c. Det må derimot kunne hevdes at administrasjonsansatte i all hovedsak ikke utsettes for tilfeller som beskrevet under forarbeidene, og at vilkåret da ikke kan komme til anvendelse for denne eller tilsvarende kategori ansatte. Derfor kan OSL heller ikke anses for å ha oppfylt det siste alternative vilkåret i arbeidsmiljøloven § 9-4.

Grunnlaget OSL har påberopt seg for å foreta kondisjonstest av de ansatte er samtykke. Drøftelsen ovenfor viser at arbeidsmiljøloven §9-4 uttømmende regulerer grunnlaget for å kunne foreta medisinske undersøkelser av ansatte i arbeidsforhold. Konsekvensen av dette er at OSL ved å foreta kondisjonstest av de ansatte bryter arbeidsmiljølovens bestemmelser om medisinske undersøkelser i arbeidsforhold. Dette gjelder uavhengig av formålet bak kondisjonstesten. Hvorvidt dette er en heldig rettstilstand eller ikke vil jeg komme tilbake til i neste kapitel.

Kondisjonstestene ble som nevnt utført av SH. Det foreligger videre en avtale mellom OSL og SH at det er sistnevnte som skal stå for all behandling av de personopplysninger som utledes av kondisjonstestene. I avtalen er det også regulert hvilke opplysninger OSL skal få tilgang til etter at rapporten om den kondisjonstestede foreligger. Det er dette personvernmessige aspektet som vil bli redegjort for i de neste avsnittene.

⁹⁰ Ot.prp.nr 49 (2004-2005), side 149.

4.4 De personvernmessige aspekter ved en kondisjonstest av ansatte

Drøftelsen under kapittel 4 viser at det automatisk oppstår personvernmessige problemstillinger dersom arbeidsgiver foretar medisinsk testing av ansatte, av den grunn at de opplysningene som utledes fra undersøkelsen er å anse som personopplysninger. For OSLs vedkommende er det i avtalen med SH avtalt at OSL ikke under noen omstendigheter skal få opplysninger om den enkelte ansatte. Rapporten som OSL mottar etter at testene er avsluttet gir kun en oversikt over firmaet som sådan, slik at det ikke er mulig å knytte konkrete opplysninger opp mot den enkelte arbeidstaker som er et vilkår for å kunne anse opplysninger som personopplysninger, jf. personopplysningsloven §2 punkt 1, samt ovenfor under avsnitt 3.2. Dermed behandler ikke OSL personopplysninger i relasjon til kondisjonstesten, de behandles av SH. Det kan da oppstå problemstillinger om hvilket av de to selskapene som er ansvarlig for at de tilfredsstillende de rettslige kravene til behandling av personopplysninger som følger av personopplysningsloven.

Ovenfor under avsnitt 3.2 er det kort redegjort for hvem som er å anse som behandlingsansvarlig etter personopplysningsloven § 2 første ledd punkt 4. Avgjørende er hvem som bestemmer formålet. I forarbeidene til bestemmelsen er det kommentert at ”Den behandlingsansvarlige er den som alene eller sammen med andre har bestemmelsesrett over personopplysningene og den elektroniske behandlingen av disse”.⁹¹ I dette tilfellet er det OSL som bestemmer at det skal gjennomføres kondisjonstester, samt hvorfor slike tester skal gjennomføres. Det er også OSL som har tatt avgjørelsen om at det er UKK-testen som skal benyttes. På den annen side er det SH som har gjennomført testen for OSL, og det er også SH som oppbevarer og behandler alle opplysninger som utledes av testen. I tillegg har ikke OSL noen rett til å få andre opplysninger enn hva som følger av avtalen mellom OSL og SH, og som påpekt ovenfor er det begrenset til rapporter over kategorier av ansatte, ikke informasjon om den enkelte. Etter dette må det, til tross for noe usikkerhet, kunne hevdes at det er SH som er å anse som den behandlingsansvarlige, og som derfor plikter å sørge for at

⁹¹ Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) s.102

behandlingen av kondisjonsopplysningene er i henhold til personopplysningslovens bestemmelser og norsk lov for øvrig.

4.4.1 Er vilkårene for å behandle personopplysninger oppfylt?

Som beskrevet ovenfor må den behandlingsansvarlige oppfylle en del vilkår i personopplysningsloven § 11 for å lovlig å kunne behandle personopplysninger eller sensitive personopplysninger.

I avsnitt 3.2.1 kom det frem at et alternativt vilkår i personopplysningsloven § 8 for å kunne behandle personopplysninger er samtykke. Det samme var tilfellet for sensitive personopplysninger, jf. personopplysningsloven § 9. SH behandler ikke personopplysninger med mindre det foreligger samtykkeerklæring fra den opplysningene omhandler. SH hevder at samtykke må anses som en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte, og samtykket dermed tilfredsstillende personopplysningslovens krav til samtykke. Etter hva jeg har forstått er det ingen sanksjoner forbundet med å nekte samtykke. Jeg legger derfor til grunn at samtykket er i henhold til de krav som følger av lovgivning og praksis fra Personvernemnda.

Det neste grunnvilkåret etter personopplysningsloven § 11 følger av punkt b), og etter denne bestemmelsen skal det foreligge uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i virksomheten. Under avsnitt 4.2.2 i denne drøftelsen ble vilkåret tolket dit hen at det i forkant av behandlingen av personopplysninger skal foreligge skriftlig og tilgjengelig formålsangivelser for hvorfor behandlingen er saklig begrunnet i virksomheten. Denne formålsangivelsen skal videre være konkret, og ikke forsøkt skjult i vage ordelag. SH har utarbeidet et skriv som inneholder formålet med behandlingen av de sensitive opplysningene som utledes av UKK-testen. Formålsangivelsen som de ansatte i OSL får fra SH er tatt inn i samtykkeerklæringen som samtlige ansatte som ønsker å delta i helseundersøkelsen må underskrive testene kan finne sted. Formålsangivelsen er formulert slik: ”Jeg er informert om at helsetestens formål er et motivasjonstiltak i å bevisstgjøre meg om mitt eget ansvar for egen helse samt få konkrete råd innen kosthold og veiledning”. I

tillegg skal det foreligge et eget skriv med mer utfyllende formålsangivelse, men dessverre har jeg ikke fått dette skrivet utdelt fra SH.

Etter dette må det kunne hevdes at SH oppfyller kravet om at det skal foreligge en skriftlig formålsangivelse før behandlingen av personopplysninger finner sted. Hvorvidt formålsangivelsen er saklig begrunnet i virksomheten, og dessuten kan anses for å være uttrykkelig angitt, er mer diskutabelt. Det hele kompliseres ved at begrunnelsen for at SH ønsker å behandle opplysningene er fordi selskapet er leid inn av OSL til å gjennomføre testene. Dette tilsier at det er OSL som må ha saklig grunnlag i sin virksomhet til å behandle slike resultater. På en annen side konkluderte jeg tidligere i drøftelsen med at det er SH som er behandlingsansvarlig, og dermed er det SH som plikter å ha formål med behandlingen av personopplysninger som er saklig begrunnet i deres virksomhet. Etter mitt syn kan jeg ikke se at formålsangivelsen har noen relevans for den virksomhet som SH bedriver. Hovedformålet med å behandle opplysningene er ”motivasjonstiltak i å bevisstgjøre meg om mitt eget ansvar for egen helse”. Slik jeg forstår lovverket ville SH vært tjent med om de hadde angitt en formålsangivelse som var mer direkte rettet mot den jobben SH har forpliktet seg til overfor OSL. Likevel er formålsangivelsen i tråd med den begrunnelse som OSL har overfor sine ansatte for hvorfor bedriften ønsker å tilby arbeidstakerne den medisinske undersøkelsen.

Eksemplet viser at det finnes tilfeller som lovgiver ikke har tatt stilling til når de utarbeidet lovgivningen. I mangel av rettspraksis på området er det nødvendig å vurdere de reelle hensynene i lys av formålet bak personopplysningsloven.

Personopplysningsloven er en vernelov. Dens klare formål er å sikre individet mot at personvernet blir krenket. Det gjøres gjennom strenge vilkår for å kunne behandle personopplysninger, og enda strengere vilkår for å kunne behandle sensitive personopplysninger. Dette tilsier at formålsangivelsen som SH angir som grunnlag for hvorfor de ønsker å behandle informasjonen som utledes av helseundersøkelsen. På en annen side så er den begrunnelsen identisk med den formålsangivelse som OSL har for hvorfor de ønsker å tilby sine ansatte den medisinske undersøkelsen. Reelle hensyn kan da

tilsi at det bør foretas en identifikasjon, slik at formålsangivelsen som OSL benyttet seg av også skal være gyldig for SH sitt vedkommende. En slik forståelse av lovverket ville være i tråd med en hypotese drøftet overfor, som gikk ut på at dersom de materielle vilkårene for å foreta medisinske undersøkelser i arbeidsforhold var til stede, så var også vilkårene i personopplysningsloven for å behandle testresultatene oppfylt. Dette er imidlertid en uavklart rettstilstand.

Etter mitt syn veier lovens formål tyngst. Den som får opplysninger om seg selv registrert hos andre har krav på en klar, konkret og riktig begrunnelse for hvorfor det skal behandles personopplysninger. I tilfellet med SH kan jeg ikke se at det foreligger en slik formålsangivelse, til tross for at det foreligger reelle hensyn som kunne tilsi en annen konklusjon.

Det neste vilkåret etter personopplysningsloven §11 punkt c) er at personopplysningene på et senere tidspunkt ikke benyttes til formål som er uforenlige med den opprinnelige begrunnelsen, med mindre det foreligger samtykke det. SH svarer klart nei på at de ikke vil benytte testresultatene til annet enn ”motivasjonstiltak i å bevisstgjøre meg om mitt eget ansvar for egen helse”. Det foreligger ikke holdepunkter for i SH sin behandling av personopplysninger som kunne tilsi noe annet, og jeg velger derfor å legge dette til grunn.

Etter personopplysningsloven §11 punkt d) stilles det krav om at personopplysningene som behandles er av en slik kvalitet at de er egnet til å til å gi behandlingsansvarlig svar på formålsangivelsen. Det SH ønsker å oppnå ved å behandle testresultatene fra de medisinske undersøkelsene er å bevisstgjøre de ansatte om ansvaret for egen helse. Dette er en formålsangivelse som er meget vanskelig å vurdere. Det OSL og SH har gjort i fellesskap er å foreta nye tester innen relativ kort tid, samt foreta arbeidsmiljøundersøkelser av samtlige kategorier ansatte i OSL. Resultatet av begge testene har vært oppløftende. Kondisjonsnivået til de ansatte har gått opp, sykefraværet har gått ned, og virksomheten har registrert en forbedring av arbeidsmiljøet i bedriften. Dette taler for at undersøkelsene er av

tilstrekkelig god kvalitet til å oppfylle vilkåret i personopplysningsloven §11 første ledd punkt d)

Det siste grunnvilkåret som skal behandles følger av personopplysningsloven §11 første ledd punkt e), som inneholder bestemmelser om at opplysningene til enhver tid skal være korrekte og oppdaterte og dessuten ikke lagres lenger enn nødvendig ut ifra formålet med behandlingen. Den første delen av vilkåret knytter seg til at behandlingsansvarlig plikter å sørge for at de opplysninger som er registrert skal være av den kvalitet som loven oppstiller. Dersom de ikke er det skal opplysningene slettes. SH har ikke kommet med innspill utover at de etterlever vilkåret.

Den andre delen av bestemmelsen regulerer hvor lenge behandlingsansvarlig har anledning til å behandle personopplysningene. Formålet med behandlingen er som sagt å bevisstgjøre de ansatte for ansvaret for egen helse. Etter dette skal informasjonen slettes når de ansatte har nådd denne målsettingen. Om det er etter kort eller lang tid må vurderes konkret opp imot hver enkelt ansatt i OSL. SH har imidlertid opplyst at de i kraft av å være en virksomhet som tilbyr bedriftshelsetjeneste er lovpålagt å oppbevare journaler i 60 år. De har imidlertid ikke vist til noen lovhjemmel som pålegger en slik lagringstid. På denne bakgrunn tok jeg kontakt med Datatilsynet, som viste til helsepersonelloven §14 andre ledd. Utgangspunktet etter denne bestemmelsen er at journalene skal slettes dersom helsehjelpens karakter tilsier at det ikke lenger antas å bli bruk for dem, noe som er i samsvar med personopplysningsloven § 28. Reelle hensyn tilsier for eksempel at dersom den ansatte slutter i virksomheten. På denne bakgrunn konkluderte Datatilsynet med at lagring av testresultater fra en UKK-test ikke er lagringspliktig i 60 år.⁹² Sett ut ifra personopplysningsloven §11 punkt e) skulle et slikt tidsperspektiv være klart i strid med loven. Forutsatt at den ansatte i OSL ikke klarer å nå formålsangivelsen med bevisstgjøring av egen helse, er det uavhengig av dette lite trolig at en ansatt vil være i arbeidslivet i 60 år. Oppbevaringstiden som SH operer med er etter dette i strid med loven.

⁹² Nedberg (2010)

Drøftelsen overfor viser at Synergi Helse ikke tilfredsstillende oppfyller samtlige av grunnvilkårene som følger av personopplysningsloven § 11 for å kunne behandle de personopplysninger som utledes av helsekontrollen de utfører for OSL. Dette til tross for at formålet med behandlingen må kunne sies å være positivt, idet de ønsker en bevisstgjøring av folks helse og kostholdsvaner. Imidlertid beskytter personopplysningsloven viktige deler av individets privatliv, og det er nødvendig å tolke lovens bestemmelser strengt. Hvorvidt dette til enhver tid er en fordelaktig rettsstilling skal drøftes i oppgavens siste kapittel som følger nedenfor.

5 De lege ferenda vurderinger og avsluttende betraktninger

Oppgaven viser at lovgiver har sett behovet for å lage lover som i tilstrekkelig grad beskytter den antatt svake part i et arbeidsforhold. Dette til tross for at det kan foreligge sterke grunner for at arbeidsgiver kan ha et legitimt behov i virksomheten for å foreta medisinske undersøkelser av de ansatte. De alternative vilkårene som følger av arbeidsmiljøloven § 9-4 viser at lovgiver har ansett viktigheten av å verne den ansattes personlige integritet for i utgangspunktet å veie tyngre enn arbeidsgivers behov for å foreta medisinske undersøkelser.

Eksempelet med OSL viser imidlertid at det kan foreligge tilfeller der medisinske undersøkelser er begrunnet i velferden til de ansatte, og som kan gi positive virkninger både for den ansatte og for virksomheten. Etter mitt syn virker det som om lovgiver har valgt å avskjære slike tilfeller basert på to grunnlag. For det første er det nødvendig å redusere adgangsmuligheten for helseundersøkelser i arbeidsforhold til et minimum fordi det er en reell fare for at arbeidsgiver kan misbruke adgangen til å foreta helseundersøkelser ved å presse den ansatte til å samtykke i helseundersøkelsen dersom det åpnes opp for et samtykkealternativ.

For det andre vil det medføre et langt større arbeid for Arbeidstilsynet og domstolene. Åpnes det opp for samtykkebaserte helseundersøkelser, er det grunn til å tro at de i langt større grad vil benyttes enn dersom lovgiver opprettholder den restriktive rettstilstanden som vi har i dag.

Likevel ønsker jeg å belyse noen av de anførsler som OSL kom med som begrunnelse for hvorfor de ønsker å tilby alle sine ansatte kondisjonstest. Norske myndigheter har innført kampanjer for å få opp aktivitetsnivået til nordmenn, samtidig som Folkehelseinstituttet

påpeker behovet for sunt og riktig kosthold. Som et tredje punkt forventes det at pensjonsalderen i Norge de nærmeste årene vil stige, slik at folk må være lenger i arbeid. Det forutsetter at eldre innehar helse til å kunne jobbe lenger enn hva som har vært tilfelle frem til i dag. OSL ønsket å bidra til slike oppfordringer fra den norske stat. Derfor tilbød de samtlige ansatte kondisjonstesting, samtidig som man skulle få råd om trening og bedre kosthold. De innførte også adgang til å trene i arbeidstiden. OSL fikk raskt gode tilbakemeldinger på tiltaket. Kondisjonsnivået til de ansatte gikk opp, mens kostholdsbaserte sykdommer som hjerte og karsykdommer gikk ned. Samtidig viste arbeidsmiljøundersøkelser at samholdet på arbeidsplassen gikk opp. Det skal nevnes at OSL også fikk økonomiske fordeler ved dette. Utgiftene til sykepenger gikk betraktelig ned. Hvorvidt dette var et skjult motiv som i realiteten var hovedmotivet blir utelukkende spekulering. Det sentrale etter mitt syn er at helseundersøkelsen hadde en positiv effekt på de ansattes helse og arbeidshverdag.

Dersom helseundersøkelser resulterer i slike positive virkninger er det mindre bekymringsverdig å åpne opp for større adgang for arbeidsgiver til å innføre dem. Samtidig vil det oppstå problematiske forhold til personvernet dersom det i større grad åpnes opp for medisinske undersøkelser. Drøftelsen ovenfor viser at samspillet mellom de materielle vilkårene for å iverksette helseundersøkelser og de personvernmessige problemer som automatisk oppstår er komplekse. Det kan tenkes at en rekke av de utfordringene ville kunne løses dersom det utarbeides en egen lov som tar for seg de samlede problemstillinger. For eksempel kunne lovgiver ha tatt stilling til samtykkeproblematikken for de ulike rettsområdene, slik at verdien av samtykke ble endelig avklart, samt hvorvidt det faktisk at de materielle vilkårene for å iverksette helseundersøkelsen er oppfylt også automatisk medfører at de personvernmessige vilkårene oppfylt.

Til slutt skal det nevnes at ønsket effekt kan oppnås med mindre inngripende tiltak. Dersom det er mulig vil faren for misbruk reduseres betydelig. Imidlertid ligger dette utenfor oppgavens rammer.

Oppgavens målsetting var og tegne leseren et kart over den til dels fragmentariske lovgivningen som preger rettsområdet, og forhåpentligvis gir oppgaven veiledning både til arbeidsgivere og arbeidstakere ved problemstillinger vedrørende medisinske undersøkelser i arbeidsforhold.

6 Litteraturliste

6.1 Bøker

Høstmælingen Njål Høstmælingen: Internasjonale Menneskerettigheter, 2003, 3. Opplag 2006.

Jakhelln Henning Jakhelln: Oversikt over arbeidsretten, 4. utgave 2006, 2. opplag 2007.

Kjølaas Christian Kjølaas: Personvern i arbeidsforhold, 2010.

Pettersen/Johansen Børre Pettersen og Atle Sønsteli Johansen: Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), Kommentartutgave 2010.

Schartum/Bygrave Dag Wiese Schartum og Lee A. Bygrave: Personvern i informasjonssamfunnet – En innføring i vern av personopplysninger, 2004.

6.2 Forarbeider

Ot.prp.nr. 92 (1998-1999) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).

Ot.prp. nr. 13 (1999-1998) Om lov om helsepersonell m v (helsepersonelloven).

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

NOU 2001:4	Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet. Omtales også som Breisteinutvalget.
NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
NOU 2009:1	Individ og integritet. Personvern i digitalsamfunnet.

6.3 Domsregister

Rt. 1977 side 1033

Rt. 2001 side 418.

Rt. 2004 side 1723

Hålogaland lagmannsretts kjennelse av 19. oktober 2010, saksnummer LH-2010-131825

Salten tingretts dom av 26. mai 2010, saksnummer 09-202826TVI-SALT.

Personvernemndas vedtak av 6. Desember 2005, PVN-2005-6

6.4 Forskrifter

FOR 2000-12-15 nr 1265: Forskrift om behandling av personopplysninger (personopplysningsforskriften)

FOR 2002-12-18 nr 1678: Forskrift om krav til helse for personell med arbeidsoppgaver av betydning for trafikksikkerheten ved jernbane, herunder sporvei, tunnelbane og forstadsbane m.m. (helsekravforskriften).

FOR 2005-12-16 nr 1567: Forskrift om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper.

FOR 2009-11-27 nr 1414: Forskrift om sertifisering av førere av trekkraftkjøretøy på det nasjonale jernbanenettet (førerforskriften).

6.5 Internettsider

www.datatilsynet.no

www.arbeidsrett.no

6.6 Artikler

Ohnstad TFE 2006-4, Brudd på taushetsplikt og oppreisning for krenkelse av privatlivets fred.

Spångberg Artikkel i Arbeidsrett 2008, Rettsvirkninger av urettmessige kontrolltiltak i arbeidslivet.