



Rusmiddeltesting i arbeidslivet - adgang, skranker og konsekvenser

Av Hanne Marthe Breivik

*Liten masteroppgave i rettsvitenskap
ved Universitetet i Tromsø
Det juridiske fakultet
Våren 2008*

1	Innledning.....	4
2	Problemstilling	4
3	Avgrensning	5
4	Metodekapittel.....	6
4.1	Lov	6
4.2	Forarbeider	6
4.3	Rettspraksis	7
4.4	Juridisk teori.....	7
4.5	Reelle hensyn	8
5	Krav til saksbehandlingen i forbindelse med kontrolltiltak	9
6	Generelt om adgang og skranker, og uttrykket kontrolltiltak	14
7	Generelle vilkår for å iverksette kontrolltiltak	15
7.1	Saklighetsvurderingen	17
7.1.1	Stillingens art.....	18
7.1.2	Kontrolltiltakets inngripen	19
7.1.3	Tilfeldig eller systematisk utvelgelse av arbeidstakere?	20
7.1.4	Drøftelse eller ei etter aml § 9-2.....	21
7.1.5	Kontrolltiltakets pålitelighet.....	22
7.2	Forholdsmessighetsvurderingen	23
7.2.1	Personlig integritet	24
7.2.2	Kontrolltiltakets omfang	25
7.2.3	Kontrolltiltakets art	26
7.2.4	Praktisk gjennomføring	26
7.2.5	Tiltakets formål	27
8	Nærmere om rusmiddeltesting	28
8.1	Generelt om lovbestemmelsen	28
8.2	Uttrykkelig regulert i lov eller forskrift	31
8.2.1	Arbeidsmiljøloven	32
8.2.2	Skipssikkerhetsloven	32
8.2.3	Losloven	34
8.2.4	Luftfartsloven	34
8.2.5	Petroleumsloven	35
8.2.6	Politolven	36
8.2.7	Helsepersonelloven	36
8.2.8	Yrkestransportloven	37
8.2.9	Avholdsloven	37
8.2.10	Personell i forsvaret.....	38
8.3	Stillinger som medfører særlig risiko.....	38
8.4	Nødvendig for å verne liv eller helse	40
8.5	Forskriftshjemmel	42
9	Konsekvenser av at reglene om kontrolltiltak ikke overholdes	42
9.1	Konsekvensene av manglende drøfting.....	42
9.2	Nekte å gjennomføre rusmiddeltest.....	43
9.3	Positiv rusmiddeltest	45
9.4	Konsekvensene av en ulovlig/urettmessig rusmiddeltest.....	47
10	Konklusjon	50

11	Kilder.....	52
11.1	Lov	52
11.2	Forskrifter.....	52
11.3	Forarbejder	52
11.4	Rettspraksis	53
11.5	Juridisk litteratur	53
11.6	Øvrige kilder	54

1 Innledning

Oppgavens tema er rusmiddeltesting i arbeidslivet. Jeg vil forsøke å gi en oversikt over hvordan dette er rettslig regulert. I tillegg vil jeg skissere ulike konsekvenser av slik testing.

Oppgavens problemstillinger er en aktuell problemstilling. Senest på nyhetene våren 2008 var det et innslag om Oslo Sporveiers praksis ved alkoholtesting av arbeidssøkere, og påliteligheten av disse testene.

Oppgavens rettslige plassering befinner seg på arbeidsrettens område. Oppgavens nærmere tema vil være styringsrett og begrensningene av denne. Arbeidsgivers styringsrett består i retten til å ”ansette hvem han vil og til å lede, fordele og kontrollere arbeidet”¹. Denne definisjonen er en videreføring av tidligere alminnelig godtatt definisjon². Styringsretten er imidlertid undergitt mange og omfattende begrensninger. Dette som følge av lovgivning, tariffavtaler og individuelle arbeidsavtaler. Den kompetanse som da står igjen, betegnes ofte som arbeidsgivers ”restkompetanse”³.

2 Problemstilling

Problemstillingen rundt rusmiddeltesting i arbeidsforhold knytter seg til inntresseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For arbeidsgiver knytter interessene seg til å oppnå en mest mulig effektiv, produktiv og lønnsom arbeidsplass. For arbeidstaker knytter interessene seg til vern av den personlige integritet mot det inngrep en rusmiddeltest kan representere. Det oppstår også et spørsmål om hva som kan tillates i forhold til skille mellom privatliv og arbeidsliv, i og med at arbeidstaker som hovedregel står fritt til å disponere fritiden slik han eller hun måtte ønske.

¹ NOU 2001: 4 s.18

² Følger av uttalelser i Rt. 2000 s. 1602 Nøkk- dommen, (s. 1609), fulgt opp i avgjørelsen inntatt i Rt. 2001 s. 418 Kårstø-dommen (s. 427). Sistnevnte avgjørelse innehar også uttalelse om styringsrett som restkompetanse. Denne definisjon er også godtatt i eldre juridisk teori, herunder Jan Tormod Dege, *Arbeidsgivers styringsrett, Bind I, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen* (Oslo 1995) s. 7, Henning Jakhelln, *Artikkelsamling i arbeidsrett*, (Oslo 2000) s. 593

³ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave, Oslo 2007 s. 49 (petit)

Problemstillingen knytter seg også til to motstridende samfunnsinteresser. På den ene siden et av formålene med lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven eller aml), nemlig å bidra til et inkluderende arbeidsliv, eksempelvis at arbeidstaker ikke skal bli utestengt fra arbeidslivet på grunn av tidligere rusmisbruk, jfr formålsparagrafen i aml § 1-1 e). På den andre siden står hensynet til sikkerhet og miljø. Dette vil spesielt gjelde virksomheter med særlig høy risiko, slik som eksempelvis luftfart og sjøfart.

De to sidene kan ei heller ses isolert fra hverandre, da en forutsetning for å ha et inkluderende arbeidsliv, er at virksomhetene opprettholder verdiskapning, konkurransevne og overlevelse over tid.⁴

Som en naturlig følge av disse problemstillingene, vil det også bli et spørsmål om konsekvensene av en eventuell positiv test for arbeidsforholdet, og om arbeidstaker kan nekte å la seg teste dersom arbeidsgiver gir beskjed om dette. Likeledes vil det bli spørsmål om konsekvensene av en urettmessig gjennomført test.

3 Avgrensning

Jeg vil avgrense mot rusmiddeltesting av ansatte som ikke anses som arbeidere i arbeidsmiljølovens forstand, jfr aml § 1-8 første ledd jfr § 1-6.

Jeg vil avgrense oppgaven mot å behandle strafferettslige sanksjoner ved påvisning av ulovlige rusmidler. Dette på grunn av oppgavens ordlyd som omfatter rusmiddeltesting og dens betydning for arbeidslivet.

Jeg avgrenser oppgaven mot å behandle aml § 9-3, hvilket regulerer adgangen til innhenting av helseopplysninger i forbindelse med ansettelse. Dette fordi bestemmelsen regulerer innhenting av allerede eksisterende helseopplysninger, jfr ordlyden ”skal gi”. Denne

⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 60

bestemmelsen vil således falle utenfor oppgavens tema, hvilket er adgang og skranker for gjennomføring av rusmiddeltester i arbeidslivet.

Jeg vil også avgrense mot å gå dypt inn i personopplysningslovens regler. Disse reglene regulerer arbeidsgivers adgang til oppbevaring av opplysninger som fremkommer av et kontrolltiltak, og hvem som skal gis adgang til slike opplysninger. Disse problemstillingene er nærmere drøftet i en studentavhandling fra Oslo⁵.

4 Metodekapittel

4.1 Lov

Adgangen til å foreta kontrolltiltak, herunder rusmiddeltesting følger av arbeidsgivers styringsrett.

Bestemmelsene som gir nærmere vilkår for adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak, herunder rusmiddeltesting, finnes i arbeidsmiljøloven kapittel 9. Bestemmelsene er imidlertid kodifisering av tidligere ulovfestet rett utviklet gjennom rettspraksis og tariffavtaler. I forarbeidene er kodifiseringen begrunnet med å bedre reglenes tilgjengelighet, bedre bevissthet rundt kontrollspørsmål, og en styrking av arbeidstakernes personvern.⁶ Dette vil innebære at de nye lovbestemmelsene ikke medfører noen drastisk endring i rettskildebildet, ettersom tidligere rettspraksis fremdeles vil være relevant.

4.2 Forarbeider

Ettersom det er tale om relativt nye lovbestemmelser, samt at det finnes relativt lite rettspraksis på området, vil forarbeidene være av særlig interesse her. De aktuelle forarbeidene er NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet, NOU 2004: 5

⁵ Se Jussportalens internettsider <http://www.jussportalen.no/index.php?site=jussportalen/1740/1817&id=87595> om personopplysningsloven, se kapittel 9 i avhandlingen (17. april 2008)

⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 143

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

4.3 Rettspraksis

Den rettspraksis som finnes på dette området, er ofte svært spesifikke i forhold til den konkrete sak. Imidlertid kan de enkelte avgjørelser gi retningslinjer på hvordan de ulike vurderinger skal foretas.

Ettersom de lovbestemmelser fremstillingen i all hovedsak bygger på, er kodifisering av tidligere rett, vil også rettspraksis fra tidligere arbeidsmiljølov av 1977 være av betydning ved tolkning av lovbestemmelsene.

Den rettspraksis som foreligger er også i stor utstrekning av eldre dato, og stammer fra de lavere domstoler. Dette vil medføre at disse avgjørelsene har noe mindre vekt enn avgjørelser fra Høyesterett, men vil allikevel være av betydning, da de gir retningslinjer og eksempler på typetilfeller.

4.4 Juridisk teori

Avhandlingens tema er ikke utførlig behandlet i noen juridisk litteratur, men er undertiden nevnt i forbindelse med ordinære kontrolltiltak.

Det finnes imidlertid en studentavhandling fra Universitet i Oslo som behandler temaet⁷. Denne avhandlingen ble skrevet før den nye arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft. Imidlertid vil noe av denne avhandlingen fortsatt være relevant, i og med at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven kapittel 9 er en kodifisering av tidligere ulovfestet rett. Dette kan medføre likebehandling noen steder i avhandlingen, men ut fra hensynet til en helhetlig fremstilling har jeg allikevel valgt å ta dette med. Dette gjelder særlig punkt 10.1. I forhold til dette punkt har det blitt foretatt noen lovendringer siden forrige avhandling, som taler for fremstilling også i denne avhandlingen.

⁷ Arbeidsgivers kontrolladgang – rusmiddeltesting av ansatte i et rettslig perspektiv.

Av juridiske verker som behandler kontrolltiltak mer generelt, kan nevnes Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave Oslo 2007 kapittel 4.19

4.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn er tungtveiende momenter i drøftelsene i forhold til avhandlingens tema. Det foreligger reelle hensyn som begrunner adgang, og reelle hensyn som gir holdepunkter for skrankene.

Reelle hensyn som begrunner adgang, vil være arbeidsgivers behov for kontrollert og fornuftig styring av virksomheten, samt sikre en lønnsom og effektiv virksomhet. Videre er risikoen for ulykker et reelt hensyn som kan begrunne adgangen. Arbeidsgivers erstatningsansvar ved ulykker forårsaket av virksomheten kan også begrunne adgang. Arbeidsgivers ansvar for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø og ivareta arbeidstakernes helse, er også et hensyn som taler for adgang til rusmiddeltesting. Den lojalitetsplikt arbeidstaker påtar seg ved inngåelse av arbeidsforholdet, vil også tale for adgang. Også de videre samfunnsmessige hensyn kan tale for adgang til kontroll. Herunder hensynet til å forebygge ulykker forårsaket av ruspåvirkede arbeidstakere. Dette både med tanke på menneskelige, materielle, og miljømessige skader.

Det finnes også en rekke hensyn som taler mot en adgang til å rusmiddelteste arbeidssøkere og arbeidstakere. Dette er først og fremst hensynet til den personlige integritet. Videre vil testing kunne ha en negativ effekt på arbeidsmiljøet. Det kan være en fare for at de resultater som fremkommer av testen blir brukt til ulegitimerte formål, samt faren for feilresultater. Også hensynet til kostnader knyttet til rusmiddeltestene er et hensyn som taler mot.

For en mer utfyllende fremstilling av de reelle hensyn vises til den tidligere omtalte studentavhandlingen fra Oslo, kapittel 5.

5 Krav til saksbehandlingen i forbindelse med kontrolliltak

De prosessuelle reglene for å gjennomføre kontrolliltak finnes i § 9-2. Bestemmelsen regulerer krav til drøfting, informasjon og evaluering av kontrolliltak.

Etter en naturlig språklig forståelse av ordlyden, ”arbeidsgiver plikter”, fremstår drøftelse med de tillitsvalgte som en absolutt plikt som må være foretatt forut for gjennomføringen av et eventuelt kontrolliltak. Av forarbeidene følger det imidlertid at denne bestemmelsen skal forstås som en ordensregel⁸. Det vil si at den bør gjennomføres før kontrolliltaket settes i verk, men er ikke avgjørende for om kontrolliltaket er å anse som lovlig eller ei. En manglende drøftelse og informasjon vil imidlertid være et moment i den alminnelige saklighetsvurderingen⁹. Dette vil jeg komme tilbake til under punkt 7.1.4.

Av ordlyden kan det imidlertid ikke utledes å gjelde noe absolutt krav om enighet fra de tillitsvalgte etter endt drøfting. Hvorvidt arbeidsgiver velger å gjennomføre kontrolliltaket, hører til arbeidsgivers styringsrett. Dette forutsatt at lovens øvrige vilkår er oppfylt.

Av ordlyden følger det at arbeidsgiver skal drøfte behov, utforming, og gjennomføring ”så tidlig som mulig”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden, taler for at det skal skje drøftelse såpass tidlig i prosessen at de tillitsvalgte faktisk skal få si sin mening, og øve innflytelse på beslutningen. Det nærmere innhold i ”så tidlig som mulig”, er vanskelig å fastslå generelt. Av forarbeidene¹⁰ følger at drøfting og informasjon bør gjøres før beslutning tas, og så tidlig at arbeidstaker og tillitsvalgte får en reell mulighet til å komme med innspill og innvendinger til kontrolliltaket.

Ut fra dette kan ikke vilkåret om ”så tidlig som mulig” være til hinder for at arbeidsgiver kan utrede behov og eventuell utforming av kontrolliltaket før drøfting foretas. Dette har også en side til at arbeidsgiver bør ha noe å drøfte med arbeidstakerne også, og da bør tiltaket være noe gjennomarbeidet før drøftingen.

⁸ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 314

⁹ jfr Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s.147

Også i forhold til virksomhetsoverdragelse er det krav om drøfting med de tillitsvalgte ”så tidlig som mulig” jfr, aml § 16-5. Av forarbeidene¹¹ uttales det at ”så tidlig som mulig” innebærer informasjon og drøftelse ”på et så tidlig tidspunkt at deres synspunkt kan inngå i virksomhetens beslutningsgrunnlag”.

I juridisk teori¹² er det lagt til grunn at ”så tidlig som mulig” innebærer at drøftelse skal skje så tidlig at de ”tillitsvalgte har anledning til å øve innflytelse på beslutningen”.

Det nærmere fastsatte tidspunkt for drøftelse er dermed lagt til arbeidsgiver å avgjøre.

Av ordlyden fremkommer at arbeidsgiver plikter å drøfte ”behov, utforming, gjennomføring og vesentlig endring av kontrolltiltak i virksomheten”. Av ordlyden kan det derfor utledes at bestemmelsen stiller krav til drøftelse av om, og i tilfelle hvordan kontrolltiltakene rent faktisk skal gjennomføres.

Ved spørsmål om drøfting, vil det være naturlig å stille spørsmål om det er adgang til å foreta kontroller som ikke er blitt varslet på forhånd, eller ei. Det vil også være et spørsmål om kontrolltiltaket kan gjennomføres som stikkprøver så lenge tiltaket som sådan er drøftet. Hvorvidt dette spørsmål kan besvares bekreftende eller ei, beror på hvilket kontrolltiltak det er tale om, og formålet bak tiltaket. Dersom formålet med en veskekontroll er å hindre underslag eller at ansatte tar meg seg virksomhetens varer hjem, vil ikke en varslet kontroll kunne avdekke dette like godt som rene stikkprøver. For arbeidsgiver vil det da ikke være noe stort poeng i å gjennomføre stikkprøver dersom disse må varsles. Her kan det vises til dommen i ARD 1978 s.110, hvor bedriftens stikkprøvekontroll av de ansattes biler ble akseptert.

I avgjørelsen inntatt i Rg. 2002 s.162 finnes et eksempel hvor kontrolltiltak som ikke var varselet på forhånd ble godtatt. I denne saken dreide seg om føring av videoopptak som bevis i arbeidsrettssak. Videoopptakene var foretatt på bakgrunn av konkrete mistanker om straffbare forhold, underslag. Denne videoovervåkingen ble godtatt på grunn av den konkrete mistanken, og at det var vanskelig å sikre tilstrekkelige bevis på annen måte. I dommen uttales det ”jo alvorligere forhold det er mistanke om, jo sterkere mistanken i

¹¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 340

¹² Nils H. Storeng / Tom H. Beck / Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler*, (Oslo 2006) s. 205.

utgangspunktet er og jo vanskeligere det er å sikre tilstrekkelige bevis på annen måte, jo lettere vil det reelt sett være å akseptere et visst inngrep i personvernet, og at beviset som dermed blir fremskaffet senere tillates ført i en arbeidsrettssak”. Av dette kan det utledes at dersom mistanken ikke kan avklares på andre måter enn ved å gjennomføre ikke varslede kontrolltiltak, vil dette kunne aksepteres, men at det må foretas en konkret vurdering ut fra hva mistanken består i, og hvor inngripende det eventuelle tiltak vil bli for arbeidstakeren.

I forhold til rusmiddeltesting, vil det måtte inngå i drøftelsen hvem som skal gjennomføre rusmiddeltesten, og hvem som skal undersøke resultatene som fremkommer av rusmiddeltesten. Dette vil være aktuelt ved et såpass inngripende kontrolltiltak som rusmiddeltesting fordi det vil være viktig med en upartisk og profesjonell aktør som både gjennomfører og undersøker testene. Dette har også en side til påliteligheten av testene, hvilket er et moment i saklighetsvurderingen av kontrolltiltaket. Dette momentet er nærmere omtalt i punkt 7.1.5.

Drøfting i forhold til kontrolltiltak, er også fremholdt som viktig etter Hovedavtalen LO & NHO¹³ Tilleggsavtale V¹⁴ punkt 3. Dersom bedriften er underlagt Hovedavtalen, kan det dermed bli tariffstridig å ikke drøfte kontrolltiltak. Jeg vil ikke gå nærmere inn på forholdet til tariffavtaler, da dette ligger noe utenfor oppgavens tema.

Drøftelsesplikten etter aml § 9-2 kan også ses i sammenheng med den generelle drøftelsesplikten i lovens kapittel 8. Denne del av arbeidsmiljøloven kan igjen ses i sammenheng med Grunnlovens § 110 annet ledd, hvor det vises til at arbeidstakeres nærmere medbestemmelsesrett skal fastsettes ved lov. I og med at en slik bestemmelse er kommet inn i Grunnloven understreker dette bare det økende fokus på medbestemmelse som er vokst frem på arbeidsrettens område.

Arbeidsmiljøloven inneholder ingen legaldefinisjon av begrepet tillitsvalgt, men en naturlig språklig forståelse, taler for at det betyr en person som er valgt av og blant arbeidstakerne, og som skal representere arbeidstakermassen i saker mellom arbeidstakere og arbeidsgiver. Av

¹³ Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonene i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 1. januar 2006 – 31. desember 2009

¹⁴ Tilleggsavtale V, Avtale om kontrolltiltak i bedriften

forarbeidene¹⁵ følger at det skal legges en vid forståelse av ordlyden ”tillitsvalgte” til grunn, og at denne forståelsen skal være den samme som tillitsvalgte i forbindelse med virksomhetsoverdragelse. Forarbeidene¹⁶ har i denne forbindelse uttalt at vilkåret om tillitsvalgt er oppfylt så lenge de ansatte som ”berøres av virksomhetsoverdragelsen er representert når informasjon og drøfting gjennomføres”. Av dette kan det utledes at så lenge arbeidstakerne som omfattes av kontrolltiltaket har en representant i prosessen, er dette tilstrekkelig. Det stilles dermed ikke noe krav om at tillitsvalgt skal forstås på samme måte som i forbindelse med tariffavtale¹⁷. Dette er også praktisk på grunn av at ikke alle virksomheter er bundet av en tariffavtale.

Bestemmelsens annet ledd angir visse minimumskrav til innholdet av informasjon i forbindelse med kontrolltiltaket.

For det første stilles det krav om at informasjon skal gis før kontrolltiltaket iverksettes.

Videre følger det av ordlyden at det ikke kreves at informasjonen skal gis til virksomhetens tillitsvalgte, men til ”de berørte arbeidstakerne”. Dette er også praktisk i og med at et kontrolltiltak ikke trenger omfatte hele virksomheten. Da er det mer praktisk å drøfte tiltaket med de arbeidstakere som vil omfattes av kontrolltiltaket.

Bestemmelsen angir hva det skal gis informasjon om. Informasjon skal gis etter at tiltaket er drøftet med de tillitsvalgte. Informasjonen som gis er derfor bare en underretning om hva som kommer til å skje.

Av bestemmelsen fremkommer at det er minimum tre sider ved kontrolltiltaket det skal informeres om, nemlig tiltakets formål jfr bokstav a, praktiseringen jfr bokstav b, og tiltakets varighet jfr bokstav c.

En naturlig språklig forståelse av bokstav a ”formålet med kontrolltiltaket”, taler for at dette henspiller på formålet bak iverksettelse av kontrolltiltaket. Som jeg kommer tilbake til i det følgende, vil formålet bak et kontrolltiltak variere mye. Men generelt må det kunne fastslås at

¹⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

¹⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 340

¹⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147

med formålet med kontrolltiltaket menes den bakenforliggende tanken med tiltaket, nærmere bestemt hva som søkes oppnådd ved tiltaket.

Ved litra b skal det gis informasjon om de ”praktiske konsekvenser av kontrolltiltaket, herunder hvordan kontrolltiltaket vil bli gjennomført”. Dette vil blant annet innebære hvordan tiltaket skal gjennomføres, hvem som skal stå for gjennomføringen, og hvilke metoder som skal benyttes for å oppnå formålet. I forhold til denne oppgavens tema vil det måtte informeres hvordan rusmiddeltesten vil gjennomføres, ved utåndingsprøve, urinprøve eller blodprøve. Det vil også måtte informeres hvem som skal stå for gjennomføringen, og hvem som skal analysere testene.

Ved litra c skal det informeres om tiltakets varighet. Dette har også en side til tiltakets forholdsmessighetsvurdering. En kortere kontrollperiode vil lettere aksepteres enn en varig kontroll. Dette vil jeg komme nærmere tilbake til under punkt 7.2.2.

Ved rusmiddeltester må det derfor gir informasjon om hyppigheten av tester, og om det skal foretas stikkprøver.

Av bestemmelsens tredje ledd følger at behovet for kontrolltiltaket skal evalueres jevnlig. Hvor ofte kravet til ”jevnlig” innebærer, er vanskelig å fastsette generelt. Dette på grunn av de mange ulike kontrolltiltak og ulike formål bak kontrolltiltak. Kravet til jevnlig drøftelse av behov, har også en side til annet ledd litra c, fordi det skal informeres om varigheten før tiltaket iverksettes. I forhold til evaluering, vil dette også ha en side til drøfting etter første ledd. Dette på grunn av kravet til drøfting også omfatter gjennomføringen av kontrolltiltaket.

Kravet til jevnlig evaluering vil variere ut fra tiltakets varighet. Dersom det dreier seg om et tiltak med kort varighet, for eksempel en enkelt dag, ikke vil ha behov for jevnlig evaluering. Tredje ledd må derfor utledes å ha størst betydning hvor det dreier seg om kontrolltiltak av mer vedvarende karakter.

Av forarbeidene¹⁸ følger at formålet med evalueringen er å undersøke om behovet som opprinnelig begrunnet tiltaket, fortsatt er til stede.

¹⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 314

Konsekvensen av manglende drøfting eventuelt mangelfull drøfting, vil jeg komme tilbake til under punkt 9.1.

6 Generelt om adgang og skranker, og uttrykket kontrolltiltak

Adgangen til å foreta rusmiddeltesting og andre kontrolltiltak er regulert i aml kapittel 9. Dette kapitlet angir både de materielle og de prosessuelle reglene for å gjennomføre kontrolltiltak. Arbeidsmiljøloven § 9-1 angir de alminnelige vilkår for gjennomføring a kontrolltiltak, 9-3 angir vilkår for innhenting av helseopplysninger i forbindelse med ansettelse, 9-4 angir de mer spesielle vilkår for gjennomføring av medisinske undersøkelser, mens § 9-2 oppstiller de prosessuelle vilkår.

Ettersom loven oppstiller alminnelige vilkår som må være oppfylt før ethvert kontrolltiltak iverksettes, vil jeg først gi en fremstilling av disse, før jeg behandler de mer spesielle vilkår i § 9-4. Jeg vil også kort si noe om hva kontrolltiltak er.

Loven gir ingen definisjon av begrepet kontrolltiltak, men teorien har uttalt at kontrolltiltak omfatter alle former for kontroll og overvåkning i en virksomhet¹⁹.

Eksempler på ulike kontrolltiltak kan være adgangskontroll, tidsregistrering, fjernsynsovervåking, kontroll av privatøkonomi og bierverv, produksjons- og resultatkontroll, ransaking og kroppsvisitering, innsyn i e-post, og rusmiddeltesting.

Kontrolltiltakene i den enkelte virksomhet vil naturligvis variere ut fra hvilken type virksomhet det er tale om. I en virksomhet som driver med telefonsalg vil det ikke være et like stort behov for kontroll av de ansattes private kjøretøyer for å motvirke underslag av varer som i en virksomhet som selger matvarer. Typen kontrolltiltak for å ivareta virksomhetens interesser vil derfor variere.

¹⁹Henning Jakhelln og Helga Aune, *Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven*, Oslo 2005 s.330.

Tiltak som er et ledd i den daglige driften av virksomheten, slik som alminnelig, nødvendig kvalitetskontroll, vil sjelden være å anse som et kontrolltiltak²⁰.

Hvilke ulike formål et kontrolltiltak skal søke å ivareta, kan variere. I Hovedavtalen mellom LO & NHO, tilleggsavtale V pkt 1, er det listet opp noen formål kontrolltiltak kan ivareta. Disse er ”teknologiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter, samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften”. Denne vide forståelsen er også lagt til grunn i forarbeidene.²¹

Bestemmelsene i kapittel 9 som regulerer adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak i virksomheten, er en kodifisering av tidligere rett. Tidligere fulgte adgangen av rettspraksis, tariffavtale, samtykke fra arbeidstaker, eller tariffavtale. Dette vil bety at den rettspraksis og teori som finnes på området fremdeles er relevant ved tolkning av bestemmelsene.

7 Generelle vilkår for å iverksette kontrolltiltak

Av aml § 9-1 fremgår det at;

”Arbeidsgiver kan bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold, og det ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren.”

Bestemmelsen regulerer den generelle adgangen til å gjennomføre kontrolltiltak av ansatte, og angir de generelle begrensninger i arbeidsgivers styringsrett i forbindelse med kontrolltiltak. Dette ved at den oppstiller flere vilkår som må være oppfylt før tiltaket kan settes i verk.

Av ordlyden følger det at virksomheten bare kan iverksette kontrolltiltak hvor disse har ”saklig grunn i virksomhetens forhold”, og kontrolltiltaket ikke representerer en ”uforholdsmessig stor belastning for arbeidstakeren”. Disse to vilkår er kumulative, det vil si at begge vilkår må være oppfylt, før et kontrolltiltak er å anse som legitimt. Et kontrolltiltak kan være saklig nok ut fra en vurdering av virksomhetens forhold, men allikevel innebære et uforholdsmessig inngrep overfor arbeidstakeren.

²⁰ NOU 2004: 5 punkt 17.6.2.5.

²¹ NOU 2004: 5 punkt 17.2

Av ordlyden følger også at både saklighetsvurderingen og forholdsmessighetsvurderingen skal foretas i forhold til hver enkelt arbeidstaker. Dette utledes ut fra at bestemmelsen benytter entallsformen ”arbeidstaker”.

Det enkelte kontrolltiltak må være egnet til, og nødvendig for å gjennomføre formålet med kontrolltiltaket. I dette ligger at arbeidsgiver ikke kan benytte seg av kontrolltiltak som åpenbart er uegnet til å fremme formålet. I forhold til dette tema må testen kunne gi et sikkert svar på om arbeidstaker er ruspåvirket eller ei.

Videre er det et spørsmål om informasjon arbeidsgiver får om arbeidstaker, som går ut over det angitte formål med kontrolltiltaket, kan brukes mot arbeidstaker. I forhold til denne oppgavens tema kan det bli problematisk dersom HIV eller AIDS blir påvist på bakgrunn av en blodprøve som var avgitt med det formål å avdekke mulig ruspåvirkning. Det vil også oppstå spørsmål om denne overskuddsinformasjonen kan benyttes i en eventuell sak om avskjed eller oppsigelse. Dette har også en side til ulovlig ervervet bevis, hvilket jeg vil komme noe tilbake til under kapittelet om konsekvenser, nærmere bestemt under punkt 9.4 om konsekvenser av ulovlig/urettmessig rusmiddeltest.

Hvorvidt avveiningen mellom saklighetsvurderingen og forholdsmessighetsvurderingen blir annerledes dersom det er tale om konkrete mistanker, har rettspraksis²² uttalt beror på en konkret vurdering, hvor forholdsmessighetsvurderingen vil stå sentralt.

Saklighetsvurderingen er det som kan legitimere adgangen for kontrolltiltakene, mens forholdsmessighetsvurderingen setter skrankene etter § 9-1.

Behandling av opplysninger som fremkommer om arbeidstakeren som følge av kontrolltiltaket skal etter annet ledd reguleres av personopplysningsloven. En nærmere behandling av disse reglene har jeg avgrenset mot, viser til punkt 3.

²² Rg. 2007 s. 855 (Frostating lagmannsrett). Kjennelsen ble anket opp til Høyesterett, men anken ble der forkastet.

7.1 Saklighetsvurderingen

Av aml § 9-1 første ledd følger at;

”når tiltaket har saklig grunn i virksomhetens forhold”

Saklighetsvurderingen inneholder to hovedelementer.

For det første må kontrolltiltaket være saklig ut fra virksomhetens behov. Hvilke behov virksomheten har til å gjennomføre kontrolltiltak og hvilke kontrolltiltak som ønskes gjennomført, vil naturligvis variere fra virksomhet til virksomhet, og må derfor vurderes konkret. Følgelig vil også saklighetsvurderingen variere ut fra virksomhetens næringsområde.

Dette innebærer at selv om kontrolltiltaket i sin alminnelighet fremstår som saklig, er det ikke sikkert det er det i forhold til virksomheten. Det trekkes derfor en grense mot kontrolltiltak som ikke er begrunnet i virksomhetens behov. Disse vil derfor falle utenfor. Eksempelvis kontrolltiltak som blir iverksatt for å undersøke arbeidstakernes alkoholvaner, med det formål å forebygge alkoholskader eller alkoholmisbruk. Dette vil da ikke være et formål som er begrunnet i virksomheten som sådan, men snarere bygger på bredere samfunnshensyn.

For det andre må kontrolltiltaket være saklig overfor den enkelte arbeidstaker som omfattes av kontrolltiltaket.

Ulike stilinger innenfor samme virksomhet vil kunne tenkes å bli vurdert forskjellig. Dette følger også av ordlyden ”arbeidstaker” som etter en naturlig språklig forståelse må henseile på at det skal foretas en saklighetsvurdering ut fra hver enkelt arbeidstaker.

Ut fra saklighetsvurderingens to hovedelementer, må det utledes at det gjelder et krav om tilstrekkelig saklig grunn. Det kan her trekkes paralleller til bestemmelsen om oppsigelse i aml § 15-7, hvor det også stilles krav om tilstrekkelig saklig grunn før arbeidsgiver kan gå til oppsigelse av ansatte²³.

²³ NOU 2004: 5 s. 546

Et annet moment i saklighetsvurderingen, er at kontrolltiltaket må være saklig all den tid det gjennomføres. Dette kan utledes ut fra bestemmelsen i § 9-2 tredje ledd, hvor arbeidsgiver pålegges en plikt til jevnlig å evaluere kontrolltiltaket med arbeidstakernes tillitsvalgte.

Om kontrolltiltaket er saklig, vil ut fra dette bero på en helhetsvurdering. I denne helhetsvurderingen inngår momenter utviklet gjennom rettspraksis. I det følgende vil det bli gitt en oversikt over de ulike momentene som kan være av betydning for saklighetsvurderingen. Det er ikke mulig å komme med noen uttømmende liste over hva som kan inngå i saklighetsvurderingen, ettersom det skal gjøres en konkret helhetsvurdering.

7.1.1 Stillingens art

Med stillingens art menes den enkelte arbeidstakers stillingsbeskrivelse, og hvilke oppgaver som er tillagt den enkelte.

Ettersom det er stor variasjon mellom de ulike virksomheter som finnes, vil det naturlig nok også være stor variasjon av stillingers art. Ulike kontrolltiltak kan derfor være saklige overfor noen arbeidstakere i en virksomhet, mens de ikke er saklige overfor andre. Dette har sammenheng med de to elementer saklighetsvurderingen består av, saklighet i forhold til virksomheten som sådan, og saklighet i forhold til den enkelte arbeidstaker. Dette kan illustreres med et eksempel. Rusmiddeltesting av piloter ansatt i et flyselskap, vil ha gode grunner for seg for å anses som saklig, særlig på tanke med sikkerhet. Rusmiddeltesting av den ansatte som sitter i innsjekkingsranken og tar imot bagasjen, vil derimot vanskelig anses som saklig. Selv om disse er i samme virksomhet, har de såpass forskjellig artet stillinger, at testingen bare vil være saklig overfor piloten. Dette på grunn av den vesentlige forskjellen i sikkerhetsrisiko disse to svært forskjellige stillinger innebærer.

I forhold til dette kan det også utledes et forbud mot usaklig forskjellsbehandling av enkelte ansatte eller arbeidsgrupper. Reelle hensyn tilsier at dersom det er flere arbeidstakere i samme art av stilling, bør samtlige arbeidstakere innenfor denne gruppen omfattes av kontrolltiltaket. Et av formålene med arbeidsmiljøloven av 2005 er også å sikre likebehandling, jfr § 1-1 bokstav b. Denne bestemmelsen kan således anføres som støtte for dette standpunkt.

I forbindelse med dette momentet kan det trekkes en parallell til aml § 9-4 første ledd bokstav b og c, hvor det ut fra risiko og nødvendighet i forhold til liv og helse skal vurderes om det kan kreves medisinske undersøkelser, herunder da rusmiddeltesting. Disse bestemmelsene vil jeg imidlertid komme tilbake til nedenfor.

7.1.2 Kontrolltiltakets inngripen

Kontrolltiltakets inngripen innebærer hvilket inngrep tiltaket representerer for arbeidstakeren.

Tradisjonelle kontrolltiltak slik som tidsregistrering gjennom stemplingsur, vil normalt ikke anses som spesielt inngripende. Et kontrolltiltak som er mer inngripende er kroppsvistasjon for å kontrollere om arbeidstakeren tar med seg noe fra virksomheten som ikke er tillatt, eksempelvis lege som underslår reseptbelagte medikamenter.

Dersom det dreier seg om et kontrolltiltak av mer inngripende karakter, må kravet til saklighet skjerpes. Eksempelvis dersom det dreier seg om kontrolltiltak som berører mer personlige sider hos arbeidstakeren, typisk arbeidstakerens helse eller arbeidstakers personlige integritet.

Rusmiddeltesting vil typisk være et kontrolltiltak som er meget inngripende. Dette på grunn av fremgangsmåten denne typen kontrolltiltak normalt krever. Ved rusmiddeltesting vil det bli tale om å undersøke arbeidstakers legeme på en eller annen måte, enten ved utåndingsprøve, blodprøve eller urinprøve.

Dersom formålet med kontrolltiltaket kan ivaretas på en mindre inngripende måte, enn den som først er foreslått, skal denne velges. Dette fordi kontrolltiltaket fort ikke tilfredsstillt kravet til saklighet dersom et mer inngripende tiltak enn nødvendig velges. Dette er et direkte utslag av den interesseavveining som skal foretas før et kontrolltiltak iverksettes. Dette moment har således sterk sammenheng med forholdsmessighetsvurderingen. Også hensynet til personlig integritet vil være av betydning her.

7.1.3 Tilfeldig eller systematisk utvelgelse av arbeidstakere?

Med dette menes om kontrolltiltaket praktiseres vilkårlig, eller om det er en systematisk kontroll.

I forhold til det forrige moment vil en enkeltstående vilkårlig kontroll lettere aksepteres fremfor hyppige kontroller. Dette fordi en høy kontrollfrekvens vil oppleves som mer inngripende enn en lav.

Som nevnt overfor må imidlertid saklighetsvurderingen vurderes ut fra hver enkelt arbeidstakers ståsted. Selv om kontrolltiltaket er vilkårlig, kan det være saklig overfor den arbeidstaker som er blitt underlagt kontrollen. Dette moment må derfor ses i sammenheng med de øvrige momenter.

Dersom et kontrolltiltak skal praktiseres ved en vilkårlig utvelgelse, vil det være et moment hvordan en eventuell utvelgelse skjer. Dersom det er helt vilkårlig hvem som blir underlagt kontroll av arbeidstakere med samme art av stiling, vil dette lettere godtas enn dersom arbeidsgiver plukker ut noen spesifikke arbeidstakere.

Et eksempel fra rettspraksis hvor tilfeldig utvelgelse ble godtatt som ordninger av kontroll, finnes i ARD 1951 s. 201, hvor kontrollordningen besto i at alle som skulle passere ut fra bedriftens område måtte trykke på en knapp. Dersom det kom opp rødt lys måtte de underkaste seg veskekontroll. Hvorvidt det kom opp rødt eller grønt lys, var helt tilfeldig.

Et moment som taler mot bruk av vilkårlig utplukking av arbeidstakere, er formålsbestemmelsen i aml § 1-1 bokstav b. Denne bestemmelsen gir uttrykk for at arbeidsmiljøloven 2005 skal "sikre (...) likebehandling i arbeidslivet". Ordlyden her kan derfor gi støtte for en løsning som tilsvarer at alle arbeidstakere skal underlegges samme kontrolltiltak. Ettersom dette er en formålsbestemmelse kan det være vanskelig å utlede rettigheter alene ut fra denne, da formålsbestemmelser ofte bare tjener som retningslinjer. Formålsbestemmelsen vil derfor bli mer å regne som et moment inn under det aktuelle moment i saklighetsvurderingen.

Et eksempel fra rettspraksis som gir uttalelser om vilkårlighet, er Rt.2005-518, pornonedlastningsdommen. Denne dommen gjaldt spørsmål om gyldighet av avskjed begrunnet i arbeidstakernes urettmessige bruk av arbeidsgiver dataanlegg ved nedlasting av pornografisk materiale. I premiss nr.52 uttaler Høyesterett at det er "(...)vanskelig å akseptere at det sikkerhetsmessige aspektet skal være utslagsgivende i vurderingen av om avskjed er en uforholdsmessig reaksjon. Under enhver omstendighet får selskapets handlemåte et preg av vilkårlighet." Videre begrunner Høyesterett denne uttalelsen med at slik nedlastning omfatter et betydelig større antall ansatte, og at dette har vært betegnet som en "ukultur" offshore. I forhold til denne oppgavens tema, kan det derfor utledes at det vil fremstå som usaklig dersom arbeidstaker plukker ut noen arbeidstakere til å gjennomføre en rusmiddeltest dersom han vet at også andre ansatte har alkoholproblemer eller narkotikaproblemer.

7.1.4 Drøftelse eller ei etter aml § 9-2.

Ytterligere et moment i saklighetsvurderingen, er om arbeidsgiver har drøftet kontrolltiltaket med de ansattes tillitsvalgte.

Dette er å anse som et moment i saklighetsvurderingen på grunn av den stadig økende fokus på arbeidstakers medbestemmelse og streben mot å skape et mer likestilt arbeidsliv mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Dersom arbeidsgiver ikke har overholdt drøftelsesplikten etter § 9-2, vil kontrolltiltaket dermed fort fremstå som et overgrep og maktmisbruk.

Dersom det ikke foreligger noen drøftelse overhodet, vil dette lett kunne medføre at hele kontrolltiltaket i seg selv blir å anse som usaklig. Dette fordi et slikt kontrolltiltak lettere vil medføre inngrep i arbeidstakernes integritet. Hvorvidt kontrolltiltaket blir å anse som usaklig på grunn av manglende drøfting, vil også avhenge av tiltakets art. Dersom det er tale om et kontrolltiltak av meget inngripende art, slik som rusmiddeltesting, vil en manglende drøftelse raskt kunne medføre at tiltaket i sin alminnelighet blir å anse som usaklig.

Konsekvensene av eventuell manglende drøftelse vil jeg også komme tilbake til under kapitlet om konsekvenser.

7.1.5 Kontrolltiltakets pålitelighet

Hvilken pålitelighet resultatet av kontrolltiltaket har, er også en del av saklighetsvurderingen. Dersom resultatet ikke er pålitelig, vil selve gjennomføringen ei heller tilfredsstillende formålet som normalt vil være å avdekke eventuelle urettmessigheter ved virksomheten.

Gjennomførelsen og resultatet av kontrolltiltaket må være egnet til å avdekke det som søkes kontrollert, for eksempel sikkerhetshensyn. Av forarbeidene²⁴ følger at en medisinsk undersøkelse ikke er ansett som egnet med mindre den faktisk avslører en bestemt sykdom, eller en bestemt eksponering for et nærmere bestemt angitt stoff. Undersøkelsen må dermed kunne avdekke de som har sykdommen og tester positivt, og at undersøkelsen bør identifisere hvem som ikke har sykdommen og tester negativt. I forhold til oppgavens tema, må rusmiddeltesten kunne gi et pålitelig positivt eller negativt svar for å anses saklig. Ulike testmetoder i forhold til rusmiddeltesting som gir usikre svar, og som dermed er å anse som usaklig, kan eksempelvis være balansetest, pupilletest, og oppramsing av alfabetet.

Hvem som gjennomfører rusmiddeltestene, er også et moment i forhold til kontrolltiltakets pålitelighet. Ettersom rusmiddeltesting vil innebære en fort for medisinsk undersøkelse, må denne typen kontroll gjennomføres av autorisert helsepersonell, jfr helsepersonelloven § 3 og § 4 jfr § 48. I denne sammenheng trekkes frem at det i Breistein-utvalget²⁵ var foreslått en egen bestemmelse som regulerte hvem som skulle gjennomføre medisinske undersøkelser hvilket henviser til de samme bestemmelsene i helsepersonelloven.

²⁴ NOU 2001: 4 s.19

²⁵ NOU 2001: 4 s. 105

7.2 Forholdsmessighetsvurderingen

Av aml § 9-1 første ledd følger at;

”ikke innebærer uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren”

Denne delen av aml § 9-1 oppstiller et proporsjonalitetsprinsipp for kontrolltiltak.

Av ordlyden skal det her foretas en interesseavveining mellom virksomhetens behov og det inngrep kontrolltiltaket representerer for arbeidstaker. Dette vil innebære at kontrolltiltaket ikke må være mer omfattende enn det som er nødvendig for å ivareta virksomhetens interesser. Av dette kan det utledes at det gjelder et prinsipp om at det skal velges det kontrolltiltak som innebærer det minste inngrep hos arbeidstaker, dersom formålet med kontrollen kan foretas ved alternative tiltak.

I likhet med saklighetsvurderingen ovenfor, kan det ikke oppstilles noen uttømmende liste over momenter som inngår i forholdsmessighetsvurderingen. Forholdsmessighetsvurderingen må imidlertid ses i sammenheng med saklighetsvurderingen. Flere av momentene under saklighetsvurderingen vil derfor også være aktuelle under forholdsmessighetsvurderingen. Også ved forholdsmessighetsvurderingen skal det foretas en konkret helhetsvurdering av ulike momenter.

Ved forholdsmessighetsvurderingen skal det også foretas en helhetsvurdering av de foreliggende kontrolltiltak i virksomheten før et nytt iverksettes. Dette fordi selv om det enkelte kontrolltiltak ikke medfører en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren, kan summen av alle tiltak i bedriften medføre at tålegrensen er overskredet.

I forarbeidene²⁶ er det listet opp noen momenter som kan inngå i forholdsmessighetsvurderingen. Disse er nærmere omtalt i det følgende.

²⁶ NOU 2004: 5 pkt 17.6.2.3, Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

7.2.1 Personlig integritet

Hvorvidt sentrale personvern hensyn blir ivaretatt ved gjennomføringen av kontrolltiltaket, er et viktig moment ved forholdsmessighetsvurderingen²⁷. I forhold til personvern hensyn er det av betydning hvorvidt tiltakene gir klare og pålitelige testresultater, og hvorvidt arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de resultater som fremkommer av kontrolltiltaket.

Viktigheten av personvern hensyn, fremkommer også av aml § 9-1 annet ledd, hvor det uttrykkelig fremkommer at opplysninger om arbeidstakere som fremkommer i forbindelse med et kontrolltiltak, skal behandles etter personopplysningsloven. Som nevnt under punkt 3, har jeg avgrenset mot en nærmere behandling av denne loven. Jeg vil imidlertid nevne hvordan dette momentet får betydning i forhold til temaet i denne oppgaven.

Særlig i forhold til et såpass inngripende kontrolltiltak som rusmiddeltesting av ansatte, vil det være av avgjørende betydning at testen kan generere pålitelige opplysninger. Dette på grunn av den påkjenning det vil være for arbeidstaker å bli konfrontert med en usikker prøve. Dette har også en side til det strenge beviskrav som forligger i arbeidsretten. Da særlig med tanke på eventuelle sanksjoner arbeidsgiver ønsker å pålegge arbeidstaker på bakgrunn av en usikker positiv test.

Også i forhold til hvem som skal ha tilgang til testresultater fra en rusmiddeltest, vil det være av betydning hvorvidt arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til disse. Dette på bakgrunn av de påkjenninger det kan få for arbeidstaker at slike resultater blir ”publisert” overfor andre. Dette kan få betydning for arbeidstaker eksempelvis ved skifte av jobb. Et kjent rusproblem kan medføre at ingen vil ansette ham. Videre kan det medføre tap av aktelse og mobbing på arbeidsplassen dersom arbeidstakers problem blir kjent for kolleger.

I forarbeidene²⁸ er det også uttalt at vilkårene for å gjennomføre kontrolltiltak som berører rettsgoder som personlig integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende, bare unntaksvis vil være til stede. Av dette utledes at vilkårene skjerpes dersom det er tiltak av slik art. En rusmiddeltest vil fort kunne komme inn under denne kategorien tester, da rusmiddeltester normalt innebærer undersøkelse av biologisk materiale. Også skillet

²⁷ Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave Oslo 2007 s. 397

²⁸ NOU 2004:5 s.433

mellom arbeidstid og fritid vil kunne komme inn som et moment i så måte. Dersom arbeidstaker står i fare for å bli rusmiddeltestet, vil det arbeidstaker velger å gjøre på sin fritid kunne få konsekvenser for hans arbeidssituasjon. Arbeidstaker står i utgangspunktet fritt til å disponere over egen fritid²⁹.

I avgjørelsen inntatt i Rg. 2007 s.56 (Borgarting lagmannsrett), ble det uttalt at spørsmål om innhenting av kontrollrapporter innebar et uforholdsmessig inngrep overfor arbeidstakeren, berodde på en ”interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for å føre kontroll opp mot arbeidstakerens personvern og beskyttelse av privatlivet”. I denne avgjørelsen hadde kontrollen hatt provokasjonslignende preg, ved at kontrollørene hadde oppsøkt arbeidstaker i hans hjem. Retten la også vekt på at formålet med kontrollen, avkrefte/bekreft mistanke om at arbeidstaker ikke var arbeidsufør da han var sykemeldt, kunne vært oppnådd på en mindre inngripende måte.

Men det gjelder er ulovfestet prinsipp om vern om personlighet i norsk rett Rt.1952 s.1217, usikkert om hvor langt denne rekker på arbeidsrettens område.

7.2.2 Kontrolltiltakets omfang

Kontrolltiltakets omfang vil innebære hyppigheten av kontroll. Det vil da bli et spørsmål om det dreier seg om en engangskontroll eller en vedvarende kontroll. I forhold til forholdsmessighetsvurderingen vil en engangskontroll lettere aksepteres enn en vedvarende kontroll. Dette fordi det vil bli mindre belastende for arbeidstakerne å bli kontrollert en gang enn vedvarende kontroll.

Dersom kontrollen skal være av vedvarende art, vil det videre bli et spørsmål om varigheten av kontrollen. Dersom kontrollen er fastsatt til å skulle være innenfor et nærmere angitt tidsrom, vil dette lettere kunne aksepteres enn dersom det er på ubestemt tid.

Dersom det er tale om rutinemessig stikkprøver, må det antas å være godtatt fremfor en utvelgelse av enkelte ansatte. Et eksempel fra rettspraksis hvor rutinemessige stikkprøver ble godtatt, er i ARD-1978-110. Sakens nærmere faktum er omtalt tidligere under pkt. 7.1.3.

²⁹ Henning Jakhelln, Oversikt over arbeidsretten s. 277

I forhold til denne oppgaven vil en enkeltstående rusmiddeltest være lettere å akseptere i forhold til personvern hensyn, enn en daglig bruk av rusmiddeltesting.

Dersom omfanget av kontrolltiltaket går utenfor det som er nødvendig for å ivareta formålet med kontrolltiltaket, vil tiltaket lett være å anse som uforholdsmessig. Dersom formålet for eksempel er å bedre arbeidstakernes psykososiale arbeidsmiljø, vil et spørreskjema med spørsmål om arbeidstakernes røykevaner ikke være nødvendig eller hensiktsmessig for å ivareta formålet.

7.2.3 Kontrolltiltakets art

Med dette momentet menes hvilken type kontrolltiltak det er tale om, eksempelvis veskekontroll, kvalitetskontroll, kroppsvisitasjon eller ransakelse.

Herunder vil det bli et spørsmål om hvor inngripende kontrolltiltaket oppleves for arbeidstakeren. Dersom kontrolltiltaket er et ledd i virksomhetens ordinære kvalitetskontroll, vil denne normalt ikke oppleves som uforholdsmessig. Tiltaket vil dermed ha karakter av å være en del av den daglige drift.

Rutinemessig kontroll av inngripende art, slik som ukentlig rusmiddeltesting i form av blodprøver, vil lett medføre en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren. Dette på grunn av kontrollens inngripende art.

7.2.4 Praktisk gjennomføring

I forhold til dette momentet vil det være avgjørende hvordan kontrolltiltaket rent praktisk gjennomføres. I så måte er det av betydning om kontrolltiltaket er varslet på forhånd, herunder om behovet for tiltaket er drøftet med de ansatte. Dette momentet har nær sammenheng med de to forrige.

I forhold til den praktiske gjennomføringen vil det i forhold til rusmiddeltesting, være av betydning hvordan arbeidstakeren blir underrettet om dette, herunder hvor synlig det vil være for de øvrige arbeidstakerne at vedkommende avlegger rusmiddeltest. Dersom arbeidstakeren blir underrettet om dette over høytaleranlegget ved virksomheten, vil dette være klart mer krenkende enn dersom arbeidstakeren diskret blir hentet og tatt med på arbeidsgivers kontor, eller blir bedt om å dra på nærmere bestemt sted etter endt arbeidstid for å gjennomføre testen.

Hvordan arbeidstaker blir underrettet, vil imidlertid kunne variere noe dersom det dreier seg om en konkret mistanke. Ved slike tilfeller vil en mer synlig praktisering i forhold til henting av arbeidstakeren lettere kunne aksepteres. Dette spesielt dersom det er tale om gjennomføring av test i forhold til særlovgivning. I disse lovene er det undertiden uttrykkelig uttalt hvem som skal hente arbeidstakeren for å gjennomføre rusmiddeltest dersom det foreligger konkret mistanke³⁰.

Ved spørsmål om den praktiske gjennomføringen vil det også være av betydning hvem som er til stede ved gjennomføringen av selve testen. Dersom dette skjer med samtlige av arbeidstakers øvrige kollegaer tilstede, vil dette lettere fremstå som en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren, enn dersom testen gjennomføres med bare de høyst nødvendige personer tilstede. Dette har også sammenheng med arbeidsgivers plikt til å sikre begrenset adgang til de resultater som fremkommer av et slikt kontrolltiltak, hvilket har betydning i forhold til punktet ovenfor, punkt 7.2.1.

7.2.5 Tiltakets formål

Ytterligere er det et moment i forholdsmessighetsvurderingen hvor tungtveiende virksomhetens behov for å gjennomføre kontrolltiltaket er. Dersom virksomheten har tungtveiende behov for kontroll, eksempelvis ut fra sikkerhetshensyn, vil kontrolltiltaket lett passere, selv om det kan oppleves som noe ubehagelig for arbeidstakeren. Eksempelvis dersom formålet med rusmiddeltest er å unngå gass eksplosjon ved oljeplattform. Konsekvensene ved en eksplosjon er mye større enn det inngrep testen vil medføre for arbeidstakere. Den interesseavveining som foretas vil bare unntaksvis slå ut til fordel for arbeidstaker dersom det er tale om tungtveiende samfunnsmessige eller miljømessige formål.

³⁰ Eksempelvis luftfartsloven § 6-11

8 Nærmere om rusmiddeltesting

8.1 Generelt om lovbestemmelsen

Av aml § 9-4 fremgår det at;

”Arbeidsgiver kan bare kreve at medisinske undersøkelser skal foretas:”

De nærmere vilkår for å gjennomføre en rusmiddeltest, finnes i aml § 9-4, som regulerer adgangen til å foreta medisinske undersøkelser. Bestemmelsen inneholder ytterligere begrensninger i arbeidsgivers styringsrett.

Bestemmelsen omfatter både arbeidssøker og arbeidstaker.

Bestemmelsen er ny ved aml 2005, men er en kodifisering av tidligere ulovfestet rett.

Denne bestemmelsen angir nærmere vilkår som må være oppfylt for å foreta medisinske undersøkelser. Hva som er en medisinsk undersøkelse er ikke definert i loven, men Breistein-utvalget³¹ har gitt forslag til definisjon. De legger til grunn at en medisins undersøkelse er ”undersøkelse av en person – en pasient - med tanke på å avdekke en mulig sykdom, skade eller lyte, med sikte på behandle eller forebygge sykdom, eller utskriving av attest, bekreftelse eller erklæring om vedkommendes helse”.³² Videre listes det opp hva medisinske undersøkelser mer bestemt kan være. Eksempelvis kan nevnes samtaler, kliniske undersøkelser, biologiske undersøkelser og psykiske undersøkelser. Aml § 9-4 vil derfor danne kjernen av denne oppgaven ettersom rusmiddeltesting vil innebære en undersøkelse av biologisk materiale, og dermed er å anse som en medisinsk undersøkelse. Dette fordi rusmiddeltesting består i prøvetaking av blod, urin eller utåndingsluft.

Bestemmelsen skjerper kravene til å gjennomføre kontrolltiltak i forhold til den generelle bestemmelsen i aml § 9-1. Årsaken til dette er at en slik form for kontroll som nevnt i aml § 9-4 ofte vil oppleves som mer inngripende. Dette på bakgrunn av at det her er tale om

³¹ NOU 2001: 4 Utvalget har fått sitt navn etter dets leder, advokat Asbjørn Breistein.

³² NOU 2001: 4 punkt 3.2.2.

undersøkelse av arbeidstakers legeme eller sinn, og dette blir mer personlig enn andre kontrolltiltak slik som undersøkelse av arbeidstakers kjøretøy eller datalogg. Kontrolltiltaket, den medisinske undersøkelsen, må dermed også oppfylle vilkårene til saklighet og forholdsmessighet jfr aml § 9-1, i tillegg til de mer skjerpede krav i aml § 9-4.

Bestemmelsen regulerer uttømmende adgangen til medisinsk testing. Dette følger direkte av ordlyden ”kan bare kreve”. Dette innebærer at arbeidsgiver ikke kan foreta medisinske undersøkelser utover det som følger av ordlyden. Hvilke typetilfeller som kan være aktuelle vil jeg komme tilbake til.

Av ordlyden kan det også utledes at arbeidsgiver bare kan kreve medisinske undersøkelser gjennomført hvor formålet med denne er knyttet til arbeidet. Dette ut fra de vilkår som oppstilles i bokstav b og c. Disse vil jeg imidlertid komme tilbake til.

Ulike formål med medisinske undersøkelser kan være for å avdekke eller forebygge helseskader i forbindelse med arbeidet, rehabilitering og bedriftsintern atferd, eller konkret tilrettelegging av arbeidsplassen til den enkeltes behov, for eksempel ved tilrettelegging av kontormøbler i samarbeid med en fysioterapeut.

Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden ”kreve”, gir bestemmelsen hjemmel for å pålegge arbeidssøkere og arbeidstakere medisinske undersøkelser, dersom de nærmere vilkår er oppfylt. Bestemmelsen gir imidlertid ikke adgang til å benytte tvang. Dette på grunn av det vesentlige inngrep en slik kontroll representerer. Dersom arbeidsgiver skal ha adgang til å benytte tvang for å få gjennomført en medisinsk undersøkelse, må dette derfor ha ”klar og særskilt lovhjemmel”³³. Til sammenligning er det frivillig å foreta helseundersøkelse i forbindelse med nattarbeid, aml § 10-11 syvende ledd. Dette følger av ordlyden ”kan”.

Det er bare i forhold til arbeidsgiver at arbeidsgiver kan kreve at det blir gjennomført en medisinsk undersøkelse. Dette fordi arbeidstaker er undergitt arbeidsgivers styringsrett, og arbeidstaker har en lojalitetsplikt overfor arbeidsgiver.

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 150.

Ordlyden indikerer at det skal være en dynamisk bestemmelse. Dette ut fra ordlyden i bokstav a og c ”når”, og bokstav b ”ved stillinger som”.

Arbeidsmiljøloven § 9-4 oppstiller tre alternativer når arbeidsgiver kan kreve medisinske undersøkelser. Bokstav a viser til spesiallovgivningen. Bokstav b henviser til stillinger som innebærer ”særlig risiko”. Bokstav c viser til en nødvendighetsvurdering som ut fra ordlyden knytter seg til vern av liv eller helse. Annet ledd inneholder hjemmel for departementet til å forskrift om hvordan vilkårene for medisinske undersøkelser skal forstås. Per i dag (4. mai 2008) finnes ikke slik forskrift, slik at forståelsen av vilkårene bygger på en naturlig språklig forståelse av ordlyden, samt forarbeider og praksis.

Likeledes som ved kontrolltiltak for øvrig, vil et samtykke, individuelt eller kollektivt, heller ikke kunne berettige medisinske undersøkelser av arbeidssøker eller arbeidstaker. ”Samtykke vil således ikke være et selvstendig hjemmelsgrunnlag for gjennomføring av helsekontroll eller testing av arbeidstakere eller arbeidssøkere.”³⁴. Begrunnelsen for at en har gått bort fra samtykke som hjemmelsgrunnlag synes å være at et eventuelt samtykke ofte vil fremstå som illusorisk på grunn av at arbeidstaker ofte vil føle seg som i en tvangssituasjon. Dette standpunkt harmonerer også med personopplysningsloven § 2 første ledd nr.7 som krever et frivillig, informert, og uttrykkelig samtykke for å behandle personopplysninger.

Det er arbeidsgiver som bærer kostnadene for en medisinsk undersøkelse. Dette følger av ordlyden ”arbeidsgiver kan bare kreve at medisinske undersøkelser skal foretas”. Ettersom det er arbeidsgiver som krever undersøkelsene gjennomført tilsier rimelighetshensyn at arbeidsgiver også bærer kostnadene for disse undersøkelsene.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149

8.2 Uttrykkelig regulert i lov eller forskrift

Av aml § 9-4 første ledd bokstav a følger at medisinske undersøkelser skal foretas;

” når det følger av lov eller forskrift”

Fremstillingen under dette punkt har store likheter med fremstilling av bestemmelser i særlovgivning i den andre avhandlingen fra Oslo³⁵. Imidlertid har det, som nevnt innledningsvis kommet en del lovendringer etter den andre avhandlige ble skrevet. Hensynet til en helhetlig fremstilling taler også for å fremstille disse reglene også i denne avhandlingen.

Bestemmelsen viser her til lovgivningen for øvrig, og forskrifter, hvor medisinsk testing og helseundersøkelser er uttrykkelig regulert. Bestemmelsen viser også til bestemmelser i arbeidsmiljøloven for øvrig som legitimerer medisinske undersøkelser.

Hvor lovgiver har gitt egne lover og forskrifter for noen grupper av arbeidstakere, vil det ofte dreie seg om arbeidstakere lovgiver har vurdert til å representere en såpass stor fare for seg selv, tredjemenn eller samfunnet for øvrig, at adgangen til å foreta medisinske tester bør reguleres særskilt i egen lov for den aktuelle arbeidstakergruppen.

Ordlyden indikerer at det skal være en dynamisk bestemmelse, jfr ”når det”. Det kan for eksempel oppstå arbeidsplasser hvor det vil vokse frem behov for særskilt regulering av medisinsk testing, og hvor det er hensiktsmessig å gjøre dette i spesiallovgivningen. Hensynet til en forenkling av forståelsen av vilkårene som må være oppfylt ved slike kontrolltiltak, taler for særskilt regulering. Særlig i forhold til rusmiddeltest vil dette være praktisk, da eventuelle ruspåvirkning vil kunne avdekkes raskt, uten at det skal foretas en nærmere vurdering ut fra de generelle vilkårene i aml § 9-1 og de spesielle vilkår i aml § 9-4.

Av forarbeidene³⁶ følger det en oversikt over de enkelte lovbestemmelser og forskrifter som etter da gjeldende rett regulerte adgangen til helseundersøkelser eller medisinsk testing. Denne oversikten vil danne utgangspunkt for den videre fremstilling. Den oversikt som

³⁵ Avhandlingens kapittel 7

³⁶ NOU 2001: 4 s. 113 flg. (vedlegg 1)

oppstilles i forarbeidene er neppe uttømmende. Det har også skjedd noen lovendringer siden dette utvalget avga sin innstilling.

I forhold til denne oppgaven vil jeg imidlertid begrense fremstillingen til å omfatte lovbestemmelser hvor rusmiddeltesting er uttrykkelig regulert. Dette fordi fremstillingen ellers blir for vid og vil innebære behandling av bestemmelser som ligger utenfor denne oppgavens tema.

I det følgende vil jeg vise til noe av den spesiallovgivningen som finnes på området.

8.2.1 Arbeidsmiljøloven

Av arbeidsmiljølovens egne regler, kan plikten arbeidsgiver er pålagt i lovens kapittel 3 til å gjennomføre systematisk helse- miljø- og sikkerhetsarbeid (HMS) legitimere rusmiddeltesting. Det aktuelle alternativ i annet ledd vil i denne sammenheng være litra g som uttrykkelig pålegger arbeidsgiver plikt til å føre kontroll med arbeidstakernes helse. Selve gjennomføringen av en test begrunnet i § 3-1, vil måtte følge de øvrige regler i aml kapittel 9.

Av aml § 11-4 skal arbeidsgiver gi tilbud om helsekontroll av ungdom. Likeledes skal arbeidsgiver gi tilbud om helsekontroll av arbeidsgivere som skal begynne i nattarbeid, og senere med jevne mellomrom, jfr § 10-11 syvende ledd. Disse bestemmelsene gir imidlertid ikke arbeidsgiver adgang til å gjennomføre medisinske undersøkelser ettersom helsekontroll bare kan gjennomføres med arbeidstakers samtykke i disse tilfeller.

8.2.2 Skipssikkerhetsloven

Det følger av lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven) 16. februar 2007 nr. 9 § 17³⁷, at den som gjør tjeneste om bord, må være ”fysisk og psykisk skikket til tjenesten og ikke utgjøre en fare for andre om bord”. Videre følger at det skal fremlegges helseerklæring som

³⁷ Bestemmelsen trådte i kraft 16. februar 2007, men viderefører den tidligere sjømannsloven 30.mai 1975 nr. 18 § 26. Dette innebærer at tidligere rettspraksis fortsatt vil være aktuell ved tolkning av skipssikkerhetsloven § 17.

viser at vilkårene er oppfylt, og at vedkommende har plikt til å la seg undersøke av lege dersom skipsføreren finner grunn til det.

Ut fra dette kan det utledes at det i enkelte tilfeller kan være grunn til å kreve rusmiddeltest som et ledd i helseundersøkelsen, dersom dette er nødvendig for den stilling vedkommende har om bord på skipet.

Av ordlyden kan det også utledes at arbeidstaker kan bli pålagt å gjennomføre rusmiddeltest ved konkret mistanke, jfr ”skipsfører finner grunn til det”.

Nærmere regler er gitt i forskrift 19.oktober 2001 nr.1309 om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip. Det følger av forskriftens § 11 at det skal utstedes helseerklæring dersom arbeidstaker oppfyller kravene som stilles til helse. I vedlegg til forskriften er det imidlertid listet opp tilfeller hvor helseerklæring ikke skal utstedes.

I forhold til påvist sykdom ved den obligatoriske helseundersøkelsen, er det i vedlegget til forskriften gitt en oversikt over de sykdommer som kan eller skal medføre hyrenektelse. I forhold til rusmiddelmisbruk skiller det mellom de som har gjennomført behandling, og har vært dokumentert rusfri i minst ett år, og de som ikke har det³⁸. I forhold til de som ikke har gjennomført et behandlingsopplegg, må det ikke være aktuell misbruk av alkohol eller andre rusmidler. Dersom arbeidstakeren har gjennomført behandling og vedkommende skal ha brovakts- eller sikkerhetsfunksjon, skal rusmiddelmisbruket føre til hyrenektelse. Dersom arbeidstakeren skal gjøre annen tjeneste om bord, kan det tidligere misbruket føre til ordrenektelse. Dersom arbeidstakeren ikke har gjennomgått et behandlingsopplegg, skal vedkommende gis hyrenektelse uavhengig av hvilken funksjon vedkommende skal gjøre om bord.

Ut fra dette kan det utledes at rusmisbruk slås hardt ned på, og kan få alvorlige konsekvenser for arbeidstakeren på dette området.

³⁸ Forskrift 19.10.2001 nr.1309. Vedleggets bokstav C 5.5 og 5.5.1.

8.2.3 Losloven

Av lov om lostjenesten m.v. 16. juni 1989 nr. 59 § 19 tredje ledd fremkommer at departementet³⁹ kan det gi forskrift om blant annet losers edruelighet.

Det er ikke gitt en egen forskrift som regulerer losers edruelighet. Det er imidlertid gitt forskrift om legeundersøkelse av loser og losaspiranter⁴⁰. Av forskriftens § 3 nr.1 følger at los og losaspiranter må fremlegge erklæring fra lege om at vedkommende ikke har noen ”sykdommer eller fysiske eller psykiske lidelse som gjør ham usikkert til tjeneste som los, eller som bringer de ombordværende i fare”. Hvorvidt dette innebærer adgang til å gjennomføre rusmiddeltest er ikke nærmere angitt i bestemmelsens ordlyd. Ordlyden er imidlertid svært lik bestemmelsen i skipssikkerhetsloven § 17. Hensynet til konsekvens og sammenheng i lovgivningen taler for å innfortolke rusmiddeltest som del av helseundersøkelse dersom dette skulle være nødvendig for å ivareta om sikkerheten. Hensynet til likhet i anvendelsesområdet for loven taler også for en slik løsning.

8.2.4 Luftfartsloven

Lov om luftfart (luftfartsloven) 11. juni 1993 nr. 101 § 6-11 gir generelle retningslinjer på hva som kreves i forhold til helsetilstand for å gjøre tjeneste om bord i luftfart.

Bestemmelsens første ledd regulerer uttrykkelig forholdet til ruspåvirkning, ”ingen må gjøre tjeneste ombord når han er påvirket av alkohol (ikke edru) eller annet berusende eller bedøvende middel”. Videre følger det av ordlyden at alkoholkonsentrasjonen i blodet ikke må overstige 0,2 promille.

Av bestemmelsens tredje ledd kan arbeidstakeren, dersom det er ”grunn til å tro”, bli undersøkt av lege etter fremstilling av politiet. Det kan da tas blodprøver. Det er her en klar hjemmel for å foreta rusmiddeltest dersom det foreligger konkret mistanke om ruspåvirkning. Begrunnelsen for en slik adgang må være de særlige sikkerhetskrav som må stilles til

³⁹ Fiskeri- og kystdepartementet

⁴⁰ Forskrift om legeundersøkelse av loser og losaspiranter 28. juni 1974 nr. 3.

arbeidstakere som tjenestegjør i luftfarten. Dette på grunn av de konsekvenser en eventuell ulykke kan få.

Et eksempel på at dette er en problemstilling som kan forekomme i det praktiske liv, kan eksemplifiseres gjennom en artikkel publisert på TV2.no 3. januar 2003⁴¹. I denne saken var det to piloter fra Lufthansa som ble tatt i alkoholtest like før flyet skulle ta av, på grunn av at den øvrige besetningen hadde varslet politiet, da de syntes det luktet alkohol av pilotene. Ved dette tilfelle var det avgang fra Helsingfors, men utfallet ville blitt det samme også etter norsk rett.

8.2.5 Petroleumsloven

Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72 § 9-7 setter krav til at personer som jobber i petroleumsvirksomheter må ha de ”nødvendige kvalifikasjoner til å utføre arbeidet på en forsvarlig måte”.

Av petroleumsforskriften⁴² § 7 jfr § 5 følger at alle som oppholder seg på innretninger eller som deltar i undervannsoperasjoner må ha gyldig helseerklæring til enhver tid, i tillegg kreves egenerklæring, jfr § 11. Forskriftens § 12 angir formålet med helseundersøkelser. Den interessante bestemmelsen i forhold til oppgavens tema finnes i § 13, hvor det fremkommer at helsekravene ikke anses oppfylt dersom det foreligger ”alkoholisme eller narkomani”.

De strenge krav til kvalifikasjoner har sterke sikkerhetsmessige hensyn for seg, i tillegg til miljømessige hensyn, da omfanget av ulykker kan bli stort.

⁴¹ Artikkelen finnes på TV2 sine internettsider (04. mai 2008)

<http://www.tv2.no/arkiv/nyhetene/utenriks/article91298.ece>

⁴² Forskrift 12. november 1990 nr. 1164 om helsekrav for personer i petroleumsvirksomhet

8.2.6 Politiloven

Lov om politiet (politiloven) 4.august 1995 nr. 53 § 23 inneholder et forbud mot inntak av rusdrikk i tjenestetiden, samt forbud mot å være påvirket i tjenestetid. Ut fra dette kan utledes et forbud mot drikking av alkohol også noen timer før påbegynt tjenestetid. Bestemmelsen setter også forbud mot drikking på offentlig sted utenfor tjenestetid så lenge de er i uniform.

Videre følger det av første ledd siste punktum at dersom det er ”grunn til å tro” at forbudet er overtrådt, er de forpliktet til å la seg underkaste legeundersøkelse og blodprøvetaking. Av ordlyden ”grunn til å tro” må utledes å hensepeile til de tilfeller hvor det forligger konkret mistanke. Av ordlyden gir bestemmelsen dermed ikke hjemmel til å foreta rutinemessige stikkprøver.

Begrunnelsen for de strenge regler i politiloven, er de oppgaver som er lagt til politiet, og det sterke behov det da er for at den som utfører arbeidet er ved fullt ut bevissthet, og har sin dømmekraft og reaksjonsevne på topp. I forarbeidene til loven, er det uttalt at ”polititjenesten er imidlertid så krevende at man ikke kan risikere å la påvirkede folk ta del”⁴³.

8.2.7 Helsepersonelloven

Lov om helsepersonell m.v. 02. juli 1999 nr.64 § 8 første ledd setter forbud for helsepersonell mot å innta ”alkohol eller andre rusmidler i arbeidstiden”. Dette forbud kan også utledes å ha sammenheng med forsvarlighetskravet i lovens § 4. I forhold til dette må det også utledes å gjelde et forbud mot inntak av rusmidler også en tid før arbeidstiden starter. Dette slik at arbeidstakeren er edru når arbeidet begynner.

Helsepersonelloven § 8 tredje ledd gir departementet mulighet til å gi forskrift om å pålegge helsepersonell å avgi ”utåndingsprøve, blodprøve eller lignende prøve ved mistanke om overtredelse av første ledd”. Av ordlyden fremkommer det derfor adgang til å foreta rusmiddeltest dersom det foreligger konkret mistanke om ruspåvirkning. Bestemmelsen hjemler imidlertid ikke rutinemessige stikkprøver av arbeidstakerne.

⁴³ Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) s. 69.

Dersom det foreligger brudd på bestemmelsene om inntak av rusmidler, kan statens helsetilsyn kalle tilbake autorisasjon, lisens eller spesialgodkjenning. Dette følger av lovens § 57. Dette har også sammenheng med forsvarlighetskravet i § 4. Pasienter må være sikre på at de får forsvarlig behandling.

Eksempler fra statens helsetilsyn hvor autorisasjon ble tilbakekalt, finnes i HPN 2007-24. Saken gjaldt klage over forlenget suspensjon av autorisasjon som lege. Denne klagen ble avvist, da klageren hadde et svært alvorlig alkoholproblem, hvilket gjorde henne uskikket til gjennomføre sitt arbeid på en tilfredsstillende måte.

8.2.8 Yrkestransportloven

Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova) 21. juni 2002 nr. 45 § 37 litra f regulerer vilkår for å bli tildelt løyve til å føre transport ved motorvogn eller annet fartøy. Av lovens § 37 f følger det at politimester eller den han gir myndighet til, kan ”treffe vedtak om å kalle retten til å føre motorvogn ved persontransport mot vederlag tilbake, dersom vedkommande ikkje er edrueleg”. Bestemmelsen gir ingen adgang til å gjennomføre rusmiddeltest, men angir konsekvensene av en eventuell positiv test. Selve gjennomføringen må i sådan tilfelle følge av de ordinære regler i vegtrafikkloven⁴⁴ § 22 a.

8.2.9 Avholdsloven

Lov om pliktmessig avhold for personer i visse stillinger fra nytelse av alkohol eller annet berusende eller bedøvende middel 16. juli 1936 nr. 2 § 1 litra d, fastsetter forbud mot nytelse av alkohol, begrenset til å omfatte ”fører av motorvogn i stilling eller yrke som medfører befordring av personer eller gods”. Av dette kan det utledes at forbudet finnes i avholdsloven, mens virkningene av eventuell overtredelse følger av yrkestransportloven.

⁴⁴ Vegtrafikklov 18. juni 1965 nr. 4

8.2.10 Personell i forsvaret

Lov om personell i forsvaret 2. juli 2004 nr. 59 § 10, gir uttrykkelige bestemmelser om pliktmessig avhold for "tilsatt militær personell og vernepliktige". Hvem som omfattes av disse begrepene er nærmere definert i lovens § 3.

Det pliktmessige avholdet knytter seg til nytelse av "alkohol og annet berusende eller bedøvende middel" i tjenestetiden.

Bestemmelsens fjerde ledd gir også vegtrafikklovens (vtrl) regler om alkotest, utåndingsprøve og blodprøve tilsvarende anvendelse. Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden innebærer dette at det er adgang til å foreta alkotest dersom det foreligger mistanke om at vedkommende er påvirket av alkohol, jfr vtrl § 22 a.

Overtredelser av bestemmelsen kan refses i medhold av lov om militær disiplinærmyndighet⁴⁵, jfr § 10 femte ledd.

8.3 Stillinger som medfører særlig risiko

Av aml § 9-4 første ledd bokstav b følger at medisinske undersøkelser kan kreves;

"ved stillinger som innebærer særlig risiko"

Ut fra en naturlig språklig forståelse av ordlyden må ordlyden henspeile på stillinger hvor feil og lignende får særlig store konsekvenser.

Av forarbeidene fremkommer det at ordlyden "stillinger som innebærer særlig risiko" skal forstås slik at det siktes til stillinger hvor arbeidstakeren rutinemessig kommer i situasjoner hvor feil i utførelsen av arbeidet vil medføre særlig store konsekvenser.⁴⁶ Det gis imidlertid ingen eksempler på hvilke stillinger som kan komme inn under ordlyden. Dette vil derfor bero på en konkret vurdering.

⁴⁵Lov om militær disiplinærmyndighet 20. mai 1988 nr. 32

⁴⁶Ot.prp.nr49 (2004-2005) s.149

Ordlyden gir ingen henvisning på hvem risikovurderingen skal foretas i forhold til, men det følger av forarbeidene⁴⁷ at det her menes både arbeidstakeren selv, tredjeperson eller samfunnsmessige konsekvenser.

Det må derfor foretas en konkret risikovurdering i forhold til hver enkelt arbeidstaker og oppgaven denne har, før medisinske undersøkelser, herunder rusmiddeltesting, kan gjennomføres.

Som oftest vil yrkesgrupper som kan komme inn under denne ordlyd være regulert i særlovgivning. Dette på bakgrunn av den samfunnsinteresse det vil være å lovregulere slike tilfeller.

Ettersom det i forhold til ordlyden er tale om ”stillinger som innebærer særlig risiko”, må det utledes at det i forhold til disse stillingene også stilles særlig krav til aktsomhet og oppmerksomhet. Ut fra dette bør ordlyden også kunne gi grunnlag for å teste på bakgrunn av konkret mistanke. Dette har også en side til arbeidsgivers ansvar for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø, herunder ivareta sikkerheten i virksomheten jfr aml kapittel 3.

Forarbeidene gir noen eksempler på typetilfeller i NOU 2001: 4 s. 35. Det påpekes her at bokstav b blant annet sikter til stillinger hvor sterk psyke er særlig viktig, eksempelvis ambulanspersonell og brannmenn. Ambulanspersonell vil imidlertid også falle inn under helsepersonellovens bestemmelser, jfr helsepersonelloven § 3 første ledd nr 1. jfr § 48 første ledd bokstav a. Øvrige stillinger som kan tenkes å falle inn under denne kategori er laboratoriumsteknikere som håndterer kjemikalier og radioaktive stoffer.

I forhold til mistanke, vil det ut fra ordlyden kunne berettige rusmiddeltesting dersom arbeidstaker innehar en stilling som innebærer særlig stor risiko. Dette for å avverge ulykker. Interesseavveiningen mellom arbeidsgivers kontrollbehov og arbeidstakers integritet vil dermed ikke være den samme ved mistanke som ellers. I forarbeidene⁴⁸ uttales det uttrykkelig at medisinske undersøkelser kan omfatte rusmiddeltesting i forhold til stillinger som innebærer særlig risiko.

⁴⁷ Ot.prp.nr49 (2004-2005) s.149

⁴⁸ NOU 2004:5 s.442

Et eksempel på yrker hvor ruspåvirkning kan medføre særlig risiko finnes i Rt. 1999 s.163. Denne avgjørelsen gjelder erstatningskrav som er gjort gjeldende på grunn av tvist om rettmessigheten av avskjed av brannmann på grunn av alkoholmisbruk. I avgjørelsen understrekes et sterkt behov for edruelighet blant brannmenn. Dette fordi ”brannvesenets evne til å utføre sin bergingsfunksjon er grunnleggende at mannskapet ikke er alkoholpåvirket”. Her vises det med andre ord til hensynet til arbeidstakerens, kollegaers og samfunnsmessige sikkerhet.

En annen yrkesgruppe som rutinemessig kommer i situasjoner som kan medføre store konsekvenser, er sprengningsbaser. Dersom innehaver av disse stillingene ikke utviser tilstrekkelig aktsomhet, kan dette i verste fall medføre dødsulykke.

8.4 Nødvendig for å verne liv eller helse

Av aml § 9-4 første ledd bokstav c følger at medisinske undersøkelser kan kreves;

”når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse”

Av dette alternativet følger det et vilkår om nødvendighet ut fra vern av liv eller helse for å gjennomføre medisinsk testing. Nødvendighetskriteriet skal tolkes snevert. Dette følger av forarbeidene. Faren må fremstå som ”konkret, nærliggende og sannsynlig”,⁴⁹ for at medisinske undersøkelser er nødvendig.

Det følger ikke direkte av ordlyden hvem sitt liv eller helse nødvendighetsvurderingen skal tas i forhold til. Hensynet til konsekvens og sammenheng i lovgivningen taler imidlertid for samme personkrets som vurderingen av ”særlig risiko” skal foretas i forhold til, nemlig arbeidstakeren selv, tredjeperson og samfunnet for øvrig.

Hvilke helsetilstander som kan medføre fare for liv eller helse, kan være så mangt. I forhold til ruspåvirkning, er det klart at dette er en tilstand som vil falle innenfor. Dette på bakgrunn av at svekket aktsomhet kan bli resultatet av ruspåvirkning. Også andre virkninger av inntatte rusmidler kan medføre fare for liv og helse. Eksempelvis kan nevnes svekket sans for detaljer,

⁴⁹ Ot.prp.nr49 (2004-2005) s.149

hallusinasjoner, svekket reaksjonsevne og evne til å få med seg det som skjer. Av forarbeidene⁵⁰ er sikkerhetsmessige hensyn satt i fokus.

Dersom det foreligger mistanke vil det, i likehet med stillinger som innebære særlig risiko, være en noe videre adgang til å gjennomføre en rusmiddeltest. Dette fordi nødvendigheten vil fremstå klarere i disse tilfellene. En rusmiddeltest vil enkelt avvikle mistanken eller bekrefte den. Interesseavveiningen mellom arbeidsgiver og arbeidstaker vil heller ikke bli den samme dersom det foreligger fare for liv eller helse på grunn av mistanke om ruspåvirkning.

Breistein-utvalget⁵¹ hadde opprinnelig forslag til å lovfeste adgang til rusmiddeltesting når det var skjellig grunn til mistanke om ruspåvirkning, og dette kunne medføre fare for liv eller helse. Denne bestemmelsen ble imidlertid ikke videreført, da arbeidslivslovutvalget NOU 2004-5 s.442 mente bokstav c i § 9-4 fanget opp slike tilfeller. Dette taler klart for at det er adgang til å gjennomføre rusmiddeltesting dersom det foreligger konkret mistanke, og ruspåvirkningen vil medføre fare for liv eller helse.

Hvilke yrker som kan komme inn under ordlyden, må avgjøres konkret ut fra hver enkelt stilling.

Et eksempel på stillinger hvor ruspåvirkning kan medføre en konkret, nærliggende og sannsynlig fare for arbeidstakeren selv, er feiere. Dersom feieren er ruspåvirket og dermed ikke er så aktsom som han ellers ville ha vært, kan dette medføre alvorlige ulykker, i verste fall døden.

En yrkesgruppe som kan representere en konkret, nærliggende og sannsynlig fare for liv og helse til samfunnet for øvrig, er flygeledere. Innehavere av disse stillingene skal sikre at flytrafikken går riktig for seg. En uoppmerksom arbeidstaker vil i disse tilfellene kunne medføre stor fare for liv og helse, både for de i luften og de på bakken.

⁵⁰ NOU 2001: 4 s. 88 flg

⁵¹ NOU 2001: 4 s. 104

8.5 Forskriftshjemmel

I bestemmelsens annet ledd er det gitt adgang til å gi forskrifter om ”vilkårene for å kreve medisinske undersøkelser etter denne paragraf”. Denne adgang til å gi forskrifter må knytte seg til bokstav b og c, da bestemmelsene som etter bokstav a hjemler medisinske undersøkelser, ofte vil ha egne forskrifter. Denne forskriftshjemmelen er per i dag (02. mai 2008) ikke blitt benyttet. Den nærmere forståelsen av vilkårene i bokstav b og c er dermed per dags dato lagt til rettspraksis, arbeidslivet, og den juridiske teori.

9 Konsekvenser av at reglene om kontrolltiltak ikke overholdes

Under dette punktet vil jeg drøfte ulike konsekvenser i forbindelse med rusmiddeltesting. Dette i forhold til manglende drøfting, konsekvensene av urettmessig gjennomførte rusmiddeltester, konsekvensene av å nekte å gjennomføre test og konsekvensene av en eventuell positiv test.

9.1 Konsekvensene av manglende drøfting

Som tidligere nevnt under punkt 5, har bestemmelsen i aml § 9-2 karakter av å være en ordensbestemmelse. Dette innebærer at kontrolltiltaket som gjennomføres uten forutgående drøfting ikke i seg selv er ulovlig eller urettmessig.

Dersom kontrolltiltaket skulle avdekke omstedigheter som gjør at arbeidstakeren for eksempel skulle bli avskjediget eller oppsagt, vil imidlertid den manglende drøftingen være et moment i den generelle saklighetsvurderingen som skal gjøres ved oppsigelse og avskjed. I ytterste konsekvens kan dermed manglende drøfting medføre at kontrolltiltaket blir ansett som urettmessig. Dersom kontrolltiltaket blir å anse som urettmessig, og konsekvensene av dette, vil bli nærmere behandlet i det følgende.

9.2 Nekte å gjennomføre rusmiddeltest

Konsekvensene vil her være litt annerledes alt etter om det dreier seg om en arbeidssøker eller en arbeidstaker.

Dersom det dreier seg om en arbeidssøker vil en nektelse av å gjennomføre en rusmiddeltest komme inn i den generelle vurderingen av om den arbeidssøkende er rett person til jobben. Dersom rusmiddeltesten er nødvendig i forhold til stillingen, vil en nektelse kunne innebære at arbeidssøkeren ikke blir vurdert i forhold til stillingen, ettersom søkeren da ikke vil oppfylle kravene som stilles til innehaver av stilling. Eksempelvis kan vises til krav til gyldig helseerklæring for losaspiranter. Dette er nærmere behandlet i punkt 8.1..3.

Dersom det er tale om en arbeidstaker, vil denne konsekvensvurderingen slå noe annerledes ut. Dette vil særlig være begrunnet i det lojalitetsforhold som foreligger i et ansettelsesforhold, og den styringsretten som tilligger arbeidsgiver. Dersom arbeidstakeren nekter å gjennomføre en rusmiddeltest kan dette anses som brudd på lojalitetsplikten. Dersom vilkårene som skissert under punkt 7 og 8 er oppfylt, kan også en nektelse medføre brudd på plikter som er en naturlig følge av arbeidsforholdet, slik at nektelsen kan få følger i forhold til arbeidsforholdet. Slike følger kan i ytterste konsekvens innebære oppsigelse eller ved særlig skjerpene omstendigheter, avskjed.

Forarbeidene⁵² skisserer mulige konsekvenser for arbeidstakere som nekter å medvirke til gjennomføringen av kontrolltiltak. Det uttales her at slike overtredelser ”bedømmes på basis av de alminnelige regler om mislighold av plikter i arbeidsforhold”. Dette medfører at de oppsigelses- og avskjedsreglene kan komme til anvendelse ved nektelse fra arbeidstaker om å gjennomføre kontrolltiltak, herunder også rusmiddeltest.

Et eksempel fra rettspraksis hvor arbeidstaker nektet å rette seg etter pålegg fra arbeidsgiver, finnes i avgjørelse fra LA-1998-857 (Agder lagmannsrett). Saken handlet om arbeidstaker som nektet å delta på kurs som var nødvendig for hans stilling som dataansvarlig. Oppsigelse ble ansett rettmessig ettersom arbeidstakeren hadde fått flere advarsler om konsekvensene av å nekte å delta på kursene. Denne avgjørelsen har overføringsverdi ved vurderingen om

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) pkt 12.6.2

mulige konsekvenser av nektelse av å gjennomføre kontrolltiltak, herunder rusmiddeltest. Dersom gjennomføringen av rusmiddeltest er nødvendig for utøvelsen av stillingen, vil oppsigelse kunne anses saklig. Ettersom en rusmiddeltest vil medføre en såpass inngripende art av kontroll, vil terskelen for å ilegge slike sanksjoner som nevnt ovenfor være meget høy.

I forhold til arbeidstaker, vil det være et moment om det er tale om konkret mistanke eller ordinær kontroll som foranlediget nektelsen. Dersom forespørsel om rusmiddeltest har bakgrunn i konkret mistanke, og denne er rettmessig, vil en nektelse være mer alvorlig enn dersom det dreier seg om en ordinær stikkprøvekontroll.

I avgjørelse inntatt i NAD 1981 s.371 (Eidsivating lagmannsrett), ble arbeidstaker avskjediget på grunn av at han unndro seg kontrolltiltak på grunn av skjellig grunn til mistanke. I denne saken var det tale om kontroll av arbeidstakerens bil på grunn av mistanke om svinn fra produksjonsanlegget ved at de ansatte flyttet over kjøtt i sine privatbiler før arbeidstiden begynte. Den avskjedigede var avdelingsleder ved produksjonsavdelingen, og ble kontrollert etter at to av de øvrige ansatte hadde blitt konfrontert med sitt underslag, og i denne sammenheng hadde opplyst arbeidsgiver om at avdelingslederen også hadde vært med på dette. Avdelingslederen innehadde en betrodd stilling, i og med at han hadde 30 mann under seg, og det var derfor av særlig interesse for bedriften å avklare mistanken så fort som mulig. Avdelingslederen samtykket først i kontroll, men ønsket å flytte bilen til et mer usjenert sted. Etter avdelingslederen hadde vært innom kontoret sitt for å hente bilnøkklene, fulgt av bedriftens driftslederassistent. På tur bort til bilen begynte avdelingslederens plutselig å løpe, startet bilen, og kjørte ut gjennom porten, selv om driftslederassistenten prøvde å stoppe ham, men måtte kaste seg til siden for ikke å bli påkjørt. Lagmannsretten la i denne saken vekt på det tillitsbrudd denne opptreden representerte, ga virksomheten medhold i at det var adgang til å gi arbeidstakeren avskjed med øyeblikkelig virkning. Av dette kan utledes at dersom det dreier seg om en særlig gro form for unndragelse av kontroll, vil i ytterste tilfelle også avskjed kunne aksepteres som sanksjon.

9.3 Positiv rusmiddeltest

Hvilke konsekvenser en eventuell positiv test vil ha, vil i likhet med nektelse, være ulikt i forhold til om det dreier seg om en arbeidssøker eller en arbeidstaker.

I likhet med å nekte å gjennomføre rusmiddeltest, vil en positiv test bare kunne få betydning i forhold til den helhetsvurdering som foretas i forbindelse med ansettelse av den arbeidssøkende.

For den som allerede er arbeidstaker kan en positiv rusmiddeltest få konsekvenser for arbeidsforholdet, slik som oppsigelse og avskjed. Dette spesielt dersom det er et krav om edruelighet i stillingen. En positiv test vil således innebære et brudd på lojalitetsplikten arbeidstakeren har til å holde seg rusfri.

Dersom oppsigelse eller avskjed skulle bli aktuelt, må dette gjennomføres i tråd med reglene i § 15-7 og § 15-14.

For oppsigelse vil det i slike tilfeller være alternativet ”arbeidstakers forhold” som blir aktuelt. Også i forhold til denne bestemmelsen er det et krav om saklighet. Dette følger av ordlyden, ”saklig begrunnet i (...) arbeidstakers forhold”. En naturlig språklig forståelse av ordlyden tilsier her at det må være tale om forhold som arbeidstaker selv er å bebreide. Dersom det er krav om edruelighet knyttet til stillingen, og arbeidstaker ikke overholder dette krav, vil ordlyden være oppfylt ved positiv avlagt rusmiddeltest.

Dersom avskjed skal bli aktuelt må den positive testen representere et grovt pliktbrudd i forhold til kravet om edruelighet. Den positive rusmiddeltesten vil således måtte fremstå som særdeles klanderverdig før avskjed kan gis.

I forhold til å ilegge såpass strenge sanksjoner som oppsigelse og avskjed, er det et moment om det dreier seg om en engangsforeteelse eller om det tidligere er blitt gitt advarsler for lignende forhold. Arbeidstaker bør få mulighet til å rette opp feil før slike sterke sanksjoner velges.

Ved avgjørelsen om avskjed eller oppsigelse kan gis som reaksjon på en positiv test, vil det være et moment om det er gjennomført AKAN-opplegg⁵³ for arbeidstakeren dersom dette finnes i virksomheten. Ettersom tilknytningen til AKAN er frivillig, taler dette for at tilknytningen ikke er avgjørende for om det er adgang til å gi arbeidstakeren oppsigelse eller avskjed. Imidlertid vil hensynet til likebehandling av arbeidstakere jfr aml § 1-1 første ledd bokstav b, tale for at dersom det foreligger AKAN-retningslinjer, bør disse følges. Rettspraksis⁵⁴ har uttalt at arbeidsgiver bare i ”særlig alvorlige tilfeller har adgang til ikke å følge AKAN-retningslinjene”. Av samme avgjørelse gjengis det fra AKANs opplæringsperm, hvor det følger at det ”hører til arbeidsgivers styringsrett å kunne bringe arbeidsavtaler til opphør. Denne retten har arbeidsgiver ikke fraskrevet seg ved å inngå en AKAN-avtale ved bedriften”⁵⁵. Av dette fremkommer det klart at arbeidsgiver ikke er avskåret fra å gi avskjed eller oppsigelse selv om det foreligger et AKAN-opplegg i virksomheten.

For yrker hvor det kreves autorisasjon, er det et fellestrekk at en positiv rusmiddeltest kan medføre tilbakekall av autorisasjonen, jfr helsepersonelloven § 57. Eksempelvis kan vises til HPN 2007- 24 som er omtalt tidligere i forbindelse med helsepersonelloven se punkt 8.1.7.

Et eksempel fra rettspraksis hvor ruspåvirkning ble godtatt som avskjedsgrunn, finnes i NAD 1987 s.742 (Lofoten herredsrett). I denne saken var det tale om en fyrbetjent som hadde møtt beruset på vakt, og han hadde også mottatt flere advarsler. Retten la i denne saken til grunn at beruselse i tjenesten var avskjedsgrunn, og la vekt på sikkerheten for de sjøfarende.

I avgjørelsen inntatt i Rg 1984 s.1060 (Nordre Sunnmøre herredsrett) var det tale om avskjed grunnet i gjentatt fravær på grunn av festing. Lagmannsretten kom i denne saken til at arbeidstakers gjentatte fravær innebar et grovt pliktbrudd som kunne berettigede avskjed. Det var også et moment i premissene at det var gitt flere advarsler.

⁵³ Arbeidslivets kompetansesenter for rus- og avhengighetsproblematikk. AKAN er et trepartssamarbeid mellom LO, NHO og staten, men er ikke en medlemsorganisasjon. Formålet med AKAN er å forebygge rusproblematikk i norsk arbeidsliv, bidra til å gi ansatte med rusproblemer tilbud om behandling, samt å gjøre ansatte og ledere i stand til å gripe fatt i risikofylt rusmiddelbruk. Mer informasjon om AKAN finnes på deres hjemmesider www.akan.no

⁵⁴ Rt. 1999 s.163 (s.169)

⁵⁵ Rt. 1999 s.163 (s.170)

Det finnes lite rettspraksis knyttet til sanksjoner ilagt på bakgrunn av positiv rusmiddeltest. En årsak til dette kan være det strenge beviskrav som kreves for å ilegge sanksjoner det er tale om.

Som en alternativ reaksjon til oppsigelse og avskjed, kan tenkes omplassering av arbeidstaker i en annen stilling. Dette er en mildere reaksjon på den positive rusmiddeltesten. Arbeidstaker beholder da inntektsgivende arbeid, selv om dette ikke nødvendigvis er det samme som tidligere. En slik omdisponering kan være midlertidig eller permanent. En midlertidig omplassering kan være aktuelt inntil arbeidstaker har fått kontroll over problemet, eksempelvis begynt på avvenning eller startet behandlingsopplegg. Det kan tenkes tilfeller hvor arbeidstaker blir midlertidig omplassert den aktuelle dag det blir påvist positiv test, slik at han ikke utgjør fare for liv eller helse den aktuelle dagen. Dersom omplassering skulle bli ansett nødvendig fordi arbeidstaker anses uskikket til stillingen, vil normalt dette medføre en advarsel for brudd på arbeidsavtalen. Eksempel på omplassering er politimann fra patruljerende tjeneste til kontortjeneste.

9.4 Konsekvensene av en ulovlig/urettmessig rusmiddeltest

Dersom testen er gjennomført urettmessig i forhold til vilkårene oppstilt i aml kapittel 9, blir det blant annet et spørsmål om testens bevisverdi i en eventuell senere oppsigelses- eller avskjedssak.

Utgangspunktet i norsk rett er fri bevisførsel jfr lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90 (i det følgende tvl) § 21-3. Spørsmålet blir således om ulovlig innhentet rusmiddeltest, kan tillates ført som bevis i den aktuelle oppsigelses- eller avskjedssak. Det følger av tvl § 22-7 at retten i ”særlige tilfeller” kan nekte å føre bevis som er innhentet på ”utilbørlig måte”.

Det blir så et spørsmål om urettmessig innhentet rusmiddeltest, er bevis innhentet på ”utilbørlig måte”. Etersom det er tale om rusmiddeltest innehentet i strid med vilkårene i aml kapittel 9, vil et slikt bevis raskt innebære bevis innehentet på ”utilbørlig måte”. Dette fordi det da vil være tale om bevis innehentet i strid med lovregel. Av rettspraksis følger imidlertid at det ikke er krav om brudd på en klar lovregel, men at det er tilstrekkelig at beviset er skaffet

til veie på en illojal og støtende måte⁵⁶ eller på en slik måte at innhenting representerer et inngrep i den personlige integritet, og ut fra alminnelig personvern hensyn gjør beviset uakseptabelt⁵⁷.

Hvorvidt retten skal nekte en urettmessig innhentet rusmiddeltest ført som bevis, vil bero på en helhetsvurdering ut fra en avveining av flere momenter. Hensyn som taler for å tillate beviset ført, er hensynet til sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsipp. Hensyn som taler mot er hensyn til den personlige integritet, hvorvidt føring av beviset vil innebære en fortsatt krenkelse, alvorligheten av en eventuell fortsatt krenkelsen, hvorvidt den innhentede rusmiddeltest er innhentet i strid med de materielle eller de prosessuelle reglene, om overtredelsen har betydning for bevisverdien, hvorvidt det ville vært mulig å skaffe til veie opplysningene på en annen måte. Dersom retten skulle komme til at beviset ikke skal tillates ført, må det foreligge særlig tungtveiende grunner som taler for dette. Dette utledes direkte ut fra ordlyden ”særlige tilfeller”. Av ordlyden fremkommer at det bare i unntakstilfeller skal nektes ført.

I forhold til de overordnede hensyn, hensynet til sakens opplysning og det materielle sannhetsprinsipp, vil det kunne være av særlig betydning å klarlegge hvorvidt arbeidstakeren har et rusproblem eller ei. Dette kan være ut fra sikkerhetshensyn, miljøhensyn, hensyn til virksomhetens omdømme og hensynet til produktivitet.

En urettmessig innhentet rusmiddeltest vil kunne innebære et grovt tinnngrep i den personlige integritet. Dette moment vil tale mot å tillate beviset ført.

Hvorvidt innhenting av urettmessig rustest vil fremstå som en fortsatt krenkelse, må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. Måten testen er blitt innhentet på, vil her være av særlig betydning. Hvorledes testen er innhentet, vil også få betydning i forhold til vurderingen av alvorligheten av krenkelsen. Dersom arbeidstaker eksempelvis er blitt tvunget til å avgi utåndingsprøve foran de øvrige kolleger, er dette et moment som vil tale mot å tillate beviset ført. Dette på grunn av den psykiske påkjenning en slik gjennomføring kan få for arbeidstakeren.

⁵⁶ Rt. 1997 s. 795 Spørsmålet i denne saken var om et lydbåndopptak skulle anses som ulovlig ervervet bevis, og eventuell avskjæring av dette beviset.

⁵⁷ Rt. 1991 s.616. Saken handlet om hemmelig videoovervåking skulle tillates ført som bevis.

Ytterligere et moment i forhold til om beviset skal nektes ført, er om det foreligger brudd på de materielle eller de prosessuelle reglene. Som nevnt under den tidligere drøftelse i punkt 5, har de prosessuelle reglene i forbindelse med kontrolltiltak preg av å være ordensregler, hvilket innebærer at tiltaket som sådan ikke nødvendigvis blir urettmessig alene på grunn av at saksbehandlingsreglene ikke er blitt fulgt. I forhold til de materielle reglene stiller dette seg noe annerledes. Dette har nær sammenheng med hvilke rettsgoder reglene søker å ivareta. De materielle reglene rundt kontrolltiltak tar sikte på å verne om arbeidstakernes personlige integritet. Dersom disse reglene ikke følges, vil dette kunne fremstå som et overgrep.

Det er også et moment i helhetsvurderingen om bevisverdien til beviset svekkes på grunn av at innhenting av beviset har skjedd på en "utilbørlig måte". Dersom rusmiddeltesten gir et sikkert resultat med tanke på avdekking av ruspåvirkning eller ei, gir beviset i så måte et ja eller nei svar. Bevisverdien av beviset kan således ikke anses svekket på grunn av den urettmessige innhenting.

Avslutningsvis er det et moment hvorvidt det ville vært mulig å skaffe til veie opplysninger på en annen måte. Ettersom det i denne sammenhengen er tale om rusmiddeltesting, vil det bli spørsmål om på hvilken måte testen ble gjennomført på. Dersom testen ble innhentet på en sikker og egnet måte, slik at det ga et pålitelig og entydig svar, taler dette for at det ikke foreligger andre måter å innhente testen på. Dersom den urettmessige testen består i en balansetest, er det klart at denne testen ikke er fullt ut pålitelig, og opplysningene burde vært skaffet til veie på en annen måte.

Dersom beviset etter dette nektes ført, kan dette medføre at arbeidsgiver ikke har skalig grunn til å gå til oppsigelse av arbeidstaker.

Et eksempel fra rettspraksis hvor bevis ble avskjært på grunn av at beviset var fremskaffet i strid med § 9-1 finnes i Rg. 2007 s.55 (Borgarting lagmannsrett). Retten fant i dette tilfellet at beviser, kontrollrapporter, ikke skulle tillates ført, da kontrollen hadde hatt et provokasjonslignende preg, og hadde dels vært gjennomført i arbeidstakers hjem. Det ble også lagt vekt på at formålet med kontrollen ikke hadde blitt forsøkt ivaretatt på en mindre inngripende måte. Mer om sakens faktum finnes under punkt 7.2.1 ovenfor.

I en annen avgjørelse inntatt i Rg. 2002 s. 162 (Gulating lagmannsrett) ble det ulovlige ervervede videoopptak tillatt ført. Dette fordi det forelå en konkret mistanke om straffbare forhold, og fordi gjennomføringen var egnet til å avklare mistanken, og tiltaket ikke representerte et uforholdsmessig inngrep i arbeidstakernes integritet.

Dersom det er tale om en urettmessig gjennomført rusmiddeltest, vil arbeidsgiver kunne straffes etter strafferettsbestemmelsene som er gitt i aml kapittel 19. Bestemmelsen i § 19-1 setter straff for ”innehaver av virksomhet, arbeidsgiver eller den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten” som ved ”forsettelig eller uaktsom overtredelse av bestemmelse (...) gitt i eller i medhold av denne lov”. Av annet ledd fremkommer at ved ”særlig skjerpene omstendigheter” er strafferammen inntil to års fengsel. I forbindelse med problemstillingen i denne oppgaven, vil ikke alternativet i annet ledd være av særlig av betydning, da det rammer de forhold hvor overtredelsen først og fremst har eller kunne ha hatt alvorlige farer for liv eller helse.⁵⁸

For arbeidstaker vil en uberettiget avskjed på grunn av ulovlig innehentet rusmiddeltest kunne gi krav på erstatning. Dette dersom avskjed fremstår som en for streng reaksjon. Dette utledes fra rettspraksis⁵⁹ hvor arbeidstaker er blitt tilkjent erstatning for urettmessig avskjed, men hvor vilkårene for saklig oppsigelse vil være til stede.

10 Konklusjon

Bestemmelsene som reguler adgangen til å foreta medisinske undersøkelser, er vagt utformet. Kildene som klarlegger det nærmere innhold i reglene kan være vanskelig tilgjengelig, da mye av vurderingene bygger på momenter som er utviklet gjennom rettspraksis. Et moment som taler for at disse reglene burde vært klarere utformet, er det faktum at det som oftest er ikke-jurister som anvender reglene. I forhold til å ivareta arbeidssøkeres og arbeidstakeres rettssikkerhet, og sikre disse mot overgrep, taler mye for klarere utformede regler. Hensynet som taler mot klare utformede regler, er at dette kan resultere i en uoversiktlig lovregulering, og en lovregulering som ikke fanger opp alle variasjoner innenfor arbeidslivet. Dette særlig med tanke på de ulike virksomheter som fins. Reglene bygger også på en bred utøvelse av

⁵⁸ Rt.2001 s.110 hvor høyesterett uttaler seg generelt litt om hvordan dette annet ledd er å forstå, ordlyd tilsvarende lik i aml 1977.

⁵⁹ Rt. 2001 s.1253

skjønn for å bestemme hvorvidt vilkårene er oppfylt, dette fordi bestemmelsene legger opp til en konkret helhetsvurdering. Dette kan innebære en uforutsigbarhet for arbeidstakerne. Dette taler for at reglene burde vært klarere utformet.

11 Kilder

11.1 Lov

- Lov om pliktmessig avhold for personer i visse stillinger fra nytelse av alkohol eller annet berusende eller bedøvende middel 16. juli 1936 nr. 2
- Vegtrafikklov 18. juni 1965 nr. 4
- Lov om militær disiplinærmyndighet 20. mai 1988 nr. 32
- Lov om lostjenesten m.v. 16. juni 1989 nr. 59
- Lov om luftfart (luftfartsloven) 11. juni 1993 nr. 101
- Lov om politiet (politiloven) 4. august 1995 nr. 53
- Lov om petroleumsvirksomhet 29. november 1996 nr. 72
- Lov om helsepersonell m.v. 02. juli 1999 nr. 64
- Lov om yrkestransport med motorvogn og fartøy (yrkestransportlova) 21. juni 2002 nr. 45
- Lov om personell i forsvaret 2. juli 2004 nr. 59
- Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) 17.
- Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) 17. juni 2005 nr. 90
- Lov om skipssikkerhet (skipssikkerhetsloven) 16. februar 2007 nr. 9

11.2 Forskrifter

- Forskrift 19. oktober 2001 nr. 1309 om helseundersøkelse av arbeidstakere på skip
- Forskrift 12. november 1990 nr. 1164 om helsekrav for personer i petroleumsvirksomhet
- Forskrift 28. juni 1974 nr. 3 om legeundersøkelse av loser og losaspiranter

11.3 Forarbeider

- Ot.prp. nr. 22 (1994-1995) Om lov om politiet (politiloven)

- NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting, bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslovet. (Breistein-utvalget)
- NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget
- Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid, og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

11.4 Rettspraksis

Høyesterett

- Rt 1991 s. 616
- Rt 1997 s. 795
- Rt. 1999 s.163
- Rt 2001 s. 110
- Rt. 2001 s.1253
- Rt.2005 s.518

Lagmannsrettene og tingrettene

- NAD 1981 s. 371 (Eidsivating lagmannsrett)
- Rg. 1984 s. 1060 (Nordre Sunnmøre herredsrett)
- NAD 1987 s. 742 (Lofoten herredsrett)
- LA-1998- 857 (Agder lagmannsrett)
- Rg. 2002 s. 162 (Gulating lagmannsrett)
- Rg. 2007 s. 56 (Borgarting lagmannsrett)
- Rg. 2007 s. 855 (Frostating lagmannsrett)

Øvrige domstoler

- ARD 1951 s. 201
- ARD 1978 s.110
- HPN 2007-24 vedtak fra statens helsepersonellnemnd.

11.5 Juridisk litteratur

- Jakhelln, Henning, *Oversikt over arbeidsretten*, 4. utgave (Oslo 2007)

- Storeng, Nils H., Tom H. Beck og Arve Due Lund, *Arbeidslivets spilleregler* (Oslo 2006)
- Jakhelln, Henning og Helga Aune, *Arbeidsmiljøloven 2005 – en introduksjon* (Oslo 2006)
- Jakhelln, Henning og Helga Aune, *Arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven* (Oslo 2005)
- Studentavhandling fra Oslo, *Arbeidsgivers kontrolladgang – rusmiddelttesting av ansatte i et rettslig perspektiv*, (Oslo 2004) Avhandlingen finnes elektronisk på <http://www.jussportalen.no/index.php?site=jussportalen/1740/1817&id=87595> (17. april 2008)
- Jakhelln, Henning, *Artikkelsamling i arbeidsrett*, (Oslo 2000)
- Dege, Jan Tormod, *Arbeidsgivers styringsrett, Bind I, Ytre rammevilkår og arbeidsavtalen* (Oslo 1995)

11.6 Øvrige kilder

- Hovedavtalen mellom Landsorganisasjonene i Norge (LO) og Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) 1. januar 2006 – 31. desember 2009
- Artikkel publisert på TV2 sine nettsider (4. mai 2008) <http://www.tv2.no/arkiv/nyhetene/utenriks/article91298.ece>