

# Adgang til å innhente informasjon om og legge vekt på sykefravær ved vurdering av kandidats egnethet for en stilling

2.5.2022 (2022/1364)

Saken gjelder spørsmål om en kommune hadde adgang til å innhente opplysninger om en søkers sykefravær som ledd i en ansettelsesprosess, og om kunnskap om tidligere sykefravær kunne vektlegges ved vurderingen av om søkeren var egnet for stillingen. Det var også et spørsmål om opplysningene ble innhentet på korrekt måte. Videre er det et spørsmål om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtak om ansettelse ble fattet, og om kommunen hadde adgang til å ansette en søker som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten.

Sivilombudet har kommet til at kommunen ikke har godtgjort at det var nødvendig å innhente opplysninger om klagers sykefravær, herunder opplysninger om årsaken til dette fraværet, ved vurdering av om hun var kvalifisert for en stilling som helsefagarbeider i kommunens hjemmetjeneste. Årsaken til sykefraværet var ikke tilstrekkelig kartlagt, og kommunen kunne derfor ikke legge til grunn at det var sannsynlig med tilsvarende fravær i stillingen klageren hadde søkt på.

Kommunen hadde dessuten ikke adgang til å hente ut opplysningene om klagers sykefravær direkte fra hennes

personalmappe, og kommunens administrasjon skulle ikke levert ut disse opplysningene.

Siden kommunen har opplyst at sykefraværet var den eneste grunnen til at hun ikke fikk tilbud om fast stilling som helsefagarbeider, noe som også støttes av dokumentene i saken, synes klager å ha blitt urettmessig forbigått. Ombudet ber om at kommunen vurderer hva som kan gjøres for å rette opp den urett som er gjort mot klager.

## Sakens bakgrunn

A (heretter klager) henvendte seg 25. juni 2021 til Sivilombudet med en klage over å ha blitt forbigått ved ansettelse i stilling som helsefagarbeider i hjemmetjenesten i X kommune (heretter kommunen).

Kommunen hadde lyst ut to faste deltidsstillinger som helsefagarbeider med søknadsfrist 28. april 2021. I utlysningen ble det blant annet søkt etter en person med «Fagbrev/norsk autorisasjon som helsefagarbeider/hjelpepleier». Under punktet om personlige egenskapet i utlysningsteksten sto det blant annet at kommunen la «stor vekt på tilstedeværelse og stabilitet hos [sine] medarbeidere». Vedtak om ansettelse ble fattet 21. mai 2021. Det ble bare ansatt en person, den andre stillingen ble holdt åpen. Personen som ble ansatt hadde ikke fagbrev eller norsk autorisasjon som helsefagarbeider eller hjelpepleier.

Klageren har opplyst at hun fikk oppgitt at det bare var sykefraværet hun hadde hatt det siste året som var årsaken til at hun ikke fikk tilbud om stillingen. Vedlagt klagen fulgte en utskrift av sykefraværet hun hadde hatt siden 30. april 2020, hvor det blant annet fremgikk at omtrent en tredjedel av fraværet var registrert som «Egenmelding – Korona relatert». Det resterende fraværet var dokumentert gjennom egenmelding eller legemelding.

## Våre undersøkelser

I brev 23. august 2021 ble kommunen bedt om å opplyse om klagers sykefravær var den eneste grunnen til at hun ikke ble ansatt. Siden klager hadde vært ansatt i en deltidsstilling på en skole i kommunen, samtidig som hun også hadde hatt noen ekstravakter i kommunens helsevesen, spurte vi om hvilken stilling fraværet gjaldt og hvor stor prosentandel av stillingen fraværet utgjorde. Det ble videre spurt om hvorfor det ikke hadde blitt lagt vekt på at klager selv hadde opplyst at hun ikke

regnet med mye fravær fremover, og om det var lagt vekt på at en tredjedel av fraværet var registrert som Covid-19-relatert.

Vi spurte også om hvordan ansettelsesutvalget i kommunen hadde blitt kjent med sykefraværet, og om opplysninger om sykefravær er noe arbeidsgiver har adgang til å innhente, sett i lys av den begrensede adgangen til å innhente helseopplysninger som følger av arbeidsmiljøloven § 9-3. Videre ble det spurt om det bare var klagers sykefravær som var vektlagt ved vurderingen av om hun skulle ansettes, eller om det var andre opplysninger som var avgjørende for beslutningen om ikke å tilby klager én av de to ledige stillingene. Avslutningsvis ble kommunen spurt om det stemte at den som ble ansatt i den ene stillingen ikke oppfylte kvalifikasjonskravene kommunen selv hadde satt.

Kommunen opplyste at tilstedeværelse og stabilitet hadde vært et tema i intervjuet under punktet om personlige egenskaper. Flere ganger i løpet av intervjuet hadde det blitt vist til at nærvær var noe som ble sterkt vektlagt, da hjemmetjenesten hadde hatt store utfordringer med høyt sykefravær. Klager hadde opplyst at fravær hadde vært en utfordring tidligere, men at hun hadde tatt grep og at dette hadde bedret seg. I intervjuet hadde ikke klager fortalt om fraværet hun hadde hatt i vikariatet i skolesektoren.

Klagers referanser hadde på direkte spørsmål opplyst at hun hadde hatt noe fravær, men at dette ikke hadde vært problematisk. Arbeidsgiver hadde etter dette innhentet oversikt over hvilket sykefravær klager hadde hatt det siste året fra kommunens administrasjon. Slik saken er opplyst hit synes denne innhentingene ikke å ha vært avklart med klager.

Ansettelsesutvalget hadde fått opplyst antall fraværsdager, men ikke årsaken til fraværet. Som svar på ombudets undersøkelse opplyste kommunen at fraværet det var lagt vekt på, var i vikariatet klager hadde hatt i skolesektoren. Kommunen hadde ikke sett på hvor stort fraværet var prosentmessig i forhold til stillingsprosent, men at «det var fravær på svært mange av månedene i perioden». Kommunen svarte ikke direkte på om den hadde adgang til å innhente disse opplysningene, eller om en slik innhenting var i samsvar med arbeidsmiljøloven § 9-3.

Det ble videre opplyst at det utelukkende var klagers fravær som var årsaken til at hun ikke fikk tilbud om stilling. Tjenesten stillingen tilhørte hadde slitt med stort sykefravær, opp mot 25 %, over lang tid, og kommunen mente derfor det var behov for stabilitet hos den som ble ansatt.

Arbeidsgiver hadde ikke vurdert årsaken til at klageren hadde hatt fravær, bare klagerens samlede fravær i en periode på ni måneder, samt at fraværet hadde vært noenlunde stabilt i denne perioden.

Den som ble ansatt hadde ikke fagbrev eller autorisasjon, men det ble opplyst at han hadde startet på den nødvendige fagutdanningen. Kommunen opplyste at den har praksis for å legge til rette for at ansatte som ønsker det skal gis mulighet til å ta utdanning kombinert med jobb.

Klager kom 15. oktober 2021 med merknader til kommunens svar. Hun viste til at selv om hun hadde en 50 %-stilling i skolen, så arbeidet hun hver dag, og at noe av fraværet var forårsaket knyttet

til et avsluttet behandlingsopplegg, som hadde medført heldagsfravær. Hun opplyste også at hun, siden januar 2021, i nesten fem måneder før vedtak om ansettelse ble fattet, hadde hatt vakter i kommunens hjemmetjeneste uten å ha fravær derfra.

Kommunen kom ikke tilbake med ytterligere merknader i saken.

## **Sivilombudets syn på saken**

### **1. Problemstilling**

Saken reiser spørsmål om kommunen hadde adgang til å innhente opplysninger om søkerens sykefravær, og i så fall om opplysningene ble innhentet på korrekt måte.

Det er videre spørsmål om det er adgang til å legge vekt på kjennskap til tidligere sykefravær i en ansettelsesprosess, og i så fall om saken var tilstrekkelig opplyst før vedtak om ansettelse ble fattet.

Vi har også tatt stilling til om kommunen hadde adgang til å ansette en søker som ikke oppfylte kvalifikasjonskravene i utlysningsteksten.

### **2. Det rettslige grunnlaget for ansettelse i offentlig sektor**

Ansettelser i det offentlige skal skje i samsvar med kvalifikasjonsprinsippet. For statlig sektor er kvalifikasjonsprinsippet lovfestet i statsansatteloven i § 3 som lyder:

«(1) Den best kvalifiserte søkeren skal ansettes eller utnevnes i ledig stilling eller embete, med mindre det er gjort unntak i lov eller forskrift.

(2) Ved vurderingen av hvem som er best kvalifisert, skal det legges vekt på utdanning, erfaring og personlig egnethet, sammenholdt med kvalifikasjonskravene som er fastsatt i utlysningsteksten.»

Det er sikker rett at kvalifikasjonsprinsippet også gjelder i kommunal og fylkeskommunal sektor, og med det samme rettslige innholdet som for statlig sektor.

Målet i en ansettelsessak er å finne frem til den søkeren som etter en samlet vurdering anses best kvalifisert for stillingen. Vurderingen skal skje med utgangspunkt i kvalifikasjonskravene som er angitt i utlysningsteksten, samt eventuelle lov- og avtalefestede krav.

Arbeidsgiver har vid adgang til, innenfor rammen av gjeldende rett og saklige kvalifikasjoner for den konkrete stillingen, selv å bestemme hvilke kvalifikasjoner som er nødvendige. Det er samtidig slik at utlysningsteksten som velges, binder arbeidsgiver. Søkerne må oppfylle de kvalifikasjonskrav som er angitt i utlysningen. Fyller kandidaten de formelle kvalifikasjonskravene, vil øvrige momenter

som ønskede kvalifikasjoner, relevant arbeidserfaring, utdanning og søkerens personlige egnethet, inngå i den samlede vurderingen av hvilken søker som er best kvalifisert.

Etter forvaltningsloven § 2 annet ledd er vedtak om ansettelse i offentlig forvaltning et enkeltvedtak. Forvaltningen har derfor plikt til å «påse at saken er så godt opplyst som mulig før vedtak treffes», jf. forvaltningsloven § 17 første ledd.

### **3. Adgangen til å innhente informasjon om søkers tidligere sykefravær**

#### **3.1 Er det adgang til å be om opplysninger om tidligere sykefravær?**

Arbeidsmiljøloven begrenser adgangen til å innhente eller be om, helseopplysninger om søkere. Det følger av arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd:

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

I merknadene til bestemmelsen, under punkt 25 i forslaget til ny arbeidsmiljølov (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)), står det at begrepet helseopplysninger skal forstås som:

«[I]nformasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.

Bestemmelsen er uttømmende med hensyn til hvilke helseopplysninger som kan innhentes i ansettelsesprosessen. Det er således ikke anledning til å innhente samtykke for å hente inn helseopplysninger som ikke er «nødvendige».

Departementet viser til at begrepet helseopplysninger er ment å forstås slik Breisteinutvalget definerte begrepet i NOU 2001:4 «Helseopplysninger i arbeidslivet», se forslag til § 30 A i utvalgets innstilling.

Flertallet i utvalget hadde foreslått at det i tillegg skulle fastslås at opplysninger om tidligere sykefravær ikke skulle regnes som helseopplysninger. På dette punkt var departementet ikke enig med utvalgets forslag, og kom til at det ikke skulle åpnes for en generell adgang til å spørre om tidligere sykefravær, se proposisjonens (Ot.prp. nr. 49 (2004-2005)) punkt 12.6.4:

«Breisteinutvalget foreslo dessuten en regel om at arbeidsgiver uansett skal kunne stille spørsmål om tidligere sykefravær, og begrunnet standpunktet med at slike opplysninger kan være nødvendige for å vurdere arbeidssøkerens evne til å utføre arbeidet. Breisteinutvalget presiserte samtidig at årsaken til sykefraværet var omfattet av forbudet om å be om eller kreve helseopplysninger. Et mindretall i Breisteinutvalget påpekte at det i praksis ikke vil være mulig å ta opp spørsmål om tidligere sykefravær uten at også spørsmål om personens

helsetilstand samtidig vil måtte komme opp. Departementet er enig i dette og finner, i likhet med Arbeidslivslovutvalget, det ikke hensiktsmessig å foreslå en slik regel.»

Det er ikke helt klart om departementet her mener at omfanget av tidligere sykefravær er omfattet av begrepet «helseopplysninger» i arbeidsmiljøloven § 9-3, eller om konklusjonen om at det ikke skal åpnes for en generell adgang til å spørre om tidligere sykefravær er en direkte følge av at opplysninger om tidligere sykefravær ikke er egnet til å vurdere søkerens fremtidige arbeidsevne uten at de helsemessige årsakene til sykefraværet blir kartlagt samtidig.

Etter ombudets syn er det ikke nødvendig å ta stilling til om opplysning om tidligere sykefravær er omfattet av begrepet «helseopplysning» i arbeidsmiljøloven § 9-3. For at opplysninger om tidligere sykefravær skal være relevant for vurderingen av en søkers arbeidsevne, må arbeidsgiver også kunne stille spørsmål om årsaken til det tidligere sykefraværet. Det er lite tvilsomt at årsaken til sykefravær er å anse som en helseopplysning. Vilåret for å hente inn informasjon om årsak til tidligere sykefravær, er at det er opplysninger det er nødvendig å kartlegge for å avklare om søkeren kan utføre arbeidsoppgavene i stillingen, jf. arbeidsmiljøloven § 9-3.

### **3.2 Var nødvendighetskravet oppfylt i denne saken**

Som nevnt ovenfor er det bare adgang til å be om helseopplysninger der slike opplysninger er «nødvendige for å utføre de arbeidsoppgaver som knytter seg til stillingen».

Det vil si at forutsetningen for å kunne hente inn opplysninger om sykefravær og årsaken til dette, er at arbeidsgiver kan knytte dette til et legitimt behov for å klarlegge søkerens fremtidige evne og egnethet til å utføre arbeidsoppgavene. Det er ikke adgang til å be om flere eller andre opplysninger enn de som kan knyttes til evnen til å utføre stillingen.

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) under punkt 12.6.4 drøfter departementet arbeidsgivers behov for å innhente helseopplysninger som ledd i en ansettelsesprosess:

«Departementet deler Arbeidslivslovutvalgets oppfatning om at det er behov for å regulere arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger i en ansettelsesprosess. Formålet med en slik regulering vil være å hindre at arbeidstakere på urimelig grunnlag holdes ute fra arbeidslivet. Spørsmålet har således nær sammenheng med den særlige reguleringen om vern mot diskriminering i arbeidslivet, som også omfatter ansettelsesprosessen. Samtidig er det klart at arbeidsgiver i en ansettelsesprosess ofte vil ha et sterkt saklig behov for å avklare visse sider ved den arbeidssøkendes helsetilstand. Dette kan for eksempel være spørsmål om å imøtekomme offentlige krav til et trygt arbeidsmiljø eller å søke å unngå å ansette personer som viser seg ikke å være skikket til arbeidet. Som også Arbeidslivslovutvalget peker på, er det viktig å påse at regler som setter grenser for arbeidsgivers innhenting av opplysninger ved ansettelse samtidig ivaretar arbeidsgivers legitime behov i ansettelsessituasjonen.»

Om innholdet i nødvendighetskravet skriver departementet:

«[K]ravet om «nødvendighet» [må] knyttes til «de oppgaver som knytter seg til stillingen». Det ligger i kravet til nødvendighet at det kun er de strengt saklige formål som kan ivaretas. Samtidig er det etter departementets oppfatning viktig at skjønnsstemaet gis en så romslig fortolkning at arbeidsgivers legitime behov blir ivaretatt. Dette betyr at arbeidsgiver ikke bare må kunne spørre om arbeidssøker er i stand til å greie fysiske oppgaver som stillingen innebærer. Arbeidsgiver må for eksempel også kunne stille spørsmål om forhold som vil kunne ha betydning for å tilpasse arbeidsmiljøet og lignende, herunder om arbeidstaker lider av en sykdom som er uforenlig med den aktuelle stilling. Det skal imidlertid ikke være tillatt å stille generelle spørsmål om risiko for fremtidige sykdommer eller helseproblemer.»

I denne saken hadde kommunen i utlysningsteksten oppgitt et særskilt behov for tilstedeværelse og stabilitet hos de ansatte, og dette behovet ble gjentatt for søkerne under intervjuene. Kommunen har opplyst at den delen av helsetjenesten stillingen tilhørte, hadde slitt med stort sykefravær over lang tid. Arbeidsgiver mente derfor at det var et særskilt behov for stabil tilstedeværelse hos den som ble ansatt. Spørsmålet er om opplysningene om søkerens tidligere fravær, herunder årsaken til dette fraværet, kunne innhentes fordi opplysningene i dette tilfelle var nødvendig for å vurdere om søkeren kunne «utføre de arbeidsoppgaver som knyttet seg til stillingen».

Det fremgår uttrykkelig av forarbeidene til arbeidsmiljøloven at det ikke er noen generell adgang til å spørre eller hente inn opplysninger om en søkers tidligere sykefravær. Lavt sykefravær er noe alle arbeidsgivere generelt vil ha et ønske om, og stort fravær hos andre ansatte vil i seg selv ikke uten videre kunne begrunne innhenting av helseopplysninger.

Ombudet ser imidlertid ikke bort fra at kommunen i denne stillingen hadde et behov for å avklare om den ansatte ville være i stand til å dekke tjenestemottakernes behov for en stabil tjeneste, uten for mye fravær eller bruk av vikarer. Men det var dette behovet som i så fall skulle være førende for hvilke opplysninger det var nødvendig å hente inn. Opplysninger om tidligere sykefravær og årsaken til dette måtte følgelig være egnet til å si noe om sannsynligheten for at søkeren ville ha den nødvendige stabiliteten for den aktuelle tjenesteproduksjonen.

Basert på hvordan saken er opplyst for ombudet kan kommunen vanskelig sies å ha godtgjort at den kartleggingen av klagers tidligere sykefravær som ble foretatt, var nødvendig i relasjon til arbeidsmiljøloven § 9-3.

#### **4. Hvordan kan helseopplysninger hentes inn**

Dersom nødvendighetskravet skulle ha vært oppfylt, er det videre et spørsmål hvordan opplysningene kunne hentes inn. Det fremgår av sakens dokumenter at søkerens tidligere sykefravær først ble forsøkt avklart i intervju, deretter ble søkerens referanser spurt om hun hadde fravær, før arbeidsgivers representant ba om og fikk innsyn i de opplysningene som var lagret om klager i hennes personalmappe i kommunen.

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 9-3 vises det til at når det er nødvendig å få helseopplysninger fra en søker, er det adgang til å spørre en søker direkte om opplysninger knyttet til søkerens arbeidsevne. Det må legges til grunn at arbeidsgiver vil ha adgang til å verifisere opplysningene søkeren selv har gitt i samtale med søkerens egne referanser. Dersom arbeidsgiver ikke anser søkers egne opplysninger, eller de opplysninger som er gitt fra referansene, som tilstrekkelige, er det et spørsmål om det er adgang til å hente inn opplysningene på annen måte.

I denne saken hadde kommunens administrasjon oversikt over klagerens sykefravær fordi hun også var ansatt i en annen sektor i kommunen. Spørsmålet er derfor om kommunen kunne gjenbruke informasjon som allerede fantes i egne registre.

Arbeidsgivers behandling av ansattes personopplysninger reguleres blant annet av personopplysningsloven, som inkorporerte EUs personvernsforordning EU 2016/679 (GDPR) i norsk rett. Opplysning om en ansatts sykefravær er en «opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person», og er dermed å anse som en personopplysning etter GDPR artikkel 4 første ledd nr. 1.

Ombudet legger til grunn at lagringen av opplysningene om klagerens tidligere sykefravær og delvis årsaken til dette, var legitim i egenskap av at kommunen var hennes arbeidsgiver, jf. GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav b. De delene av opplysningene som klart må være å anse som helseopplysninger (at søkeren hadde koronarelatert fravær), hadde kommunen også adgang til å lagre, jf. GDPR artikkel 9 nr. 2. Ombudet har ikke funnet grunn til å foreta en nærmere vurdering av om generelle opplysninger om sykefravær, uten at årsaken til sykefraværet er oppgitt, er å anse som en helseopplysning etter bestemmelsene i GDPR. Spørsmålet i denne saken er om arbeidsgivers representant i ansettelsesprosessen hadde adgang til å hente ut informasjonen om tidligere sykefravær direkte fra kommunens eget register, og om kommunens administrasjon hadde adgang til å levere ut denne informasjonen til bruk i en ansettelsesprosess.

Det følger av GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav b at personopplysninger skal «samles inn for spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål og ikke viderebehandles på en måte som er uforenlig med disse formålene.»

Både arbeidsmiljøloven § 5-1 fjerde ledd og folketrygdloven § 25-2 første ledd pålegger arbeidsgivere å lagre statistikk over ansattes sykefravær. Informasjon om sykefravær må dessuten lagres for at arbeidsgiver skal kunne ivareta både egne og den ansattes rettigheter etter folketrygdloven, blant annet til sykepenger etter folketrygdloven kapittel 8. Formålene med innsamling og lagring av opplysninger av sykefravær er dermed å følge opp kommunens lovbestemte plikter etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven og folketrygdloven.

I forarbeidene til ny personopplysningslov, Prop. 56 LS (2017-2018), står det følgende under punkt 6.6 om viderebehandling (gjenbruk) av personopplysninger samlet inn for et konkret formål:



«Dersom det nye formålet ikke er forenlig med innsamlingsformålet, må viderebehandlingen ha grunnlag i lov eller samtykke. At viderebehandlingen må ha grunnlag i lov eller samtykke, innebærer at lovgrunnlaget eller samtykket må knytte seg til selve viderebehandlingen for uforenlige formål. Det er med andre ord ikke tilstrekkelig med et alminnelig behandlingsgrunnlag og et eventuelt supplerende rettslig grunnlag i den forbindelse; det kreves i tillegg et grunnlag for viderebehandlingen. Konsekvensen av at det ikke finnes et grunnlag for viderebehandlingen, er at opplysningene må samles inn på nytt dersom de skal behandles for det nye formålet.»

I forarbeidene til arbeidsmiljøloven § 9-3 står det at samtykke ikke tillates som hjemmelsgrunnlag for innhenting av helseopplysninger. Det er følgelig ikke mulig å omgå lovens krav om at det skal være gjort en konkret nødvendighetsvurdering av behovet for å hente inn opplysninger om begrunnelsen for tidligere sykefravær, ved å be om et samtykke fra søkeren. Som nevnt ovenfor vil opplysninger om tidligere sykefravær ikke ha noen selvstendig verdi, uten at det samtidig er adgang til å hente inn opplysninger om årsaken til fraværet. Dette innebærer blant annet at gjenbruk av opplysninger om tidligere sykefravær, for eksempel til bruk i en ansettelsessak, ikke kan skje på bakgrunn av søkers samtykke, men må ha hjemmel i lov.

I Karnovs lovkommentarer til artikkel 5 nr. 1 bokstav b (på [www.lovdato.no](http://www.lovdato.no)), står det følgende om formålsbegrensningen:

«[P]ersonopplysninger [skal kun] samles inn for spesifikke, uttrykkelig angitte og berettigede formål. De skal ikke behandles videre på en måte som er uforenlig med disse. Prinsippet var angitt også i personopplysningsloven 2000, slik at tidligere avgjørelser er relevante fremdeles.

[...]

Kravet om at formålene skal være «spesifikke» betyr at hvert formål skal beskrives. Kravet om at formålet skal være «berettiget», må forstås ut fra den aktivitet og virksomhet som drives av den behandlingsansvarlige. Det at personopplysningene ikke kan brukes til formål som er uforenlige med det opprinnelige formålet, betyr også at de kan brukes til formål som er forenlige med det opprinnelige formålet».

Opplysninger om sykefravær samles som nevnt ovenfor inn for helt spesifikke, lovbestemte formål; for å oppfylle arbeidsgivers lovbestemte plikter til å føre statistikk, og for å sikre arbeidsgivers og arbeidstakers rettigheter etter bestemmelsene i folketrygdloven. Arbeidsgiver har normalt ikke rett til å få vite årsaken til sykemeldingen. I perioden denne saken gjelder var det blant annet egne regler for lengden på arbeidsgiverperioden for koronarelatert fravær, slik at fravær knyttet til korona ble registrert som dette i kommunens registre, men dette er et unntak fra hovedregelen om årsaken til sykefravær ikke registreres.

Høyesterett har i Rt. 2013 s. 142 behandlet en sak som gjaldt gjenbruk av personopplysninger etter bestemmelsene i personopplysningsloven av 2000 §§ 8 bokstav f og 11 første ledd bokstav c.

Flertallet viste i avsnitt 43 til at opplysninger som et renovasjonsselskap hadde samlet inn til «å innføre systemet [for] å bedre administrasjonen og driften av selskapets oppgaver – herunder å innarbeide arbeidsplaner og kartlegge og normere tidsforbruk på rutene» var et annet formål enn å bruke de innsamlede opplysningene til «å kontrollere om arbeidstakerne overholdt sine arbeidsplikter». Høyesterett konkluderte derfor med at gjenbruk av opplysningene samlet inn for effektiviseringsformål ikke kunne benyttes til kontroll av om arbeidstakerne utførte oppgavene sine.

I avsnitt 47 skriver flertallet at for at gjenbruk av personopplysninger skal være legitimt må «senere behandling [av personopplysninger samlet inn til uttrykkelig angitte og saklige formål] ikke [...] være uforenlig med disse formål». Om forholdet mellom formålet med den opprinnelige innsamlingen og bruken til å kontrollere ansatte skriver flertallet i avsnitt 55:

«Jeg tar utgangspunkt i det jeg allerede har sagt om at den nye bruken av opplysningene hadde et annet formål enn den opprinnelige bruken. Det kan nok hevdes at det er et visst slektskap mellom å utarbeide arbeidsplaner og kartlegge og normere tidsforbruk på rutene på den ene side og på den annen side kontroll med at arbeidet blir utført tilfredsstillende. Her dreide det seg imidlertid om kontroll av en arbeidstaker i den hensikt å avdekke mulige konkrete brudd på vedkommendes arbeidsplikter. Jeg kan vanskelig se annet enn at dette klart var et annet formål enn det opprinnelige.»

Selv om opplysningene om klagers sykefravær var lagret i kommunen, altså hos samme arbeidsgiver som hun søkte stilling hos, kan bruken av disse opplysningene til å vurdere hennes egnethet for en annen stilling i kommunen, vanskelig sies å ligge innenfor det opprinnelige innsamlingsformålet.

Slik ombudet ser det hadde ikke kommunens personalavdeling adgang til å utlevere disse opplysningene, jf. GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav b. Arbeidsgivers representant hadde ikke adgang til å be om opplysningene, til bruk i vurderingen av om klager skulle ansettes i en annen stilling i kommunen, jf. arbeidsmiljøloven § 9-3 første ledd.

## **5. Var saken tilstrekkelig opplyst før det ble fattet vedtak**

Gitt at kommunen hadde et legitimt behov for å avklare søkernes arbeidsevne i stillingen, er det også et spørsmål om den kartleggingen som ble gjort var egnet til å sikre at saken var tilstrekkelig opplyst før vedtaket om ansettelse ble fattet, jf. forvaltningsloven § 17.

Klageren var kjent med kommunens ønske om tilstedeværelse og stabilitet i stillingen. På direkte spørsmål fra arbeidsgiver opplyste klager i intervjuet at hun ikke anså det som sannsynlig at det ville bli mye fravær. Slik saken er opplyst hit hadde ikke klageren fravær fra de vaktene hun hadde hatt i helsetjenesten, etter hun begynte å ta ekstravakter i januar 2021. Dette underbygget hennes tilbakemelding om at hun ikke regnet med mye fravær i denne konkrete stillingen.

Kommunen synes ikke å ha undersøkt nærmere hvorfor klageren ikke mente sykefravær ville bli problematisk, eller om det faktisk forelå helsemessige forhold som ville medføre problemer med å utføre arbeidsoppgavene i stillingen. Sett i lys av at klager erkjente at hun tidligere hadde hatt helsemessige utfordringer, som på et tidspunkt flere år tilbake i tid hadde gjort det krevende å jobbe som helsefagarbeider, ville det vært naturlig at det ble forsøkt kartlagt hvorfor klager selv mente dette ikke lenger var en utfordring.

Når arbeidsgiver tok opp behovet for tilstedeværelse i intervjuet skulle klageren både fått informasjon om at arbeidsgiver ønsket mer konkrete opplysninger om alle typer fravær det siste året, også eventuelt fraværet fra stillingen hun hatt i stillingen i skolesektoren. Hun skulle også ha blitt bedt om å avklare om årsaken til dette fraværet var noe hun antok ville kunne føre til tilsvarende fravær i stillingen hun hadde søkt på.

I innstillingen til ansettelsesutvalget vises det til et «svært høyt fravær» som begrunnelse for at klager ikke ble innstilt, uten at dette er utdypet eller dokumentert i særlig grad. Undersøkelsene av denne saken viser at 12 av de 32 dagene med fravær var registrert som «Korona relatert», altså sykefravær som vil kunne ha vært knyttet til særlige regler som påla fravær i situasjoner som normalt ikke vil medføre sykefravær hos en ansatt. Videre har klager selv opplyst enkeltdagene hun var fraværende i mars og april 2021 var knyttet til et avsluttet behandlingsopplegg som medførte legemeldt heldagsfravær på grunn av reisevei til og fra behandlingen. Selv om hun jobbet i en deltidstilling, jobbet hun hver dag, og det var dermed ikke en mulighet for henne å legge behandlingen til fridager.

Kommunen skrev i sin innstilling at det er «dokumentert fravær for alle måneder unntatt en måned fra slutten av august til begynnelsen av april». Disse opplysningene stemmer heller ikke med den informasjonen ombudet har fått forelagt verken fra kommunen og klageren selv. Fra mai til begynnelsen av september 2020 hadde klageren ikke sykefravær. I perioden september 2020 til april 2021 var det videre flere av månedene det ikke var registrert fravær. Om lag halvparten av fraværet i perioden september 2020 til mars 2021 var dessuten registrert som Covid 19-relatert.

Innstillingen inneholder ikke opplysninger som tilsa at dette var en stilling med et særskilt behov for lavt sykefravær, ut over det som må regnes som normalt fravær. Det var heller ikke informasjon i innstillingen som tilsa at det var kartlagt forhold som tilsa at søker ikke ville ha evne til å utføre arbeidsoppgavene i stillingen, eller at det var gitt informasjon til arbeidsgiver som medførte at det var klart at sykefraværet ville fortsette på samme nivå dersom klager ble ansatt.

Selv om kommunen skulle ha godtgjort at det i denne stillingen var nødvendig å kartlegge klagers tidligere sykefravær og årsaken til dette som ledd i en avklaring av hennes arbeidsevne, kan saken uansett ikke sies å ha vært tilstrekkelig opplyst før det ble fattet vedtak. Forutsetningen for å kunne legge vekt på tidligere sykefravær ved vurdering av om en søker er kvalifisert for en stilling er både at årsaken til fraværet er kjent, og at årsaken vil kunne innvirke på søkerens evne til å utføre oppgavene i stillingen det er søkt på.

Opplysningene som ble lagt frem for ansettelsesrådet var mangelfull og misvisende. Både fordi de inneholdt direkte feil og fordi opplysningene ikke inneholdt noen nærmere informasjon om hvorfor det var grunn til å tro at klagers tidligere sykefravær faktisk ville ha innvirkning på hennes evne til å utføre arbeidsoppgavene i stillingen. Saken var dermed ikke tilstrekkelig opplyst før det ble fattet vedtak, jf. forvaltningsloven § 17.

## **6. Kvalifikasjonsvurderingen og forholdet til utlysningsteksten**

Formålet med utlysningsteksten er å gjøre vilkårene for ansettelsen kjent for potensielle søkere. Det er kvalifikasjonene som fremgår av utlysningsteksten som er utgangspunktet for vurderingen av om en søker er kvalifisert.

I utlysningsteksten til denne stillingen ble det søkt etter en person med «Fagbrev/norsk autorisasjon som helsefagarbeider/hjelpepleier». Det fremgikk ikke av utlysningsteksten at dette var et krav som kunne fravikes, eller at det kunne være aktuelt med ansettelse på vilkår om at relevant utdanning ble påbegynt og/eller fullført. Personen som ble ansatt i stillingen hadde ikke denne kvalifikasjonen, men hadde startet på den nødvendige fagutdanningen. Dersom kommunen anså det som tilstrekkelig at en søker hadde påbegynt utdannelsen, skulle dette ha fremgått av utlysningsteksten. Det er derfor klart at kommunen har ansatt i strid med egen utlysningstekst.

Videre viser dokumentene at klager samlet sett ble vurdert som bedre kvalifisert enn den som ble ansatt. Ombudet har både fått oversendt notater fra intervjuet, samt et skjema der de som er intervjuet har blitt vurdert på en skala fra én til fem på flere punkter. Omtalen av inntrykket etter intervjuet i innstillingen, samsvarer heller ikke med det som fremgår av notater fra intervjuet med klager, eller den samlede vurderingen som er gjort av klageren etter intervjuet, hvor hun jevnt over har fått en god score på alt som er vurdert.

Slik saken er opplyst hit, synes klager å ha blitt urettmessig forbigått ved ansettelsen. Da ansettelsen er gjennomført, og den som ble ansatt i stillingen ikke er part i saken her, har er dette ikke av betydning for hans ansettelsesforhold i kommunen. Ombudet ber om at kommunen vurderer tiltak for å rette opp den urett som er gjort mot klager.

## **Konklusjon**

Sivilombudet har kommet til at kommunen ikke har godtgjort at det var nødvendig å innhente opplysninger om klagers sykefravær, herunder opplysninger om årsaken til dette fraværet, ved vurdering av om hun var kvalifisert for en stilling som helsefagarbeider i kommunens hjemmetjeneste. Kommunen har heller ikke sørget for tilstrekkelig kartlegging av årsaken til sykefraværet, og kunne derfor ikke legge til grunn at det var sannsynlig at klageren ville ha tilsvarende fravær i stillingen hun hadde søkt på. Kommunen har opplyst at sykefraværet var den eneste grunnen til at hun ikke fikk tilbud om fast stilling som helsefagarbeider i kommunen, noe

som også støttes av dokumentene i saken. Klager ble urettmessig forbigått da hun ikke fikk tilbud om en stilling.

Kommunen hadde ikke adgang til å hente ut opplysningene om klagers sykefravær direkte fra hennes personalmappe, og kommunens administrasjon skulle ikke ha levert ut disse opplysningene

Ombudet ber om at kommunen vurderer hva som kan gjøres for å rette opp den urett som er gjort mot klager. Det bes om en tilbakemelding på resultatet av vurderingen innen utgangen av juni 2022.

2.5.2022 (2022/1364)