

Barne- likestillings- og inkluderingsdepartementet
Postboks 8036 Dep
0030 OSLO

12/6321

12/01211-2/AHO

10. januar 2013

Datatilsynets høringsuttalelse: Åpenhet om lønn - lønnsstatistikker og opplysningsplikt

Det vises til høringsbrev av 13. september 2012 med frist for uttalelse den 13. desember 2012.

Etttersom Datatilsynet ble uteglemt fra høringslisten, har tilsynet fått fristutsettelse til innen utgangen av uke tre 2013.

Datatilsynet vil i det følgende gi uttalelse om begge lovforslagene.

1. Innledning

Lovforslagene omhandler bruk av personopplysninger, nærmere bestemt lønnsopplysninger om ansatte. Datatilsynet finner det derfor hensiktsmessig å knytte noen innledende kommentarer til dette samt personopplysningsloven.

En lønnsopplysning om den enkelte ansatte er en personopplysning etter personopplysningsloven (pol) § 2 nr. 1. Rettslig sett er det ikke tale om en sensitiv opplysning slik dette er definert i pol § 2 nr. 8, men det er tale om en opplysning som i mange sammenhenger må anses som følsom. Dette er fremholdt allerede i forarbeidene til personopplysningsloven, jf ot prp nr 92 (1998-99) side 104. Det er også Datatilsynets erfaring at mange oppfatter slike opplysninger som følsomme. Det kan som eksempel nevnes publisering av skattelister som jevnlig har ført til en rekke henvendelser til Datatilsynet, noe som illustrerer at åpenhet om lønn for mange kan by på ubehag.

Med utgangspunkt i at det er følsomme personopplysninger vil hensynet til den enkeltes personvern i alminnelighet gjøre seg gjeldende med styrke, og dette igjen vil innvirke både på når bruken av slike opplysninger rettslig sett er og bør være akseptabelt. Det må tas tilbørlig hensyn til personvernet til den hvis lønnsopplysninger skal behandles.

Personopplysningsloven vil i utgangspunktet regulere arbeidsgivers bruk av lønnsopplysninger om den enkelte. I praksis vil arbeidsgiver ta i bruk elektroniske hjelpemidler i sin behandling av lønnsopplysningene eller opplysningene vil inngå i et

manuelt personalregister, og man er da innenfor lovens saklige virkeområde, jf pol § 3. Arbeidsgiver vil være behandlingsansvarlig, jf pol § 2 nr 4, for sin bruk av opplysningene. Ansvarer omfatter både at grunnkravene til behandlingen i personopplysningsloven er oppfylt, og at informasjonssikkerheten og internkontrollen er tilfredsstillende ivaretatt, samt at behandlingen for øvrig finner sted i samsvar med loven og personopplysningsforskriften.

De fleste arbeidsgivere behandler normalt lønnsopplysninger om den enkelte ansatte i forbindelse med oppfyllelse av arbeidsavtalen – utbetaling av avtalt lønn – og i forbindelse med lovpålagte plikter, for eksempel rapporteringsplikter til det offentlige. Behandling av lønnsopplysninger er også naturlig i forbindelse med utarbeiding av budsjetter og regnskap. Arbeidsgiver vil i slike tilfeller selvfølgelig ha rettslig grunnlag i pol § 8 for denne bruk av opplysningene – enten i form av at det foreligger lovhjemmel eller ut fra nødvendighetskriterier, jf pol § 8 bokstav a-f.

Lovforslagene legger opp til plikt for arbeidsgiver til å utarbeide lønnsstatistikk for virksomheten fordelt på kjønn, og plikt til å utlevere konkrete lønnsopplysninger i bestemte tilfeller. Det er grunn til å understreke at begge deler innebærer en form for behandling som faller innunder personopplysningsloven. Utarbeiding av statistikk nødvendiggjør sammenstilling og bearbeidende av de konkrete opplysningene, hvilket er å anse som behandling av personopplysninger. Utlevering er også en behandling av personopplysninger, jf pol § 2 nr 2.

De foreslåtte lovendringene vil innebære lovhjemmel for arbeidsgiver til en bestemt type behandling av lønnsopplysninger som ellers ikke ville være tillatt uten eksempelvis samtykke fra den ansatte (den registrerte), og følgelig vil kravet om rettslig grunnlag i pol § 8 være på plass.

2. Lønnsstatistikk

Datatilsynet kan ikke se at det gjør seg gjeldende særlige personvern hensyn slik lovforslaget er presentert.

Som nevnt over vil arbeidsgivers sammenstilling og bearbeidning av den enkeltes lønnsopplysninger som nødvendigvis må til for å utarbeide statistikken, være en behandling av personopplysninger i lovens forstand, men ettersom dette er informasjon arbeidsgiver allerede har, byr ikke dette på nevneverdige personvernutfordringer.

Departementet forutsetter tydelig i sitt forslag, jf høringsnotatet pkt. 2.6.3, at selve statistikken må være av en slik karakter at den enkeltes lønn ikke blir identifisert. Dette er Datatilsynet enig i. Så lenge den enkeltes lønn direkte eller indirekte ikke vil utleveres gjennom statistikken, vil ikke statistikken utgjøre personopplysninger i personopplysningslovens forstand, og hensynet til personvernet vil normalt være tilstrekkelig ivaretatt.

Det bør stilles et absolutt krav om at statistikken utformes slik at opplysningene ikke kan knyttes til enkeltperson. For å synliggjøre dette mener Datatilsynet at det bør tas inn i

lovteksten, for eksempel med en formulering om at ”statistikken skal ikke være egnet til å identifisere den enkelte ansattes lønn”. Dette vil synliggjøre det overordnede personvern hensyn. Så lenge statistikken er anonym for den enkelte, vil heller ikke personopplysningsloven komme til anvendelse.

De nærmere retningslinjer for hvordan arbeidsgiver kan gå frem for å ivareta anonymitetskravet, bør etter tilsynets oppfatning skje i en veileder utarbeidet og tilgjengeliggjort av departementet og/eller Likestillings- og diskrimineringsombudet. Det er viktig med god og lett tilgjengelig veiledning, og det vil neppe være tilstrekkelig å bare veilede i forarbeidene. Datatilsynet peker i den forbindelse på at departementet i pkt. 2.6.3 (side 21) gir uttrykk for at det bør være tilstrekkelig at det fremheves i forarbeidene at statistikken skal utformes i samsvar med personopplysningslovens regler. Personopplysningsloven sier imidlertid ingenting om hvordan statistikk skal utformes. Den oppstiller heller ingen særskilte krav som sådan til statistikk for at bruken av den skal være lovlig. Statistikk som identifiserer enkeltpersoner er ikke per definisjon forbudt etter personopplysningsloven. Personopplysningsloven regulerer hva som anses som en personopplysning – nemlig opplysninger og vurderinger som kan knyttes til enkeltperson, jf pol § 2 nr 1. Hvis statistikken ikke er tilstrekkelig anonym for den enkelte vil man stå overfor en personopplysning, og bruk av denne krever da blant annet et rettslig grunnlag etter personopplysningsloven. Etter omstendighetene kan bruk av statistikk som ikke er tilstrekkelig anonym kunne være lovlig etter personopplysningsloven. Poenget etter lovforslaget er imidlertid at statistikken skal utformes slik at den ikke faller innunder personopplysningsloven, og dette støtter Datatilsynet.

Når det gjelder antall personer som bør inngå i gruppen det presenteres lønnsstatistikk over, mener Datatilsynet – som departementet – at det bør være minst fem av hvert kjønn. Normalt bør det være tilstrekkelig for at hensynet til den enkeltes anonymitet er ivaretatt. Etter Datatilsynets oppfatning må minstekravet om fem av hvert kjønn gjelde uavhengig av om det er yrke på 3.siffernivå eller 4.siffernivå, jf høringsnotatet pkt. 2.7.3. Eksempelvis bør det også i statistikkeksempelen på side 28 i høringsnotatet være slik at statistikken forutsetter minst fem kvinner og fem menn i det aktuelle yrket. Fra tabellen fremkommer at yrket ”kokker” for eksempel skal presenteres med andel kvinner i prosent samt gjennomsnittslønn for menn og kvinner i gruppen. Dersom det er 10 kokker, hvorav 1 kvinne, vil andelen kvinner være 10 %, mens angivelsen av gjennomsnittslønn kvinner og menn i praksis blir en utlevering av den aktuelle kvinnens lønn. Også her kreves det at det er nok kvinner og menn i gruppen – minst fem av hver – for at anonymiteten skal ivaretas.

Det er grunn til å understreke at statistikk basert på små grupper kan være personvernrettslig krevende. Jo mindre gruppene blir, desto større fare er det for at en eller flere indirekte blir utlevert. Det kan være vanskelig på forhånd å overskue om slik statistikk i det enkelte tilfelle kan være egnet til å identifisere og utlevere en opplysning om en enkeltperson. Det kan tenkes at forholdene i en virksomhet gjør at en veiledende regel om minst fem av hvert kjønn ikke er tilstrekkelig for å sikre anonymiteten til en eller flere i gruppen. Av disse grunner bør ikke størrelsen på gruppene inn i lovteksten ettersom utgangspunktet om fem av hvert kjønn kun er av veiledende karakter.

Tilsynet finner også grunn til å fremheve at etter omstendighetene kan gode grunner tale for å gi særlige grupper et gruppevern. Der det er tale om å presentere opplysninger om en liten gruppe, og opplysningene kan oppleves belastende eller ubehagelig, kan det ut fra personvern hensyn være grunn til å unngå det. For en liten gruppe lavtlønnede i en virksomhet kan en statistikk være veldig synliggjørende og følsom for dem som inngår i gruppen selv om statistikken ikke avslører nøyaktig hva den enkelte tjener.

I forlengelsen av dette ser man at det kan oppstå tilfeller hvor det krever en nærmere avklaring av om arbeidsgiver skal utarbeide statistikken eller ikke. For eksempel at en arbeidsgiver akkurat kommer innenfor de veiledende reglene, men samtidig ser at det foreligger spesielle forhold som gjør at enkeltpersoners lønn muligens vil bli utlevert gjennom statistikken indirekte. Spørsmålet blir hvordan arbeidsgiver skal løse dette. Skal arbeidsgiver utarbeide statistikken ut fra hensynet til likestilling og likelønnsarbeidet, men da bryte intensjonen om at statistikken skal være anonym for den enkelte og muligens krenke personvernet? Eller skal arbeidsgiver la hensynet til anonymiteten og personvernet gå foran, med den konsekvens at arbeidsgiver ikke får det statistiske virkemiddel i likestillingsarbeidet? Og hvem skal eventuelt avgjøre om statistikken skal utarbeides i slike grensetilfeller, eventuelt kontrollere om statistikken er i henhold til lovverket? Skal Likestilling- og diskrimineringsombudet innenfor sin kontroll- og håndhevingsmyndighet pålegge arbeidsgiver å utarbeide statistikken fordi ombudet mener arbeidsgiver i henhold til lovforslaget er forpliktet til dette? Samtidig er saken kanskje klaget inn til Datatilsynet, som kommer til at statistikken ikke vil være tilstrekkelig anonym og følgelig utgjøre en personopplysning som arbeidsgiver ikke har rettslig grunnlag for å behandle fordi lovhjemmelen som pålegger arbeidsgiver statistikkplikten forutsetter anonymitet, og dermed nedlegger forbud?

De sistnevnte problemstillinger vil nok i praksis sjelden gjøre seg gjeldende, men illustrerer samtidig at lovforslagene kan by på sammensatte juridiske utfordringer som må finne sin løsning. Høringsnotatet fra departementet berører ikke dette.

Avslutningsvis under punktet om statistikk vil Datatilsynet knytte en kommentar til spørsmålet om statistikken skal være offentlig.

Sett fra et personvernståsted vil det viktigste være at statistikken utformes slik at ingen enkeltpersoners konkrete lønnsopplysninger blir utlevert direkte eller indirekte gjennom den. Anonymitet vil være det beste virkemiddel for å unngå eventuelle personvern krenkelser. Gitt forutsetningen i lovforslaget om anonymitet vil spørsmålet om offentliggjøring ikke by på særlige personvernrettslige utfordringer.

3. Opplysningsplikt

Datatilsynet forstår lovforslaget og høringsnotatet slik at departementet i denne runde ikke legger opp til en vurdering av spørsmålet om det bør være en opplysningsplikt. Slik tilsynet forstår det har regjeringen gjennom tidligere høringsrunder – i forbindelse med NOU 2009:14 – landet på at de beste grunner tilsier at det bør være en slik plikt. Spørsmålet i denne omgang er hvem som skal kunne kreve opplysningene, hvordan hensynet til personvernet skal ivaretas ved eventuell utlevering og hvilke diskrimineringsgrunnlag plikten skal gjelde.

Datatilsynet finner likevel grunn til å fremheve at tilsynet ikke ble invitert til høringen av NOU 2009:14 da spørsmålet om opplysningsplikt var oppe. Dette til tross for at problemstillingen i sin kjerne er en avveining av hensynet til åpenhet om lønn som virkemiddel mot lønnsdiskriminering mot hensynet til personvernet til den hvis lønnsopplysninger utleveres. Problemstillingen er på mange måter lik den rettslige vurderingsnormen som følger av pol § 8 bokstav f – nemlig om foreligger det en berettiget interesse i bruken av personopplysningen som overstiger hensynet til personvernet til den opplysningen angår.

Sett fra vår side vil dog problemstillingen ut fra personvern hensyn antakelig ikke være om det bør foreligge en eller annen form for opplysningsplikt, men hvordan denne bør utformes for å være minst mulig personverninnngripende.

Til spørsmålet om hvem som bør ha rett til å kreve opplysningene, mener Datatilsynet at denne retten bør ligge til den arbeidstakeren som mistenker seg lønnsdiskriminert. Opplysningsplikten er ment å styrke muligheten for den som mener seg lønnsdiskriminert, til å undersøke forholdene. Det er et virkemiddel for å sikre den enkeltes rett til ikke å bli lønnsdiskriminert, og da bør innsynsretten ligge til vedkommende. Tilsynet har vanskelig for å se at det vil ha personverndempende effekt å legge retten til noen andre. De beste personverndempende virkemidlene i denne sammenheng er etter Datatilsynets oppfatning bruk av taushetsplikt og informasjonsplikt til den hvis opplysninger utleveres.

Personopplysningsloven bygger blant annet på en tanke om at den som behandler personopplysninger skal gjøre dette ut fra klart definerte formål og at opplysningene skal behandles med konfidensialitet. I dette ligger blant annet at opplysningene skal brukes kun til formålet og opplysningene ikke skal spres unødvendig, men bare være tilgjengelig for dem som trenger disse i den behandlingsansvarliges virksomhet. Ved utlevering av opplysninger vil bruk av taushetsplikt være et effektivt virkemiddel for uønsket spredning og fortsatt kontroll på opplysningen.

Datatilsynet støtter forslaget om bruk av taushetsplikt. Taushetsplikten vil klart synliggjøre at arbeidstaker må behandle lønnsopplysningene konfidensielt. Tilsynet mener – som departementet – at eventuelt brudd på taushetsplikten ikke bør belegges med straff.

Arbeidsgivers plikt til å utlevere lønnsopplysningene må etter Datatilsynets oppfatning korrespondere med en tilsvarende plikt for arbeidsgiver til å orientere den hvis opplysninger som er utlevert. Det vil stride mot helt grunnleggende personvern hensyn om opplysningene skal utleveres uten at den det gjelder skal få vite om det. Prinsippet om åpenhet må gjelde begge veier. Personopplysningsloven kapittel 3 er tuftet på dette synspunkt og oppstiller informasjonsplikt ved behandling av opplysninger – herunder krav til at den registrerte skal få vite hvem opplysningene eventuelt skal utleveres til.

Det bør gis informasjon om hvem lønnsopplysningene er utlevert til og at utlevering har skjedd på bakgrunn av mistanke om lønnsdiskriminering.

Informasjon til den hvis opplysninger som blir utlevert vil også kunne motvirke uønsket snoking ettersom den som krever innsyn må være forberedt på at dette blir kjent av den lønnsopplysningene angår. Det vil antakelig føre til at den som ber om innsyn, ikke tar lett på dette, men gjør det når det er rimelig grunn til det. Åpenhet vil også ha den fordel at alle parter ser at meningen med innsynet ikke er å snoke i den enkeltes lønn, men kontrollere at arbeidsgiver ikke lønnsdiskriminerer. For den som får sine opplysninger utlevert, vil det da kunne være lettere å akseptere, hvilket er personvernmessig gunstig ettersom det skaper bedre balanse.

Selv om personopplysningsloven har regler om informasjonsplikt for den behandlingsansvarlige til fordel for den registrerte, mener Datatilsynet at plikten til å informere den hvis opplysninger som blir utlevert, bør lovfestes særskilt i tilknytning til lovteksten for øvrig. Dette fordi personopplysningslovens regler om informasjonsplikt – som for så vidt gjelder for arbeidsgiveren – er mindre egnet til å fange opp informasjonsbehovet og informasjonsplikten for denne særlige behandlingen av personopplysning det her er tale om å lovfeste. For å tydeliggjøre denne plikten, bør dette inn i den foreslåtte lovteksten.

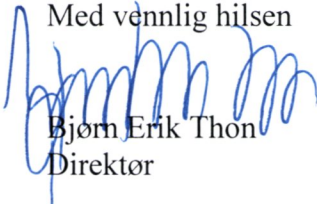
Datatilsynet vil endelig knytte noen merknader til lovforslagets andre ledd, hvor det heter at ”Opplysningene skal behandles i samsvar med personopplysningslovens regler”. Av kommentarene til forslaget fremgår at henvisning er tatt med for å understreke at lønnsopplysningene arbeidstakeren mottar er personopplysninger som skal behandles som fortrolige opplysninger i samsvar med personopplysningsloven.

Etter tilsynets oppfatning vil arbeidstakerens bruk av lønnsopplysningene neppe falle innenfor det saklige virkeområde i pol § 3 første ledd bokstav a) og b). Dessuten vil antakelig arbeidstakerens behandling falle utenfor fordi det er tale om rent personlige formål, jf annet ledd.

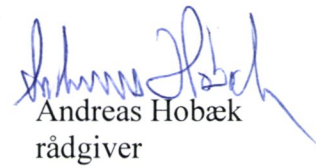
Poenget er at for arbeidsgiver vil personopplysningsloven gjelde, og selve utleveringshandlingen vil være en behandling som krever rettsgrunnlag. I og med lovforslaget vil det imidlertid den aktuelle utlevering ha særskilt lovhjemmel, hvilket er tilstrekkelig etter

personopplysningsloven som rettsgrunnlag. Arbeidstakeren som mottar opplysningene, vil nok vanskelig være underlagt personopplysningsloven. Men vedkommende vil ha taushetsplikt.

Med vennlig hilsen



Bjørn Erik Thon
Direktør



Andreas Hobæk
rådgiver

Kopi: Fornyings-, administrasjons- og kirkedepartementet,
v/Statsforvaltningsavdelingen,
Pb 8004 Dep, 0030 Oslo