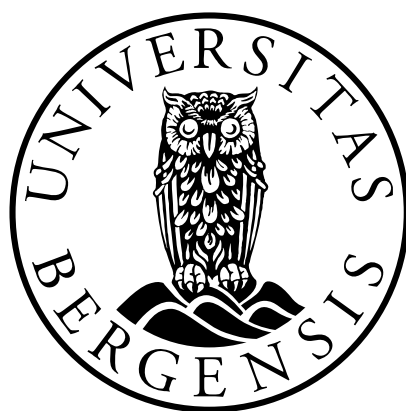


Smitteverntiltak på arbeidsplassen

Rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett - i lys av arbeidstakers rett på vern om sin integritet og personlige opplysninger.

Kandidatnummer: 267403

Antall ord: 14994



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN
10. mai 2022

Innholdsfortegnelse

1 Innledning

- 1.1 Tema, problemstilling og aktualitet
- 1.2 Det individuelle arbeidsforholdet
- 1.3 Rettskildebildet
- 1.4 Avgrensning og den videre fremstillingen

2 Det rettslige ramme verket

- 2.1 Styringsretten
 - 2.1.1 Begrensninger i den alminnelige styringsretten
- 2.2 Skranker for kontrolltiltak
 - 2.2.1 Virkeområde
 - 2.2.2 Materielle vilkår
 - 2.2.3 Saksbehandlingsregler
- 2.3 Skranker for behandling av personopplysninger
 - 2.3.1 Virkeområde
 - 2.3.2 Materielle og prosessuelle vilkår
 - 2.3.3 Kort om forholdet til arbeidsmiljøloven
- 2.4 Veien videre

3 Smitteverntiltak med grunnlag i styringsretten

- 3.1 Innledning
- 3.2 Pålegg om munnbind
- 3.3 Pålegg om hjemmekontor
- 3.4 Forskjellsbehandling mellom ansatte

4 Smitteverntiltak som utgjør kontrolltiltak

4.1 Innledning

4.2 Pålegg om testing

4.3 Pålegg om utlevering av helseopplysninger

4.4 Pålegg om vaksinerings

5 Arbeidstakers plikt til å medvirke og til å etterkomme smitteverntiltak

5.1 Innledning

5.2 Arbeidstakers opplysningsplikt

5.3 Arbeidstakers reservasjonsrett

6 Bruk av personlige opplysninger om de ansatte

6.1 Innledning

6.2 Forholdet til arbeidsmiljøloven

6.3 Behandling av helseopplysninger

6.4 Gjenbruk av personopplysninger

7 Oppsummering og avsluttende betraktninger

8 Kilderegister

1 Innledning

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Temaet for avhandlingen er pandemien som fenomen i et arbeidsrettslig perspektiv, og de tiltak arbeidsgiver iverksatte for å bekjempe koronapandemien. Covid-19 fremsto som noe akutt, farlig og ukjent, og krevde effektive målrettede handlinger for å forhindre smitte av viruset. Dette ledet til en kraftig omstilling i arbeidslivet, der hele 4 av 5 arbeidstakere fikk en endret hverdag.¹

Myndigheten til å iverksette tiltak som direkte eller indirekte griper inn i arbeidstakernes daglige praksis og personvern har i noen grad blitt hjemlet i Koronaforskriften,² i andre tilfeller iverksatt av arbeidsgiver med grunnlag i den ulovfestede styringsretten. Retten må ses i lys av arbeidsgivers ansvar for å ivareta både virksomhetens- og arbeidstakers interesser. En effektiv og økonomisk drift forutsetter at arbeidsgiver organiserer virksomheten og tilpasser arbeidskraften til de til enhver tid endrede behov. Dessuten er arbeidsgiver som adressat for arbeidsmiljølovens plikter,³ pålagt å sikre et fullt forsvarlig fysisk og psykisk arbeidsmiljø for de ansatte.⁴ Manglende overholdelse vil kunne utløse rettslige konsekvenser,⁵ og plikten kan vanskelig etterleves uten en rett til å styre de ansatte og virksomheten. Ut fra styringsretten springer også retten til å føre kontroll, som ofte forutsetter en behandling av personopplysninger om de ansatte. Det kan innebære et vidt spekter av tiltak, og i likhet med styringsretten, bygge på alt fra organisatoriske, sikkerhetsmessige og helsemessige forhold. Behovet for kontroll må særlig ses i lys skadeerstatningsloven § 2-1, som innebærer at arbeidsgiver kan stilles erstatningsansvarlig for arbeidstakers handlinger. Arbeidsgiver har derfor et særlig ansvar for det som finner sted på arbeidsplassen. Retten til å styre og føre kontroll med de ansatte er derfor både nødvendig og hensiktsmessig, og en naturlig konsekvens av arbeidsgivers posisjon i arbeidsforholdet.

¹ Trygstad (2021:13), s. 15-16.

² For-2020-03-27-470.

³ LOV-2005-06-17-62 (heretter aml.) § 2-1.

⁴ Jf. aml. § 4-1 flg.

⁵ Jf. aml. §§ 19-1 og 19-3.

For arbeidstaker kan det imidlertid innebære en til dels betydelig belastning. Arbeidsgivers styring og kontroll griper inn i arbeidstakers daglige virke, og er egnet til å påvirke arbeidsmiljøet og tillitsforholdet til arbeidsgiver. Dette var også tilfeller under pandemien, der smitteverntiltakene sikret de ansatte mot smitte, samtidig som de grep inn i arbeidstaker integritets- og personvern, som også gjelder på jobb.⁶ Dermed oppsto en interessekonflikt, mellom på den ene siden arbeidsgivers rett og plikt til å ivareta de ansattes helse og sikkerhet, som også kan omfatte faren for koronasmitte. Og på den andre siden arbeidsgivers plikt til å lede virksomheten, og behov for kontroll for å sikre at virksomheten utad fremsto som trygg. Flere av tiltakene forutsatte dessuten en behandling av personopplysninger, og dette av sensitiv art. Årsrapporten fra datatilsynet speiler utfordringene som oppstod, der statistikken viser at virksomheter sto for 70 prosent av henvendelsene etter utbruddet av covid-19.⁷ Rekkevidden av arbeidsgivers styring og kontroll er derfor av interesse, da det berører to motstridende interesser på arbeidsplassen.

Problemstillingen i avhandlingen er rekkevidden av, og fremgangsmåten ved arbeidsgivers iverksettelse av smitteverntiltak, i lys av arbeidstakers rett på vern om sin integritet og personopplysninger. Det skal foretas en analyse av de arbeidsrettslige spørsmålene som oppsto for arbeidsgivers koronatiltak, og hvor reglene om kontrolltiltak og om bruk av informasjon for utøvelse av styringsrett er de sentrale temaene. I kjernen ligger en avveining mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser og behov, og i hvilken grad disse tilgodeses på bekostning av hverandre. Selv om pandemien i dag kan anses ferdig, er det aktuelt å vurdere rekkevidden i dette perspektiv. Det er av interesse å se tilbake på det som fant sted da det er egnet til å illustrere overholdelsen av grunnleggende rettigheter i møte med krisetid og unntakstilstander. Dessuten vil ikke pandemien være den siste krisesituasjonen verden vil oppleve, og det er i situasjoner som dette forholdet mellom den enkeltes rettsvern og samfunnets interesser blir satt på spissen og utfordret.

⁶ Jf. aml. §§ 4-3 (1) og 9-1 (2).

⁷ Datatilsynets årsrapport (2020) pkt. 5 og 9.

1.2 Det individuelle arbeidsforholdet

Problemstillingen knytter seg til rettsforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker etter inngåelsen av en arbeidsavtale. Som øvrig kontraktsrett er utgangspunktet avtalefrihet, og partenes rettigheter og plikter reguleres derfor i første omgang av den individuelle arbeidsavtalen. Rettsforholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver er imidlertid utførlig regulert i lovgivningen. Både av generelle rettsregler, og spesifikke arbeidsrettslige regler. Arbeidsmiljøloven står her sentralt, og begrenser partenes avtalefrihet ved å oppstille preseptoriske rettigheter og plikter, til gunst for «arbeidstaker», jf. aml. § 1-9. Begrunnelsen ligger i arbeidsforholdets særpreg, der varen ulikt øvrig kontraktsrett, ikke kan skilles fra besitteren - bruk av arbeidskraft innebærer bruk av menneske.⁸

Avgrensningen av hvem som omfattes av loven er derfor viktig. I arbeidsmiljøloven § 1-8 defineres arbeidstaker som «enhver som utfører arbeid i annens tjeneste», og arbeidsgiver som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste», jf. første og annet ledd. Arbeidsforholdet kan derfor karakteriseres som asymmetrisk, der arbeidstaker ved å stille sin arbeidskraft til løpende disposisjon for arbeidsgiver underordner seg arbeidsgivers styring og kontroll.⁹ Arbeidsretten bygger derfor på et grunnleggende prinsipp om at arbeidstaker er den svakeste i partsrelasjonen, og derfor har behov for vern. Det er dette arbeidsmiljøloven tar sikte på å utjevne, ved å oppstille et sterkt stillingsvern der vernehensynet gjennomsyrrer både lovgivningen og fortolkningen av den enkelte rettsregel. Samtidig skal reglene ta hensyn til behovet for avtalefrihet, fleksibilitet og verdiskaping i virksomhetene.¹⁰ Det pågår en kontinuerlig omstillingsprosess i arbeidslivet både initiert innenfra, og av utenforliggende faktorer som ny teknologi og markedssvingninger. Eller som avhandlingen illustrerer, en pandemi.

⁸ Evju (2014) s. 222-229.

⁹ Skjønberg (2017) s. 36.

¹⁰ NOU 2004: 5 s. 103-104.

1.3 Rettskildebildet

Avhandlingen reiser i hovedsak to rettslige problemstillinger. Den første handler om arbeidsgivers rett til å iverksette smitteverntiltak, og utgjør en arbeidsrettslig problemstilling. I utgangspunktet er dette et utslag av den ulovfestede styringsretten, og omfanget av arbeidsgivers handlingsrom vil derfor bero på en vurdering av de skranker den er underlagt. Særlig viktig i denne sammenheng er arbeidsmiljøloven kapittel 9, som oppstiller skjønnsmessige kriterier for lovligheten av kontrolltiltak i virksomheten. Smitteverntiltak utgjør dessuten en faktor i virksomhetens totale arbeidsmiljø, og følgelig vil det generelle kravet til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø,¹¹ også få anvendelse. Videre har problemstillingen berøringsfelt med diskrimineringsretten, delvis regulert i aml. kap. 13 og delvis i likestillings- og diskrimineringsloven.¹² Forbudet mot usaklig forskjellsbehandling gjelder alle sider av arbeidsforholdet,¹³ og vil dermed påvirke både utformingen og gjennomføringen av smitteverntiltak på arbeidsplassen.

Den andre hovedproblemstillingen handler om arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om de ansatte, som innhentes i forbindelse med smitteverntiltakene. Dette reguleres i utgangspunktet av personopplysningsloven,¹⁴ men også av øvrige regler i særlovgivningen og det ulovfestede vern om personlighet.¹⁵ Ved tolkningen av personopplysningsloven vil avgjørelser fra datatilsynet og personvernnemnda som klageinstans,¹⁶ være retningsgivende. Selv om underrettspraksis generelt har mindre rettskildemessig vekt vil de tjene som illustrasjon, idet saker om behandling av personopplysninger sjeldent kommer opp for de ordinære domstolene.¹⁷ Selv om iverksettelsen av tiltak og behandling av personopplysninger i hovedsak representerer to adskilte rettsspørsmål, er det en nær indre sammenheng mellom dem. Både personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven oppstiller skjønnsmessige vilkår der arbeidstakers integritets- og personvern står sentralt. Dernest vil mange tiltak være formålsløse, dersom ikke opplysninger som innhentes i denne sammenheng kan ses på, registreres og brukes. Arbeidsgiver vil derfor ofte måtte ta stilling til begge regelverkene samtidig.

¹¹ Jf. aml. § 4-1 flg.

¹² LOV-2017-06-16-51 om likestilling og forbud mot diskriminering (heretter ldl).

¹³ Jf. aml. § 13-2 (1) og ldl. § 29

¹⁴ LOV-2018-06-15-38 om behandling av personopplysninger (heretter pol.)

¹⁵ Rt. 1952 s. 1217 (To mistenkelige personer).

¹⁶ Jf. pol. §§ 20 og 22.

¹⁷ Boe (2012), s. 259-260.

Arbeidstakers integritets- og personvern er også vernet av internasjonale konvensjoner og avtaler, som Norge er bundet av. De sentrale er Den Europeiske menneskerettskonvensjonen¹⁸ og EUs Personverndirektiv,¹⁹ som får direkte eller indirekte betydning for arbeidsgivers kontrolladgang i arbeidslivet. GDPR er gjennom pol. § 1 gjort til norsk lov, og EMK gjennom menneskerettsloven § 2.²⁰ I EMK er det først og fremst art. 8 nr.1 om retten til privatliv som verner den enkeltes personlige integritet. Bestemmelsen fastsetter at «enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin kommunikasjon», og omfatter et vern om både den fysiske og psykiske integritet. Den europeiske menneskerettighetsdomstolen,²¹ har gradvis erkjent at bestemmelsen rommer et personopplysningsvern,²² og det er i dag sikker rett at bestemmelsen oppstiller et vern for ansattes personlige integritet på arbeidsplassen.²³ Avgjørelser fra EMD og EU-domstolen vil derfor være relevant for behandlingen av problemstillingen. I tillegg vil uttalelser fra Artikkel 29-gruppen, som i dag er erstattet av Personvernrådet,²⁴ være retningsgivende. Dette er et selvstendige EU-organ som kommer med uttalelser om hvordan GDPR skal tolkes, og får derfor betydning for forståelsen av både GDPR og personopplysningsloven jf. GDPR art. 70.

Gjennomgangen illustrerer at arbeidsgivers adgang til å iverksette smitteverntiltak på arbeidsplassen preges av at det er mange rettsregler i spill. Dette gjør rettskildebilde fragmentert og dermed komplisert.²⁵ Det foreligger heller ikke høyesterettspraksis knyttet til pandemien, og foreløpig er derfor rettstilstanden usikker.

¹⁸ (EMK) Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.

¹⁹ (GDPR) Europaparlamentets- og rådsforordningen, (2016/679).

²⁰ Både EMK og GDPR er gitt forrang ved motstrid med annen lov, jf. mrl. § 2 og pol. § 1.

²¹ Heretter EMD.

²² NOU 2009: 1 pkt. 6.1.3.

²³ *Niemietz mot Tyskland*, 1992, no. 13710/88, avsnitt 29.

²⁴ European Data Protection Board (EDPB).

²⁵ NOU 2009:1 pkt. 7.6, s. 72.

1.4 Avgrensning og den videre fremstillingen

Problemstillingen drøftes med søkelys på det etablerte avtaleforholdet, og spørsmål knyttet til ansettelses- og rekrutteringsprosessen faller dermed utenfor. Hovedtyngden ligger på vilkårene for, og fremgangsmåten ved arbeidsgivers iverksettelse av smitteverntiltak, og behandling av personopplysninger. Fremstillingen vil i liten grad berøre konsekvensene ved ulovlighet, og avgrensner derfor mot reglene om bevisavskjæring ved ulovlig behandling av personopplysninger. Temaet for avhandlingen er de tiltak arbeidsgiver iverksatte for å bekjempe pandemien. Kontrolltiltak i form av kameraovervåkning, innsyn i epost, samt særlige spørsmål om tiltak grunnet mistanke om misligheter, vil dermed ikke behandles. Når det gjelder personopplysningsvernet, er det reglene i GDPR og personopplysningsloven som skal analyseres, og det avgrensnes derfor mot det ulovfestede vern om personlighet, personvernregler nedfelt i særlovgivningen samt lovpålagte taushetsplikter. Videre berører temaet en rekke tilgrensende spørsmål, som grunnet avhandlingens omfang, kun vil behandles i den utstrekning det har betydning for problemstillingen. En utførlig behandling av reglene om saklig oppsigelse, arbeidstid, det menneskerettslige vernet og diskrimineringsretten vil derfor ikke inngå i fremstillingen.

Avhandlingen består av fem hovedpunkter. I del 2 skal det som utgangspunkt for drøftelsen gjøres rede for det rettslige rammeverket for problemstillingen. Først for arbeidsgivers styringsrett, deretter for de særlige reglene knyttet til kontrolltiltak og behandling av personopplysninger. I del 3 og 4 skal rekkevidden av arbeidsgivers adgang til å iverksette smitteverntiltak, vurderes i lys av de begrensninger styringsretten og lovgivningen nedfeller. I del 5 vil det inntas et arbeidstakerperspektiv, der rekkevidden av arbeidstakers medvirkningsplikt og plikt til å etterkomme smitteverntiltak vil undersøkes. Arbeidsgivers adgang til å behandle personopplysninger om de ansatte i forbindelse med et smitteverntiltak, vil behandles i del 6. Avslutningsvis vil det i del 7, gis en kort oppsummering og noen avsluttende betraktninger.

2 Det rettslige rammeverket

2.1 Styringsretten

Arbeidsgivers adgang til å iverksette smitteverntiltak på arbeidsplassen er i første rekke hjemlet av den ulovfestede styringsretten.²⁶ Tradisjonelt er styringsretten definert som en rett til «å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet».²⁷ Det er tale om arbeidsgivers makt til å ensidig treffe beslutninger med direkte eller indirekte virkning for det individuelle arbeidsforholdet,²⁸ og som er bindende for arbeidstaker som kontraktspart.²⁹ Tradisjonelt er det trukket et skille mellom henholdsvis arbeidsledelse - beslutninger som direkte angår arbeidsforholdet, og foretaksledelse - beslutninger som konkret gjelder styring og organisering av virksomheten, men som indirekte påvirker arbeidstakers arbeidsforhold.³⁰ Skillet er i hovedsak et analytisk grep, men peker samtidig på områder hvor rammene kan være ulike. Arbeidsgivers beslutninger i kraft av styringsretten kan være så mangt. Det kan handle om hvilke arbeidsoppgaver som skal utføres, til hvilken tid eller til hvilket sted, samt arbeidsmiljøtiltak for å oppfylle plikter etter arbeidsmiljøloven kapittel 3 og 4.

Det rettslige grunnlaget for styringsretten er selve arbeidsavtalen. Det er en utfyllende norm for kontraktsforholdet, og fremstilles ofte som en kontrakts virkning.³¹ Dette kan for det første forklares i det hierarki arbeidsavtalen etablerer. Når arbeidstaker stiller sin arbeidskraft til løpende disposisjon for arbeidsgiver skapes et underordning- og avhengighetsforhold, som gir arbeidsgiver mulighet til å råde over arbeidstaker som person. For det andre kan det forklares i arbeidsavtalens ufullstendige-, og arbeidsforholdets dynamiske karakter.³² Arbeidsforholdet er løpende og som den klare hovedregel tidsubegrenset, jf. aml. § 14-9. Arbeidsavtalen er kun et rettslig rammeverk, som ikke uttømmende angir partenes rettigheter og plikter.³³ Arbeidsgiver har derfor behov for å kunne presisere og endre arbeidspliktens innhold i tråd med de til enhver tid driftsmessige behov. Alternativet hadde vært å løpende bytte ut eksisterende arbeidskraften, der nye behov oppstår. En slik løsning forutsetter imidlertid at arbeidsgiver kan foreta oppsigelser, idet noe annet ville resultert i overtallighet og gått på

²⁶ ARD 1918-19 s. 233; Jakhelln (2006) s. 61.

²⁷ Andersen (1967); Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609.

²⁸ Skjønberg (2017) s. 96.

²⁹ Evju (1985), s. 263.

³⁰ Fougner 2009b s. 239-256.

³¹ Jakhelln (2006), s. 24.

³² Rt. 1927 s. 296 (Viben).

³³ Evju 2010c s. 31.

bekostning av virksomhetens økonomiske interesser.³⁴ Arbeidsmiljøloven oppstiller imidlertid et strengt oppsigelsesvern, der det gjennomgående skal mye til for at arbeidstaker kan sies opp mot sin vilje.³⁵ Arbeidsgivers ensidige endringsadgang er derfor et sentralt virkemiddel for å sikre en effektiv og økonomisk virksomhet.³⁶ Selv om styringsretten først aktualiseres ved etableringen av arbeidsforholdet, er det upresist å alene omtale styringsretten som en arbeidsavtaleforutsetning. Den eksisterer også forut for inngåelsen av en arbeidsavtale, og anerkjennes som en selvstendig rettsnorm.³⁷

2.1.1 Begrensninger i den alminnelige styringsretten

Styringsretten gir imidlertid ikke arbeidsgiver et fritt spillerom til å innføre enhver form for påbud og forbud, selv ikke i pandemibekjempelsens navn. Arbeidsgiver må holde seg innenfor de rammer som følger av lov, tariffavtale og den individuelle avtalen.³⁸ Hvorvidt disposisjonen holder seg innenfor rammen av arbeidsforholdet beror på en tolkning og utfylling av den individuelle arbeidsavtalen. I vurderingen må det legges vekt på «stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen.», jf. Nøkk-dommen.³⁹ Innenfor de nevnte rammer vil arbeidsgiver kunne endre innholdet i arbeidsavtalen som «ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet».⁴⁰ Styringsretten kan følgelig ikke brukes til å endre arbeidsavtalens grunnpreg.⁴¹ Går endringen lenger, vil det foreligge en endringsoppsigelse som for å være gyldig må tilfredsstillende arbeidsmiljølovens oppsigelsesregler.⁴²

For skranker i lovgivningen er det særlig arbeidsmiljøloven som står sentralt. Loven pålegger arbeidsgiver en rekke plikter, derunder å sikre et fullt forsvarlig fysisk og psykisk arbeidsmiljø for de ansatte, jf. aml. § 4-1 flg. Kravet kan innebære et rettslig grunnlag for å iverksette et tiltak, og samtidig begrense hvilke tiltak som kan iverksettes. Arbeidsgiver kan ikke foreta disposisjoner som er i strid med lovens krav til et fullt forsvarlig arbeidsmiljø.⁴³

³⁴ Fougner (2007) pkt. 3.1.

³⁵ Rt. 2011 s. 1674, avsnitt 35.

³⁶ Fougner (2007), pkt. 1 avsnitt 4.

³⁷ Skjønberg (2017) s. 96.

³⁸ Rt. 2008 s. 856 (Theatercafe), avsnitt 34.

³⁹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), s. 1609.

⁴⁰ HR-2016-2286-A, avsnitt 26.

⁴¹ Dege (2003) s. 143; Andersen (1967) s. 100.

⁴² Rt. 2009 s. 1465 (Seinvakt), avsnitt 47.

⁴³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 139.

For iverksettelsen av kontrolltiltak og for behandling av personlige opplysninger, er adgangen ytterligere begrenset av arbeidsmiljøloven kap. 9 og personopplysningsloven. Dette vil imidlertid omtales for seg nedenfor (se pkt. 2.2. og 2.3). Dernest må styringsretten utøves innenfor de rammer EMK art. 8, om retten til privatliv nedfeller. Etter EMK art.1, er det imidlertid staten og ikke arbeidsgiver som er pliktsubjektet. EMK kan likevel få indirekte betydning, ved at staten må iverksette positive tiltak for å hindre krenkende handlinger mellom private parter.⁴⁴ Dessuten er det klart at de hensyn som ligger bak menneskerettighetene - å verne den enkelte mot inngrep og overgrep - gjør seg tilsvarende gjeldende i et arbeidsforhold, hvor den ene part kommer i et underordnings- og avhengighetsforhold til den annen part.⁴⁵ Det ville ikke vært i samsvar med de hensyn, om det i arbeidsforholdet skulle kunne avtales vilkår eller foretas disposisjoner som samfunnet ellers er avskåret fra å foreta. Det må derfor være klart at EMK setter tilsvarende rammer for arbeidsgivers styring og kontroll på arbeidsplassen.

Styringsretten begrenses også av mer allmenne saklighetsnormer. Det stilles visse krav til saksbehandlingen, «det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn.», jf. Kårstø-dommen.⁴⁶ Arbeidsgivers beslutninger kan derfor ikke skyldes tilfeldige innfall, hevngjerrighet eller misnøye på arbeidsgiversiden. Dernest innebærer det at arbeidsgivers beslutninger må utøves innenfor rammen av et mer omfattende likebehandlingskrav.⁴⁷ For de diskrimineringsvernedede grunnlagene nedfeller aml. § 13-1 flg. og ldl. § 6 flg. en selvstendig skranke.⁴⁸ Men også usaklig forskjellsbehandling på øvrige grunnlag vil anses vilkårlig, selv om det ikke utgjør et diskrimineringsvernet grunnlag.⁴⁹ Saklighetskravet kan betraktes som en konsekvens av det underordningsforholdet arbeidsavtalen etablerer mellom partene, der bedriftsledelsens beslutninger kan ha svært inngripende følger for arbeidstaker.⁵⁰ Det er på bakgrunn av styringsrettens mange og til dels vidtgående begrensninger at den ofte betegnes som en restkompetanse.⁵¹ Først ved en uttømmende tolkning av disse vil rekkevidden av arbeidsgivers beslutningsmyndighet kunne fastlegges.

⁴⁴ Strand, Larsen (2015) s. 29-34.

⁴⁵ Jakhelln (2006) s. 52; Innst.O.nr. 27 (1997-98), s. 10.

⁴⁶ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø), s. 427.

⁴⁷ Hvorvidt dette inngår i saklighetskravet eller utgjør en selvstendig skranke, er diskutert i teorien. Se Jakhelln (2006), s. 50-51.

⁴⁸ Jf. aml. § 13-2 (1), jf. ldl. § 29.

⁴⁹ Saken i Rt. 1939 s. 53, er illustrerende.

⁵⁰ Jakhelln (2006) s. 50.

⁵¹ Evju 2010c, s. 41; Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

2.2 Skranker for kontrolltiltak

2.2.1 Virkeområde

For «kontrolltiltak» fastsetter arbeidsmiljøloven §§ 9-1 flg. ytterligere begrensninger i styringsretten. Begrepet «kontrolltiltak» er ikke definert i loven, men skal ifølge forarbeidene forstås vidt.⁵² Kontrolltiltak omfatter derfor ethvert tiltak som skal sikre at arbeidstaker utfører arbeidet i tråd med de sikkerhetstiltak arbeidsgiver har besluttet, og ellers opptrer innenfor arbeidsforholdets rammer.⁵³ Det kan innebære et vidt spekter av tiltak, som rusmiddeltesting, tidsregistrering og kameraovervåkning. En presis avgrensning av begrepet nedad er følgelig vanskelig. Etter forarbeidene er dette mindre viktig, da det vil være tale om så lite inngripende tiltak som arbeidsgiver kan foreta i kraft av styringsretten.⁵⁴ Skillet mellom ordinær styringsutøvelse og kontrolltiltak er likevel av betydning, da det avgjør hva som kreves av rettsgrunnlag for arbeidsgivers beslutning. Ifølge forarbeidene vil dette særlig bero på «begrunnelsen og behovet for kontrollen, kontrolltiltakets art og hvor inngripende det vil virke i forhold til den enkelte ansatte».⁵⁵ Beslutninger som angår når og hvor arbeidet skal utføres, må dermed som utgangspunkt betraktes som styringsutøvelse.⁵⁶

Kontrolltiltak kan kategoriseres i henholdsvis sikkerhetstiltak og overvåkningstiltak.⁵⁷ Skillet har betydning for arbeidsgivers spillerom, ved å gi uttrykk for graden av inngripen. Sikkerhetstiltak vil ofte være tiltak som iverksettes for å begrense faren for at arbeidstaker gjør feil, og der bedriftens ytre sikkerhet er viktig.⁵⁸ Bruk av hjelm og verneutstyr er eksempler på sikkerhetstiltak, mens elektronisk adgangskontroll samtidig kan brukes til å overvåke de ansattes bevegelse og aktivitet. Overvåkningstiltak kan samtidig sikre trygghetsopplevelsen på arbeidsplassen, men skiller seg fra førstnevnte ved at det kan oppleves å bunne i mistillit til de ansatte og dermed i større grad innvirke på deres integritet. Iverksettelsen av sistnevnte stiller derfor strengere krav til formål og risikovurdering, og arbeidsgivers handlingsrom innsnevres.⁵⁹ På en rekke områder vil imidlertid skillet være glidende.

⁵² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

⁵³ Jakhelln (2006) s. 392.

⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

⁵⁵ NOU 2004:5, s. 407.

⁵⁶ Ibid, s. 414.

⁵⁷ NOU 2009: 1, s. 151.

⁵⁸ Ibid, s. 151.

⁵⁹ Ibid, s. 151.

Illustrerende er et tiltak som adgangskontroll, som samtidig som å hindre innbrudd og sikre at kun autorisert personell kommer inn, kan benyttes til å overvåke arbeidsinnsatsen til de ansatte, ved å registrere hvem som jobber og når.⁶⁰ Den teoretiske inndelingen er derfor i seg selv av mindre betydning. Avgjørende er en konkret vurdering av tiltakets formål og hvordan det påvirker arbeidstaker.

2.2.2 Materielle vilkår

Etter den generelle regelen i aml. § 9-1 kan arbeidsgiver bare iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker dersom det «har saklig grunn i virksomhetens forhold» og det ikke innebærer en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstaker, jf. første ledd. Både saklighets- og forholdsmessighetskravet må være oppfylt for at arbeidsgivers kontrolltiltak skal være rettmessig. Ytterligere begrensningen kan dessuten følge av andre rettsgrunnlag, som tariffavtalen, den individuelle arbeidsavtalen og annet arbeidsreglement. En mer vidtgående adgang til å beslutte kontrolltiltak er det derimot ikke adgang til, jf. aml. § 1-9.

Saklighetskravet skal forstås som et krav til tilstrekkelig saklig grunn, og må være saklig forankret i den konkrete virksomheten og overfor den enkelte arbeidstaker som berøres.⁶¹ Dermed må det krav kontrolltiltaket bygger på, i seg selv være saklig. Det innebærer at «hensyn som i prinsippet er virksomhetens uvedkommende ikke vil ha hjemmel i bestemmelsen».⁶² I forarbeidene eksemplifiseres dette med at samfunns målsettingen om å spise sunt ikke gir arbeidsgiver adgang til å kontrollere de ansattes vaner og levemønster, selv om bedriften støtter målsettingen og ønsker seg friske ansatte.⁶³ Videre oppstilles det et krav om vedvarende saklighet, og følgelig må kontrolltiltaket oppheves dersom formålet bak det faller bort eller vesentlig reduseres.⁶⁴ En rekke forhold vil kunne anses som saklig, og kan derfor ikke uttømmende oppregnes. Det kan gjelde økonomiske, teknologiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold, samt sosiale og organisatoriske.⁶⁵

⁶⁰ NOU 2009:1 s. 151.

⁶¹ Ibid, s. 145.

⁶² NOU 2004:5 s. 433.

⁶³ Ibid, s. 433.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 145.

⁶⁵ Ibid, s. 144.

For den konkrete vurderingen viser forarbeidene til «praksis rundt anvendelse av saklighetskriteriet ved oppsigelser».⁶⁶ En viktig distinksjon er at kontrolltiltak ikke innebærer opphør av stilling, men regulering av et arbeidsforhold mens det fortsatt består.⁶⁷ Graden av inngripen er dermed ulik, noe som vil måtte få betydning for hvilke krav som stilles og dermed også arbeidsgivers handlingsrom. Implisitt i saklighetskravet ligger dessuten et krav til at kontrolltiltaket ikke må praktiseres vilkårlig, men etter saklige likhetsprinsipper.⁶⁸ Verken utformingen eller håndhevelsen av kontroll-tiltaket må innebære en vilkårlig forskjellsbehandling. I likhet med styringsretten, utgjør diskrimineringsvernet en integrert del av saklighetskravet, der lovligheten beror på grunnlaget for forskjellsbehandlingen.⁶⁹

I forholdsmessighetsvurderingen ligger en bred interesseavveining mellom de interesser arbeidsgiver søker å ivareta gjennom kontrolltiltaket, og den belastning tiltaket medfører for arbeidstaker.⁷⁰ Sentralt står graden av inngripen og ivaretagelsen av arbeidstakers personlige integritet. I forarbeidene uttales det at dersom kontrolltiltaket vil «medføre ikke ubetydelige inngrep i rettsgoder som personlig integritet, verdighet, privatlivets fred, legemets ukrenkelighet eller lignende «vil vilkårene for å gjennomføre kontrollen i utgangspunktet bare unntaksvis være oppfylt».⁷¹ I vurderingen må det ses hen til summen av eksisterende tiltak i den enkelte virksomhet. Et isolert sett forholdsmessig tiltak vil derfor settes til side som ugyldig, dersom gjennomføringen av det samlet sett overskrider tålegrensen for arbeidstakerne eller arbeidsmiljøet generelt.⁷²

Enkelte kontrolltiltak er imidlertid særskilt regulert i aml. §§ 9-3 til 9-6. Relevant for oppgaven er aml. § 9-4, som fastsetter at «medisinske undersøkelser» bare kan benyttes som kontrolltiltak «når det følger av lov eller forskrift», «ved stillinger som innebærer særlig risiko» og «når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse», jf. aml. § 9-4 bokstav a-c. Bestemmelsen innsnevrer arbeidsgivers adgang til å iverksette en bestemt form for kontrolltiltak, og gjelder i tillegg til de generelle kravene nedfelt i aml. § 9-1.⁷³

⁶⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 316.

⁶⁷ Jakhelln (2006) s. 61.

⁶⁸ Rt. 2005 s. 518 (Porno-nedlastning).

⁶⁹ Jf. ldl. § 29 og aml. § 13-2 (1).

⁷⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

⁷¹ Ibid, s. 145.

⁷² Ibid, s. 314.

⁷³ Ibid, s. 145.

I Breisteinutvalget defineres «medisinske undersøkelser» som undersøkelser som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulige fremtidige helsetilstand.⁷⁴ Begrepet omfatter både kliniske (utvendige) undersøkelser og biologiske undersøkelser, som rusmiddeltest, syns- og hørselstest.⁷⁵ Bestemmelsen regulerer uttømmende hvilke situasjoner det er tillatt, jf. ordlyden «bare». Heller ikke samtykket fra arbeidstaker vil være et selvstendig hjemmelsgrunnlag som kan utvide adgangen til andre tilfeller enn de som er positivt hjemlet.⁷⁶ Bakgrunnen for det strengere regelverket er at medisinske undersøkelser anses som et betydelig inngrep i arbeidstakers integritet. Resultatet er et økt behov for vern, der adgangen begrenses til det som er strengt nødvendig ut ifra virksomhetens og samfunnets behov.⁷⁷ Bestemmelsen hjemler imidlertid kun en adgang til å pålegge de ansatte å gjennomføre en undersøkelse jf. ordlyden «kreve». Arbeidsgiver vil under ingen omstendigheter kunne tvangsgjennomføre en medisinsk undersøkelse.⁷⁸ Noe annet er det at arbeidstaker vil kunne risikere arbeidsrettslige konsekvenser ved nektning.⁷⁹

2.2.3 Saksbehandlingsregler

Før kontrolltiltak innføres må arbeidsgiver, så tidlig som mulig drøfte behovet med arbeidstakers tillitsvalgte og informere berørte arbeidstakere, jf. aml. § 9-2. Plikten knytter seg til systemene og rutinene for kontroll og overvåkning, og ikke gjennomføringen av det enkelte kontrolltiltak.⁸⁰ Informasjonsplikten sikrer en forutberegnelig prosess og gir arbeidstaker mulighet til å ivareta egne rettigheter. Når det gjelder drøftingsplikten må det skje «så tidlig som mulig» og dermed på et tidspunkt som gir de tillitsvalgte en reell påvirkningsmulighet.⁸¹ Formålet er at partene skal komme frem til løsninger som «i størst mulig grad begrenser inngrepet i personlige forhold og andre ulemper ved kontrollen», og at det samlede kontrollvolum og nivå holdes så lavt som mulig.⁸² Det kreves imidlertid ikke enighet, og følgelig vil arbeidsgiver bestemme dersom partene ikke blir enige.⁸³

⁷⁴ NOU 2001: 4 s. 19-21.

⁷⁵ Ot.prp. nr.49 (2004-2005) s. 149.

⁷⁶ Ibid, s. 314-315.

⁷⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

⁷⁸ Ibid, s. 150.

⁷⁹ Se RG-2013-620.

⁸⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005), s. 314.

⁸¹ NOU 2004:5, s. 225; Jakhelln (2006) s. 412.

⁸² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

⁸³ NOU 2004: 5 s. 435.

Arbeidsgiver må dessuten «jevnlige evaluere behovet for de kontrolltiltak som iverksettes», jf. § 9-2 (3), og er et utslag av kravet til vedvarende saklighet etter aml. § 9-1.⁸⁴ Bestemmelsen er imidlertid en ordensregel, der manglende oppfyllelse ikke i seg selv innebærer at kontrolltiltaket er ugyldig. Brudd på saksbehandlingsreglene vil likevel være et moment i den alminnelige saklighetsvurderingen, og etter omstendighetene kunne medføre at tiltaket anses urettmessig.⁸⁵

2.3 Skranker for behandling av personopplysninger

2.3.1 Virkeområde

Arbeidsgivers rett til å iverksette smitteverntiltak på arbeidsplassen, gir ikke samtidig en adgang til å behandle personlige opplysninger om de ansatte. Det forutsetter at vilkårene i personopplysningsloven og GDPR, er oppfylt, jf. aml. § 9-1 (2). Loven nedfeller et vidt virkeområde, der både «helt eller delvis automatisert» og «ikke-automatisert» behandling omfattes. jf. GDPR art. 2 og pol. § 2 (1). Med «behandling» menes «enhver operasjon eller rekke av operasjoner som gjøres med personopplysninger». Der innsamling, registrering, sammenstilling, lagring og utlevering nevnes som eksempler på slike operasjoner, jf. GDPR art. 4 nr. 3. Loven gjelder for behandling av «personopplysninger». Begrepet er definert i GDPR art. 4 nr. 1, og består av fire elementer. Det må gjelde en «opplysning», og dette «om» en «identifisert eller identifiserbar fysisk person». Juridiske personer er ikke fysiske, og faller dermed utenfor. Videre skal «(e)nhver opplysning» forstås vidt. Det kreves verken et spesifikt format, eller at de er korrekte, objektive, subjektive eller sanne.⁸⁶ Dermed må opplysningene knytte seg til en identifiserbar fysisk person. Både direkte og indirekte tilknytning omfattes,⁸⁷ typisk ved hjelp av identifikatorer som navn, personnummer, lokaliseringsopplysninger, eller et eller flere elementer som er spesifikke for nevnte fysiske persons fysiske, fysiologiske, genetiske, psykiske, økonomiske, kulturelle eller sosiale identitet, jf. art. 4 nr. 1.

For oppgavens del er det verdt å merke seg at både GDPR og personopplysningsloven er generelt innrettet, og ikke benytter arbeidsrettslige begreper. I GDPR art. 4 nr. 1 defineres personen opplysningene gjelder som den «registrerte». Noe som i oppgavens sammenheng vil

⁸⁴ NOU 2004: 5, s. 436.

⁸⁵ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 314; RG-2007-855 (Tine-kjennelsen).

⁸⁶ Artikkel 29-gruppen (4/2007).

⁸⁷ Ibid.

være arbeidstaker. Arbeidsgiver vil på sin side være den «behandlingsansvarlige», den som bestemmer formålet med og hvilke midler som skal benyttes ved behandling av personopplysninger, jf. GDPR art. 4 nr. 7. Utover dette defineres personen som råder over det innsamlede materialet, og foretar behandlingen på vegne av den behandlingsansvarlige, som «databehandler», jf. GDPR art. 4 nr. 8.

2.3.2 Vilkår for behandling av personopplysningsloven

Utgangspunktet er at all behandling av personlige opplysninger er forbudt. Skal det likevel aksepteres kreves et rettslig grunnlag, såkalt behandlingsgrunnlag nedfelt i GDPR art. 6 nr. 1. Bestemmelsen angir uttømmende når behandling av personopplysninger kan finne sted, jf. ordlyden «bare». For arbeidsgivers behandling av personopplysninger om de ansatte, er det særlig bokstav a, b, c og f som utgjør de relevante alternativene. Bokstav a) gir grunnlag for behandling der den registrerte har samtykket til behandlingen. Videre gir bokstav b) grunnlag for behandling dersom det er «nødvendig for å oppfylle en avtale den registrerte er part i». Illustrerende er arbeidsgivers plikt til å utbetale lønn, pensjon eller forsikring til de ansatte. Dernest gir bokstav c) behandlingsgrunnlag der det er «nødvendig for å oppfylle en rettslig forpliktelse som påhviler den behandlingsansvarlig». Det kreves imidlertid at det er fastsatt i et supplerende rettsgrunnlag, der også behandlingsformålet fremgår, jf. art. 6 nr. 3. Rettsgrunnlaget bør dessuten være tydelig og presist, og anvendelsen av det forutsigbart for personen som omfattes.⁸⁸ Illustrerende er arbeidsmiljølovens regler om arbeidsgivers plikt til å utarbeide og dokumenter oppfølgingsplan ved sykefravær, jf. aml. § 4-6 (3) og (5), c). Videre gir bokstav f) behandlingsgrunnlag der det er «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige». Bestemmelsen er en sekkebestemmelse og legger opp til en konkret interesseavveining.

For behandling av «særlige kategorier av personopplysninger» skjerpes kravene ytterligere, jf. art. 9 nr. 1. Med «særlige kategorier av personopplysninger» menes blant annet helseopplysninger. I art. 4 nr. 15 er «helseopplysninger» definert som «personopplysninger om en fysisk persons fysiske eller psykiske helse (...) som gir informasjon om vedkommendes helsetilstand». Opplysninger om de ansattes symptomer, smitte- og vaksinasjonsstatus er derfor helseopplysninger, som er underlagt det særlige kravet for behandling. For å være lovlig må derfor ett av tilleggsvilkårene i art. 9 nr. 2 være oppfylt.

⁸⁸ GDPR fortalenspunkt 41.

Bakgrunnen for det strengere regelverket er at sensitive opplysninger i utgangspunktet skal være privat, idet behandling kan skape betydelig risiko for individets grunnleggende rettigheter og friheter.⁸⁹ Videre kreves det at behandlingen av personopplysningene oppfyller de grunnleggende prinsippene nedfelt i GDPR art. 5 nr.1, bokstav a-f. Bestemmelsen har betydning for tolkningen av de øvrige reglene og krever at behandlingen skjer på en lovlig, åpen og rettferdig måte, og for spesifikt angitte og berettigede formål. Omfanget skal begrenses til det som er nødvendig for formålene de behandles for, og uriktige opplysninger skal rettes eller slettes. Dersom formålet med behandling har falt bort, må opplysningene anonymiseres eller slettes, og den behandlingsansvarlige må sikre at personopplysningene ikke kommer på avveie. Etter art. 5 nr. 2 er det den behandlingsansvarlige som har ansvaret for å påvise at prinsippene er oppfylt. Overtredelse sanksjoneres med tvangsmulkt og overtredelsesgebyr, og den behandlingsansvarlige kan bli pålagt å betale den registrerte erstatning for ikke-økonomisk skade, jf. GDPR art. 82 og 83, og pol. kap. 7.

2.3.3 Kort om forholdet til arbeidsmiljøloven

Personopplysningslovens regler utfyller og supplerer arbeidsmiljølovens generelle regler om kontrolladgang i arbeidslivet. De overordnede personvern hensyn som ligger til grunn for personopplysningsloven inngår imidlertid som sentrale elementer i vurderingen av om kontrolltiltaket i seg selv er lovlig.⁹⁰ Vilkårene skal derfor tolkes og praktiseres i lys av hverandre.⁹¹ Ifølge forarbeidene taler dessuten hensynet til en forsvarlig saksbehandling for at behandlingsgrunnlaget etter personopplysningsloven bør foreligge, dersom vilkårene for rettmessige kontrolltiltak er oppfylt. Det skal likevel ikke tas for gitt at vurderingene vil være sammenfallende, og forslaget om å uttrykkelig lovfeste dette ble derfor avvist. Bakgrunnen var blant annet at personverndirektivet (i dag GDPR) som ligger til grunn for personopplysningsloven uansett ikke kan settes til side.⁹² Dette gjenspeiles også i rettspraksis, der kontrolltiltak har blitt ansett lovlig iverksatt, men ulovlig etter personopplysningslovens regler.⁹³ Prinsipielt er det derfor tale om to ulike problemstillinger, og det er derfor hensiktsmessig å behandle dem som to adskilte rettsspørsmål i oppgaven.

⁸⁹ GDPR fortalenspunkt 51.

⁹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 135.

⁹¹ Ibid, s. 146.

⁹² Ibid, s. 146.

⁹³ Jf. LB-2007-121782 (billakking).

2.4 Veien videre

I lys av det foregående skal rekkevidden av, og fremgangsmåten ved arbeidsgivers iverksettelse av smitteverntiltak under pandemien analyseres. I del 3 vil jeg konsentrere meg om smitteverntiltak med grunnlag i styringsretten, og i del 4 smitteverntiltak som utgjør kontrolltiltak. Felles for vurderingene er at pandemiens forløp har vært preget av en rekke variabler som har påvirket risikonivået, og dermed også arbeidsgivers adgang til å iverksette smitteverntiltak på arbeidsplassen. I startfasen ble det rapportert om betydelige dødsfall i øvrige deler av verden. I Norge utløste dette et behov for effektive smitteverntiltak for å forhindre samme utviklingstrend. Viruset muterte seg stadig til nye varianter, der den enkeltes skade- og smittebærende evne var uviss. Utviklingen og distribueringen av vaksiner ga et nytt håp, men dens egenskap til å forhindre smitte viste seg å være begrenset. Smittetrykket har imidlertid jevnlig avtatt, og i dag er de resterende restriksjonene fjernet og det vurderes om covid19 ikke lenger skal defineres som en allmennfarlig smittsom sykdom.⁹⁴ Både risikonivået og kunnskapsgrunnlaget har endret seg under de ulike fasene, og påvirket hvilke smitteverntiltak som har vært nødvendig. For arbeidsgiver har dessuten faktorer som virksomhetens art, arbeidstakers stilling og det klientell virksomheten består av, vært av sentral betydning. Her eksisterer det en rekke variasjoner som hver for seg tilsa ulike tiltaksnivå. Smitterisikoen på den konkrete arbeidsplassen og det endrede risiko- og kunnskapsgrunnlaget, er viktige faktorer som må tas i betraktning når arbeidsgivers adgang til å styre og kontrollere de ansatte i form av smitteverntiltak, skal analyseres.

⁹⁴ Skagestad (2020), Helsedirektoratet, oppdrag 617.

3 Smitteverntiltak med grunnlag i styringsretten

3.1 Innledning

Noen av de mest utbredte tiltakene under pandemien har vært pålegg om bruk av munnbind eller øyebeskyttelse, og å avstå fra fysisk kontakt. Etter påbud og anbefaling fra myndighetene har særlig isolasjon gjennom bruk av hjemmekontor vært en utbredt praksis, der om lag 40 prosent av arbeidstakerne ble pålagt hjemmekontor som følge av pandemien.⁹⁵ Dette er kontaktreduserende tiltak som er egnet til å forhindre både aerosol- og dråpesmitte, og dermed begrense smittespredning mellom personer. Slike atferdsregler er derfor smittevern­faglig begrunnet. For berørte arbeidstakere vil imidlertid tiltakene kunne utgjøre en betydelig belastning. Ulemper ved bruk av munnbind kan omfatte hodepine, pustebesvær, allergisk reaksjon, generelt fysisk ubehag og kommunikasjonsvansker. Ved å skape en barriere for mellommenneskelig kontakt, vil det særlig vanskeliggjøre samhandling med personer med hørselshemming. Når det gjelder avstandskravet bidrar det til redusert interaksjon mellom de ansatte. Den sosiale delen av arbeidslivet handler nettopp om å få møte, konversere og samordne med andre kollegaer. Det er essensielt for trivsel og selvutvikling, og har derfor en egenverdi i seg selv. Redusert interaksjon vil derfor kunne påvirke kvaliteten av arbeidstakers psykososiale arbeidsmiljø, som arbeidsmiljøloven har satt som formål å beskytte, jf. aml. § 1 bokstav a. Det er derfor av betydning å fastlegge under hvilke omstendigheter arbeidsgiver rettmessig kan innføre slike atferdsregler. Spørsmålet beror på det rettsgrunnlag beslutningen bygger på.

Det er nærliggende å anse munnbind- og avstandskrav som ordinær styringsrettsutøvelse, og ikke et «kontrolltiltak» i aml. § 9-1, sin forstand. Styringsretten gir arbeidsgiver adgang til å bestemme hvor arbeidets skal utføres,⁹⁶ og til å iverksette arbeidsmiljøtiltak i forbindelse med styring og kontroll av virksomheten, jf. aml. § 4-1 flg. Under pandemien har dette medført et ansvar for å sikre at de ansatte ikke utsettes for unødvendig smitte, og å holde smittetrykket nede slik at virksomheten så lang som mulig kan foregå normalt. Munnbind- og avstandskrav er i denne sammenheng egnede tiltak, noe som tilsier at de kan betraktes som HMS-tiltak for å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø.

⁹⁵ YS Arbeidslivsbarometer (2020).

⁹⁶ Rt. 1989 s. 508 (Christiania Spigerverk).

Videre kan en argumentere for at dette er relativt lite inngripende tiltak, som ikke gjør betydelige inngrep i arbeidstakers integritet eller personvern. Det foregående tilsier at tiltakene kan iverksettes med grunnlag i styringsretten. Hvorvidt det er rettmessig, vil derfor bero på en tolkning av de begrensninger styringsretten er underlagt.

3.2 Pålegg om bruk av munnbind

Arbeidsgivers adgang til å innføre krav til munnbind er ikke direkte begrenset av lov. Tvert imot nedfeller aml. § 3-2 en plikt til å sørge for tilfredsstillende verneutstyr, for å verne om liv og helse, jf. bokstav b. Videre er det klart at påbud om munnbind heller ikke innebærer en endring av arbeidsavtalens grunnpreg. Avgjørende er med dette om beslutningen om munnbind, oppfyller det alminnelige saklighetskravet.⁹⁷ Pandemien nødvendiggjorde tiltak for å begrense smitterisiko, noe som tilsier at krav til munnbind ikke kan betraktes som vilkårlig. Dens beskyttelsesnivå avhenger imidlertid av korrekt bruk, og ifølge forskning har munnbind en begrenset effekt for smitteforebygging i samfunnet.⁹⁸ Hyppig berøring, sjelden utskiftning og falsk trygghetsfølelse med påfølgende lavere etterlevelse av øvrige tiltak, er forhold som leder til at munnbind kan ha motsatt effekt og lede til risiko for økt smitte. En viss betydning har det likevel, særlig der det ikke er mulig å holde avstand, og munnbind kan ha en signaleffekt i samfunnet ved å virke som en påminner om smitterisiko.⁹⁹ Dess mindre inngripende tiltaket er jo større handlingsrom tilkjennes arbeidsgiver, og sammenlignet med alternativene må en kunne si at pålegg om munnbind er lite inngripende.

Hertil kommer det at domstolen ikke skal foreta noen generell overprøving av om arbeidsgivers beslutninger innenfor styringsretten er påkrevd eller optimale. Kun dersom beslutningen kan betraktes som misbruk av styringsretten vil den settes til side som ugyldig.¹⁰⁰ I lys av pandemiens kontekst er det klart ikke tilfelle. Arbeidsgiver må likevel foreta en konkret vurdering av smitterisikoen, der faktorer som smittepresset i samfunnet, arbeidsplassens størrelse, ventilasjonsmuligheter og hvor tett arbeidstakerne arbeider med hverandre og andre mennesker vil ha betydning. Der arbeidet innebærer kontakt med personer i risikogruppen vil konsekvensen av smitte kunne tilsa at krav til munnbind er nødvendig.

⁹⁷ Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

⁹⁸ Vestrheim mfl. (2020), Folkehelseinstituttet.

⁹⁹ Ibid.

¹⁰⁰ Rt. 2011 s. 841 (Undervisningsinspektør), avsnitt 58.

Videre har helsemyndighetene siden vinteren 2020 anbefalt bruk av munnbind for å begrense smittespredning, og i gitte situasjoner har det også periodevis vært påbudt. Smitterisikoen, helsemyndighetenes retningslinjer og regjeringens påbud, tilsier at arbeidsgivers pålegg om munnbind på arbeidsplassen i de fleste tilfeller må anses å ligge innenfor styringsretten og dens saklighetskrav.

3.3 Pålegg om hjemmekontor

Når det gjelder pålegg om avstand, har ikke arbeidsgiver myndighet til å forlange at arbeidstaker arbeider hjemmefra. Her setter arbeidsmiljølovens forskrift om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem,¹⁰¹ skranker for arbeidsgivers beslutningsmyndighet. Forskriften stiller krav til skriftlig avtale om hjemmearbeid og at HMS-kravene er oppfylt. Hjemmearbeid som er «kortvarig eller tilfeldig» faller imidlertid utenfor forskriftens anvendelsesområde, jf. § 1. Ordlyden «kortvarig» tilsier korte perioder, typisk noen få dager. Ordlyden «tilfeldig» indikerer på sin side hjemmearbeid som ikke inngår i noen fast ordning. Ved pandemiens utbrudd var pålegg om hjemmekontor utvilsomt midlertidig, og falt derfor utenfor forskriftens virkeområde. Etter nærmere to år med pandemi der arbeidstaker har arbeidet hjemmefra over flere måneder, kan imidlertid ordningen ha fått et fastere preg. Hjemmekontor har likevel vært løpende pålagt i tråd med myndighetenes anbefalinger, og på bakgrunn av smittenivået ellers i samfunnet. Selv om det periodevis var vedvarende, inngikk det ikke i noen fast ordning. På hvilket tidspunkt det ikke lenger var tilfeldig er imidlertid en vanskelig grense å trekke. Dette aktualiserte også en endring av forskriften, som fra den 5. juli 2022 får et endret virkeområde til «kortvarig og sporadisk» arbeid i hjemmet. Endringen er en tydeliggjøring av forskriftens anvendelsesområde, på bakgrunn av de utfordringer pandemien førte med seg.¹⁰²

Selv om forskriften ikke kommer til anvendelse, vil arbeidsgivers adgang til å innføre hjemmekontor begrenses av plikten til å sikre et «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1. Forhold som mangel på korrekt utstyr, egnet rom som kontor, og hensynet til skille mellom arbeidstakers arbeidsliv og privatliv, gjør at hjemmekontor fort kan bli problematisk. Dessuten kan hjemmearbeid lede til tap av sosial kontakt og ensomhet. Som fremholdt av Arbeidslivslovutvalget er «(s)osial kontakt og sosial støtte (..) viktig, ikke bare ut fra et trivselsaspekt.

¹⁰¹ FOR-2002-07-05-715.

¹⁰² PRE-2022-03-18-409, se FOR-2022-03-18-409.

Gode sosiale relasjoner med kollegaer og ledere har vist seg å kunne være sentralt i forebygging av stressrelaterte plager og sykdommer». ¹⁰³ Hjemmearbeid vil derfor kunne ha betydelig innvirkning arbeidstakers fysiske og psykososiale arbeidsmiljø, som arbeidsgiver plikter å sikre, jf. aml. § 4-1 flg. Etter aml. § 4-3 innebærer dette at arbeidsgiver skal søke å utforme arbeidet «slik at det gir mulighet for kontakt og kommunikasjon med andre arbeidstakere i virksomheten», jf. annet ledd. Videre nedfeller aml. § 4-1 en plikt til å konkret vurdere om det er «særlig risiko knyttet til alenearbeid i virksomheten», jf. tredje ledd. Siktemålet er å forebygge risiko og arbeidsmiljøproblemer knyttet til sosial isolasjon i arbeidet, ¹⁰⁴ noe omfattende bruk av hjemmekontor utvilsomt innebærer. Bestemmelsen skal imidlertid ikke forstås som et forbud mot alenearbeid, ¹⁰⁵ men arbeidsgiver må konkret vurdere «risiko knyttet til eventuelt alenearbeid, og iverksette de tiltak som måtte være nødvendig for å redusere risikoen», jf. forarbeidene. ¹⁰⁶

Samtidig er det klart at hjemmekontor er et smitteverntiltak, som ved å virke kontaktreduserende, sikrer de ansatte mot en unødvendig smitterisiko. Dermed kan det også betraktes som et arbeidsmiljøtiltak som bidrar til å sikre et «fullt forsvarlig arbeidsmiljø», jf. aml. § 4-1. Samtidig har mange opplevd muligheten til å arbeide hjemmefra som ønskelig, da det har gitt redusert stress og frykt for å bli smittet. Pålegg om hjemmekontor må derfor vurderes konkret, der de motstående interessene må avveies mot hverandre. Kravet til fullt forsvarlig arbeidsmiljø tilsier likevel at arbeidsgiver bør iverksette tiltak som reduserer ulempene, eksempelvis tildele egnet utstyr og foreta medarbeiderundersøkelser for å følge opp de ansatte på hjemmekontor. Pandemien må i et slikt tilfelle utgjøre et forsvarlig grunnlag for ordninger med hjemmekontor, og i likhet med krav til munnbind, kan det vanskelig betraktes som misbruk av styringsretten.

¹⁰³ NOU 2004:5, s. 170-171.

¹⁰⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 307.

¹⁰⁵ Ibid, s. 100.

¹⁰⁶ Ot.prp. nr. 54 (2008–2009) s. 83.

3.4 Forskjellsbehandling mellom de ansatte

Ved iverksettelsen av smitteverntiltakene, kan arbeidsgiver oppdage at ikke alle nødvendigvis må arbeide fra hjemmekontor eller bære munnbind, men at det er hensiktsmessig å stille ulike krav til ulike grupper ansatte. Det kan gjelde tilfeller der tiltaket er innført på grunn av enkelte arbeidstakere som er særlig utsatt, eller at det er tilstrekkelig formålstjenlig at kun de uvaksinerte arbeider hjemmefra og/eller bærer munnbind. Det alminnelige saklighetskravet vil også i denne sammenheng begrense arbeidsgivers adgang, og kreve saklig grunn for enhver disposisjon som innebærer forskjellsbehandling. I hvilken grad arbeidsgiver kan iverksette ulike tiltak for ulike grupper ansatte, vil derfor bero på dets begrunnelse.

Når det gjelder ansatte i risikogruppen, er det ofte hjerte- eller lungesykdommer mm. som medfører at personer plasseres i risikogruppen.¹⁰⁷ Dette er tilstander som faller innenfor diskrimineringsgrunnlaget «funksjonsnedsettelse» etter ldl. § 6,¹⁰⁸ og som det i utgangspunktet er forbudt å forskjellsbehandle på grunnlag av. Slik forskjellsbehandling vil derfor fort fremstå vilkårlig, og kan ikke forsvares med grunnlag i styringsretten alene. Diskrimineringsforbudet nedfeller en selvstendig ramme, der lovligheten beror på om forskjellsbehandlingen er saklig, nødvendig og forholdsmessig.¹⁰⁹ Annerledes stiller det seg der forskjellsbehandling baseres på stillingsinstruksen og de arbeidsoppgaver arbeidstaker utfører. Det er eksempelvis både naturlig og hensiktsmessig at arbeidstakere som arbeider tett på klienter eller kunder blir pålagt å bære munnbind, til forskjell fra arbeidstakere som arbeider på eget kontor eller utendørs. Formålet med munnbind og avstand er å forhindre smitte mellom personer, og der arbeidsoppgavene ikke innebærer slik interaksjon reduseres tiltakets egnethet. Likevel er det klart at det vil være stigmatiserende og oppleves som en påkjenning dersom kun en gruppe ansatte blir pålagt bruk av munnbind og/eller hjemmekontor. Det rådende synspunkt må derfor være at arbeidsgiver bør innføre generelle smitteverntiltak; munnbind der avstand ikke kan overholdes, og hjemmekontor der smittetrykket tilsier det.

¹⁰⁷ Himmels mfl. (2021), Folkehelseinstituttet, s. 2-3.

¹⁰⁸ Prop. 81 L (2016-2017) s. 313.

¹⁰⁹ Jf. ldl. § 6 flg.

4 Smitteverntiltak som utgjør kontrolltiltak

4.1 Innledning

Bekjempelsen av koronapandemien har også aktualisert tiltak av mer inngripende art, som pålegg om covid19-testing, utlevering av helseopplysninger og vaksinerings. Dette er smitteverntiltak som utvilsomt utgjør «kontrolltiltak», i henhold til aml. § 9-1. De griper direkte inn i den personlige sfære, og vil oppleves som en betydelig belastning for berørte arbeidstakere. I det videre skal arbeidsgivers adgang til å rettmessig innføre krav til testing, vaksinerings og innhente helseopplysninger diskuteres. Forutsatt at arbeidsgiver har drøftet og gitt tilstrekkelig informasjon til de ansatte, jf. aml. § 9-2, er spørsmålet om de materielle vilkårene er oppfylt.

4.2 Pålegg om testing

Gjennomføring av PCR- og antigen hurtigtest er utvilsomt en «medisinsk undersøkelse», og adgangen er derfor særskilt regulert i aml. § 9-4. Bestemmelsen innebærer en innsnevring av tilfeller hvor det vil være saklig å iverksette kontrolltiltak som innebærer en helseundersøkelse, og gjelder i tillegg til hovedkriteriene nedfelt i aml. § 9-1.¹¹⁰ Lovlig iverksettelse forutsetter derfor at tiltaket har «saklig grunn i virksomhetens forhold» og ikke innebærer en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstakeren, jf. aml. § 9-1. Hvorvidt det er saklig å innføre et krav til testing er en vurdering av flere momenter. Kravet om tilstrekkelig saklig grunn innebærer at det skal være saklig i forhold til den konkrete virksomheten, overfor arbeidstakerne som berøres og må i tillegg bygge på et krav som i seg selv er saklig.

Spredning av koronasmitte på arbeidsplassen rammer virksomhetens drift ved at smittede pålegges isolasjon og nærkontakter settes i karantene. Berørte arbeidstakere må erstattes med vikarer eller eksisterende arbeidskraft, og ved omfattende smitte står virksomheten i fare for nedstengning. Krav til testing kan derfor forankres i virksomhetens økonomiske interesser. Arbeidsgiver er dessuten pålagt å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø for de ansatte,¹¹¹ noe som vil omfatte faren mot koronasmitte. Testing kan derfor betraktes som et sikkerhetstiltak,

¹¹⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

¹¹¹ Jf. aml. § 4-1 flg.

som ved å avdekke smitte på et tidlig stadium beskytter arbeidstaker og tredjepersoner mot smitterisiko. Kontrolltiltak begrunnet i kravet til et trygt og forsvarlig arbeidsmiljø oppfyller kravet til saklighet, noe som understrekes ved at arbeidsgiver risikerer rettslige konsekvenser ved manglende oppfyllelse, jf. aml. § 19-1. Pandemien nødvendiggjorde et økt sikkerhetsnivå i arbeidslivet, og ifølge rettspraksis tilkommer det arbeidsgiver i kraft av styringsretten å fastsette hvilket nivå som skal legges til grunn.¹¹² Hvorvidt det er saklig å etablere et strengere sikkerhetsnivå enn det som følger av gjeldende regler, må imidlertid vurderes i lys av virksomhetens art.¹¹³ Det er en stor forskjell mellom risikoen en hjemmesykepleier står overfor, sammenlignet med en butikkansatt eller revisor. For førstnevnte innebærer stillingen arbeid med særlig utsatte grupper, der smitte kan få fatale konsekvenser. Her øker derfor behovet for effektive smitteverntiltak som forhindrer smittespredning av hensyn til klienten. Utover dette vil faktorer som lav vaksinedekning og ansatte i risikogruppen, ha betydning for om testing har saklig grunn i virksomheten. Dette illustrerer at arbeidsgivers interesse i å begrense smitte på arbeidsplassen ikke er virksomhetens uvedkommende.¹¹⁴ Samtidig som god folkehelse er en generell samfunns målsetning, har det betydning for den enkelte virksomhet. For at et sikkerhetstiltak skal være saklig, må det imidlertid være egnet til å avdekke og forebygge sikkerhetsrisikoen det tar sikte på å eliminere.¹¹⁵ Covid19-testen må derfor kunne avdekke om arbeidstaker er smittet med covid19.

Det neste spørsmålet er hva som skal til for at tiltaket er saklig overfor arbeidstaker som berøres. Vilkåret innebærer at det ikke nødvendigvis kan stilles samme krav overfor alle grupper ansatte.¹¹⁶ Eksempelvis kan det være saklig å pålegge ansatte som arbeider med personer i risikogruppen å gjennomføre covid19-test, men det samme gjelder nødvendigvis ikke for de ansatte i administrasjonen. For førstnevnte er både risikoen for å smitte andre og konsekvensen av smitte betydelig større. Forskjellsbehandlingen må imidlertid være saklig, den kan ikke bygge på utenforliggende hensyn. Hvorvidt arbeidsgiver kan kreve at kun uvaksinerte tester seg er derfor mer usikkert. Her vil diskrimineringsretten kunne nedfelle en selvstendig skranke, idet valget om å ikke ta vaksine kan bygge på et avvikende religion- og livssyn, jf. ldl. § 6.¹¹⁷

¹¹² Rt. 2003 s. 1702 (flyselskap), avsnitt 60; Rt. 2005 s. 518 (Porno-nedlastning), avsnitt 48.

¹¹³ Jakhelln (2006) s. 61.

¹¹⁴ Ot. prp. nr. 49 (2003-2004) s. 145.

¹¹⁵ Ibid, s. 145.

¹¹⁶ Ibid, s. 145-146.

¹¹⁷ *Jehovas Witnesses og andre v. Russland*,

EMD har imidlertid fastslått at en kritisk holdning til vaksine ikke i seg selv er en overbevisning eller tro av «sufficient cogency, seriousness, cohesion and importance», til å være vernet av retten til religionsfrihet etter artikkel 9.¹¹⁸ Det å være vaksinemotstander utgjør derfor ikke alene et diskrimineringsvernet grunnlag. Forskjellsbehandling av uvaksinerte kan likevel være problematisk, i det vaksinen ikke gir komplett immunitet mot covid19 - også vaksinerte kan bli smittet. Sannsynligheten for å bli smittet og bidra til smittespredning, er imidlertid gjennomgående større for uvaksinerte enn vaksinerte. Etter omstendighetene kan det derfor være saklig at kun uvaksinerte pålegges å teste seg. Forskjellsbehandlingen inngår imidlertid som et moment i forholdsmessighets-vurderingen, og kan lede til at den samlede tålegrensen for arbeidstaker er oversteget. Hvorvidt et tiltak kan iverksettes mot kun en gruppe ansatte må derfor vurderes i lys av virksomhetens øvrige smitteverntiltak.

Hvorvidt pålegg om testing er forholdsmessig, beror på en bred interesseavveining mellom arbeidsgivers behov for kontroll og arbeidstakers personlige integritet. Vurderingen består av en rekke momenter – også de som inngår i saklighetsvurderingen. Sentralt står tiltakets formål, hvor tungtveiende behovet er for bedriften, kontrollens art og varighet, samt gjennomføringen av det.¹¹⁹ Med kontrollerts art og varighet, menes hvorvidt tiltaket er enkeltstående eller vedvarende, og hyppigheten av det. Utover dette vil ivaretagelse av arbeidstakers sentrale personvern hensyn stå sentralt. Når det gjelder covid19-testing, innebærer det et betydelig inngrep i arbeidstakers integritets- og personvern. Dessuten må det gjennomføres relativt hyppig, for å oppnå formålet om å forhindre smittespredning. Det tilsier at arbeidsgiver må dokumentere tungtveiende hensyn for et behov for testing, og behovet må være vedvarende.¹²⁰ Formålet er imidlertid tungtveiende, det sikrer arbeidstakers liv og helse og utgjør en del av arbeidsgivers HMS-arbeid. Hvorvidt det er forholdsmessig vil derfor bero en konkret vurdering av den aktuelle arbeidsplassen, der arbeidstakers stilling og virksomhetenes art vil stå sentralt. Det gjelder imidlertid et minste-inngrep prinsipp.¹²¹ Pålegg om testing vil derfor først være aktuelt, der tiltak som munnbind og avstand er forsøkt, men der det fortsatt foreligger en smitterisiko av betydning.

Et tilgrenset spørsmål er om den tid som medgår til testing er arbeidstid, jf. aml. § 10-1 (1).

Spørsmålet er ikke behandlet etter norsk rett, men i den Danske Arbejdsretten.

¹¹⁸ *Vavrička og andre v. Tsjekkia*, avsnitt 335.

¹¹⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

¹²⁰ *Ibid.* s. 145.

¹²¹ *Ibid.* s. 145.

Retten kom frem til at arbeidsgiver hadde disponert over arbeidstakerne på en slik måte og under slike omstendigheter, at den medgåtte tiden til å bli testet på fritiden måtte anses som, eller sidestilles som arbeidstid.¹²² Det er det nærliggende å legge tilsvarende til grunn for norsk retts vedkommende, i det arbeidstidsbegrepet er felleseuropeisk.¹²³

Videre må ett av tilleggsvilkårene i aml. § 9-4 være oppfylt. Det mest nærliggende er å vurdere adgangen etter bokstav c, der medisinsk undersøkelse kan kreves gjennomført når arbeidsgiver finner det «nødvendig for å verne liv eller helse». Begrepet «nødvendig» indikerer at tiltaket må være noe mer enn ønskelig eller hensiktsmessig. Det skal tolkes strengt, der faren må anses alvorlig, og fremstå som konkret, nærliggende og sannsynlig.¹²⁴ Tiltaket være nødvendig på grunn av risikoen for liv og helse, som ifølge forarbeidene både gjelder i relasjon til arbeidstaker selv, andre arbeidstakere og tredjepersoner.¹²⁵ Bestemmelsen forutsetter en konkret risikovurdering, der arbeidstakers person- og integritetsvern veies opp imot den risiko manglende tiltak påfører virksomheten og samfunnet ellers.

Pandemien utløste en konkret risiko for både liv og helse, særlig for personer i risikogruppen. Virusets aggressivitet ved å være særlig smittomt førte til at risikobildet var betydelig. Ved pandemiens utbrudd var ekspertisen på området lav, og mangel på egnet verneutstyr og vaksine gjorde situasjonen prekær. Selv om smittetrykket fortsatt var lavt i Norge, var muligheten for rask spredning stor. I startfasen var derfor risikoen for liv og helse, konkret, nærliggende og alvorlig, noe jevnlig testing utvilsomt er egnet til å beskytte mot. Det avdekker smitte på et tidlig stadium og sikrer dermed kontroll over smitten. Hvorvidt det overstiger arbeidstakers person- og integritetsvern, vil imidlertid bero på forholdene på den konkrete arbeidsplassen, jf. vurderingen etter § 9-1. Pandemien har imidlertid vært i stadig utvikling, der smittetrykket og risikoen for liv og helse har endret seg. Viruset har formert seg til en mildere variant, og i takt med økt vaksinedekning er også befolkningens resistens betydelig høyere. Risikobildet er derfor et helt annet i dag enn ved pandemiens utbrudd. Det tilsier en tilpasning av de virkemidler som benyttes. At det var saklig, forholdsmessig og nødvendig ved iverksettelsen, er således ikke tilstrekkelig. Arbeidsgiver må stadig vurdere om behovet for obligatoriske testing fortsatt foreligger, eller om mindre inngripende tiltak er tilstrekkelig, jf. også aml. § 9-2 (3).

¹²² Sak nr. 2020-1444, (12-08-2021).

¹²³ Jf. HR-2018-1036-A, avsnitt 65.

¹²⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 315.

¹²⁵ Ibid, s. 149.

4.3 Pålegg om utlevering av helseopplysninger

I likhet med testing, kan arbeidsgiver bare kreve helseopplysninger av de ansatte dersom vilkårene i aml. § 9-1, er oppfylt. Særregelen i aml. § 9-3 avgrenser mot helseopplysninger om «arbeidssøker», og kommer derfor ikke til anvendelse. Krav til utlevering av helseopplysninger kan imidlertid forstås som en «medisinsk undersøkelse», jf. aml. § 9-4. Selv om fysiske inngrep og undersøkelser utgjør bestemmelsens kjerne, skal begrepet forstås vidt, og samtaler om sykdom for å avdekke arbeidstakers helsetilstand vil dermed omfattes.¹²⁶ Følgelig må arbeidsgiver i tillegg til de generelle kravene i aml. § 9-1, oppfylle ett av tilleggsvilkårene i aml § 9-4. Vilrårene forstås som tidligere, se pkt. 4.2.

Det er klart at opplysninger om arbeidstakers vaksinasjonsstatus, smitte og symptomer på smitte, har vært av sentral betydning for arbeidsgiver. Smitte i arbeidsstokken utløser et behov for å varsle nærkontakter, både grunnet karantereglene og for å forhindre videre smitte mellom de ansatte. Dernest vil smitterisikoen på arbeidsplassen påvirkes av andelen vaksinerte og særlige utsatte arbeidstakere. Opplysningene er derfor sentrale i arbeidsgivers helse- miljø og sikkerhetsarbeid, og påvirker den samlede vurderingen av hvilke smitteverntiltak som er nødvendig. Hvorvidt tiltaket er rettmessig må imidlertid vurderes konkret, der de momenter og faktorer som er gjort rede for i pkt. 4.2, vil være av tilsvarende betydning. Til forskjell fra covid19-testing er det imidlertid ikke tale om et fysisk inngrep i arbeidstakers integritet, noe som tilsier at terskelen kan senkes noe. Pålegg om utlevering av helseopplysninger kan likevel oppleves som en betydelig belastning for arbeidstaker, idet det gjelder personopplysninger av sensitiv art. Særlig gjelder dette helseinformasjon om bakenforliggende sykdom eller andre helserelaterede forhold, som fører til at arbeidstaker må anses å være i risikogruppen for alvorlig sykdom eller død ved smitte av covid-19. Følgelig må arbeidsgiver også her, påvise tungtveiende grunner for iverksettelsen av et kontrolltiltak av denne art. Andre mindre inngripende tiltak må være forsøkt, og i likhet med testing vil virksomhetens og arbeidsforholdets art stå sentralt. Ved å ha en særlig side til personvernet, vil dessuten tiltak som sikrer at opplysningene ikke kommer på avveie og grep som anonymisering, være av betydning. Dette sikrer arbeidstakers personvern og vil redusere de ulemper kontrollen påfører arbeidstaker.¹²⁷ Pålegg om utlevering av helseopplysninger vil i slike tilfeller rettmessig kunne innføres av arbeidsgiver.

¹²⁶ Bratholm (2013) pkt. 3.4.2; NOU 2001: 4 pkt. 3.2.2.

¹²⁷ Nærmere om dette i del. 7.

4.4 Pålegg om vaksinerings

Det klare utgangspunktet er at vaksinerings er frivillig, jf. smittevernloven § 3-8.

Bestemmelsen åpner for at myndighetene kan gi pålegg om vaksinasjon, men er inntil videre ikke benyttet for covid19. Spørsmålet er derfor hva som skal til for at arbeidsgiver rettmessig kan pålegge de ansatte å vaksinere seg. Arbeidsgiver vil under ingen omstendigheter kunne tvangsgjennomføre vaksinerings av de ansatte. Problemstillingen knytter seg til hvorvidt arbeidsgiver kan sette vaksinasjon som vilkår for arbeidsforholdet eller for å utføre bestemte arbeidsoppgaver. Dette slik at manglende vaksinerings kan lede til endrede arbeidsoppgaver, omplassering eller oppsigelse. Etersom vaksinerings utgjør en «medisinsk undersøkelse» vil lovligheten bero på om ett av vilkårene i aml. § 9-4 er oppfylt, i tillegg til de generelle kravene i aml. § 9-1. Vilråene forstås som tidligere, der tilsvarende momenter og faktorer gjør seg gjeldende (se pkt. 4.2).

Når det gjelder aml. § 9-4, kan bokstav b gi grunnlag for pålegg om vaksinerings.

Bestemmelsen fastsetter at arbeidsgiver kan kreve medisinske undersøkelser «ved stillinger som innebærer en særlig risiko». Med dette menes stillinger der arbeidstaker «rutinemessig kommer i situasjoner hvor konsekvensene av feil i utførelsen er særlig store, enten for arbeidstakeren selv, for tredjeperson eller har store samfunnsmessige konsekvenser, og hvor det derfor må stilles særlige krav til aktsomhet og oppmerksomhet».¹²⁸ Med «risiko» menes både fare for liv og helse, men også store materielle skader.¹²⁹ Bestemmelsen er særlig aktuell for helsesektoren, i det helsepersonellens arbeidsfelt i stor grad omhandler liv og helse, og der covid19 kan ha fatale konsekvenser. Utenfor disse tilfellene kan aml. § 9-4 bokstav c, gi grunnlag for vaksinasjonsplikt «når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse». Ordlyden forstås som tidligere, der pandemien utvilsomt krevde effektive tiltak for å verne sårbare grupper i samfunnet. Vaksinerings vil imidlertid ikke være nødvendig før mindre inngripende tiltak er forsøkt, som munnbind, avstand og testing, og det fortsatt foreligger en risiko for liv og helse.

¹²⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 149.

¹²⁹ Bratholm (2013) s. 222-223.

Bestemmelsen må dessuten vurderes i lys av hovedkriteriene om saklighet og forholdsmessighet, jf. aml. § 9-1. Det er klart at vaksinerer utgjør det sentrale virkemiddelet i bekjempelse av en pandemi, og arbeidslivet er intet unntak. Den er egnet til å beskytte mot alvorlige sykdom, og et høyt vaksinasjonsnivå er en forutsetning for å kunne beskytte særlige utsatte grupper. I likhet med testing kan det derfor argumenteres for at tiltaket har saklig grunn i arbeidsgivers plikt til å sikre et forsvarlig arbeidsmiljø. Arbeidsgiver kan imidlertid ikke innføre vaksinasjonsplikt med henvisning til at man er for vaksinerer, og på generelt grunnlag kreve vaksinasjon for å unngå sykdom. Tiltaket må bygge på et krav som i seg selv er saklig, og må motiveres av en arbeidsrettslig begrunnelse. Eksempelvis at det er ansatte som er særlige utsatt eller at stillingen består av arbeid med risikogruppen. Covid19-vaksinene skiller seg imidlertid fra tidligere vaksiner. I hovedsak beskytter den kun vedkommende som vaksinerer seg mot et alvorlig sykdomsforløp, og ikke mot at man blir smittet selv eller smitter andre.¹³⁰ Dermed kan det spørres om vaksinerer er egnet til å forhindre de sikkerhetsrisikoer den tar sikte på å eliminere, og et uegnet tiltak vil verken være saklig eller nødvendig.¹³¹ Vaksinen har likevel en viss effekt, ved å forhindre alvorlige sykdomsforløp bidrar vaksinerer til mindre smitte i befolkning.¹³² Men denne konsekvensen bæres i første rekke av den enkelte, idet valget om vaksine eller ikke, er lovfestet som en positiv valgfrihet. Samlet sett er det derfor tvilsomt om vaksinasjonsplikt oppfyller kravet om tilstrekkelig saklig grunn.

Det neste spørsmålet er hvorvidt vaksinasjonsplikt er forholdsmessig overfor berørte arbeidstakere. Det innebærer et betydelig inngrep i arbeidstakers integritet og selvbestemmelsesrett, og følgelig kreves det sterke holdepunkter for at et tiltak som pålagt vaksinerer kan anses lovlig.¹³³ Arbeidstakers fysiske og psykiske integritet er underlagt et sterkt vern, både nasjonalt og internasjonalt. EMK nedfeller ingen helserett, men samtykke og frivillighet til medisinsk behandling utgjør en integrert del av den personlige autonomi og selvbestemmelse, og beskyttes dermed av retten til privatliv etter art. 8.¹³⁴ Den er imidlertid ikke absolutt. Inngrep er lovlig dersom det er i samsvar med lov, er nødvendig i et demokratisk samfunn og forfølger et legitimt formål, jf. EMK art. 8 nr. 2.¹³⁵

¹³⁰ Grødeland (2021).

¹³¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

¹³² Haas mfl. (2021), Lancet 397, s. 1819-1829.

¹³³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 142.

¹³⁴ *Matter v. Slovakia*, avsnitt 64-72; *Solomakhin v. Ukraina*, avsnitt 33.

¹³⁵ Jf. Rt. 2014 s. 1105, avsnitt 28.

Hittil foreligger det heller ikke EMD-avgjørelser som konkluderer med at pliktig vaksinerings bryter med konvensjonsrettighetene. En viktig forskjell er at sakene gjelder medlemsland, som i motsetning til Norge, har innført et pliktig vaksinasjonsprogram.

Ved lovpålagt vaksinerings må det antas at arbeidsgivers handlingsrom er videre, slik at et vaksinekrav rettmessig kan pålegges arbeidstaker.

Illustrerende er storkammeravgjørelsen i *Vavříčka og andre v. Tsjekkia*, der søkeren hevdet at konsekvensene ved brudd på den lovbestemte vaksinasjonsplikten var uforenlig med deres rett til respekt for privatliv etter art. 8.¹³⁶ I saken ble brudd sanksjonert med bøter, og uvaksinerte barn ble utestengt fra førskolen. EMD konkluderte med at vaksineplikten representerte et inngrep i retten til privatliv, men at tiltaket var rimelig i forhold til de legitime mål staten etterstrebet gjennom vaksinasjonsplikten, jf. art. 8 (2). I vurderingen viste EMD til den generelle europeiske konsensusen om å oppnå høyest mulig grad av vaksinedekning. Videre at den obligatorisk tilnærming bygget på et pressende sosialt behov for å beskytte individet og folkehelsen. Sentralt sto den sosiale solidariteten overfor de sårbare i samfunnet, som krever at den resterende befolkning påtar seg en minimumsrisiko i form av vaksinerings, jf. avsnitt 279. Av viktig betydning hadde den vide skjønnsmarginen som tilkjennes medlemsstatene for å sikre retten til liv og helse, der folkehelsen står på spill.

Sakene omhandler imidlertid ikke arbeidsgivers kontrolladgang. Domstolen kommer likevel med flere generelle betraktninger som kan ha relevans også i denne sammenheng. Særlig gjelder dette hensynet til den sosiale solidariteten overfor de som ikke kan beskytte seg selv, og at vaksinerings av enkeltpersoner kan avdempe utfordringene med høy smittsomhet. En forutsetning for at EMD har ansett vaksinasjonsplikt for rettmessig, er imidlertid at vaksinen ikke innebærer en helserisiko for enkeltindividet.¹³⁷ I avgjørelsene har det handlet om velutprøvde vaksiner som har vært godkjent i flere år. Covid19-vaksinen ble imidlertid hastegodkjent og bygger på ny teknologi. Selv om bivirkninger av vaksiner sjeldent er mer alvorlige enn effekten av virussykdommen,¹³⁸ er bivirkningene av covid19-vaksinen ikke endelig vitenskapelig avklart. Vaksinens dokumenterte og hittil udokumenterte bivirkninger, taler for at en vaksinasjonsplikt vil innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker.

¹³⁶ *Vavříčka og andre v. Tsjekkia*, 2021, no. 47621/13.

¹³⁷ *Solomakhin v. Ukraina*, avsnitt 33 flg.

¹³⁸ Vaccines and immunization, World Health organization.

Dernest er det klart at vaksinasjon som vilkår for arbeidsforholdet kan resultere i en utestengning av arbeidslivet, noe som er i strid med arbeidsmiljølovens hovedsiktemål om et trygt og inkluderende arbeidsliv.¹³⁹ Sammenholdt tilsier vaksinens egenskap til å forhindre smitte, usikkerheten om dens bivirkning, og at vaksineringsplikten som den klare hovedregel skal være frivillig, at arbeidstaker ikke kan pålegges en vaksinasjonsplikt. Det utgjør et permanent inngrep i integritets og selvbestemmelsesretten, og virksomhetens behov for kontroll kan derfor vanskelig overstige de ulemper dette påfører de ansatte. Pålegg om vaksineringsplikten må derfor anses som en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstaker, jf. aml. §§ 9-1 jf. 9-4. Konklusjonen er som følger, at arbeidstakers integritets- og personvern er til hinder for iverksettelsen av smitteverntiltak i form av vaksinasjonsplikt.

¹³⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 60.

5 Arbeidstakers plikt til å medvirke og til å etterkomme arbeidsgivers smitteverntiltak

5.1 Innledning

Arbeidsforholdet stifter en rekke skrevne og uskrevne plikter mellom arbeidsgiver og arbeidstaker, der etterlevelse er en forutsetning for et velfungerende arbeidsforhold.¹⁴⁰

At arbeidsgiver er arbeidsmiljølovens pliktsubjekt er klart, men også arbeidstaker pålegges konkrete plikter. Etter aml. § 2-3 skal arbeidstaker delta og aktivt medvirke, ved utforming, gjennomføring og oppfølging av virksomhetens helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid, og ved gjennomføringen av de tiltak som blir satt i verk for å skape et godt og sikkert arbeidsmiljø, jf. første ledd. Bestemmelsen er et utslag av lojalitetsplikten, og pålegger arbeidstaker i bokstav a til h en rekke konkrete plikter, som ved brudd kan straffes, jf. aml. § 19-2.

Utover dette eksisterer det også en rekke ulovfestede prinsipper, som i større eller mindre grad pålegger arbeidstaker visse plikter. Dette omfatter særlig arbeidstakers arbeidsplikt, lydighetsplikt og lojalitetsplikt.¹⁴¹ Arbeidsplikten er det som angir hva arbeidstaker skal benytte arbeidskraften sin til, og fastlegges med utgangspunkt i den individuelle arbeidsavtalen.¹⁴² Pliktens omfang beror på en tolkning av det konkrete arbeidsforholdet, i lys av partenes forutsetninger, arbeidsgivers instruksjonsmyndighet og den utviklingen som har funnet sted.¹⁴³ Nært tilknyttet arbeidsplikten ligger arbeidstakers lydighetsplikt, til å respektere arbeidsgivers instruksjoner om hvordan arbeidet skal utføres og generell opptreden i arbeidstiden.¹⁴⁴ Overordnet handler dette om arbeidstakers lojalitetsplikt, til å opptre i tråd med arbeidsgiver interesser. En lojal opptreden kan innebære en plikt til å utføre visse handlinger, så vel som plikt til å avstå fra å utføre visse handlinger.¹⁴⁵ Lojalitetsplikten er ulovfestet og har sitt grunnlag i selve arbeidsavtalen,¹⁴⁶ og kan ses på som en forlengelse av den alminnelige lojalitetsplikten i kontraktsforhold.¹⁴⁷

¹⁴⁰ Fougner (2019) s. 860.

¹⁴¹ Dege (2003), s. 136.

¹⁴² Fougner (2007), pkt. 1.

¹⁴³ Dege (2003) s. 138; Nøkk-dommen.

¹⁴⁴ Jakhelln (2006) s. 264.

¹⁴⁵ Skjønberg (2017) s. 244.

¹⁴⁶ Rt. 1990 s. 607 (Saga Data) s. 614.

¹⁴⁷ Skjønberg (2017) s. 244.

Det nærmere innholdet av den må vurderes i lys av arbeidsforholdets art og arbeidstakers stilling – det kreves gjennomgående mer av ansatte i sentrale og høyere stillinger.¹⁴⁸

Skillet mellom de ulike pliktene er imidlertid ofte flytende, og rubriseringen er derfor ikke avgjørende i seg selv. I det videre skal betydningen av arbeidstakers plikter analyseres.

Først for arbeidstakers opplysningsplikt, og hvilken betydning dette har for iverksettelsen av kontrolltiltak (pkt. 5.2). Deretter for arbeidstakers rett til å nekte å etterkomme et smitteverntiltak på arbeidsplassen (pkt. 5.3).

5.2 Arbeidstakers opplysningsplikt

Forutsetningen om gjensidig lojalitet i arbeidsforholdet danner også grunnlaget for en opplysningsplikt.¹⁴⁹ Arbeidsgiver vil ha en berettiget forventning om at arbeidstaker informerer om forhold av betydning for arbeidsforholdet. I forbindelse med kartleggingen av de ansattes smitte, symptomer og vaksinasjonsstatus, kan det tilsi at arbeidsgiver ikke aktivt må kreve slike opplysninger utlevert som et «kontrolltiltak» (se pkt. 4.3). Hvorvidt dette er tilfelle, beror på det nærmere innholdet av opplysningsplikten. Klart er det at arbeidstaker må informere om hen kommer på jobb eller ikke, men om det omfatter personlige opplysninger om de ansatte, som vaksinasjonsstatus, smitte og symptomer, er mer usikkert.

En slik plikt kan søkes forankret i arbeidstakers medvirkningsplikt etter aml. § 2-3. Her heter det at arbeidstaker skal «medvirke til å hindre (...) helseskader», og «underrette arbeidsgiver (...) om feil eller mangler som kan medføre fare for liv eller helse», jf. bokstav a og b.

Smitte og symptomer hos de ansatte utgjør utvilsomt forhold som kan medføre fare for helse, og dermed også helseskader. Verken forarbeidene eller teori nevner imidlertid personlige forhold ved arbeidstaker,¹⁵⁰ og bestemmelsen synes derfor å ta sikte på utenforliggende forhold, som mangler ved verneutstyret eller organiseringen av arbeidet. Bestemmelsen er imidlertid kun en konkretisering av lojalitetsplikten, og dermed ingen uttømmende regulering av pliktens innhold. Av rettspraksis følger det at uriktige forklaringer fra arbeidstaker kan gi grunnlag for saklig oppsigelse på grunn av tillitssvikt.¹⁵¹ Utover dette er det fastslått at arbeidsgivers forventning til opplysningsplikt vil bero på forholdet mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, arbeidstakers stilling og virksomhetens art.¹⁵²

¹⁴⁸ Rt. 1997 s. 1128 (Lønnstrekk) s. 1133.

¹⁴⁹ Rt. 1996 s. 1401, s. 1409.

¹⁵⁰ Se Ot.prp.nr. 49 (2004-2005) s. 89-90.

¹⁵¹ Rt. 1993 s. 300; Rt. 1965 s. 763.

¹⁵² LB-2019-143505.

Ellers gjelder omtaler om opplysningsplikten i hovedsak arbeidssøker i ansettelsesprosessen. Illustrerende er saken i *Servitør-dommen*,¹⁵³ som gjaldt oppsigelse av en arbeidstaker i prøvetid, idet han ved ansettelsen ikke hadde opplyst om konfliktene med tidligere arbeidsgiver. Høyesterett formulerer det rettslige utgangspunktet for opplysningsplikten, og uttaler at det «som hovedregel må være opp til arbeidsgiveren å stille de spørsmål (...) som arbeidsgiver anser av betydning», jf. avsnitt 49. Videre at opplysningsplikten kun gjelder forhold som søkeren «måtte forstå» var av «vesentlig betydning» for ansettelsen, jf. avsnitt 52. Uttalelsen tilsier at listen for hva det er opplysningsplikt om er høy, og at forholdet må være av arbeidsrettslig relevans. At opplysningene er av interesse for arbeidsgiver er dermed ikke tilstrekkelig. I dette ligger det også en oppfordring til arbeidsgiver om å tydeliggjøre hvilke forhold som er av betydning, slik at arbeidstaker får et insentiv til å informere arbeidsgiver. Selv om saken knyttet seg til ansettelsesprosessen, vil uttalelsene være retningsgivende også for etablerte arbeidsforhold.

Overført på avhandlingens tema, er det utvilsomt av vesentlig betydning for arbeidsgiver å ha kjennskap til om arbeidstaker er smittet med covid19 eller har symptomer på smitte. Opplysningene er sentrale for å beskytte øvrige ansatte mot smitte, og isolere personer som har vært i nærkontakt med vedkommende. Særlig gjelder dette for yrkesområder som helsepersonell, der arbeidet innebærer nær kontakt med sårbare brukere. Det tilsier at det er tale om informasjon som arbeidstaker må forstå er av vesentlig betydning, og dermed plikter å opplyse om. Dette forutsatt, at arbeidsgiver har tydeliggjort sine forventninger om å bli informert om forhold som er relevante for smittevern. Som høyesterett fastsetter, er det imidlertid arbeidsgiver som i første rekke er ansvarlig for å etterspørre om forhold som anses av betydning. Dessuten er konsekvensen av å la personopplysninger av sensitiv art inngå i arbeidstakers opplysningsplikt ikke heldig, idet mislighold av plikten kan gi grunnlag for arbeidsrettslige sanksjoner. Dette synes å være i strid med arbeidsmiljølovens forutsetning, om å verne den svake part og sikre et inkluderende og trygt arbeidsliv.¹⁵⁴ Det er arbeidsgiver som har det overordnede ansvaret for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø, og det er dermed urimelig å overføre dette ansvaret på arbeidstaker. Det foregående tilsier at dersom arbeidsgiver vil ha kjennskap til opplysninger om smitte og symptomer hos de ansatte, må det aktivt kreves i henhold til reglene i aml. kap. 9.

¹⁵³ HR-2021-605-A (*Servitør-dommen*) avsnitt 45 flg.

¹⁵⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 60

5.3 Arbeidstakers reservasjonsrett

Det motsatte spørsmålet er i hvilken grad arbeidstaker kan nekte å etterkomme, eller reservere seg mot arbeidsgivers smitteverntiltak. Dette handler om rekkevidden av arbeidstakers medvirkningsplikt og plikt til å underlegge seg arbeidsgivers styring og kontroll. Spørsmålet er av betydning da urettmessig ordrenekt fra arbeidstakers side innebærer et mislighold av arbeidsavtalen, som kan foranledige arbeidsrettslige sanksjoner, som omplassering, endrede oppgaver, og i alvorlig tilfeller oppsigelse og avskjed.¹⁵⁵

Grunnet arbeidsforholdets særpreg forutsetter et velfungerende arbeidsforhold, en lojal etterlevelse av arbeidsgivers instruksjer. Forarbeidene legger tilsvarende til grunn for kontrolltiltak, og fastsetter at der kontrolltiltak er innført i tråd med vilkårene i aml. kap. 9, vil arbeidstaker ha en motsvarende plikt til å avfinne seg med og aktivt medvirke til gjennomføringen av arbeidsgivers kontrolltiltak.¹⁵⁶ Manglende etterlevelse vil dermed som utgangspunkt innebære en urettmessig ordrenekt som kan foranledige arbeidsrettslige sanksjoner. Etter rettspraksis kreves det imidlertid at arbeidsgiver har gitt en entydig ordre, og at arbeidstaker er gjort kjent med dens innhold og virkningen av at ordren ikke etterkommes.¹⁵⁷ Under pandemien har imidlertid både kunnskapsgrunnlaget og smittetrykket vært i stadig endring, og påvirket rettmessigheten av smitteverntiltakene. Tidvis kan dette ha resultert i smitteverntiltak som ikke gjenspeiler smitterisikoen, og dermed i arbeidstakers øyne, er ulovlige. Spørsmålet er om innsigelser mot tiltakets lovlighet gir arbeidstaker en rett til å motsette seg smitteverntiltak, uten å samtidig innebære et pliktbrudd.

Det følger av forarbeidene at arbeidstaker «ikke uten videre har rett til å nekte å etterkomme pålegg om kontrolltiltak selv om vilkårene etter første ledd ikke er oppfylt eller hvor det er tvist om rettmessigheten av et slikt pålegg».¹⁵⁸ Uenighet om lovligheten skal løses ut fra alminnelige arbeidsrettslige regler og retningslinjer, der utgangspunktet er at arbeidstaker må avfinne seg med kontrolltiltaket inntil saken er rettslig avklart. Dette harmonerer med den arbeidsrettslige resignasjonsplikten, som innebærer at arbeidstaker må resignere og godta arbeidsgivers beslutninger, til tross for egne innsigelser.¹⁵⁹

¹⁵⁵ Jf. aml. §§ 15-7 og 15-14; Illustrerende er RG 2010 s. 310 (Apotekteknikerdommen).

¹⁵⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

¹⁵⁷ Rt. 1965 s. 1075.

¹⁵⁸ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

¹⁵⁹ Fougner (2016) s. 294.

Forarbeidene åpner imidlertid for unntak, der tiltaket er åpenbart ulovlig, er særlig inngripende, eller der det ikke er noen rimelig eller saklig grunn for at arbeidsgiver kan avvende iverksettelsen av kontrolltiltaket frem til en rettslig avklaring av tvisten.¹⁶⁰ Illustrerende er saken i Rt. 1988 s. 1188 (Sara hotell), der spørsmålet var om hotellets avskjedigelse av baransatte, fordi de nektet opplæring i et nytt kassaregistersystem, var gyldig. Høyesterett kom frem til at nektelsen ikke innebar et alvorlig pliktbrudd. I vurderingen ble det lagt vekt på den situasjon som forelå; det var omtvistet om det var inngått avtale om at opplæringen skulle utstå, og om hotellet hadde overholdt sin informasjons- og drøftelsesplikt. Innsigelsene fra de ansatte var dessuten velbegrunnet, de kom med konstruktive og saklige synspunkter og forslag. Videre ville ikke en utsettelse av opplæringen medføre avgjørende ulemper for hotellet.¹⁶¹ Selv om saken konkret gjaldt avskjed, gir dommen retningslinjer for når rettmessig ordrenekt kan foreligge.

Når det gjelder smitteverntiltak, er vaksinasjonsplikt utvilsomt et kontrolltiltak arbeidstaker må kunne nekte å gjennomføre frem til rettslig avklaring har funnet sted. Det representerer et betydelig inngrep og kan ikke lovlig innføres (se pkt. 4.4). For de øvrige tiltakene tilsier graden av inngripen at det er mer aktuelt med en reservasjonsadgang ved tvil om lovligheten av covid19-testing, enn for krav om bruk av munnbind og ordninger med hjemmekontor. Smitteverntiltakenes evne til å begrense smitte forutsetter imidlertid at alle deltar i smittevernarbeidet. En reservasjonsadgang frem til rettslig avklaring har funnet sted, medfører derfor en klar ulempe for både virksomheten og de øvrige ansatte. Pandemien kan dessuten betegnes som en ekstraordinær begivenhet. Dette gir grunnlag for en utvidet arbeidsplikt, der lojalitetsplikten tilsier at det er rimelig å kreve at arbeidstaker strekker seg lenger for å sikre arbeidsgivers og virksomhetens interesser.¹⁶² Videre var tiltakene av midlertidige karakter, de bestod kun i den grad smittesituasjonen tilsa det. Jo kortere tidsrom forandringen pålegges, desto større grunn er det for at arbeidstaker må avfinne seg med endringene.¹⁶³ Samlet sett tilsier dette at tvil om de øvrige smitteverntiltakenes lovlighet, ikke gir arbeidstaker en reservasjonsrett. Manglende etterlevelse vil derfor innebære urettmessig ordrenekt, som kan foranledige arbeidsrettslige sanksjoner.

¹⁶⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005). s. 144.

¹⁶¹ Rt. 1988 s. 1188, (Sara hotell), s. 1193 flg.

¹⁶² Jakhelln (2006) s. 266.

¹⁶³ Dege (2003) s. 145; Fougner (2007) s. 250.

Spørsmålet er om det står annerledes der arbeidstaker ønsker å reservere seg mot tiltaket av samvittighetsgrunner. Samvittighetsnektelser i arbeidslivet er ikke regulert på generell basis i verken nasjonal eller internasjonal rett, men henger nært sammen med diskrimineringsforbudet og retten til samvittighets-, religions-, og livssynsfrihet etter EMK art. 9.¹⁶⁴ Det må imidlertid stilles visse krav til samvittigheten – den må oppleves og fremstå som dypringende og må kunne begrunnes moralsk.¹⁶⁵ I forbindelse med smitteverntiltak har det særlig handlet om skepsis mot covid-19, som kan kobles til alt mellom individualisme, alternativ medisin, eller mistillit til myndighetene og ny teknologi. Dette kan vanskelig knyttes til den enkeltes samvittighet og moral, og fremtrer i større grad som en faglig oppfatning eller generelt politisk samfunnssyn. Ifølge rettspraksis og teori gir ikke dette arbeidstaker noen berettiget grunn til å nekte og gjennomføre et pålegg fra arbeidsgiver.¹⁶⁶ Arbeidstakers skepsis mot eksempelvis munnbind eller testing gir derfor ingen reservasjonsrett. Arbeidsgivers har imidlertid en omsorgsplikt, som innebærer at arbeidet skal tilpasses menneske som utfører det, jf. aml. § 1-1 bokstav d. og § 4-3 (2) bokstav b. Det kan tilsi at arbeidsgiver bør tilby en alternativ ordning som hjemmekontor. I hvilken grad dette kan kreves av arbeidstaker er imidlertid tvilsomt.

¹⁶⁴ NOU 2016: 13, del. 3 pkt. 6.1.1

¹⁶⁵ NOU 2016: 13, del 2, pkt. 3.4.2.

¹⁶⁶ Jakhelln (2006) s. 265; Rt. 1983 s. 1004.

6 Bruk av personlige opplysninger om de ansatte

6.1 Innledning

I det videre skal arbeidsgivers adgang til å behandle personlige opplysninger om de ansatte, i forbindelse med et smitteverntiltak analyseres. Vurderingen beror på om reglene nedfelt i personopplysningsloven og GDPR er oppfylt, der GDPR gis forrang ved konflikt med annen lov som regulerer samme forhold, jf. EØS-loven § 2 (4). Reglene må imidlertid leses i sammenheng, idet personopplysningsloven utfyller, supplerer og gjør unntak fra forordning.¹⁶⁷ Som følge av oppgavens tema, vil analysen begrense seg til opplysninger som har vært av relevans for smittevern, herunder opplysninger om ansattes vaksinasjonsstatus, smitte og symptomer. Som et utgangspunkt for drøftelsen vil det først gjøres rede for det nærmere forholdet mellom personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven.

6.2 Forholdet til arbeidsmiljøloven

At det er en nær indre sammenheng mellom vilkårene i aml. kapittel. 9 og personopplysningsloven er alt klart (se pkt. 2.2.3). Dette er desto mer relevant der behandling skjer i forbindelse med en medisinsk undersøkelse. Forarbeidene uttaler at når det gjelder medisinske undersøkelser, må aml. § 9-4 tolkes som *lex specialis*,¹⁶⁸ som ved kollisjonstilfeller vil gå foran reglene i personopplysningsloven, jf. aml. § 9-1 (2). Spørsmålet er om uttalelsen innebærer at vilkårene i personopplysningsloven automatisk er oppfylt, der behandlingen skjer som direkte konsekvens av et lovlig iverksatt kontrolltiltak etter aml. § 9-4. Det er usikkert hvilken rekkevidde uttalelsen kan tilkjennes. Rettspraksis er heller ikke tydelig på dette punkt, og høyesterettspraksis som foreligger berører ikke spørsmålet.

Avgjørelse i Securitas-saken er retningsgivende, der spørsmålet var om Securitas kunne innføre testing for rusmisbruk av alle sine ansatte. Personvernemnda tar opp sammenhengen mellom lovene, og presiserer at inngrepets lovlighet må vurderes etter arbeidsmiljøloven, mens vurderingen av hvorvidt analyse materialet kan behandles, følger personopplysningslovens bestemmelser.¹⁶⁹ Personvernemnda bruker imidlertid arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven parallelt i vurderingen av tiltakets lovlighet.

¹⁶⁷ Prop. 56 LS (2017-2018), s. 15.

¹⁶⁸ Ot.prp. nr. 49 (2005-2006) s. 145-146.

¹⁶⁹ PVN-2005-6, pkt. 6.2.1.

Saken kan tas til inntekt for at personopplysningsloven gjelder for medisinske undersøkelser, men at vurderingene henger nært sammen. Dette er også i tråd med forarbeidenes øvrige bemerkninger, om at vilkårene i personopplysningsloven og arbeidsmiljøloven må tolkes og praktiseres i lys av hverandre. Tilsvarende legges til grunn her, og følgelig må arbeidsgivers oppfylle vilkårene i personopplysningsloven, selv om behandlingen skjer i forbindelse med en medisinsk undersøkelse, jf. aml. § 9-4. Forutsetningen er at arbeidsgiver skal behandle personopplysningene elektronisk eller sette de inn i et register, jf. pol. § 2 og GDPR art. 2.

6.3 Behandling av helseopplysninger

Det første spørsmålet er med dette om det foreligger et behandlingsgrunnlag, jf. GDPR art. 6. Etter bokstav a) vil det være tilfelle der den «registrerte har gitt samtykke til behandling». Forordningen oppstiller imidlertid strenge krav til innholdet i et samtykke. Etter art. 4 må det foreligge en «frivillig, spesifikk, informert og utvetydig viljesytring fra den registrerte der vedkommende ved en erklæring eller en tydelig bekreftelse gir sitt samtykke til behandling av personopplysninger som gjelder vedkommende», jf. nr. 11. Frivillighet innebærer at samtykke ikke må være gitt under tvang, men under reell valgfrihet. Ordlyden «spesifikk» og «utvetydig» tilsier at den registrerte klart må tilkjenne et samtykke og hva samtykke gjelder.¹⁷⁰ Dette i form av en aktivitet, typisk en skriftlig erklæring. At samtykke skal være «informert», innebærer dessuten at den registrerte skal få tilstrekkelig med informasjon til å forstå hva samtykke gjelder og innebærer. I denne sammenheng følger det ytterligere vilkår av art. 7, som fastsetter at den behandlings-ansvarlige må påvise at det foreligger et informert og frivillig samtykke, og at den registrerte til enhver tid skal ha rett til å trekke tilbake samtykke.

På arbeidslivets område er det tvilsomt om samtykke fra arbeidstakers oppfyller de strenge kravene.¹⁷¹ Det skjeve maktforholdet mellom partene reiser tvil om samtykkets reelle frivillighet, og dermed om det er tilstrekkelig.¹⁷² Dette kommer også til uttrykk i art. 7, som fastsetter at det ved vurderingen av om et samtykke er gitt frivillig skal tas hensyn til, «om yting av en tjeneste, er gjort betinget av samtykke til behandling av personopplysninger som

¹⁷⁰ GDPR fortalenspunkt 32.

¹⁷¹ GDPRs fortalenspunkt 43; Artikkel 29-gruppen (2016/679), s. 7.

¹⁷² Artikkel 29-gruppen (2/2017), s. 6 flg.

ikke er nødvendig for å oppfylle nevnte avtale», jf. nr. 4. Arbeidstaker som den underordnede part, vil også utenfor disse tilfellene kunne oppleve et press til å samtykke til behandling. Som fremholdt av personvernemnda i Securitas-saken vil det være nærliggende å oppleve at det vil kunne få konsekvenser for vedkommendes arbeidsforhold, selv om arbeidsgiver ikke har til hensikt å benytte det til skade for arbeidstaker. «Arbeidsgiver har alltid en viss makt over de ansatte gjennom sin styringsrett. Det vil i skyggen av denne være vanskelig å anse et samtykke fra en ansatt avgitt uten tanke på at nektelsen vil kunne ha betydning for fremtiden». ¹⁷³ Samtykkealternativet er derfor lite anvendelig på arbeidslivets område. ¹⁷⁴

For arbeidslivets parter er derfor art. 6 bokstav f mer praktisk. ¹⁷⁵ Her vil behandling være lovlig der det er «nødvendig for formål knyttet til de berettigede interesser som forfølges av den behandlingsansvarlige», med mindre «den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter går foran og krever vern av personopplysninger». Det er en sekkebestemmelse, som forutsetter en avveining av behovet for behandling opp mot den registrertes grunnleggende rettigheter og personverninteresser. En naturlig forståelse av ordlyden «berettiget interesse» tilsier en aktverdig og saklig interesse. I vurderingen av om en interesse er berettiget angir GDPR-fortalen at det må tas hensyn til den registrertes forventninger basert på forholdet mellom den behandlingsansvarlige og den registrerte, jf. pkt. 47. Ifølge personvernrådet beror vurderingen ikke utelukkende på den registrertes subjektive forventning, men om behandlingen av personopplysninger i den aktuelle situasjonen er påregnelig for en objektiv tredjepart. ¹⁷⁶ Av EU-domstolens dom i Fashion ID-saken, må tre kumulative vilkår være oppfylt; den behandlingsansvarlige må forfølge en legitim interesse, der opplysningene må være nødvendige for å ivareta denne, og den registrertes grunnleggende rettigheter og friheter må ikke overstige den behandlingsansvarliges interesser. ¹⁷⁷

Under pandemien utløste arbeidsgivers plikt til å organisere virksomheten på en smittevernsforsvarlig måte et behov for behandling av personopplysninger om de ansatte. For det første var opplysninger om smitte og vaksinasjonsstatus vesentlig i vurderingen av hvilket sikkerhetsnivå som var påkrevd i den konkrete virksomheten.

¹⁷³ PVN-2005-6 pkt. 6.2.2.

¹⁷⁴ GDPR fortalenspunkt.43.

¹⁷⁵ GDPR fortalenspunkt. 47.

¹⁷⁶ EDPB Guidelines (3/2019) pkt. 3.1.3.2.

¹⁷⁷ Sak C-40/17, 29 juli 2019.

Karantenekravene utløse dessuten et behov for å innhente opplysninger om de ansattes symptomer, for å kunne organisere arbeidskraften deretter. Dernest er det klart at et kontrolltiltak som covid19-testing fort blir formløst dersom ikke de materialer testen gir kan analyseres og registreres.¹⁷⁸ Ifølge forarbeidene er det mye som taler for at vilkårene etter personopplysningsloven regulært vil være oppfylt dersom vilkårene for å gjennomføre selve kontrollen er til stede.¹⁷⁹ Det fremheves at kravet til saklig grunn etter aml. § 9-1, normalt fører til at vilkåret om berettiget interesse er oppfylt. Videre at et forholdsmessig kontrolltiltak, i alminnelighet vil innebære at kravet til hensynet til arbeidstakers personvern ikke må overstige arbeidsgivers berettiget interesser, ikke vil være krenket.¹⁸⁰ Der behandlingen skjer i forbindelse med et lovlig iverksatt kontrolltiltak, vil derfor også behandling av personopplysninger gjennomgående anses rettmessig. Det må imidlertid foretas en konkret vurdering, der virksomhetens art og arbeidstakers stilling vil stå sentralt.¹⁸¹ Overordnet var dessuten begrunnelsen for behandlingen av personopplysningene, beskyttelsen av liv og helse – noe som klart overstiger enn den enkeltes personvern. Pandemiens stadig endrede risikobilde medfører imidlertid at arbeidsgivers interesse i å behandle helseopplysninger om de ansatte kan avta. Dermed kreves en stadig vurdering av om formålet fortsatt er berettiget. Her må smittesituasjonen og hvorvidt andre arbeidsmiljøtiltak er tilstrekkelig tas i betraktning. Dersom den opplevde tryggheten på arbeidsplassen kan ivaretas med mindre inngripende midler, vil arbeidstakers personverninteresser overstige den berettigede interessen i å behandle personopplysningene.

Opplysninger om vaksinasjonsstatus, smitte og symptomer er imidlertid helseopplysninger, som utgjør «særlige kategorier av personopplysninger», jf. GDPR art. 9 nr. 1. For å være lovlig må derfor ett av tilleggsvilkårene i art. 9 nr. 2 i tillegg være oppfylt. Samtykkealternativet etter bokstav a, vil heller ikke her være et relevant behandlingsgrunnlag, jf. ovenfor. Bestemmelsen skjerper dessuten kravene ytterligere, ved at samtykke må være «uttrykkelig». Ordlyden tilsier at samtykke må være gitt på en ekstra tydelig måte, typisk ved å underskrive en spesifikk viljeserklæring.¹⁸²

¹⁷⁸ Analyse materialet utgjør personopplysninger, selv der testingen bare angis med to verdier, jf. PVN-2005-6 pkt. 6.2.1.

¹⁷⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 146.

¹⁸⁰ Ibid, s. 146.

¹⁸¹ Det må her vises til bemerkninger for avveining etter aml. §§ 9-1 og 9-4, se del. 4.

¹⁸² Artikkelen 29-gruppen (2016/679), s. 18-19.

Alternativet i bokstav b, er derfor mer praktisk. Bestemmelsen fastsetter at behandling vil være lovlig dersom den er «nødvendig for at den behandlingsansvarlige eller den registrerte skal kunne oppfylle sine forpliktelser og utøve sine særlige rettigheter på området arbeidsrett (...) i den grad dette er tillatt i henhold til unionsretten eller medlemsstatenes nasjonale rett». Bestemmelsen må ses i lys av GDPR art. 88 som angir et handlingsrom for nasjonal regulering om behandlingen av person-opplysninger i arbeidsforhold. Det er med hjemmel i art. 88 og art. 9 nr. 2 bokstav b, personopplysningsloven § 6 er vedtatt. Bestemmelsen gjør unntak fra art. 9 nr. 1,¹⁸³ og fastsetter at særlige kategorier av personopplysninger kan behandles i arbeidslivet, når «det er nødvendig for å gjennomføre arbeidsrettslige plikter eller rettigheter». Bestemmelsen viderefører tidligere rett,¹⁸⁴ der «arbeidsrettslige plikter eller rettigheter» omfatter alle rettigheter og plikter som baseres på et arbeidsrettslig grunnlag, typisk lovgivning, individuelle arbeidsavtaler eller avtale mellom partene i arbeidslivet.¹⁸⁵ Arbeidsgivers plikt til å sikre et trygt og forsvarlig arbeidsmiljø for de ansatte, er utvilsomt en «arbeidsrettslig plikt», som kan gi grunnlag for avgrenset behandling av personopplysninger, jf. pol. § 6.

Avgjørende er dermed om behandling av personopplysninger er «nødvendig» for å oppfylle plikten. Ordlyden tilsier at det må være noe mer enn ønskelig eller hensiktsmessig. Vilkåret beror på en konkret vurdering, og er trolig oppfylt der det blir uforholdsmessig vanskelig å oppfylle plikten uten en behandling av personopplysninger. Terskelen er imidlertid høy, og forutsetter at plikten ikke kan overholdes på andre mindre inngripende måter. Som avhandlingen illustrerer utløste utbruddet av covid19 et behov for effektive smitteverntiltak, der behandling av personopplysninger var en forutsetning. Arbeidsgivers kartlegging av helseopplysninger om de ansatte er i seg selv en behandling av personopplysninger, og covid19-testing blir fort formløst dersom ikke det materialet testen gir kan analyseres og registreres. Hensynet til å kontrollere en epidemi er dessuten eksplisitt fremhevet i GDPR-fortalen.¹⁸⁶ Dette er også rimelig, i det hensynet til liv og helse veier tyngre enn den enkeltes personvern. I likhet med art. 6, må dessuten nødvendighetsvurderingen langt på vei være sammenfallende med den vurdering som er foretatt etter arbeidsmiljølovens bestemmelser.

¹⁸³ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110-111.

¹⁸⁴ Prop.56 LS (2017-2018) s. 212.

¹⁸⁵ Ot.prp. nr. 92 (1998-1999) s. 110-111.

¹⁸⁶ GDPR fortalenspunkt 46.

Noe annet ville undergrave virkningen og formålet med tiltak som lovlig er iverksatt i henhold til arbeidsmiljøloven. Avgjørende må derfor være om behandlingen aktualiserer særlige personopplysningsfaktorer som gjør at behandlingen i seg selv ikke kan anses lovlig. Utover dette må behandling av personopplysninger i forbindelse med et lovlig iverksatt kontrolltiltak, normalt anses nødvendig, jf. pol. § 6 jf. GDPR. art. 9 nr. 2 bokstav b.¹⁸⁷

Forutsetningen er til enhver tid at behandlingen av personopplysninger skjer i tråd med de grunnleggende personvernprinsippene nedfelt i GDPR art. 5. Der behandlingen bygger på et behov for å kartlegge risikonivået i virksomheten, vil eksempelvis prinsippet om dataminimering tilsi at arbeidsgiver anonymisere slike opplysninger ved videre bruk, jf. art. 5 nr. 4. Dessuten må de jevnlig oppdateres slik at de er korrekt og arbeidsgiver må forsikre at de ikke kommer på avveie. Videre må den enkelte arbeidstaker informeres om behandlingen, hva det gjelder, formålet med behandlingen, hvem som har tilgang til den og hvilke rettigheter arbeidstaker besitter.

6.4 Gjenbruk av personopplysninger

Et spørsmål som oppstår, er i hvilken grad arbeidsgiver kan bruke opplysninger innhentet i forbindelse med et smitteverntiltakene, til andre formål. Eksempelvis kan arbeidsgiver ønske å benytte det analyse materialet som kommer frem av covid19-testing, i en etterfølgende risikovurdering av om det er nødvendig med ytterligere smitteverntiltak. Det generelle prinsipp om formålsbegrensning er i utgangspunktet til hinder for dette, jf. art. 5 bokstav b. GDPR art. 6 nr. 4 åpner imidlertid for behandling av personopplysninger for andre formål enn de ordinært var innhentet for, såfremt det nye formålet er forenelig med det opprinnelige. Er dette tilfelle vil det første behandlingsgrunnlaget dekke den nye behandlingen,¹⁸⁸ en uforenlig viderebehandling krever derimot grunnlag i lov eller samtykke.¹⁸⁹ Årsaken er at en uforenlig viderebehandling vil påføre den registrerte en større belastning, og øker følelsen av overtramp av den personlige integritet. I vurderingen av forenlighet, nedfeller GDPR. art. 6 nr. 4 en ikke-uttømmende liste av momenter som den behandlingsansvarlige må ta i betraktning jf. ordlyden «blant annet».

¹⁸⁷ Jarbekk (2019) s. 183.

¹⁸⁸ GDPR fortalenspunkt 50.

¹⁸⁹ Prop.56 LS (2017–2018), s. 37.

For det første skal det tas hensyn til «enhver forbindelse» mellom det opprinnelige formålet, og formålene med den tiltenkte viderebehandlingen, jf. bokstav a). Dette innebærer at den nye behandlingen ikke skal være overraskende eller upåregnelige for den registrerte.¹⁹⁰ I bokstav b) står det at man skal legge vekt på i «hvilken sammenheng personopplysningene er blitt samlet inn, særlig med hensyn til forholdet mellom de registrerte og den behandlingssansvarlige». Videre skal man legge vekt på «personopplysningens art», jf. bokstav c). Ettersom det her er tale om sensitive opplysninger, vil derfor adgangen for viderebehandling skjerpes. Videre må det ses hen til de konsekvenser viderebehandlingen har for den registrerte, jf. bokstav d). Hvorvidt det innebærer store ulemper for den registrerte eller er av mindre betydning, har betydning for om det nye formålet kan aksepteres. Det siste elementet er om det fattes nødvendige garantier som sikrer den registrerte mot ulemper, som kryptering eller pseudonymisering, jf. bokstav e). Avgjørende er en konkret helhetsvurdering,¹⁹¹ som på mange måter ligner vurderingen av om det foreligger berettigede interesser etter art. 6 bokstav f.¹⁹² For arbeidsgivers behandling av helseopplysninger i forbindelse med et smitteverntiltak, kan det overordnede formålet med innsamlingen sies å være smitteforebyggende arbeid. Det er et vidt formål, der viderebehandling i form av en risikovurdering av om ytterligere tiltak er nødvendig, henger nært sammen. Så lenge viderebehandlingen er smittevernrelatert begrunnet kan det tilsi at den er forenlig med det opprinnelige formålet. Reglene illustrerer likevel at det må foretas en konkret vurdering, og at det også her eksisterer en ramme.

¹⁹⁰ Illustrerende er saken i Rt. 1991 s. 616 (gatekjøkkenkjennelsen).

¹⁹¹ Ot.prp. nr. 92 (1998–1999) s. 113.

¹⁹² Jarbekk (2019) s. 164.

7 Oppsummering og avsluttende betraktninger

Avhandlingen illustrerer at arbeidsgiver har et vidt handlingsrom til å iverksette tiltak av relativt inngripende art, og i den forbindelse behandle sensitive opplysninger om de ansatte. Smitteverntiltakene ble iverksatt av hensynet til liv og helse, noe som klart overstiger den enkeltes integritets- og personvern. Arbeidsgiver kan likevel ikke innføre ethvert tiltak med henvisning til smittevern. Rekkevidden beror på en konkret vurdering av forholdene på arbeidsplassen, og om det er forholdsmessighet mellom arbeidsgiver behov og de ulemper tiltaket påfører arbeidstaker.

Utover dette er det vanskelig å trekke noen konkret grense for reglens rekkevidde, idet både arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven oppstiller skjønnsmessig vilkår og krever vanskelige interesseavveininger. Dette er problematisk av hensyn til arbeidstakers behov for trygghet og forutberegnelighet, til å vite når egne rettigheter og friheter slår inn og begrenser arbeidsgivers adgang. Men gjelder også arbeidsgiver, som har behov for å vite hvor grensen for det lovlige går. Koronakommisjonens konklusjon om brudd på flere grunnleggende rettigheter under pandemien er illustrerende,¹⁹³ og synliggjør et behov for tydeligere rammer. Reglene er imidlertid et utslag av en avveining mellom arbeidstakers behov for vern og rettssikkerhet, på den ene siden. Og på den annen side arbeidsgivers behov for fleksibilitet, i lys av det stadige omstillingsbehovet som skjer i virksomheten. Dessuten gir vilkårene anvisning på en rettslig standard. Dette gjør dem egnet til å møte utfordringer og utviklinger i samfunnet – noe pandemien utvilsomt var. Et for rigid regelverk ville vært til hinder for dette, og er derfor heller ikke ønskelig.

En mulighet er å endre saksbehandlingsreglene i aml. § 9-2, til å innebære noe mer enn en ordensregel. Slik at arbeidsgivers manglende oppfyllelse, i seg selv fører til at tiltaket er ulovlig. Selv om bestemmelsen ikke krever enighet fremmer de samarbeid og drøftelse, noe som er egnet til å avdekke manglende grunnlag, sikre arbeidstakers forutberegnelighet og bidra til at det samlede kontrollvolum holdes så lavt som mulig. Utover dette tilsier det fragmentariske lovverket en klargjøring av forholdet mellom arbeidsmiljøloven og personopplysningsloven.

¹⁹³ NOU 2021: 6 s. 26.

8 Kilderegister

8.1 Norske rettskilder

8.1.1 Lover

Aml. (2005)	Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Pol. (2018)	Lov 2018, om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
Smvl. (1994)	Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven).
Ldl. (2017)	Lov 2017, om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven).
Mrl. (1999)	Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven).
Grl. (1814)	Lov 17. mai 1814 Kongeriket Norges Grunnlov.

8.1.2 Forskrifter

FOR-2022-03-18-409	Forskrift om endring i forskrift 5. juli 2002 nr. 715 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.
--------------------	--

PRE-2022-03-18-409	Fastsettelse av forskrift om endring i forskrift 5. juli 2002 nr. 715 om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem Kongelig resolusjon. Statsråd Marte Mjøs Persen.
FOR-2020-03-27-470	Forskrift om smitteverntiltak mv. Koronautbruddet (covid-19-forskriften). Helse- og omsorgsdepartementet.
FOR-2002-07-05-715	Forskrift om arbeid som utføres i arbeidstakers hjem. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

8.1.3 Forarbeider

Norges offentlige utredninger (NOU)

NOU 2021: 6	Myndighetenes håndtering av koronapandemien. Rapport fra Koronakommisjonen.
NOU 2016: 13	Samvittighetsfrihet i arbeidslivet. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.
NOU 2009: 1	Individ og integritet, personvern i det digitale samfunnet, Utredning fra Personvernkommisjonen
NOU 2004: 5	Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst. Arbeidslivslovutvalget.
NOU 2001: 4	Helseopplysninger i arbeidslivet, Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet. Utredning fra Breisteinutvalget.

Proposisjoner (tidligere odelstingsproposisjoner)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Ot.prp.nr.92 (1998-1999)	Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven).
Innst.186 S (2013–2014)	Innstilling fra kontroll- og konstitusjonskomiteen om grunnlovfesting av sivile og politiske menneskerettigheter
Prop.56 LS (2017-2018)	Om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven av 2018)
Prop. 81 L (2016-2017)	Lov om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

8.1.4 Rettspraksis

Høyesterettspraksis

HR-2021-605-A	(Servitør-dommen)
HR-2018-2371-A	(Norwegian)
HR-2018-1036-A	
HR-2016-1366-A	(Avlaster 2)
HR-2016-2286-A	
Rt. 2014 s. 1105	
Rt. 2013 s. 354	(Avlaster 1)
Rt. 2011 s. 841	(Undervisningsinspektør)
Rt. 2009 s. 1465	(Seinvakt)

Rt. 2008 s. 856	(Theater café)
Rt. 2005 s. 518	(Pornonedlasting)
Rt. 2003 s. 1702	(Flyselskap)
Rt. 2001 s. 418	(Kårstø)
Rt. 2000 s. 1602	(Nøkk)
Rt. 1997 s. 1128	(Lønnstrekk)
Rt. 1996 s. 1401	
Rt. 1994 s. 1064	(Bye-dommen)
Rt. 1993 s. 300	
Rt. 1992 s. 1053	
Rt. 1991 s. 616	(Gatekjøkkenkjennelsen)
Rt. 1990 s. 607	(Saga Data)
Rt. 1989 s. 508	(Christiania Spigerverk)
Rt. 1988 s. 1188	(Sara Hotel)
Rt. 1983 s. 1004	
Rt. 1965 s. 1075	
Rt. 1965 s. 763.	
Rt. 1952 s. 1217	(To mistenkelige personer)
Rt. 1939 s. 53	
Rt. 1927 s. 296	(Viben)

Underrettspraksis

LB-2019-143505 (Borgarting)

RG-2013-620 (Frostating)

RG 2010 s. 310 (Borgarting) (Apotektekniker)

LB-2007-121782 (Borgarting) (billakking)

RG-2007-855 (Frostating) (Tine-kjennelsen)

PVN-2005-6 (Personvernemda) (Securitas)

ARD 1918-19 (Arbeidsretten)

8.1.5 Juridisk litteratur

Westin (1967) Alan Westin, *Privacy and Freedom*.

Andersen (1967) Kristen Andersen, *Fra arbeidslivets rett*. Oslo: Tanum.

Boe (2012) Erik Magnus Boe, *Rettskildelære under debatt*. Oslo: Universitetsforlaget AS

Borchgrevink (2011) Mette Borchgrevink, «Om avgrensning av arbeidsgivers styringsrett på grunn av arbeidstakers personvern», *Complex nr. 5/2011*, Oslo

Bratholm (2013) Sivelin Bratholm, Helseopplysninger ved ansettelse, *Arbeidsrett s. 183-273, Vol.10*, utgave. 2, 17. desember 2013.

Dege (2003) Jan Tormod Dege, *Arbeidsrett: rettigheter og plikter i arbeidsforhold*. Oslo, Minerva AS.

Evju (2014) Stein Evju, "Labour is not merely a commodity: reappraising the origins of the maxim", *European Labour Law Journal*, s. 222-229.

Evju (1985) Stein Evju, «Politiske demonstrasjonsstreiker. Noen bemerkninger om norsk og fremmed rett», *Lov og rett*. s. 435-446

Evju (2010c) Stein Evju, *Arbeidsrett; utvalgte artikler 2001-2010*. Oslo: Universitetsforlaget AS.

Fougner (2009b) Jan Fougner, «Arbeidsgivers styringsrett: skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse», i Helga

- Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michaelsen (red.); *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag*, s. 235-256. Oslo: Cappelen Akademisk.
- Fougner (2019) Jan Fougner, *Norsk arbeidsrett, Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Fougner (2007) Jan Fougner, *Endring i arbeidsforhold: styringsrett og arbeidsplikt*. Vol. 4, 2. utgave. Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Jakhelln, (2006) Henning Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*. 4 utgave. Oslo: Damm.
- Jarbekk, (2019) Eva Jarbekk (red) mfl. *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) med kommentarer*. Oslo: Gyldendal juridiske.
- Normannseth, (2020) Kajs Louise Tafjord, *EMDS utvikling av retten til privatliv i arbeidsforhold etter EMK art. 8*, arbeidsrett vol.17, utgave 2, 2020, s. 152-211.
- Ruud mfl. (2015) Ruud, Morten og Geir Ulfstein, *Innføring i folkeretten*, Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Skjønberg mfl. (2021) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad og Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, utg. 2, Gyldendal Juridisk
- Skullerud mfl. (2019) Åste Marie Bergseng, Rønnevik, Cecilie, Skorstad, Jørgen - Pellerud, Marius Engh, *Personopplysningsloven og Personvernforordningen (GDPR), Kommentartutgave*. Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Strand, Larsen. (2015) Vibeke Blaker Strand og Kjetil Mujenzinovic Larsen, 2015: *Menneskerettigheter i ett nøtteskall*. Oslo: Gyldendal Juridisk.
- Storeng mfl. (2019) Nils H. Storeng, Arve Due Lund, Beck Tom H., Kari B. Andersen og Thomas B. Svendsen, 2019: *Arbeidslivets spilleregler*. 5 utgave. Oslo: Universitetsforlaget AS.
- Hellestveit, Nystuen (2021) Cecilie Hellestveit og Gro Nystue, 2021: *Vaksinedebatten: Bryter tvangsvaksinering med menneskerettighetene?*, Juridika.

8.2 Internasjonale rettskilder

8.2.1 Internasjonale regler

GDPR	Europaparlamentets- og rådets forordning (EU) 2016/679 av 27. April 2016 om beskyttelse av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av sådanne opplysninger og om opphevelse av direktiv 95/46/EF (generell forordning om databeskyttelse) (personvernforordningen).
EMK	Den Europeiske Menneskerettskonvensjonen, vedtatt av Europarådet, 4. november 1950.

8.2.2 Internasjonal rettspraksis:

Danske arbeidsretten

Dom av 12-08-2021 (Hentet fra Arbejdsretten.dk)

Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

Sak 47621/13	<i>Vavříčka og andre v. Tjekkia</i> , 2021
Sak 2007/52019	<i>L.H. mot Latvia</i> , 2014
Sak 22429/03	<i>Solomakhin v. Ukraina</i> , 2012
Sak 38224/03	<i>Sanoma Uitgevers BV v. Nederland</i> , 2010
Sak 302/02	<i>Jehovas Witnesses, Moskva v. Russland</i> , 2010
Sak 6339/05	<i>Evans v. the UK</i> , 2007
Sak 31417/96	<i>Lustig-Prean and Beckett v. the UK</i> , 2000
Sak 31534/96	<i>Matter v. Slovakia</i> , 1999

Sak 13710/88

Niemietz mot Tyskland, 1992

Sak 7525/76

Dudgeon v. Storbritannia, 1981

The European Court Of Justice (EU-domstolen)

sak C-40/17

Fashion ID GmbH & Co.KG v

Verbraucherzentrale NRW eV. 29 juli 2019.

8.2.3 Artikke-29 gruppen og Personvernrådet

Personvernrådet (2020)

European Data Protection Board,

Statement on the processing of personal data in the context of the Covid-19 outbreak, 19 mars 2020.

Personvernrådet (3/2019)

European Data Protection Board, *Guideline on processing of personal data through video devices, 30 januar 2020.*

Personvernrådet (05/2020)

European Data Protection Board, *Guidelines on consent under Regulation 2016/679, mai 2020.*

Artikkel 29-gruppen (4/2007)

Data Protection Working Party (WP29), on the Concept of Personal Data, 4/2007.

Artikkel 29-gruppen (2016/679)

Data Protection Working Party (WP29), *Guidelines on consent under Regulation 2016/679, 28 november 2017.*

Artikkel 29-gruppen (2/2017)

Data Protection Working Party (WP29), on data processing at work, 8. Juni 2017.

8.3 Andre kilder

Veiledere og rapporter

- Arbeidstilsynet mfl. veileder (2019) Arbeidstilsynet, Datatilsynet, Petroleumstilsynet og partene i arbeidslivet, *Veileder om kontroll og overvåkning i arbeidslivet*. Publisert 27.08.2019
- Himmels mfl. (2021) Himmels JPW, Borge TC, Brurberg KG, Gravningen KM, Feruglio SL, Berild JD, *COVID-19 and risk factors for hospital admission, severe disease and death – a rapid review*. Oslo: Folkehelseinstituttet, 4. oppdatering, mai 2021.
- Haas, mfl. (2021) E. J. Haas, mfl. *Impact and effectiveness of mRNA BNT162b2 vaccine against SARS-CoV-2 infections and COVID-19 cases, hospitalisations, and deaths following a nationwide vaccination campaign in Israel: an observational study using national surveillance data*. Lancet 397: 1819-1829.
- Andersen, Trygstad (2021) Rolf K. Andersen, Sissel C. Trygstad, *Styrke i krevende tid - Om arbeidsforhold, samarbeid og medbestemmelse blant Unios tillitsvalgte under koronapandemien*, Fafo-notat 2021:13.
- NIM. rapport (2020) Norges Institusjon for menneskerettigheter *Ivaretagelsen av menneskerettigheter ved håndteringen av utbruddet av covid-19*, publisert 13. november 2020.
- Vestrheim mfl. (2020) DF. Vestrheim, BG. Iversen, S. Flottorp, E. Denison og AD. Oxman, *Bør personer i*

*samfunnet bruke munnbind for å redusere
spredningen av Covid-19, norsk sammendrag.*
Folkehelseinstituttet, publisert 11. 2020.

Datatilsynet årsrapport (2020)

Datatilsynets årsmelding for 2020, publisert
1.3.2021.

Skagestad (2022)

Hilde Skagestad «om vurdering av covid-19 som
allmennfarlig smittsom sykdom»
Helsedirektoratets, oppdrag 617. Publisert
10.02.2022.

YS Arbeidslivsbarometer (2020)

Yrkesorganisasjonenes Sentralforbund, «Hvordan
traff koronapandemien arbeidslivet». Publisert
14.11.2020.

Nettsider og artikler

Kan vi vaksinere oss ut av koronapandemien, Gunveig Grødeland (2021)

[https://www.med.uio.no/om/aktuelt/blogg/2021/kan-vi-vaksinere-oss-ut-av-
koronapandemien.html](https://www.med.uio.no/om/aktuelt/blogg/2021/kan-vi-vaksinere-oss-ut-av-koronapandemien.html)

(sist besøkt 09.05.2020)

Coronavirus disease (COVID-19), WHO

https://www.who.int/health-topics/coronavirus#tab=tab_1

(sist besøkt 09.05.2020)

Vaccines and immunization, WHO

https://www.who.int/health-topics/vaccines-and-immunization#tab=tab_1

(sist besøkt 09.05.2020)

Om covid-19, symptomer og smitte, Helse Norge

<https://www.helsenorge.no/koronavirus/covid-19/>

(sist besøkt 09.05.2020)