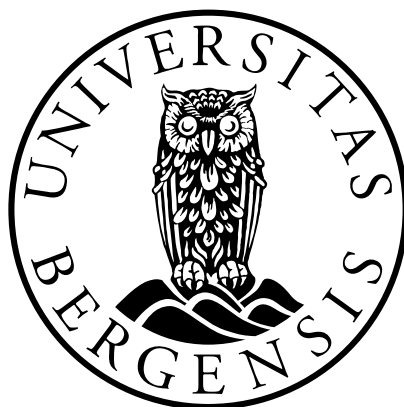


Arbeidsgivers handlingsrom i lys av koronapandemien

Med fokus på helse- og omsorgstjenesten

Kandidatnummer: 42

Antall ord: 14 988



JUS399 Masteroppgave
Det juridiske fakultet

UNIVERSITETET I BERGEN

10. desember 2021

Innholdsfortegnelse

Innholdsfortegnelse	2
1 Innledning	5
1.1 Tema, aktualitet og problemstilling.....	5
1.2 Rettskildebildet og metode	6
1.3 Avgrensninger	9
1.4 Videre fremstilling.....	10
2 De grunnleggende utgangspunktene.....	12
2.1 Arbeidsgivers styringsrett.....	12
2.1.1 Styringsrettens grunnlag.....	12
2.1.2 Styringsrettens rekkevidde	13
2.1.3 Er styringsretten utvidet i krisetider?	15
2.2 Forsvarlighetskravet som grunnleggende norm i helse- og omsorgstjenesten	18
2.2.1 Forsvarlighetskravets innhold	18
2.2.2 Forsvarlighetskravet i lys av koronapandemien.....	19
3 Kan helsepersonell pålegges et krav om fremvisning av koronasertifikatet på arbeidsplassen?	21
3.1 Innledning.....	21
3.2 Smittevernloven kapittel 4A.....	21
3.3 Arbeidsmiljøloven kapittel 9	22
3.3.1 Kontrolltiltak i virksomheten	22
3.3.2 Er et krav om fremvisning av koronasertifikat å regne som et kontrolltiltak?... 23	
3.4 Vilkårene for å iverksette kontrolltiltak.....	24
3.4.1 Utgangspunkt	24
3.4.2 Kravet om saklig grunn	24
3.4.3 Krav om forholdsmessighet	26
3.5 Koronasertifikatet som kontrolltiltak i helse- og omsorgstjenesten	27

3.5.1	Vil kontrolltiltaket være saklig?	27
3.5.2	Vil kontrolltiltaket være forholdsmessig?	29
3.6	Sammenfatning	32
4	Kan arbeidsgiver pålegge helsepersonell å vaksineres mot Covid-19?	34
4.1	Innledning	34
4.2	EMK art. 8	34
4.3	Arbeidsgiver som pliktsubjekt etter EMK	35
4.4	Vil et vaksinepålegg utgjøre et inngrep i retten til privatliv?	36
4.5	Er arbeidsgivers pålegg om vaksinasjon i samsvar med lov?	37
4.5.1	Innholdet i vilkåret «i samsvar med lov»	37
4.5.2	Oppfyller styringsretten lovkravet i EMK?	38
4.5.3	Gir styringsretten hjemmel til å pålegge helsepersonell vaksinasjon?	38
4.5.4	Konklusjon: arbeidsgivers vaksinepålegg overfor helsepersonell er ikke i samsvar med lov	41
4.6	Sammenfatning	41
5	I hvilken utstrekning kan arbeidsgiver omplassere uvaksinert helsepersonell?	43
5.1	Innledning	43
5.2	Rettslig utgangspunkt	43
5.2.1	Styringsretten gir grunnlag for arbeidsgivers endringsadgang	43
5.2.2	Arbeidsavtalen som utgangspunkt	44
5.2.3	Tolkning og utfylling av arbeidsavtalen	45
5.2.4	Grunnpregstandarden	47
5.3	Styringsrettens rekkevidde ved omplassering av uvaksinert helsepersonell	48
5.3.1	Det alminnelige saklighetskravet	48
5.3.2	Forsvarlighetskravet som begrensning for arbeidsgivers endringsadgang	49
5.3.3	Utslekning av arbeidsgivers endringsadgang «i lys av samfunnsutviklingen»	49
5.3.4	Konklusjon: arbeidsgiver har en omfattende endringsadgang	52

5.4	Kort om arbeidsgivers handlingsalternativer i tilfeller omplassering ikke er mulig .	53
5.5	Sammenfatning	53
	Kildeliste.....	55

1 Innledning

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Det verdensomspennende utbruddet av Covid-19 i 2020-2021 har hatt store innvirkninger på arbeidslivet, og i kjølvannet av utviklingen av koronavaksinen og koronasertifikatet har det oppstått nye arbeidsrettslige problemstillinger. Tema for masteravhandlingen er krav om koronavaksine og fremvisning av koronasertifikat for helsepersonell på arbeidsplassen, samt arbeidsgivers endringsadgang overfor uvaksinert helsepersonell, i kraft av styringsretten.

Den 25. september 2021 besluttet regjeringen at samfunnet skulle åpnes igjen og gå tilbake til normalen, etter flere måneder med strenge restriksjoner og smitteverntiltak på grunn av koronapandemien. Koronapandemien har imidlertid vist seg å være uforutsigbar, og per desember 2021 fortsetter epidemien å øke i omfang. I Folkehelseinstituttet sin ukesrapport fra uke 45 (8. november til 14. november 2021) rapporteres det om rekordmange smitteutbrudd på sykehjem og sykehus.¹ I løpet av høsten 2021 har det blitt rapportert om flere fullvaksinerte pasienter som har blitt smittet av uvaksinert helsepersonell, hvor utfallet har blitt sykehusinnleggelse med alvorlig sykdomsforløp eller død.²

Smitteutbrudd på helseinstitusjoner er høyst problematisk, da det innen helse- og omsorgstjenesten befinner seg en rekke sårbare pasientgrupper som har økt risiko for å utvikle et alvorlig sykdomsforløp eller død som følge av Covid-19. Dette omfatter blant annet eldre mennesker og pasienter som på grunn av sykdom har et sterkt svekket eller supprimert immunforsvar, for eksempel pasienter med immunsvikt, transplanterte eller pasienter i aktiv kreftbehandling (eksempelvis stråle- og cellegiftbehandling).³ Av hensyn til pasientsikkerheten – som i avhandlingen defineres til å verne pasienters liv og helse - er det svært viktig at arbeidsgivere innen helse- og omsorgstjenesten innfører effektive tiltak for å forhindre smitteutbrudd på helseinstitusjoner. Hvor inngripende tiltak arbeidsgiver kan innføre beror på en vurdering av styringsrettens rekkevidde i lys av koronapandemien.

Bruk av koronasertifikat anses som et viktig virkemiddel for å bremse smitten av koronaviruset. Sertifikatet viser om en person er vaksinert mot Covid-19, er immun etter å ha

¹ Folkehelseinstituttet (2021a).

² NRK (2021a).

³ Folkehelseinstituttet (2021b).

gjennomgått Covid-19-sykdom, og resultatet ved negativ koronatest. For å forhindre smitteutbrudd på helseinstitusjoner vil arbeidsgivere innen helse- og omsorgstjenesten derfor kunne ha en særlig interesse i å få innsyn i ansattes koronasertifikat. Dette aktualiserer et spørsmål om arbeidsgiver har rett til å kreve at helsepersonell fremviser koronasertifikat på arbeidsplassen. Denne problemstillingen drøftes i avhandlingens kapittel 3.

Helsepersonells vaksinasjonsstatus vil kunne utgjøre avgjørende informasjon av hensyn til pasientsikkerheten. Sammenlignet med personer som er fullvaksinerte, er uvaksinerte mer utsatt for smitte og alvorlig sykdomsforløp med Covid-19, og har større risiko for å spre smitten videre.⁴ Helsedirektoratet har derfor lagt til grunn at uvaksinert helsepersonell utgjør en større smittefare for pasienter enn fullvaksinert helsepersonell.⁵ I lys av den økte smittefaren uvaksinert helsepersonell utgjør for pasienter, er det grunn til å stille spørsmål ved om arbeidsgiver kan kreve at helsepersonell vaksineres mot Covid-19. Dette drøftes i avhandlingens kapittel 4.

Uvaksinert helsepersonell kan være problematisk av hensynet til pasienters liv og helse. Dette gjelder særlig i tilknytning til helsepersonell som arbeider tett på sårbare pasientgrupper. I kapittel 5 vil det drøftes om arbeidsgivere innen helse- og omsorgstjenesten kan omplassere eller endre arbeidsoppgavene til uvaksinert helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper.

1.2 Rettskildebildet og metode

Formålet med fremstillingen er å kartlegge handlingsrommet styringsretten gir arbeidsgiver under en pandemi, hvor menneskers liv og helse står på spill. For å besvare de rettslige problemstillingene avhandlingen reiser, vil det tas utgangspunkt i en rettsdogmatisk beskrivelse av gjeldende rett. Avhandlingens tema bygger på problemstillinger som har oppstått i kjølvannet av koronapandemien. Det finnes få autoritative rettskilder som direkte regulerer de problemstillingene avhandlingen reiser. De aktuelle problemstillingene er for øvrig ikke behandlet av domstolene. Likevel er det aktuelle rettskildebildet i avhandlingen sammensatt og uoversiktlig, og består i hovedsak av lov, forskrift, forarbeider, rettspraksis og juridisk teori.

⁴ Folkehelseinstituttet (2021c).

⁵ Helsedirektoratet (2021) s. 2.

Formålet med fremstillingen er å redegjøre for handlingsrommet styringsretten gir arbeidsgiver i lys av koronapandemien. Styringsretten er ikke lovfestet, men er anerkjent som en ulovfestet rettslig norm gjennom langvarig rettspraksis. Høyesterett har i flere avgjørelser behandlet styringsrettens innhold og omfang, og de momentene som er lagt til grunn utgjør en sentral rettskilde i kartleggingen av styringsrettens rekkevidde. Dette gjelder særlig høyesterettspraksis vedrørende rekkevidden av arbeidsgivers endringsadgang. Hva gjelder avhandlingens øvrige tema om bruk av koronasertifikat og koronavaksine i arbeidslivet, finnes det imidlertid ingen relevant rettspraksis. Underrettspraksis gjennomgås underveis hvor det er relevant for å illustrere en problemstilling. Til tross for at praksis fra underrettene ikke har noe prejudikatsverdi, anses det likevel å være en legitim argumentkilde i rettslig argumentasjon.⁶

Høyesterett og juridisk teori har gitt uttrykk for at styringsretten ikke har en fast størrelse, men at den tvert imot har et ulikt innhold avhengig av situasjonen den brukes i.⁷ Domstolene har ikke tatt stilling til i hvilken grad koronapandemien påvirker styringsrettens innhold, og det foreligger for øvrig få rettskilder knyttet til styringsretten i ekstraordinære situasjoner. Mangel på autoritativ veiledning medfører en metodisk utfordring i kartleggingen av gjeldende rett. En konsekvens av mangel på autoritative rettskilder er at vurderingen i større grad må bero på kilder uten autoritetsgrunnlag, blant annet juridisk teori. Arbeidsgivers styringsrett er grundig behandlet i juridisk litteratur, hvor flere teoretikere har gjort rede for styringsrettens innhold på bakgrunn av slutninger fra høyesterettspraksis. Som følge av at juridisk teori mangler autoritetsgrunnlag, vil dens rettskildeværdi ligge i argumentasjonens overbevisningskraft.⁸

Den individuelle arbeidsretten er i stor grad lovregulert i arbeidsmiljøloven (aml.).⁹ I forbindelse med drøftelsen vedrørende bruk av koronasertifikatet på arbeidsplassen i helsetjenesten, står arbeidsmiljøloven kapittel 9 sentralt. Arbeidsmiljølovens forarbeider utgjør en sentral rettskilde ved fastleggelsen av vilkårenes nærmere innhold. Forarbeidene bygger på lovgivningsmyndighet, og er en viktig autoritativ rettskilde.

Ettersom avhandlingen har hovedfokus på arbeidsforhold i helse- og omsorgstjenesten, har avhandlingen en side til helseretten. Helsetjenestens og helsepersonells lovpålagte plikter vil

⁶ Monsen (2012) s. 39.

⁷ Se blant annet Rt. 2000 s. 1609 (Nøkk) s. 1609 og Weltzien og Meder (2021) s. 590.

⁸ Skoghøy (2018) s. 216.

⁹ Lov 17. juni 20015 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven – aml.).

stå sentralt i forbindelse med kartleggingen av styringsrettens rekkevidde. Dette gjelder særlig forsvarlighetskravet, som er et grunnleggende prinsipp i norsk helserett.¹⁰ Helsedirektoratets nasjonale veiledere og uttalelser bidrar til å gi en ytterligere avklaring til det nærmere innholdet i disse lovpålagte pliktene, i lys av smittesituasjonen i samfunnet. Helsedirektoratet er et ordinært forvaltningsorgan underlagt Helse- og Omsorgsdepartementet. Gjennom delegering fra departementene og gjennom direkte tillagt myndighet, har direktoratet ansvar for å forvalte lovgivning innenfor sitt virkeområde. Helsedirektoratet publiserer ulike normerende produkter som består av faglige retningslinjer og råd, samt veiledere til lov og forskrift. Hensikten bak direktoratets normerende produkter er å angi hva nasjonale helsemyndigheter anser som faglig god praksis, hvor det beskrives tiltak og løsninger basert på oppdatert anerkjent faglig kunnskap.¹¹ I forarbeidene til spesialisthelsetjenesteloven er det presisert at valg av løsninger som i vesentlig grad avviker fra direktoratets retningslinjer, bør begrunnes og dokumenteres.¹² Direktoratets veiledere og uttalelser er imidlertid ikke rettslig bindende for tjenesteyterne, og er kun ment som et hjelpemiddel ved de avveiningene tjenesteytere må gjøre for å oppnå forsvarlighet og god kvalitet i tjenesten. Helsedirektoratet har ikke formell kompetanse til å bestemme hva som er gjeldende rett, og direktoratets råd og uttalelser har derfor ikke noen selvstendig rettsnormerende kraft. De råd og anbefalinger direktoratet utarbeider kan følgelig ikke tillegges større vekt enn det kvaliteten av argumentasjonen tilsier.¹³

Vedrørende problemstillingen om arbeidsgivers adgang til å kreve at helsepersonell vaksineres, står Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen (EMK) sentralt. Konvensjonen har som formål å beskytte menneskerettighetene og de grunnleggende friheter. EMK er inkorporert i norsk rett gjennom menneskerettsloven § 2, og gjelder dermed som norsk lov.¹⁴ Ved motstrid mellom EMK og annen norsk lovgivning, har imidlertid EMK forrang, jf. menneskerettsloven § 3. Videre vil praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD) ha betydning når EMK anvendes i norsk rett, ettersom EMK skal tolkes i lys av de samme tolkningsprinsipper som EMD anvender. Samhandling mellom norske og internasjonale regelsett aktualiserer noen metodiske utfordringer.

¹⁰ Se punkt 2.2 for nærmere beskrivelse av forsvarlighetskravet.

¹¹ Prop. 91 L (2010-2011) s. 264.

¹² Ibid.

¹³ Se blant annet Skoghøy (2018) s. 44.

¹⁴ Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).

1.3 Avgrensninger

Avhandlingens problemstillinger bygger på en vurdering av styringsrettens rekkevidde. I vurderingen av hvilket handlingsrom styringsretten gir arbeidsgiver, vil det være naturlig å ta utgangspunkt i den individuelle arbeidsavtalen og tariffavtalen, da disse danner utgangspunktet for rettigheter og plikter i et arbeidsforhold. Som følge av at koronapandemien inntraff for litt over ett år siden, vil de fleste arbeidsavtaler og tariffavtaler være tause vedrørende innføring av koronasertifikat (kapittel 3) og obligatorisk vaksinasjon (kapittel 4). I avhandlingen forutsettes det derfor at verken den individuelle arbeidsavtalen eller tariffavtalen begrenser styringsretten i den forbindelse. Tariffavtaler vil ikke behandles i avhandlingen. Avhandlingen avgrenser også mot saksbehandlingsregler.

Arbeidsgivers behov for å underlegge ansatte ulike smitteverntiltak under en pandemi, kan ha ulike årsaker. Arbeidsgiver har i henhold til aml. § 4-1 en plikt til å besørge et fullt forsvarlig arbeidsmiljø for sine ansatte. I lys av koronapandemien vil det medføre en plikt til å forhindre smitteutbrudd på arbeidsplassen, av hensyn til å beskytte ansatte mot smitte. Avhandlingen tar imidlertid sikte på å vurdere om arbeidsgivere i helsetjenesten kan underlegge helsepersonell særskilte tiltak av hensyn til å beskytte *pasienter* mot smitte. Det vil derfor avgrenses mot arbeidsgivers plikt til å innføre smitteverntiltak for å sikre et fullt forsvarlig arbeidsmiljø i henhold til aml. § 4-1.

Avhandlingen har hovedfokus på *helse- og omsorgstjenesten*. Med helse- og omsorgstjenesten siktes det til private og offentlige helseinstitusjoner som yter medisinsk hjelp og behandling til sårbare pasientgrupper, for eksempel sykehus og sykehjem. Det tas videre sikte på å vurdere hvorvidt *helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper* kan underlegges de ulike tiltakene problemstillingene omhandler (koronasertifikat, vaksine og omplassering).¹⁵ I avhandlingen brukes begrepet *helsepersonell* om helsearbeidere som yter helsehjelp og behandling, blant annet leger, sykepleiere, vernepleiere og andre helsearbeidere. Avhandlingen fokuserer på etablerte arbeidsforhold, og avgrenses derfor mot nyansettelser.

Bruken av koronasertifikatet i arbeidslivet reiser en rekke problemstillinger, særlig knyttet til diskriminerings- og personvern. Det kan blant annet resultere i forskjellsbehandling mellom vaksinerte og ikke-vaksinerte, og virke diskriminerende. Noen har ikke mulighet til å vaksinere seg mot Covid-19 på grunn av medisinske årsaker, for eksempel svangerskap eller

¹⁵ Se punkt 1.1. for definisjon av «sårbare pasientgrupper».

sykdom. Andre motsetter seg vaksinasjon på grunn av religion, livssyn eller vaksineskepsis. Diskriminering på grunn av religion eller livssyn er forbudt etter diskrimineringsloven.¹⁶ Videre reiser bruk av koronasertifikat flere personvernrettslige problemstillinger, blant annet hvordan koronasertifikatets opplysninger skal behandles, hvor lenge opplysningen skal lagres, og hvem som skal ha tilgang til opplysningen. Avhandlingen tar utgangspunkt i et arbeidsrettslig perspektiv, og avgrensner derfor mot person- og diskrimineringsrettslige problemstillinger bruken av koronasertifikatet i arbeidslivet reiser. Hvorvidt bruken av koronasertifikatet i arbeidslivet er i overensstemmelse med EMK, vil heller ikke drøftes.

Det er i skrivende stund stor uvisshet knyttet til virusets alvorlighetsgrad og pandemiens varighet, og dermed koronasertifikatets og koronavaksinens aktualitet. Avhandlingen tar sikte på å undersøke arbeidsgivers adgang til å innføre tiltak som koronasertifikat, koronavaksine og omplassering på midlertidig basis, i den forstand at tiltakene vil oppheves eller fjernes når smittesituasjonen tilsier det.

Sammenlignet med andre vaksiner i det nasjonale vaksinasjonsprogrammet, er ikke koronavaksinen en like velutprøvd vaksine, og er for øvrig basert på ny teknologi. Vaksinens effekt, effektivitet og bivirkninger er ikke endelig vitenskapelig avklart.¹⁷ Avhandlingen baserer seg imidlertid på nasjonale helsemyndigheters vurdering om at vaksinasjon mot Covid-19 gir svært god beskyttelse mot alvorlig sykdomsforløp, og bidrar til å bremse smittespredningen.¹⁸

1.4 Videre fremstilling

Avhandlingens hoveddel består av tre kapitler, som omhandler tre ulike problemstillinger. I kapittel 3 drøftes arbeidsgivers adgang til å kreve at helsepersonell fremviser koronasertifikat på arbeidsplassen. I denne sammenheng står arbeidsmiljølovens regler om kontrolltiltak i kapittel 9 i hovedfokus. Kapittel 4 omhandler arbeidsgivers adgang til å kreve at helsepersonell vaksineres mot Covid-19. Vurderingen vil ta utgangspunkt i EMK, hvor det vil undersøkes om EMK art. 8, om retten til privatliv, setter en begrensning for arbeidsgivers adgang til å pålegge helsepersonell vaksinasjon. I den forbindelse vil det drøftes hvorvidt

¹⁶ Se Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven) § 6.

¹⁷ Se blant annet Folkehelseinstituttet (2021d) hvor FHI understreker at «*langtidsoppfølging av [vaksinens] effekt og sikkerhet pågår fortsatt*».

¹⁸ Folkehelseinstituttet (2021c).

styringsretten gir hjemmel til å innføre et vaksinepålegg overfor helsepersonell. I kapittel 5 vil det foretas en vurdering av i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan omplassere eller endre arbeidsoppgavene til uvaksinert helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper.

2 De grunnleggende utgangspunktene

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

2.1.1 Styringsrettens grunnlag

Arbeidsgivers styringsrett er ikke lovfestet, men er anerkjent som en selvstendig rettsnorm som springer ut av arbeids- og tariffavtalen.¹⁹ Styringsretten kan betegnes som arbeidsgivers autonome rett til å treffe beslutninger om virksomheten og ansettelsesforholdet.²⁰ Tradisjonelt har styringsretten blitt definert som arbeidsgivers rett til å «*organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere*».²¹ Denne definisjonen ble først anvendt av Kristen Andersen i 1967. Høyesterett videreførte denne definisjonen for første gang i den såkalte Nøkk-dommen, inntatt i Rt. 2000 s. 1602, hvor det ble uttrykt at:

*«Arbeidsgiveren har i henhold til styringsretten rett til å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet, men dette må skje innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått».*²²

Formuleringen er senere blitt fulgt opp i flere høyesterettsdommer, og må derfor anses som vel innarbeidet.²³ Selv om styringsretten har en kjerne som tydelig lar seg avklare, er styringsretten imidlertid en skjønnsmessig størrelse. Dette innebærer at dens rekkevidden vil variere avhengig av situasjonen den brukes i, noe som gjør det vanskelig å oppstille entydige rammer for styringsrettens innhold.²⁴ De nærmere grenser for styringsretten må derfor vurderes konkret i det enkelte tilfellet.

Styringsrettens regnes i dag som et alminnelig, sedvanerettslig grunnlag som er forankret i både tariffavtalen og den individuelle arbeidsavtalen.²⁵ Styringsretten er for øvrig en grunnleggende forutsetning for enhver individuell arbeidsavtale.²⁶ Arbeidsavtalen er, normalt sett, en tidsbestemt kontrakt som tar sikte på å dekke virksomhetens nåværende og

¹⁹ Fougner (2019) s. 85.

²⁰ Fougner (2009) s. 235.

²¹ Andersen (1967) s. 149.

²² Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609.

²³ Se blant annet Rt. 2001 s. 418 (Kårstø) s. 427.

²⁴ Weltzien og Meder (2021) s. 590.

²⁵ Fougner (2016) s. 147.

²⁶ Fougner (2019) s. 91.

fremtidige arbeidskraftbehov. Dette behovet vil imidlertid kunne variere og endres i takt med samfunnsendringer, markedsforhold og den teknologiske utviklingen, noe som gjør det utfordrende å nærmere spesifisere arbeidsplikten. Ved avtaleinngåelsen er det derfor vanskelig å regulere partenes rettigheter og plikter en gang for alle. Det vil som regel heller ikke være rom (eller ønskelig) å regulere i detalj enhver situasjon i arbeidsavtalen. Det vil dermed oppstå et behov for en etterfølgende konkretisering, utfylling og tilpasning av avtalen.²⁷ Arbeidsavtalens ufullstendige og dynamiske karakter nødvendiggjør en utvidet beslutningsmyndighet for arbeidsgiver. Stein Evju har pekt på dette og angitt at: *«arbeidsavtalen [er] typisk sett en ufullstendig kontrakt. Den regulerer ikke ydelsene i kontraktsforholdet – partenes gjensidige rettigheter og plikter – i detalj, men forutsetter fastsettelse og komplementering gjennom kontraktsforholdets løp»*.²⁸ Styringsretten fungerer som et kompetansegrunnlag for å utfylle og supplere kontraktsforholdet, og kompenserer dermed for mangelen på fullstendighet. Den individuelle arbeidsavtalen og styringsretten anses dermed som gjensidig avhengige rettsgrunnlag, i den forstand at styringsretten utfyller den individuelle arbeidsavtalen, og arbeidsavtalen presiserer styringsretten.²⁹ Styringsretten som forutsetning for arbeidsforholdet er følgelig nødvendig for å sikre en helhetlig regulering av arbeidsforholdet.

2.1.2 Styringsrettens rekkevidde

Hva som ligger i styringsretten – styringsrettens rekkevidde – beror på arbeidsforholdets øvrige rammer, og begrenses av lov, tariffavtaler, den individuelle arbeidsavtalen, i tillegg til eventuelle reglement i bedriften.³⁰ Arbeidsgiver står dermed ikke fritt til å fatte enhver beslutning på bakgrunn av styringsretten. Før det foretas en beslutning er det derfor nødvendig å undersøke om den aktuelle beslutningen strider mot et av disse rettsgrunnlagene, og dermed fastslå styringsrettens rekkevidde.

Det finnes omfattende lovgivning som setter klare begrensninger i arbeidsgivers styringsrett. De mest aktuelle lovpålagte begrensningene av styringsretten fremgår av arbeidsmiljøloven. Ettersom arbeidsmiljølovens regler er preseptoriske, setter de klare rammer for arbeidsgivers beslutningsmuligheter i kraft av styringsretten. Arbeidsgivers beslutningskompetanse vil for

²⁷ Evju (2003) s. 7.

²⁸ Ibid.

²⁹ Hotvedt og Ulseth (2013) s. 114.

³⁰ Storeng mfl. (2020) s. 41.

øvrige begrensninger av bestemmelser i tariffavtaler, der arbeidsgiver er bundet av disse.³¹

Arbeidsgiver plikter å handle i tråd med tariffavtalens bestemmelser, slik at tariffavtalens bestemmelser om blant annet lønn, arbeidstid, arbeidsoppgaver, sosiale rettigheter og pensjon, m.m. vil danne en ramme for arbeidsforholdet som begrenser styringsretten.

Rekkevidden av arbeidsgivers styringsrett bestemmes for øvrig av den individuelle arbeidsavtalen. I Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), som omhandlet spørsmål om hvilke arbeidsoppgaver arbeidstakerne kunne pålegges, ble det fremholdt at styringsretten bare kan utøves *«innenfor den ramme som følger av arbeidsavtalene»*.³² Hvilke rammer den individuelle arbeidsavtalen fastsetter for utøvelsen av styringsretten, må vurderes ut fra en tolkning av arbeidsavtalen. I Nøkk-dommen ble det fremholdt at ved tolkning av arbeidsavtalen, skal følgende momenter tillegges vekt: *«stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen»*.³³

Styringsretten begrenses også av mer allmenne saklighetsnormer.³⁴ Saklighetskravet har en langvarig tradisjon i norsk rett og karakteriseres som et generelt arbeidsrettslig prinsipp.³⁵ I Rt-2001-418 (Kårstø) på s. 427 uttaler Høyesterett følgende om saklighetskravets innhold:

«Utøvelse av arbeidsgivers styringsrett stiller visse krav til saksbehandlingen, det må foreligge et forsvarlig grunnlag for avgjørelsen, som ikke må være vilkårlig, eller basert på utenforliggende hensyn».

Det er således ikke tilstrekkelig at styringsretten utøves innenfor rammen som følger av lov, tariffavtale og den individuelle arbeidsavtalen. Utøvelse av styringsretten må i tillegg bygge på et riktig og forsvarlig grunnlag, være begrunnet i forhold som angår virksomheten – ikke i «utenforliggende» hensyn – og skal for øvrig ikke være vilkårlig overfor arbeidstakerne.

De omfattende grensene styringsretten er omgitt av, har i dag blitt så omfattende at arbeidsgivers styringsrett er karakterisert som en «restkompetanse» i juridisk teori. Med «rest» menes den kompetansen som står igjen til arbeidsgiver etter at begrensningene i lov,

³¹ Skjønberg mfl. (2017) s. 100.

³² Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1608.

³³ Ibid. s. 1609.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 139.

³⁵ Fougner (2019) s. 183.

tariffavtale og individuell avtale er hensyntatt.³⁶ Stein Evju har gått et skritt lenger og lagt til grunn at styringsrettens omfattende begrensninger indikerer at styringsretten ikke er et uavhengig, selvstendig rettsgrunnlag, men en restkompetanse.³⁷ Evjus fremstilling av begrepet «restkompetanse» har imidlertid vært gjenstand for kritikk i teorien. Flere teoretikere er uenige med Evju og mener at selv om styringsretten er begrenset, er den like fullt et selvstendig rettsgrunnlag.³⁸ Denne teoretiske diskusjonen er ikke av betydning for avhandlingen, og vil derfor ikke drøftes nærmere. Det bemerkes at uttrykket «restkompetanse» har bare blitt anvendt av Høyesterett i Rt. 2001 s. 418 (Kårstø).

2.1.3 Er styringsretten utvidet i krisetider?

I krisetider vil arbeidsgiver som regel ha et større behov for å foreta ulike beslutninger og endringer, og gjerne av mer omfattende karakter. I den forbindelse oppstår spørsmålet om arbeidsgivers styringsrett utvides utover arbeidsforholdets normale rammer. Styringsretten er en relativ størrelse som vil kunne variere avhengig av hvorledes problemstillingen formuleres.³⁹ Dette illustreres av Nøkk-dommen hvor Høyesterett uttalte at hvilke begrensninger arbeidsavtalen setter for arbeidsgivers styringsrett, må blant annet vurderes «i lys av samfunnsutviklingen».⁴⁰ Hvorvidt momentet «samfunnsutviklingen» bare sikter til den generelle samfunnsutviklingen – som innebærer at samfunnet stadig er i endring – eller om det også kan inkludere midlertidige krisesituasjoner i samfunnet, er usikkert. Momentet drøftes mer inngående i punkt 5.3.4 i forbindelse med arbeidsgivers endringsadgang.

I artikkelen «Styringsrett i krisetider - midlertidig vidtgående» uttaler Weltzien og Meder følgende om momentet:

«Henvisningen til samfunnsutviklingen viser at styringsretten i noen grad er fleksibel, og at den har et ulikt innhold avhengig av situasjonen den brukes i. Dette underbygger at også forbigående nødssituasjoner eller kriser kan gi grunnlag for endringer på midlertidig basis, og da kanskje også endringer av mer omfattende karakter. En rikholdig rettspraksis knyttet til saklighet ved permittering og nedbemanning viser hvordan arbeidsgiverens oppsigelsesadgang er større i en kritisk situasjon for

³⁶ Fougner (2007) s. 132–133.

³⁷ Fougner (2019) s. 98.

³⁸ Ibid. s. 98–99.

³⁹ Ibid. s. 101.

⁴⁰ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609.

*bedriften – kravet til saklig grunn fortolkes uomtvistelig i lys av omkringliggende forhold. Også dette er et utslag av at styringsretten ikke nødvendigvis er en størrelse som ligger fast gjennom hele ansettelsesforholdets løp».*⁴¹

I rettspraksis finnes det to eldre høyesterettsavgjørelser som antyder at arbeidsplikten midlertidig kan utvides i en krisesituasjon. Dommen inntatt i Rt-1927-296 (Streik) gjaldt et spørsmål om hvorvidt en skipsfører kunne pålegge noen matroser å utføre arbeidsoppgaver som var rammet av streik, blant annet laste- og lossearbeid. Høyesterett fant at det måtte anses som sikker praksis at lasting og lossing lå utenfor matrosers regulære arbeidsoppgaver, og at det således lå utenfor matrosenes arbeidsplikter etter arbeidsavtalen. Høyesterett påpekte at inntredelse av ekstraordinære forhold kan medføre en generell plikt for arbeidstakere til å godta midlertidige endringer i arbeidsforholdet. I dommen uttales følgende:

*«Det er klart, at der kan indtræffe ekstraordinære forhold, som kan medføre en midlertidig utvidelse av den ordinære arbeidspligt. Sygdomstilfælde blandt det øvrige mandskap, ulykker og lign. vil kunne ha til følge, at den kontraktsmæssige arbeidspligt utvider sig utover det, som vedkommende under normale forhold pligter at utføre. En naturlig fortolkning av arbeidskontrakten maa føre til en saadan pligt».*⁴²

I den aktuelle saken kom Høyesterett frem til at streiken ikke var et slikt ekstraordinært tilfelle som ga grunnlag for midlertidig utvidelse av matrosenes arbeidsplikt. Den oppfatningen Høyesterett la til grunn i Streik-dommen ble fulgt opp i Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor). Saken gjaldt spørsmål om et sykehus, som nylig hadde nedlagt fødeavdelingen, kunne pålegge en jordmor å tjenestegjøre som assistentsykepleier i oppsigelsestiden. Omplasseringen var begrunnet i et økt behov for sykepleierhjelp. Høyesterett fant ikke at sykehuset befant seg i en slik tvangsmessig situasjon som nødvendiggjorde en midlertidig utvidelse av arbeidsplikten. Vedrørende arbeidsgivers endringsadgang ved akutte situasjoner, uttalte Høyesterett på generelt grunnlag:

«Det kan nok tenkes akutte situasjoner hvor de ansatte må finne seg i midlertidig å utføre arbeid som faller utenom de gjøremål de etter arbeidsavtalen plikter å påta seg. Jeg viser her til Paal Berg: Arbeidsrett side 64-65. Som der nevnt, bør arbeidstagerne

⁴¹ Weltzien og Meder (2021) s. 590.

⁴² Rt. 1927 s. 296 (Streik) s. 297.

*ikke kunne sette seg imot at arbeidsplikten midlertidig utvides under særlige forhold, som nødstilstand, sykdom blant andre arbeidere og lignende».*⁴³

Det må utvises en viss varsomhet med å anvende eldre dommer. Streik- og Jordmorddommen er fra henholdsvis 20- og 60-tallet. Rettstilstanden har endret seg betraktelig siden den tid, og det er derfor ikke gitt at de grensene som ble trukket opp i dommene, er de som gjelder i dag. Det bemerkes også at dommene ikke omhandlet en like prekær og alvorlig situasjon som koronapandemien. Oppfatningene som fremgår av dommene er imidlertid understøttet i teorien. Jan Fougner har lagt til grunn at: «*[d]et er helt på det rene at arbeidstakers arbeidsplikt midlertidig utvides hvis det oppstår et uforutsett, vesentlig behov på virksomhetens hånd*».⁴⁴ Arne Fanebust og Weltzien og Meder er av tilsvarende oppfatning.⁴⁵

Hvorvidt utbruddet av koronapandemien er å anse som en krisesituasjon som gir grunnlag for en utvidet styringsrett, er ikke behandlet av domstolene. Til tross for at alle restriksjoner ble opphevet ved gjenåpningen av samfunnet i september 2021, pågår pandemien fremdeles i skrivende stund. Fremveksten av nye virusvarianter og mutasjoner som sprer seg globalt, fører til stadig nye smitteutbrudd og smitterekorder. Den 7. desember 2021 ble avstandskrav, påbud om munnbind og antallsbegrensning på arrangementer, en realitet.⁴⁶ Det er ingen tvil om at pandemien fortsatt utgjør en global helsetrussel, som medfører store konsekvenser for arbeidslivet. Pandemiens virkninger i arbeidslivet påvirker utvilsomt arbeidsgivers styringsrett, slik at det rettslige innholdet i styringsretten må justeres. Når Høyesterett anser «*sykdom blant andre arbeidere*» som en «*nødstilstand*» som gir grunnlag for en utvidet styringsrett,⁴⁷ må den prekære samfunnssituasjonen koronapandemien medfører – hvor liv og helse står på spill – utvilsomt regnes som en krisesituasjon. Pandemien vil dermed medføre en midlertidig utvidelse av styringsretten.

Det er grunn til å bemerke at pandemiens uforutsigbare smittesituasjon gjør det umulig å fastslå varigheten på det aktuelle endringsbehovet, og dermed hvor midlertidige endringene i arbeidsforholdet vil være. Forutsetningen for at styringsretten utvides i en krisesituasjon, er nettopp at endringene som gjennomføres skal være midlertidige. Vil endringene som foretas anses som midlertidige dersom de vedvarer i flere år som følge av smittesituasjonen? Den

⁴³ Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor) s. 1346.

⁴⁴ Fougner (2016) s. 251.

⁴⁵ Fanebust (2017) s. 55; Weltzien og Meder (2021) s. 623.

⁴⁶ Pressemelding nr. 164/21, Regjeringen (2021).

⁴⁷ Jf. Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor).

ubegrensede midlertidigheten har gitt styringsretten en ny dimensjon, som ikke er undersøkt tidligere. Jeg går ikke nærmere inn på dette.

Til tross for en utvidet styringsrett, er det usikkert hvor langt styringsretten kan benyttes i lys av pandemien. Hvilket handlingsrom den utvidede styringsretten gir arbeidsgiver, er temaet for avhandlingen og vil vurderes nærmere i kapittel 3-5.

2.2 Forsvarlighetskravet som grunnleggende norm i helse- og omsorgstjenesten

2.2.1 Forsvarlighetskravets innhold

Innen helseretten foreligger det en grunnleggende norm om at helse- og omsorgstjenester som tilbys og ytes alltid skal være forsvarlige. Forsvarlighetskravet gjelder både på systemnivå, som et krav til helsevirksomhetene som arbeidsgiver, og på individnivå, som et krav til helsepersonell. Forsvarlighetskravet gjelder for alt helsepersonell og for helse- og omsorgstjenester som tilbys eller ytes av kommunen, staten, eller private. På individnivå er forsvarlighetskravet regulert i helsepersonelloven § 4,⁴⁸ hvor det fremgår at:

«Helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellens kvalifikasjoner, arbeidets karakter og situasjonen for øvrig».

Den enkelte helsepersonells plikt til forsvarlig yrkesutøvelse må sees i sammenheng med spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1, som regulerer forsvarlighetskravet på systemnivå, med tilnærmet samme ordlyd.⁴⁹ I spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 andre ledd heter det at:

«Helsetjenester som tilbys eller ytes i henhold til denne loven skal være forsvarlige. Spesialisthelsetjenesten skal tilrettelegge sine tjenester slik at personell som utfører tjenestene, blir i stand til å overholde sine lovpålagte plikter, og slik at den enkelte pasient eller bruker gis et helhetlig og koordinert tjenestetilbud».

⁴⁸ Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).

⁴⁹ Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesteloven); Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven).

Forsvarlighetskravet pålegger helsepersonell og arbeidsgivere innenfor helse- og omsorgstjenesten, konkrete plikter i forbindelse med driften og utøvelse av helsetjenester. Kravet tjener dermed som utgangspunkt for vurderingen av hvordan helsetjenesten skal organiseres og driftes, hvordan helsepersonell skal utføre behandling og annen helsehjelp, hvilke arbeidsoppgaver den enkelte helsepersonell skal tildeles, og hvilke instruksjoner som skal innføres.

Forsvarlighetskravet er en rettslig standard.⁵⁰ Dette innebærer at kravets innhold – hva som regnes som forsvarlig – vil forandres og utvikles over tid, i takt med samfunnsutviklingen og den medisinske og teknologiske utviklingen. Forsvarlighetskravet er for øvrig utslag av en skjønnsmessig norm, noe som innebærer at kravets innhold må vurderes konkret i forhold til den enkelte situasjonen. I et publiseringsnotat utgitt av Helsedirektoratet den 25. mars 2020, er det fremholdt at innholdet i begrepet *forsvarlig* vil måtte «*justeres i en krisesituasjon*».⁵¹ Den pågående koronapandemien er den alvorligste krisen Norge har opplevd siden andre verdenskrig, og har rammet helsetjenesten på mange områder. Det kan følgelig ikke være tvilsomt at koronapandemien påvirker innholdet i forsvarlighetskravet.

2.2.2 Forsvarlighetskravet i lys av koronapandemien

I forarbeidene til helsepersonelloven § 4 er det angitt at «*[a]ll helsehjelp skal i utgangspunktet være begrunnet i hensynet til pasientens beste*».⁵² Hva som ligger i «pasientens beste» må vurderes konkret i hvert enkelt tilfelle. I forbindelse med koronapandemien tilsier hensynet til pasientens beste at pasientene mottar medisinsk behandling og annen helsehjelp av tilstrekkelig kvalitet, uten å utsettes for en unødvendig risiko for å bli smittet av en smittsom sykdom som kan medføre alvorlige helsekonsekvenser. Forsvarlighetskravet tilsier følgelig en plikt for både helsepersonell og arbeidsgivere i helsetjenester, om å iverksette effektive tiltak for å motvirke smittespredning i den enkelte helseinstitusjonen. For arbeidsgivere i helsetjenesten fremkommer denne plikten indirekte av forarbeidene til helsepersonelloven, hvor det fremgår at forsvarlighetskravet innebærer en plikt for arbeidsgiver «*til å sørge for at de rutiner som etableres er forsvarlige*».⁵³

⁵⁰ Prop. 91 L (2010-2011) s. 263.

⁵¹ Helsedirektoratet (2020).

⁵² Ot.prp. nr. 13 (1998-1999) s. 215-216.

⁵³ Ibid.

I Helsedirektoratets veileder vedrørende *Lovverk om arbeidsgivers ansvar og oppgaver knyttet til vaksinerings*, fremgår det at arbeidsgiver må foreta en faglig forsvarlighetsvurdering.

Det angis videre at:

*«Som en del av forsvarlighetsvurderingen skal arbeidsgiver vurdere smitterisiko, herunder fare for at ikke-vaksinerte ansatte smitter pasienter. Dette er spesielt viktig når det gjelder ansatte som har kontakt med personer som er uvaksinerte eller immunsupprimerte».*⁵⁴

I direktoratets veileder om *Lovverk vedrørende arbeidstakers ansvar for vaksinerings*, vises det til forsvarlighetskravet i helsepersonelloven § 4 og angis at *«den enkelte helsearbeider har ansvar for å beskytte sine pasienter mot smitte med de smitteverntiltak som finnes».*⁵⁵

I lys av det foreliggende rettskildebildet, vil forsvarlighetskravet under koronapandemien innebære en plikt om å etablere forsvarlige rutiner, samt organisere, drifte og yte helsetjenester på en måte som innebærer at pasienter ikke utsettes for unødvendig smittefare. Forsvarlighetskravet må dermed sies å innebære et særskilt ansvar for både arbeidsgivere og helsepersonell om å beskytte pasienter mot smitte av Covid-19. Som følge av de alvorlige helsekonsekvensene koronaviruset kan påføre sårbare pasientgrupper, må dette ansvaret anses å være skjerpet overfor denne pasientgruppen.

⁵⁴ Helsedirektoratet (2019a).

⁵⁵ Helsedirektoratet (2019b).

3 Kan helsepersonell pålegges et krav om fremvisning av koronasertifikatet på arbeidsplassen?

3.1 Innledning

I en artikkel fra NRK, publisert 24. september 2021, opplyses det om at mange advokatfirmaer i Norge opplever en stor pågang fra bedrifter som ønsker å innføre plikt om fremvisning av koronasertifikat på arbeidsplassen.⁵⁶ Koronasertifikatet er et system for sikker og verifisert dokumentasjon på at en person er vaksinert mot covid-19, eller er immun etter å ha gjennomgått Covid-19, samt resultatet på koronatest.⁵⁷ Gjennom sertifikatet kan arbeidsgiver sikre seg pålitelig informasjon om de ansattes vaksinasjonsstatus knyttet til Covid-19. Ved å kartlegge de ansattes vaksinasjonsstatus gjennom et krav om fremvisning av koronasertifikat, vil arbeidsgivere lettere kunne tilrettelegge arbeidsplassen slik at smitteutbrudd unngås. Dette er årsaken til at Italia i oktober 2021 innførte et obligatorisk krav om fremvisning av gyldig koronasertifikat på alle arbeidsplasser.⁵⁸ I skrivende stund er også Østerrike i ferd med å innføre et lignende system.⁵⁹ Problemstillingen er om arbeidsgivere innenfor den norske helsetjenesten kan innføre et krav om fremvisning av koronasertifikatet for helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper.

3.2 Smittevernloven kapittel 4A

I juni 2021 ble det i smittevernloven (smvl.) kapittel 4A inntatt midlertidige bestemmelser om bruk av koronasertifikatet. I lovens § 4A-2 første ledd er det fastsatt at:

*«Ingen kan forskjellsbehandles på grunnlag av at de ikke kan fremvise koronasertifikat, med mindre bestemmelser i eller i medhold av lov gir adgang til dette».*⁶⁰

⁵⁶ NRK (2021b).

⁵⁷ Helsenorge (u.å.).

⁵⁸ BBC News (2021a).

⁵⁹ BBC News (2021b).

⁶⁰ Lov 5. august 1994 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven – smvl.).

Det fremgår av bestemmelsen at forskjellsbehandling på grunnlag av den enkeltes vaksinasjonsstatus, krever lovhjemmel. Ordlyden er imidlertid taus vedrørende bruk av koronasertifikatet i arbeidslivet. I Prop. 203 LS (2020-2021) på side 61 punkt 10 om merknader til § 4A-2 om «Bruk av koronasertifikatet», er det angitt at bestemmelsen *«innebærer at den som skal kunne be noen om å fremvise et koronasertifikat, må ha et grunnlag for dette i lov eller forskrift. Ordlyden «i eller i medhold av lov» må forstås slik at den avgrenser mot ulovfestet rett, slik som for eksempel eierrådighet over en institusjon eller arbeidsgivers styringsrett».*

Smittevernloven gir ikke grunnlag for å bruke koronasertifikatet i arbeidslivet. Forarbeidene gir imidlertid anvisning på at legalitetsprinsippet – som innebærer at ethvert inngrep i private rettssubjekters rettsstilling må ha hjemmel i lov – står sentralt ved bruk av koronasertifikatet. Slik forarbeidene understreker, innebærer et krav om lovhjemmel at styringsretten ikke er tilstrekkelig som hjemmel for bruk av koronasertifikatet i arbeidslivet. Innføring av et krav om fremvisning av koronasertifikat på arbeidsplassen, forutsetter dermed at arbeidsgiver kan vise til et grunnlag i lov eller forskrift. I det følgende vil det vurderes om arbeidsmiljøloven gir grunnlag for å innføre et krav om fremvisning av koronasertifikat på arbeidsplassen.

3.3 Arbeidsmiljøloven kapittel 9

3.3.1 Kontrolltiltak i virksomheten

Arbeidsgivers kontrolladgang har sitt utspring i arbeidsgivers styringsrett,⁶¹ og er nå lovfestet i arbeidsmiljøloven kapittel 9. I aml. § 9-1 første ledd heter det:

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

Bestemmelsen er generalklausulen som regulerer grunnvilkårene for iverksetting av kontrolltiltak og kodifiserer den tidligere ulovfestede arbeidsrettslige regelen om kontrolltiltak, slik den er utviklet gjennom rettspraksis og i tariffavtaler.⁶²

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 139.

⁶² Johansen og Stueland (2015) s. 276.

Begrepet kontrolltiltak er ikke definert i arbeidsmiljøloven. Lovens forarbeider gir følgende holdepunkter for hva som ligger i begrepet: «*Begrepet kontrolltiltak representerer som nevnt et meget vidt spekter av tiltak, og omfatter for eksempel så forskjellige forhold som vanlig tidsregistrering og inngripende rusmiddeltesting*». ⁶³ Som øvrige eksempler på kontrolltiltak angir forarbeidene helseundersøkelser og innhenting av helseopplysninger, telefonovervåking, kameraovervåking på arbeidsplassen, eller rusmiddeltesting av ansatte. ⁶⁴ I juridisk teori er begrepet kontrolltiltak definert som «*undersøkelser som har til hensikt å avdekke faktiske forhold og hvor en eller flere arbeidstakere er gjenstand for undersøkelse*». ⁶⁵ Forarbeidene og juridisk teori illustrerer at kontrolltiltak kan være av svært ulik karakter, og at begrepet er ment å være vidtrekkende og omfattende. Tiltakene kan videre ha ulike formål, hvorav et særlig sentralt formål vil være å sikre helse, miljø og sikkerhet på arbeidsplassen.

3.3.2 Er et krav om fremvisning av koronasertifikat å regne som et kontrolltiltak?

Koronasertifikatet inneholder opplysninger om hvorvidt den enkelte er fullvaksinert eller immun mot Covid-19, eller smitteførende med viruset. ⁶⁶ Et krav om fremvisning av koronasertifikatet vil ha til hensikt å avdekke informasjon om helsepersonells vaksinasjonsstatus mot Covid-19. Opplysninger om en persons vaksinasjonsstatus må anses som informasjon om en persons «*helsetilstand*», jf. personvernforordningen art. 4 nr. 15 og helseregisterloven § 2 bokstav a, og dermed regnes som en helseopplysning. ⁶⁷ Dette er også lagt til grunn av Helsedirektoratet. ⁶⁸ Et krav om fremvisning av koronasertifikatet i arbeidslivet vil følgelig innebære innhenting av arbeidstakeres helseopplysninger, og må derfor regnes som et kontrolltiltak. ⁶⁹

Helseopplysninger er en særlig kategori av sensitive personopplysninger. ⁷⁰ Arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger om arbeidstakere er derfor sterkt begrenset. Lovlig

⁶³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 147.

⁶⁴ NOU 2004: 5 s. 424.

⁶⁵ Storeng mfl. (2020) s. 412.

⁶⁶ Jf. punkt 3.1.

⁶⁷ Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven); Forordning (EU) 2016/679 om vern av personopplysninger (personvernforordningen).

⁶⁸ Helsedirektoratet (2019c).

⁶⁹ Jf. NOU 2004: 5 s. 424 hvor innhenting av helseopplysninger listes opp som et kontrolltiltak.

⁷⁰ Forordning (EU) 2016/679 om vern av personopplysninger (personvernforordningen) art. 9 nr. 1.

innhenting av arbeidstakeres vaksinasjonsstatus er følgelig betinget av at vilkårene i aml. § 9-1 er oppfylt.

Det bemerkes at aml. § 9-3 regulerer arbeidsgivers adgang til å innhente helseopplysninger ved ansettelse. Ettersom avhandlingen fokuserer på etablerte og løpende arbeidsforhold, vil det avgrenses mot aml. § 9-3.

3.4 Vilkårene for å iverksette kontrolltiltak

3.4.1 Utgangspunkt

I henhold til aml. § 9-1 første ledd kan et kontrolltiltak bare iverksettes overfor arbeidstakere når tiltaket har en «*saklig grunn*» i virksomhetens forhold, og det ikke innebærer en «*uforholdsmessig*» belastning for arbeidstakeren. Bestemmelsen er en rettslig standard, noe som innebærer at det i hvert enkelt tilfellet må foretas en konkret vurdering på basis av de skjønsmessige vilkårene.⁷¹ Vedrørende vilkårene i aml. § 9-1 uttaler forarbeidene:

*“Det sentrale er at vilkårene i bestemmelsen legger opp til en bred skjønsmessig avveining av virksomhetens behov for kontrolltiltaket på den ene side og de ulemper arbeidstakerne vil bli påført som følge av kontrollen på den andre. For at kontrolltiltaket skal være lovlig må resultatet av denne avveiningen gå i virksomhetens favør».*⁷²

Arbeidsgivers adgang til å kreve fremvisning av koronasertifikat på arbeidsplassen, er følgelig avhengig av at virksomhetens behov for å iverksette et slikt tiltak veier tyngre enn de ulemper arbeidstakerne påføres som følge av tiltaket.

3.4.2 Kravet om saklig grunn

For det første må kontrolltiltaket ha en «*saklig grunn*» i virksomhetens forhold, jf. aml. § 9-1. Ordlyden «*saklig grunn*» tilsier at arbeidsgiver må kunne påvise et velbegrunnet behov for å iverksette det aktuelle kontrolltiltaket, som er forankret i hensyn til virksomhetens drift.

Saklighetskravet innbefatter en lang rekke forhold, og forarbeidene fant det ikke

⁷¹ Johansen og Stueland (2015) s. 277.

⁷² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

hensiktsmessig å gi noen uttømmende opplisting. Forarbeidene presiserer imidlertid at både teknologiske, økonomiske, sikkerhets-, arbeidsmiljø- og helsemessige forhold kan utgjøre saklig grunn for kontrolltiltak.⁷³

Saklighetskravet i aml. § 9-1 innebærer for det første at kontrolltiltaket må ha et saklig formål som er forankret i virksomhetens forhold. Et kontrolltiltak som ikke er formålstjenlig for den aktuelle virksomheten vil aldri anses som saklig. Arbeidsgiver kan dermed ikke benytte ethvert formål som i seg selv er saklig, som grunnlag for å iverksette et kontrolltiltak. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven påpekes det at «*[k]ontrolltiltak som ikke er knyttet eksplisitt til virksomhetens behov, men til hensyn som i prinsippet er virksomheten uvedkommende, for eksempel alminnelige samfunnsinteresser, vil ikke ha hjemmel i bestemmelsen*».⁷⁴

Arbeidsgiver må følgelig vise til at virksomheten har et konkret og praktisk behov for å ivareta det aktuelle formålet.⁷⁵ Dette innebærer at det i forbindelse med kontroll av ansattes vaksinasjonsstatus, ikke vil være tilstrekkelig å vise til formålet om å begrense smitterisikoen i samfunnet. Arbeidsgiver må kunne vise til et konkret forhold ved virksomheten, som tilsier at kartlegging av de ansattes vaksinasjonsstatus er nødvendig for at virksomheten skal kunne driftes normalt og på forsvarlig vis.

Videre innebærer kravet om «*saklig grunn*» at kontrolltiltaket skal være saklig overfor den enkelte arbeidstakeren. Innenfor samme virksomhet kan et kontrolltiltak være saklig overfor en gruppe arbeidstakere, men usaklig overfor en annen. Som eksempel nevnes det i forarbeidene at selv om et flyselskap har saklig grunn for å pålegge tilfeldig rusmiddeltesting av flyvere, vil det ikke nødvendigvis være saklig å pålegge kontorpersonalet tilsvarende kontroll.⁷⁶ Kontroll av ansattes vaksinasjonsstatus kan derfor være saklig overfor noen ansatte i virksomheten, men være usaklig overfor andre ansatte i samme virksomhet. Tiltakets saklighet må følgelig vurderes konkret overfor den enkelte arbeidstakeren.

Ifølge forarbeidene må saklighetskravet leses som et krav om *tilstrekkelig* saklig grunn.⁷⁷ Begrunnelsen for å iverksette det aktuelle kontrolltiltaket må altså være tungtveiende nok. Dette innebærer at det aktuelle kontrolltiltaket må være egnet og nødvendig for å oppnå formålet med tiltaket.⁷⁸ Hvis formålet kan ivaretas på en mindre belastende måte, vil ikke

⁷³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 144.

⁷⁴ Ibid.

⁷⁵ Storeng mfl. (2020) s. 413.

⁷⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 145.

⁷⁷ Ibid.

⁷⁸ Ibid.

kravet om saklig grunn være oppfylt. Dette innebærer at saklighetskravet ikke vil være oppfylt dersom mindre inngripende tiltak er tilstrekkelige for å begrense smitterisikoen på den enkelte helseinstitusjonen.

3.4.3 Krav om forholdsmessighet

Det andre grunnvilkåret for at arbeidsgiver skal kunne iverksette et kontrolltiltak, er at dette ikke innebærer en «uforholdsmessig» belastning for arbeidstakeren, jf. aml. § 9-1 første ledd. Ordlyden tilsier at det må foretas en avveining av arbeidsgivers behov for å iverksette kontrolltiltaket på den ene siden, og den ulempen tiltaket innebærer for arbeidstaker på den andre siden. Ordlyden gir anvisning på at det skal være forholdsmessighet mellom hva arbeidsgiver søker å oppnå og de konsekvensene tiltaket har for arbeidstakeren.

Forholdsmessighetskravet innebærer at et kontrolltiltak som i og for seg er saklig, ikke skal innebære en uforholdsmessig ulempe for arbeidstakeren. I vurderingen av om et kontrolltiltak er forholdsmessig overfor arbeidstakeren, vil de samme momenter som er nevnt under drøftelsen av saklighetskravet være relevante. I arbeidsmiljølovens forarbeider er det for øvrig angitt at vurderingen av om kontrollen vil være uforholdsmessig, vil bero på:

«... tiltakets formål (hvor tungtveiende er bedriftens behov), kontrollens art (enkelstående kontroll, vedvarende kontroll, hyppighet, osv.), hvordan den praktisk skal gjennomføres, hvilke inngrep i arbeidstakernes personvern det vil være tale om, om sentrale personvern hensyn er ivaretatt gjennom forsvarlige metoder som sikrer klare testresultater, i hvilken grad arbeidsgiver har sikret begrenset tilgang til de data som fremkommer osv.»⁷⁹

De samme momenter er lagt til grunn av lagmannsretten i forbindelse med vurderingen av forholdsmessighetskravet i aml. § 9-1 første ledd. I RG-2007-855 uttalte lagmannsretten følgende om vurderingsmomentene:

«Vurderingen av om kontrollen vil medføre en uforholdsmessig belastning vil ellers bero på hvor tungtveiende bedriftens behov er og tiltakets formål sammenholdt med

⁷⁹ NOU 2004: 5 s. 433.

kontrollens art, og om det aktuelle formål kan ivaretas på en mindre belastende alternativ måte».⁸⁰

Hvorvidt arbeidsgiver kan innføre et krav om fremvisning av koronasertifikat beror således på en vurdering av om formålet med kontroll av de ansattes vaksinasjonsstatus er tungtveiende nok til å forsvare det inngrepet tiltaket innebærer for arbeidstaker.

3.5 Koronasertifikatet som kontrolltiltak i helse- og omsorgstjenesten

3.5.1 Vil kontrolltiltaket være saklig?

Helsevirksomheten vil i henhold til forsvarlighetskravet ha et særskilt ansvar for å verne sårbare pasienter mot smitte. Som tidligere nevnt utgjør uvaksinerte en større smittefare enn fullvaksinerte, noe som innebærer at pasienter som behandles av uvaksinert helsepersonell utsettes for en økt smitterisiko. Dersom arbeidsgiver på den bakgrunn vurderer det som uforsvarlig å la uvaksinert helsepersonell ha pasientkontakt med sårbare pasientgrupper, vil arbeidsgiver ha behov for å kartlegge hvilke arbeidstakere som er uvaksinerte. Formålet med kartleggingen av helsepersonells vaksinasjonsstatus er å redusere risikoen for at sårbare pasienter smittes av Covid-19, i den hensikt å forhindre alvorlig sykdomsforløp og død. Ettersom formålet med kontrolltiltaket er å verne om pasienters liv og helse, må kontrolltiltaket sies å ha et saklig formål som er forankret i virksomhetens forhold.

Gjennom et krav om fremvisning av koronasertifikat vil arbeidsgiver få en konkret oversikt over de ansattes vaksinasjonsstatus. Med utgangspunkt i den helseopplysningen vil arbeidsgiver kunne organisere og tilrettelegge arbeidsplassen på den enkelte helseinstitusjonen slik at risikoen for at pasienter smittes av Covid-19 reduseres betraktelig. Arbeidsgiver vil blant annet få nødvendige forutsetninger for å vurdere omplassering eller endring av arbeidsoppgavene til uvaksinert helsepersonell.⁸¹ Kontrolltiltaket vil følgelig være egnet til å oppnå formålet om å verne pasienters liv og helse, og vil for øvrig bidra til å innfri

⁸⁰ RG-2007-855 (Frostating).

⁸¹ Se punkt 5 om arbeidsgivers endringsadgang overfor uvaksinert helsepersonell.

forsvarlighetskravet på systemnivå.⁸² Et kontrolltiltak som innebærer at arbeidsgivers lovpålagte plikter blir oppfylt, må anses å være saklig.

Det kan diskuteres hvorvidt arbeidsgivere kan iverksette mindre inngripende tiltak for å oppnå formålet om å redusere smitterisikoen i helsetjenesten. Tiltak som hjemmekontor og avstand til pasienter er uaktuelt for helsepersonell. Vil et påbud om bruk av smittevernutstyr på arbeidsplassen, for eksempel bruk av munnbind, være mindre belastende for arbeidstakerne? Et slikt tiltak vil ikke innebære utlevering av helseopplysninger, og vil vanskelig oppleves som et inngrep i den enkeltes personlige sfære. Pålegg om bruk av smittevernutstyr kan likevel virke urettferdig for fullvaksinerte helsearbeidere, ettersom disse har tatt aktive skritt for å bidra til å redusere smittespredningen. Dersom et pålegg om bruk av smittevernutstyr begrenses til uvaksinerte, vil dette imidlertid kunne oppleves som stigmatiserende for uvaksinerte. Dette vil også resultere i et tydelig skille mellom uvaksinerte og vaksinerte arbeidstakere, noe som antakelig vil være problematisk i forhold til den enkeltes personvern. Det er grunn til å bemerke at i motsetning til smittevernutstyr, er ikke kartlegging av ansattes vaksinasjonsstatus forbundet med risiko for brukerfeil. Med forutsetning om at koronavaksinen bidrar til å redusere smittespredning, vil koronasertifikatet dermed være bedre egnet til å oppnå formålet om å beskytte pasienter mot smitte. Dette tilsier at koronasertifikatet som kontrolltiltak vil være saklig.

Virksomhetens behov for tilgang til enkelte helseopplysninger er et relevant moment i vurderingen av om kontrolltiltaket har en «*saklig grunn*» etter aml. § 9-1. I NOU 2001: 4, vedrørende helseopplysninger i arbeidslivet, er det lagt til grunn at arbeidsgiver vil særlig ha adgang til å kreve helseopplysninger i tilfeller hvor:

*«... arbeidsgiverens virksomhet er pålagt et særlig strengt ansvar for sikkerhet, helse og miljø i lovgivningen, og hvor det eksisterer en risiko for (katastrofe) betydelig skade hvis sikkerheten ikke ivaretas [...]».*⁸³

Forarbeidsuttalelsen er ikke direkte knyttet til koronasertifikat eller opplysninger om vaksinestatus. Likevel indikerer uttalelsen at arbeidsgivers adgang til å kreve helseopplysninger er videre i helse- og omsorgstjenesten, hvor det i henhold til forsvarlighetskravet foreligger et strengt ansvar for sikkerhet og helse.⁸⁴ I tillegg vil et

⁸² Se blant annet spesialisthelsetjenesteloven § 2-2 og helse- og omsorgstjenesteloven § 4-1.

⁸³ NOU 2001: 4 s. 43.

⁸⁴ Se punkt 2.2.

smitteutbrudd blant sårbare pasientgrupper kunne få et alvorlig utfall. Ettersom koronasertifikatet kan bidra til å forebygge den smitterisikoen som det tas sikte på å eliminere i helsetjenesten, tilsier forarbeidsuttalelsen at arbeidsgivere innenfor helsetjenesten må kunne foreta en kartlegging av helsepersonells vaksinasjonsstatus.

Kontrolltiltakets saklighet må for øvrig vurderes i forhold til den enkelte arbeidstakeren. Et krav om fremvisning av koronasertifikat vil antakelig ikke være saklig overfor enhver helsearbeider. I lys av formålet med kontrolltiltaket, vil tiltaket i utgangspunktet kun være saklig overfor helsepersonell som arbeider i stillinger hvor de ansattes vaksinasjonsstatus har avgjørende betydning for pasientsikkerheten. Dette gjelder først og fremst helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper, ettersom disse pasientene risikerer alvorlige helsekonsekvenser ved Covid-19-infeksjon. Et krav om fremvisning av koronasertifikat overfor denne kategorien av helsepersonell, vil etter min mening være saklig etter aml. § 9-1.

Ettersom koronasertifikatet er egnet til å redusere smitterisikoen på helseinstitusjonen, og dermed oppnå formålet om å verne pasienters liv og helse, vil kontrolltiltaket bidra til å innfri forsvarlighetskravet på systemnivå. Det må derfor kunne legges til grunn at bruken av sertifikatet som kontrolltiltak overfor helsepersonell vil ha en «*saklig grunn*» etter aml. § 9-1 første ledd.

3.5.2 Vil kontrolltiltaket være forholdsmessig?

Et krav om å fremvise dokumentasjon på egen vaksinasjonsstatus til arbeidsgiveren sin, kan for enkelte oppleves som svært belastende. I NOU 2001:4, om helseopplysninger i arbeidslivet, er det angitt at «*[e]n rettslig adgang for en arbeidsgiver til å kreve helseopplysninger av en arbeidstaker/-søker er et inngrep i dennes personlige integritet*». ⁸⁵ Valget om å ikke vaksineres mot Covid-19 blir møtt med sterk kritikk i dagens samfunn, særlig overfor helsepersonell. Kontrolltiltaket vil derfor kunne oppleves som særlig belastende og stigmatiserende for uvaksinert helsepersonell, som på grunn av manglende vaksinasjon ikke innehar et koronasertifikat. ⁸⁶ Det vil også kunne oppleves som ubehagelig å fremvise dokumentasjon på gjennomgått Covid-19 til arbeidsgiveren sin.

⁸⁵ NOU 2001: 4 s. 17.

⁸⁶ Det å ikke kunne fremvise et koronasertifikat vil også utgjøre en helseopplysning, ettersom det opplyser om manglende vaksinasjon og dermed manglende immunitet.

Det kan for øvrig oppstå en risiko for at opplysningene om den enkeltes vaksinasjonsstatus blir benyttet til andre formål, eller brukes i strid med arbeidstakernes interesse, for eksempel utestenging fra arbeidslivet. Et krav om utlevering av slik informasjon til arbeidsgiver kan følgelig føre til forskjellsbehandling blant ansatte, noe som kan oppleves som svært belastende og urimelig.

I forarbeidene er det fastslått at byrden ved å utlevere helseopplysningene «*må avveies mot arbeidsgivers og samfunnets interesse i at helseopplysningene blir kontrollert*». ⁸⁷ Det presiseres at det er «*kravet om helseopplysninger [...] som må begrunnes gjennom et dokumentert behov for å ivareta legitime formål og interesser som vurderes som tungtveiende nok i enkeltilfelle*». ⁸⁸ I lys av de alvorlige helsekonsekvensene Covid-19 kan medføre for sårbare pasientgrupper, har arbeidsgivere i helsetjenesten et tungtveiende behov for å innføre effektive tiltak for å redusere smitterisikoen. Det behovet arbeidsgiver har må for øvrig ses i lys av forsvarlighetskravet. ⁸⁹ Ettersom kartlegging av helsepersonells vaksinasjonsstatus kan bidra til å redusere smitterisikoen og verne om sårbare pasienters liv og helse, vil både arbeidsgiver og samfunnet generelt ha et tungtveiende behov for å iverksette kontrolltiltaket. Til sammenligning med det tungtveiende formålet og interessene kontrolltiltaket tar sikte på å ivareta, må den ulempen utlevering av vaksinasjonsstatus innebærer for den enkelte helsearbeideren, anses som beskjeden. Det tungtveiende behovet for å iverksette kontrolltiltaket tilsier at det ikke er tale om en uforholdsmessig ulempe for arbeidstakerne.

I rettspraksis finnes det flere eksempler på at domstolene har akseptert kontrolltiltak av mer inngripende karakter, blant annet ruskontroll ved urin- og hårprøver, ⁹⁰ veskekontroll, ⁹¹ og hemmelig spaning med fotografering av arbeidstaker utenfor vedkommendes bolig. ⁹² Felles for disse avgjørelsene er at kontrolltiltakene ble iverksatt på grunnlag av mistanke om straffbare forhold. Dommene har følgelig ikke stor overføringsverdi, men bidrar til å illustrere at til sammenligning med de angitte kontrolltiltakene, fremstår fremvisning av koronasertifikatet som et relativt lite inngripende tiltak. Dette taler for at kontrolltiltaket ikke innebærer en «*uforholdsmessig*» belastning for helsepersonell, jf. aml. § 9-1.

⁸⁷ NOU 2001: 4 s. 17.

⁸⁸ Ibid.

⁸⁹ Se punkt 2.2.2 om forsvarlighetskravet i lys av koronapandemien.

⁹⁰ RG-2013-620 (Frostating).

⁹¹ RG-2010-310 (Borgarting).

⁹² RG-2007-855 (Frostating).

Bestemmelsen i aml. § 9-4 første ledd bokstav c fastslår at arbeidstaker kan pålegge medisinske undersøkelser når det er «*nødvendig for å verne liv og helse*». Begrepet «*liv og helse*» omfatter både arbeidstakeren selv, andre arbeidstakere og tredjepersoner.⁹³ Medisinske undersøkelser omfatter blant annet urin-, blod- og spyttprøver, samt rusmiddeltest.⁹⁴ Bestemmelsen illustrerer at hensynet om å verne tredjepersoners liv og helse regnes som et saklig formål som gir grunnlag for å iverksette inngripende kontrolltiltak overfor arbeidstakerne. I motsetning til medisinske undersøkelser, som for eksempel gjennomføring av en Covid-19-test, vil ikke fremvisning av helsepersonellens vaksinasjonsstatus innebære et fysisk inngrep. Sammenlignet med gjennomføring av medisinske undersøkelser vil kartlegging av opplysninger om helsepersonells vaksinasjonsstatus derfor anses som lite belastende for arbeidstakerne. Når regelverket åpner for at hensynet til å verne liv og helse gir grunnlag til å pålegge arbeidstakere inngripende og belastende helsekontroller, er det et tungtveiende argument for at hensynet gir grunnlag til å iverksette mindre inngripende kontrolltiltak, som innhenting av arbeidstakeres vaksinasjonsstatus.

Et kontrolltiltak av midlertidig karakter vil for øvrig være mindre belastende, sammenlignet med et vedvarende tiltak. Manglende kunnskap om koronapandemiens varighet gjør det vanskelig å anslå hvor lenge bruken av koronasertifikatet på arbeidsplassen vil være aktuelt. I forarbeidene til smittevernloven kapittel 4A, om midlertidige bestemmelser om koronasertifikatet, er det imidlertid fastslått at:

*«[b]ruken av koronasertifikatet skal opphøre når smittenivå, vaksinerings, gjennomgått covid-19-sykdom og test, tilsier at det ikke lenger er behov for å ha restriksjoner [...]. Det vil ikke være tale om en permanent eller langvarig bruk av koronasertifikat i Norge».*⁹⁵

At bruken av koronasertifikatet ikke er ment å være «*permanent*» eller «*langvarig*», tilsier at tiltaket er ment å være midlertidig. Isolert sett tilsier begrepet «*langvarig*» en bruk som foregår over en lengre periode på flere måneder eller år. Ordlyden «*langvarig*» er imidlertid skjønnsmessig. Hva som regnes som en «*langvarig*» bruk av koronasertifikatet må dermed vurderes i lys pandemiens varighet. Som følge av den uforutsigbare smittesituasjonen er det umulig å fastslå hvor lenge koronasertifikatet vil være aktuelt som kontrolltiltak. Sett i lys av

⁹³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 149.

⁹⁴ Johansen og Stueland (2015) s. 301.

⁹⁵ Prop. 203 L S (2020-2021) s. 6.

at pandemien i skrivende stund har vedvart i nærmest to over, i tillegg til at det stadig oppstår nye smitterekorder, er det ikke utenkelig at koronasertifikatet vil være aktuelt i flere år fremover. Det avgjørende er imidlertid at bruken av koronasertifikatet er ment å være et midlertidig tiltak, som skal opphøre så snart smittesituasjonen tilsier at det «*ikke lenger er behov for å ha restriksjoner*», jf. forarbeidsuttalelsen. Forutsatt at koronasertifikatet innføres i samsvar med forarbeidenes anvisning, vil den belastningen det medfører for den enkelte arbeidstakeren være av mildere karakter enn om det var tale om et vedvarende tiltak. Etter min mening tilsier hensynet til pasientsikkerheten og koronapandemiens alvor og omfang, at bruken av koronasertifikatet som midlertidig kontrolltiltak må tillates i helsetjenesten, selv om varigheten på tiltakets midlertidighet er uvisst. Forutsetningen er imidlertid at kontrolltiltaket oppheves så snart smittesituasjonen tilsier at det er forsvarlig.

Formålet bak kartleggingen av helsepersonells vaksinasjonsstatus, sammenholdt med helsetjenestens tungtveiende behov for å iverksette kontrolltiltaket, må etter min mening tillegges avgjørende vekt. Den ulempen utlevering av vaksinasjonsstatus innebærer for arbeidstakerne kan følgelig ikke anses som «*uforholdsmessig*» etter aml. § 9-1. Dette må særlig ses i lys av tiltakets midlertidige karakter.

3.6 Sammenfatning

Bruken av koronasertifikatet i arbeidslivet er imidlertid fremdeles uavklart. Etersom et krav om fremvisning av koronasertifikatet krever lovhjemmel, i henhold til smittevernloven § 4A-2, vil styringsretten ikke være tilstrekkelig som hjemmel for å innføre bruken av koronasertifikatet i arbeidslivet. Etter min mening gir imidlertid arbeidsmiljøloven § 9-1 første ledd grunnlag for iverksetting av koronasertifikatet som kontrolltiltak for helsepersonell. Kartlegging av helsepersonells vaksinasjonsstatus vil være egnet for å redusere smittefaren i helsetjenesten, og dermed oppfylle forsvarlighetskravet. Som følge av at kontrolltiltaket skal være midlertidig, samt innebærer innhenting av indirekte helseopplysninger, kan det ikke anses som særlig belastende for helsepersonell. Vilåårene om saklighet og forholdsmessighet i aml. § 9-1 første ledd må etter min mening derfor anses som oppfylt. I lys av saklighetskravet vil kontrolltiltaket imidlertid bare kunne anvendes overfor helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper, da disse er mer utsatt for alvorlige helsekonsekvenser ved eventuell smitte.

Forutsatt at vilkårene for behandling av de ansattes vaksinasjonsstatus etter personvernlovgivningen er oppfylt, og tiltaket er drøftet med tillitsvalgte etter aml. § 9-2, må arbeidsgivere i helsetjenesten kunne iverksette et krav om fremvisning av koronasertifikat som kontrolltiltak overfor helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper.

4 Kan arbeidsgiver pålegge helsepersonell å vaksineres mot Covid-19?

4.1 Innledning

Dersom helsepersonell ikke kan fremvise et gyldig koronasertifikat, vil det innebære at de ikke er immune mot koronaviruset og dermed utgjør en større smittefare for pasienter. Dette er problematisk i lys av forsvarlighetskravet, som innebærer et særskilt ansvar for arbeidsgivere og helsepersonell i helsetjenesten om å verne pasienter mot smitte.⁹⁶ Den økte smittefaren uvaksinert helsepersonell utgjør for sårbare pasientgrupper, er årsaken til koronavaksinen er obligatorisk for alt helsepersonell i land som USA, Frankrike, Italia og Hellas.⁹⁷ Dette foranlediger et spørsmål om arbeidsgivere innen den norske helse- og omsorgstjenesten kan pålegge helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper et krav om vaksinasjon mot Covid-19. Begrepet *vaksinepålegg* benyttes her når det stilles vilkår om vaksinasjon for å fortsette i den aktuelle stillingen.

I dette kapittelet vil arbeidsgivers mulighet til å pålegge helsepersonell å vaksineres mot Covid-19 vurderes med utgangspunkt i EMK. Problemstillingen som skal drøftes er om EMK art. 8, om retten til privatliv, setter en begrensning for arbeidsgivers adgang til å pålegge helsepersonell vaksinasjon.

4.2 EMK art. 8

EMK art. 8 nr. 1 oppstiller et generelt vern om rett til privatliv, hvor det heter:

«Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse».

⁹⁶ Jf. punkt 2.2.2.

⁹⁷ France24 (2021).

Uttrykket «privatliv» favner vidt og det finnes ingen uttømmende definisjon av begrepet. I foreliggende praksis fra EMD er det lagt til grunn at menneskers fysiske og psykiske integritet, rett til selvbestemmelse og den personlige autonomi, står i kjernen av begrepet.⁹⁸

Dersom et tiltak representerer et inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8 nr. 1, må det foretas en vurdering av om vilkårene for lovlig inngrep i art. 8 nr. 2 er oppfylt. Av EMK art. 8 nr. 2 fremgår det at inngrep i retten til privatliv forutsetter at:

«... dette er i samsvar med loven og er nødvendig i et demokratisk samfunn av hensyn til den nasjonale sikkerhet, offentlig trygghet eller landets økonomiske velferd, for å forebygge uorden eller kriminalitet, for å beskytte helse eller moral, eller for å beskytte andres rettigheter og friheter».

Et inngrep i retten til privatliv forutsetter følgelig at inngrepet har hjemmel i lov, er nødvendig og forfølger et legitimt formål, jf. EMK art. 8 nr. 2.

Retten til privatliv er også regulert i Grunnloven § 102, som ble innført ved grunnlovsreformen i 2014.⁹⁹ Av bestemmelsens første ledd fremgår det at «[a]lle har rett til respekt for privatlivet [...]» Bestemmelsen er inspirert av EMK art. 8 og Høyesterett har lagt til grunn at bestemmelsen skal tolkes i lys av EMK art. 8.¹⁰⁰ Av hensyn til oppgavens begrensning vil drøftelsen avgrenses mot Grunnloven.

4.3 Arbeidsgiver som pliktsubjekt etter EMK

EMK har i utgangspunktet statens myndigheter som pliktsubjekt.¹⁰¹ Dette innebærer at det er staten som er forpliktet til å ivareta menneskerettighetene i tråd med konvensjonens bestemmelser. Spørsmålet er om også arbeidsgivere er forpliktet til å ivareta menneskerettighetene i EMK, slik at arbeidstakere kan påberope seg EMK som vern mot arbeidsgivers beslutninger.

Staten har en sikringsplikt etter EMK art. 1, som pålegger staten å sikre konvensjonens rettigheter for alle innenfor statens jurisdiksjon.¹⁰² Dette innebærer at staten er forpliktet til å

⁹⁸ *Marper mot Storbritannia* [GC] 2008, no. 30562/04 (avsnitt 66).

⁹⁹ Kongeriket Norges Grunnlov 17. mai 1814 (Grunnloven).

¹⁰⁰ Rt. 2015 s. 93 (Maria) avsnitt 57.

¹⁰¹ Jf. EMK art. 1.

¹⁰² Se blant annet Rt. 2013 s. 588 (Stalking) avsnitt 41.

gi borgerne en effektiv beskyttelse av konvensjonens rettigheter, og ta aktive skritt for å hindre at private parter krenker hverandre. Dettes omtales også som konvensjonens horisontale virkning.¹⁰³ Staten er dermed forpliktet til å sikre at arbeidsgivere, både i offentlig og privat sektor, ivaretar konvensjonens bestemmelser overfor arbeidstakerne. EMK får følgelig indirekte betydning i forholdet mellom private parter, blant annet arbeidsforhold.

EMK vil for øvrig få betydning for styringsrettens rammer. Styringsretten begrenses av lov, og ettersom EMK gjelder som norsk lov, må arbeidsgivers styringsrettsbeslutninger dermed treffes innenfor rammene av EMK. EMD har for øvrig lagt til grunn at når aspekter ved privatlivet fører til arbeidsrettslige sanksjoner, vil retten til privatliv også omfatte rettigheter i arbeidslivet.¹⁰⁴ På den bakgrunn må det kunne legges til grunn at selv om arbeidsgivere ikke er pliktsubjekt etter EMK, er de likevel forpliktet til å ivareta menneskerettighetene inntatt i EMK. Dette innebærer at arbeidsgivere ikke kan foreta beslutninger som krenker arbeidstakernes rett til privatliv etter EMK art. 8. I det følgende vil det vurderes om arbeidsgivers pålegg om vaksinasjon overfor helsepersonell, er i overensstemmelse med EMK art. 8.

4.4 Vil et vaksinepålegg utgjøre et inngrep i retten til privatliv?

Vaksinering innebærer et medisinsk inngrep i kroppen som stimulerer immunsystemet slik at den som vaksineres, beskyttes mot den aktuelle sykdommen.¹⁰⁵ Vaksinasjon er derfor å anse som medisinsk behandling. EMD har lagt til grunn at samtykke til medisinsk behandling, og rett til å nekte medisinsk behandling, inngår i retten til selvbestemmelse og privat autonomi, og er dermed beskyttet av EMK artikkel 8.¹⁰⁶ Hva gjelder obligatorisk vaksinasjon i møte med retten til privatliv, har EMD uttalt:

*«The Court has established in its case-law that compulsory vaccination, as an involuntary medical intervention, represents an interference with the right to respect for private life within the meaning of Article 8 of the Convention».*¹⁰⁷

¹⁰³ Normannseth (2020) s. 162.

¹⁰⁴ *Denisov mot Ukraina* [GC] 2018, no. 76639/11 (avsnitt 103-105).

¹⁰⁵ Stuge (2018).

¹⁰⁶ *Jehovah's Witnesses of Moscow mot Russland* [J] 2010, no. 302/02 (avsnitt 136).

¹⁰⁷ *Vavricka og andre mot Tsjekkia* [GC] 2021, no. 47621/13 (avsnitt 263).

Et vaksinepålegg er følgelig å anse som et inngrep i retten til privatliv etter EMK art. 8.

Det bemerkes at det i foreliggende praksis fra EMD finnes flere eksempler på at obligatorisk vaksinasjon har blitt ansett som nødvendig av hensyn til å beskytte befolkningens helse mot sykdommer som kan utgjøre en alvorlig helserisiko, og dermed ansett som et lovlig inngrep i retten til privatliv i henhold til EMK art. 8 nr. 2.¹⁰⁸ Dommene vedrørende vaksinasjonsplikt omhandler imidlertid statens pålegg om vaksinasjon overfor befolkningen, ikke arbeidsgivers. EMD har i skrivende stund ikke behandlet noen saker om vaksinasjonsplikt knyttet til Covid-19. Rettspraksis fra EMD vedrørende obligatorisk vaksinasjon har følgelig begrenset overføringsverdi. Hvorvidt arbeidsgiver kan pålegge helsepersonell vaksinasjon, må vurderes konkret på bakgrunn av vilkårene for lovlig inngrep i EMK art. 8 nr. 2.

4.5 Er arbeidsgivers pålegg om vaksinasjon i samsvar med lov?

4.5.1 Innholdet i vilkåret «i samsvar med lov»

Et lovlig inngrep i retten til privatliv forutsetter at inngrepet er «*i samsvar med lov*», jf. EMK art. 8 nr. 2. Ordlyden «*i samsvar med lov*» i EMK art. 8 nr. 2, tilsier at et inngrep i privatlivet forutsetter hjemmel i formell lov. EMD har imidlertid lagt til grunn at det er tilstrekkelig at regelen er tilgjengelig («*adequately accessible*») og tilstrekkelig presist formulert («*formulated with sufficient precision*»).¹⁰⁹ Kravene om tilgjengelighet og presisjon innebærer at regelen må være tilstrekkelig forutberegnelig, slik at den enkelte borgeren kan innrette sin atferd etter reguleringen, og vurdere om vedkommende er i en posisjon som kan gi grunnlag for inngrep mot ham.¹¹⁰ Ulovfestet rett vil dermed også kunne oppfylle lovkravet.¹¹¹

Det finnes ingen lovhjemler eller særskilte unntak i norsk rett som gir arbeidsgiver grunnlag til å pålegge helsepersonell vaksinasjon. Forskrift om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav § 6-12 første ledd, regulerer vaksinasjon av ansatte som eksponeres for biologiske faktorer.¹¹² Bestemmelsen fastslår at arbeidsgiver har en plikt

¹⁰⁸ Se blant annet *Vavricka mot Tsjekkia* [GC] 2021, no. 47621/13 (avsnitt 263) og *Jehovah's Witnesses of Moscow mot Russland* [J] 2010, no. 302/02 (avsnitt 136, 284 og 279).

¹⁰⁹ *Sunday Times mot Storbritannia* [P] 1979, no. 6538/74 (avsnitt 49).

¹¹⁰ Prop. 68 L (2015-2016) s. 38-39.

¹¹¹ *Sunday Times mot Storbritannia* [P] 1979, no. 6538/74 (avsnitt 47).

¹¹² Forskrift 6. desember 2011 nr. 1357 om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid).

til å sørge for at arbeidstakerne «*tilbys sikker og effektiv vaksinasjon mot biologiske faktorer de kan bli eksponert for*». Ordlyden «*tilbys*» markerer tydelig elementet av frivillighet i vaksinetilbudet.

Ettersom det ikke finnes lovhjemmel til å pålegge helsepersonell et krav om vaksinasjon, blir spørsmålet om styringsretten gir hjemmel for å innføre et slikt tiltak. I den forbindelse må det først vurderes om styringsretten oppfyller lovkravet i EMK art. 8 andre ledd.

4.5.2 Oppfyller styringsretten lovkravet i EMK?

Styringsretten er en klart anerkjent rettsnorm i norsk rett, som bygger på langvarig rettspraksis og juridisk teori. Innholdet i styringsretten er flere ganger blitt formulert av Høyesterett, samt i juridisk teori, og er derfor å anse som et forutberegnelig og tilgjengelig rettsgrunnlag. I en sak mot Sverige fant for øvrig EMD at styringsretten oppfylte lovkravet i EMK art. 8.¹¹³ Sett i lys av at styringsretten er en anerkjent rettsnorm i norsk rett, med tilstrekkelig forutberegnelighet, må styringsretten sies å oppfylle lovkravet i EMK. Dette er for øvrig understøttet i teorien.¹¹⁴ Styringsretten er dermed å regne som «lov» etter EMK art. 8 nr. 2.

Forutsetningen for at vilkåret «i samsvar med lov» etter EMK art. 8 nr. 2 er oppfylt, er at styringsretten gir hjemmel til å pålegge helsepersonell å vaksineres mot Covid-19.

4.5.3 Gir styringsretten hjemmel til å pålegge helsepersonell vaksinasjon?

Styringsretten begrenses som nevnt av mer allmenne saklighetsnormer.¹¹⁵ Vaksinepålegget må være saklig motivert, basere seg på et forsvarlig grunnlag, ikke bygge på utenforliggende hensyn og ikke være vilkårlig overfor arbeidstakeren. Pasienter som behandles av uvaksinerte helsepersonell har en økt risiko for å bli eksponert og smittet med Covid-19. Basert på den forutsetningen at koronavaksinen bidrar til å redusere smitterisikoen, vil et vaksinepålegg bidra til å beskytte pasienter mot smitte, i samsvar med forsvarlighetskravet.¹¹⁶ Et vaksinepålegg for helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper, bygger således på hensynet til å verne sårbare pasienters liv og helse, som klart må anses som et saklig

¹¹³ Normannseth (2020) s. 167.

¹¹⁴ Weltzien og Meder (2021) s. 606.

¹¹⁵ Jf. punkt 2.1.2 om styringsrettens rekkevidde.

¹¹⁶ Jf. punkt 2.2.2 om forsvarlighetskravet i lys av koronapandemien.

hensyn.¹¹⁷ Dette er for øvrig lagt til grunn av EMD, hvor domstolen tidligere har angitt at obligatorisk vaksinerings under en epidemi kan være nødvendig, av hensyn til å ivareta liv og helse til sårbare grupper i samfunnet.¹¹⁸ Et krav om vaksinasjon for helsepersonell må følgelig sies å være saklig.

Som tidligere nevnt er arbeidsgivers styringsrett midlertidig utvidet som følge av koronapandemien. Hvorvidt et vaksinepålegg faller innenfor grensene for den utvidende styringsretten, er høyst tvilsomt. Pålegget vil tross alt innebære at arbeidstakere må utsette seg selv for et medisinsk inngrep, noe som er sterkt inngripende. Rettspraksis knyttet til krisesituasjoner omhandler midlertidige endringer av arbeidsoppgaver.¹¹⁹ Et vaksinepålegg er utvilsomt av mer inngripende karakter enn et pålegg om å utføre andre arbeidsoppgaver enn de som følger av arbeidsavtalen. Videre er det grunn til å bemerke at selv om et vaksinepålegg er ment å være midlertidig, vil selve vaksinasjonen være permanent. Det er ikke mulig å reversere en vaksinasjon. I sammenheng med vaksinepåleggets inngripende karakter, taler det permanente elementet som ligger i et vaksinepålegg, tungtveiende for at det ligger utenfor grensene for den utvidende styringsretten å pålegge helsepersonell vaksinasjon.

Det bemerkes at både staten og Forsvaret har adgang til å pålegge vaksinasjon overfor henholdsvis den norske befolkningen og tjenestepliktige. I henhold til smittevernloven § 3-8 andre ledd har staten, ved Helse- og Omsorgsdepartementet, hjemmel til å pålegge befolkningen en plikt til å vaksineres «*[n]år det er avgjørende for å motvirke et alvorlig utbrudd av en allmennfarlig smittsom sykdom*». I Forskrift om allmennfarlig smittsomme sykdommer § 1 regnes Covid-19 som en «*allmennfarlig smittsom sykdom*».¹²⁰ Hvorvidt Covid-19 regnes som et «*alvorlig utbrudd*» etter smvl. § 3-8 er imidlertid ikke tatt stilling til. Forarbeidene til smvl. understreker at hovedregelen er at vaksinasjon skal være frivillig, og at myndighetenes adgang til å gi påbud om vaksinerings er ment å være meget snever.¹²¹

Smittevernloven § 3-8 har ikke blitt anvendt av norske helsemyndigheter i forbindelse med koronapandemien. Myndighetenes valg om å avstå fra å anvende bestemmelsen i forbindelse med den alvorlige smittesituasjonen koronapandemien har medført, tilsier at et vaksinepålegg

¹¹⁷ Se punkt 3.5.1 for nærmere drøftelse av saklighetskravet i forbindelse med helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper.

¹¹⁸ *Jehovah's Witnesses of Moscow mot Russland* [J] 2010, no. 302/02 (avsnitt 136).

¹¹⁹ Se henvisningen til Rt. 1927 s. 296 (Streik) og Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor) i punkt 2.1.3.

¹²⁰ Forskrift 1. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer (forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer).

¹²¹ Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) s. 140.

forutsetter mer alvorlige sykdommer med høyere dødelighet enn Covid-19. Når myndighetene har besluttet at vaksinasjon mot Covid-19 skal være frivillig, vil det være paradoksalt om enkelte arbeidsgivere skal kunne pålegge ansatte å vaksineres. Bestemmelsen illustrerer for øvrig at når myndighetenes adgang til å pålegge vaksinasjon i henhold til lov er meget snever, må arbeidsgivers mulighet til å pålegge tilsvarende være enda snevrere. Styringsretten kan av den grunn ikke være tilstrekkelig som hjemmel til å pålegge vaksinasjon i et arbeidsforhold.

I likhet med statens myndigheter har også Forsvaret hjemmel til å pålegge vaksinasjon. I forsvarsloven § 20 første ledd er det fastslått at:

*«Tjenestepliktige som er innkalt til tjeneste, plikter å la seg vaksinere, og å godta at Forsvaret gjennomfører andre tiltak som er nødvendige for å forebygge smittsomme sykdommer».*¹²²

Med «[t]jenestepliktige» menes vernepliktige, militært tilsatte og andre som har inngått kontrakt om tjeneste i Forsvaret.¹²³ Ordlyden «plikter» tilsier at vaksinasjon er et obligatorisk krav for å kunne tjenestegjøre. Dette understøttes av lovens forarbeider, hvor det angis at de som motsetter seg nødvendige vaksiner «vil ikke være skikket til tjeneste».¹²⁴ Formålet bak vaksinasjonskravet synes å være forankret i hensynet om å opprettholde operativ evne i Forsvaret, ettersom en større smittespredning innad i en militær leir eller en operativ avdeling «... vil kunne få store konsekvenser for Forsvarets evne til å ivareta sin samfunnsfunksjon».¹²⁵ Forsvarets samfunnsfunksjon innebærer blant annet å forsvare Norges territorium og befolkning, samt rikets interesser internasjonalt. Et sentralt formål bak Forsvarets adgang til å pålegge vaksinasjon, er altså å sikre Forsvarets evne til å beskytte befolkningens liv og helse. Formålet med bestemmelsen i forsvarsloven § 20 er forholdsvis sammenfallende med begrunnelsen for et vaksinepålegg for helsepersonell. Dette tilsier at rettsgrunnlaget for å pålegge ansatte vaksinasjon må være sammenfallende i begge virksomheter.

Ettersom Forsvaret er en arbeidsgiver,¹²⁶ regulerer forsvarsloven § 20 vaksinepålegg i et arbeidsforhold. Bestemmelsen illustrerer at norsk rett åpner for at arbeidsgivere kan pålegge ansatte vaksinasjon. Hjemmelen i forsvarsloven § 20 er imidlertid også en sterk indikasjon på

¹²² Lov 12. august 2016 nr. 77 om verneplikt og tjeneste i Forsvaret m.m. (forsvarsloven).

¹²³ Prop. 91 L (2020-2021) s. 11.

¹²⁴ Prop. 102 L (2015-2016) s. 125.

¹²⁵ Prop. 83 L (2019-2020) s. 5.

¹²⁶ I aml. § 1-8 andre ledd defineres arbeidsgiver som «enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste».

at lovgiver ikke anser styringsretten som tilstrekkelig hjemmel i møte med et vaksinepålegg i arbeidslivet. Dersom styringsretten ble ansett som tilstrekkelig hjemmel, hadde det ikke vært nødvendig å lovfeste Forsvarets adgang til å pålegge ansatte vaksinasjon. Dette taler tungtveiende i retning av at et vaksinepålegg overfor ansatte i helsetjenesten forutsetter hjemmel i lov.

Når statens og Forsvarets adgang til å pålegge vaksinasjon er hjemlet i lov, er det en sterk indikasjon på at lovgiver anser vaksinasjon som et sterkt inngrep i borgernes rettsstilling, hvor legalitetsprinsippet aktualiseres. Styringsretten bygger på ulovfestet rett, og mangler dermed demokratisk legitimitet. I lys av vaksinepåleggets inngripende karakter, samt bestemmelsene i smittevernloven § 3-8 og forsvarsloven § 20, vil det kunne fremstå som et brudd på rettssikkerheten dersom styringsretten aksepteres som hjemmel for tiltaket. Dette taler tungtveiende for at et pålegg om vaksinasjon fra arbeidsgiver, uavhengig av virksomhet, krever hjemmel i lov. Det vil for øvrig fremstå som paradoksalt om bruken av koronasertifikatet som kontrolltiltak i arbeidslivet forutsetter hjemmel i lov, mens et pålegg om vaksinasjon – som til sammenligning er et vesentlig mer inngripende tiltak – skal kunne hjemles i styringsretten. Det må på den bakgrunn konkluderes med at det ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett å pålegge helsepersonell vaksinasjon.

4.5.4 Konklusjon: arbeidsgivers vaksinepålegg overfor helsepersonell er ikke i samsvar med lov

Til tross for at styringsretten er midlertidig utvidet under koronapandemien, vil det ligge utenfor styringsrettens grenser å pålegge helsepersonell vaksinasjon. Etersom arbeidsgiver verken har hjemmel i lov eller styringsretten til å pålegge helsepersonell vaksinasjon, vil ikke et slikt pålegg være «i samsvar med lov» etter EMK art. 8 nr. 2. Vilkårene for lovlig inngrep etter EMK art. 8 nr. 2 vil dermed ikke være oppfylt, noe som innebærer at arbeidsgivers vaksinepålegg vil innebære et brudd på helsepersonells rett til privatliv etter EMK art 8 nr. 1. Av hensyn til oppgavens ordgrense foretas det ikke en subsidiær drøftelse av om de øvrige vilkårene for lovlig inngrep i retten til privatliv er oppfylt.

4.6 Sammenfatning

Slik rettstilstanden er i dag, foreligger det i henhold til EMK art. 8 nr. 2 ingen «lov» i norsk rett som gir grunnlag for arbeidsgiver til å pålegge helsepersonell vaksinasjon mot Covid-19.

EMK art. 8 setter følgelig en begrensning for arbeidsgivers adgang til å innføre et vaksinepålegg overfor helsepersonell. For at vaksinepålegget skal være i overensstemmelse med EMK art. 8, kreves det lovregulering.

Som følge av den alvorlige smitteøkningen som oppstod i månedsskiftet november/desember 2021, har EU-kommisjonen startet diskusjonen om vaksineplikt for europeiske borgere.¹²⁷ I lys av uttalelsen, kommenterte Erna Solberg i et intervju den 2. desember 2021, at Høyre er skeptiske til vaksineplikt – unntatt for helsepersonell.¹²⁸ Det er imidlertid ingen tradisjon for obligatorisk vaksinerings i Norge, og det er ingenting som tyder på at den nye regjeringen vil innføre en vaksineplikt, verken for helsepersonell eller andre deler av befolkningen.

¹²⁷ BBC News (2021c).

¹²⁸ NRK (2021c).

5 I hvilken utstrekning kan arbeidsgiver omplassere uvaksinert helsepersonell?

5.1 Innledning

Pasienter som mottar behandling av uvaksinert helsepersonell kan være problematisk i forhold til helse- og omsorgstjenestens forsvarlighetskrav, da kravet innebærer en plikt for helsevirksomhet og helsepersonell om å beskytte pasienter mot smitte. Dersom arbeidsgivere innen helsetjenesten finner det uforsvarlig å la uvaksinert helsepersonell arbeide med sårbare pasientgrupper, oppstår spørsmålet om arbeidsgivers adgang til å omplassere eller endre arbeidsoppgavene til disse arbeidstakerne. Det bemerkes at begrepene *omplussing* og *arbeidsgivers endringsadgang* brukes her om både endring av arbeidsoppgaver og overføring til andre steder i virksomheten. Problemstillingen som skal drøftes i den videre fremstillingen, er i hvilken utstrekning arbeidsgivere i helsetjenesten kan omplassere uvaksinert helsepersonell som behandler sårbare pasientgrupper. Endring av arbeidstid og økonomiske vilkår vil ikke drøftes.

5.2 Rettslig utgangspunkt

5.2.1 Styringsretten gir grunnlag for arbeidsgivers endringsadgang

Det finnes ingen generelle bestemmelser som regulerer arbeidsgivers adgang til å endre arbeidstakers arbeidsoppgaver. I henhold til styringsretten vil imidlertid arbeidsgiver ha rett til å foreta visse endringer i arbeidsforholdet. Som tidligere nevnt må utøvelse av styringsretten skje «*innenfor rammen av det arbeidsforhold som er inngått*».¹²⁹ Arbeidsgivers endringsadgang beror i første rekke på en tolkning av arbeidsavtalen, hvor innholdet i stillingen beskrives. Innenfor rammene av den ansattes arbeidsplikt som fremgår av arbeidsavtalen, hører det til arbeidsgivers styringsrett å avgjøre hvilke endringer i

¹²⁹ Jf. Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609 i punkt 2.1.1.

arbeidsforholdet som eventuelt kan foretas.¹³⁰ I hvilken utstrekning arbeidsgiver har en endringsadgang, er følgelig et spørsmål om styringsrettens rekkevidde.

5.2.2 Arbeidsavtalen som utgangspunkt

I aml. § 14-6 første ledd bokstav c stilles det krav om at arbeidsavtalen skal inneholde en beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori. For å fastlegge grensene for arbeidsplikten, og dermed arbeidsgivers endringsadgang, må arbeidsavtalen følgelig tolkes. At arbeidsavtalen er utgangspunktet for vurderingen av arbeidsgivers endringsadgang ble for øvrig fastslått av Høyesterett i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), hvor Høyesterett uttalte at arbeidsgivers endringsadgang må avgjøres på grunnlag av en tolking og utfylling av arbeidstakernes arbeidsavtaler.¹³¹

Partenes rettigheter og plikter vedrørende arbeidets innhold og arbeidsgivers adgang til å endre dette, kan i enkelte tilfeller fremgå uttrykkelig av arbeidsavtalen og det øvrige rettsgrunnlaget for arbeidsforholdet. Dette kan eksempelvis fremgå av stillingsbetegnelsen i arbeidsavtalen, som kan bidra til å utfylle arbeidsplikten og fastlegge rammene for arbeidsgivers endringsadgang.

Dersom arbeidsplikten er detaljert beskrevet i den individuelle arbeidsavtalen, vil konkrete holdepunkter for arbeidsplikkens utstrekning lettere sette grenser for arbeidsgivers endringsadgang.¹³² Dommen inntatt i Rt-2009-1465 (Senvakt) er et eksempel på et tilfelle hvor arbeidsvilkårene i arbeidsavtalen begrenset arbeidsgivers endringsadgang. Saken gjaldt to sykepleiere som var ansatt i Bergen kommunes hjemmesykepleie som «*seinvakt*». Etter noen års ansettelse ble turnusordningen i hjemmesykepleien endret, slik at sykepleierne skulle arbeide både dagvakter og seinvakter. Høyesterett la avgjørende vekt på at det var avtalt «*seinvakt*», og konkluderte med at en endring av avtalen til også å omfatte dagvakter representerte en så vesentlig endring av arbeidsforholdet at den ikke kunne gjennomføres i kraft av styringsretten. Avgjørelsen gjaldt først og fremst arbeidsgivers adgang til å endre de ansattes arbeidstid, men dommen illustrerer at arbeidsgivers endringsadgang i kraft av styringsretten kan være sterkt begrenset i tilfeller hvor arbeidstakers stilling er klart definert i arbeidsavtalen. I dommen presiserer imidlertid Høyesterett at «*[i]kke enhver*

¹³⁰ Fougner mfl. (2016) s. 117-118.

¹³¹ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609.

¹³² Fougner (2019) s. 121.

*avtalebestemmelse om arbeidsvilkår begrenser styringsretten, [...]».*¹³³ Dette ble gjentatt i HR-2016-2286-A (Rygge kommune), hvor Høyesterett presiserte at «*[d]ersom ikke arbeidsgiveren har gitt særskilt avkall på styringsretten, kan arbeidsgiveren i kraft av styringsretten, innenfor de rammer som følger av lovgivning og tariffavtale, endre avtalebestemmelser som ikke særpreger, definerer eller fremstår som vesentlige for arbeidsforholdet*».¹³⁴ Uttalelsen illustrerer at arbeidsgiver har et vidt handlingsrom til å foreta endringer, innenfor arbeidsforholdets ramme.

I utgangspunktet inneholder arbeidsavtaler sjeldent klare reguleringer om arbeidsplikten innhold eller arbeidstakernes plikt til å finne seg i endringer i arbeidsplikten.¹³⁵ For å avgjøre arbeidsgivers endringsadgang, må arbeidsavtalen følgelig tolkes og utfylles.

5.2.3 Tolkning og utfylling av arbeidsavtalen

I forbindelse med vurderingen av arbeidsgivers endringsadgang, står Nøkk-dommen sentralt som prejudikat. Dommen gjaldt to utdannede skipsmaskinister som ble ansatt som maskinister på Stavanger kommunes brannbåt, B/S Nøkk, med lønn og grad som brannmestre. Spørsmålet for Høyesterett var om kommunen med hjemmel i arbeidsgivers styringsrett kunne treffe vedtak om at mannskapet på brannbåten skulle integreres i kommunens hovedbrannstyrke. Omleggingen medførte «*en ikke ubetydelig økning i omfanget av tilleggsoppgavene*». Endringene innebar bytte av arbeidsplass og økt arbeidsomfang, og innholdet i de nye oppgavene nødvendiggjorde opplæring for at arbeidstakerne skulle mestre arbeidet. Det var følgelig tale om betydelige endringer på alle punkter ved bedømmelsen av arbeidsplikten.¹³⁶ Høyesterett anerkjente at omleggingen medførte «*ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver*», men godkjente likevel endringsbeslutningen. I begrunnelsen la Høyesterett vesentlig vekt på at brannbåten var en spesialbåt som inngikk i kommunens brannberedskap, og at maskinistenes arbeidsoppgaver heller ikke tidligere hadde vært begrenset til oppgaver som knyttet seg til driften av brannbåten.

Vedrørende vurderingen av arbeidsgivers endringsadgang, presiserte Høyesterett følgende:

¹³³ Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt) avsnitt 38.

¹³⁴ Jf. HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26.

¹³⁵ Fougner (2016) s. 202.

¹³⁶ Ibid. s. 218.

*«Ved tolkningen og utfyllingen av arbeidsavtalene må det blant annet legges vekt på stillingsbetegnelse, omstendighetene rundt ansettelsen, sedvaner i bransjen, praksis i det aktuelle arbeidsforhold og hva som finnes rimelig i lys av samfunnsutviklingen».*¹³⁷

Høyesterett gir anvisning på at utstrekningen av arbeidsgivers endringsadgang må vurderes konkret på bakgrunn av flere momenter. Det bemerkes at de fire første momentene Høyesterett lister opp, er knyttet til det konkrete arbeidsforholdet, mens det siste momentet – «i lys av samfunnsutviklingen» - er knyttet til omstendigheter utenfor arbeidsforholdet. Gjennom henvisningen til samfunnsutviklingen, anla Høyesterett en dynamisk tilnærming i vurderingen av hva som nærmere følger av arbeidsforholdet. Som nevnt i punkt 2.1.3 viser momentet «samfunnsutviklingen» at styringsretten er dynamisk og at den har et ulikt innhold avhengig av situasjonen den brukes i. Den samfunnsutviklingen det var tale om i Nøkk-dommen, var kommunens behov for å drive brannvesenet mest mulig effektivt, økonomisk sett.¹³⁸ Jan Fougner har fremholdt at selv om arbeidsgiverens behov ikke fremgår direkte av dommens premisser, har det utvilsomt vært motiverende for resultatet.¹³⁹ Det var følgelig arbeidsgivers endringsbehov som ga grunnlag til å foreta «ikke ubetydelige endringer» i arbeidstakernes arbeidsoppgaver.

Gjennom henvisningen til «samfunnsutviklingen» ved tolkning av arbeidsavtalen, gir Høyesterett anvisning på at det må foretas en dynamisk og bred tolkning av arbeidsavtalen, med utgangspunkt i virksomhetens aktuelle endringsbehov. Av dommen kan det utledes at i tilfeller hvor det foreligger et tungtveiende behov for å beslutte endringer i ansattes arbeidsoppgaver, kan arbeidsgiver foreta betydelige endringer utover den avtalte arbeidsplikten. Det er grunn til å bemerke at utviklingen mot å ta hensyn til «samfunnsutviklingen» ved tolkning av arbeidsavtalen har blitt videreført i senere rettspraksis.¹⁴⁰ Det illustrerer at Høyesterett regner premissene i Nøkk-dommen som prinsipielt viktige.¹⁴¹

¹³⁷ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk) s. 1609.

¹³⁸ Fougner (2016) s. 218.

¹³⁹ Ibid. s. 219.

¹⁴⁰ Se blant annet Rt. 2001 s. 428 (Kårstø) s. 427, Rt. 2008 s. 856 (Theatercafeen) avsnitt 35, Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt) avsnitt 29 og HR-2016-2286-A (Rygge kommune) avsnitt 26.

¹⁴¹ Fougner (2016) s. 220.

5.2.4 Grunnpregstandarden

I de tilfeller hvor arbeidsavtalen ikke oppstiller uttrykkelige begrensninger i arbeidsgivers endringsadgang, benyttet domstolene tidligere den såkalte «*grunnpregstandarden*» som presumsjonsprinsipp.¹⁴² Prinsippet ble først formulert i 1967 av professor Kristen Andersen, og gikk ut på at «*arbeidsgiver ikke ensidig kan regulere en arbeidstakers arbeidsområde på en slik måte at dettes grunnpreg blir et vesentlig annet enn det arbeidsavtalen i direkte eller indirekte form opererer med*». Grunnpregstandarden innebærer at om det ikke finnes klare holdepunkter for en bestemt avgrensning av arbeidsplikt og endringsadgang i arbeidsavtalen, presumeres det at stillingens grunnpreg er beskyttet mot endringer.¹⁴³ Prinsippet er ment å representere en begrensning i arbeidsgivers styringsrett, hvor arbeidsgiver er avskåret fra å foreta endringer som rokker ved kjerneinnholdet i arbeidsavtalen. Grunnpregstandarden bidrar således til å vise arbeidsavtalens sentrale rolle ved fastleggingen av utstrekningen av arbeidsgivers styringsrett.

I lys av grunnpregstandarden vil det sentrale vurderingstemaet være hvor vesentlige endringene er. Vurderingen etter grunnpregstandarden tar utgangspunkt i en sammenligning av stillingsinnholdet før og etter endringen(e), og er dermed tilbakeskuende. For å fastlegge arbeidsforholdets grunnpreg før endringen(e), må arbeidsavtalen tolkes i lys av samtlige rettskilder knyttet til arbeidsavtalen, blant annet tariffavtale, den individuelle arbeidsavtalen, partenes forutsetninger, bransjepraksis, og avtaleforhold.¹⁴⁴ Ifølge grunnpregstandarden er det kun i tilfeller hvor de aktuelle endringene medfører at grunnpreget i stillingsinnholdet blir «*et vesentlig annet*», at arbeidstakeren kan motsette seg endringene. Endringer som innebærer overføring til likeartet arbeid eller arbeid av samme karakter som tidligere, vil i utgangspunktet dermed ligge innenfor arbeidsgivers endringsadgang.¹⁴⁵

Grunnpregstandardens rettskildemessig grunnlag har vært gjenstand for kritikk i teorien. I nyere rettspraksis, med utgangspunkt i Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk), synes for øvrig Høyesterett å markere en utvikling mot en mer omfattende endringsadgang enn hva grunnpregstandarden åpner for. Gjennom angivelsen om at arbeidstakerne må finne seg i «*ikke ubetydelige endringer i deres arbeidsoppgaver*», markerer dommen at arbeidsgivers endringsadgang gjerne er blitt noe videre gjennom årene, i den forstand at arbeidsgiver er gitt et videre

¹⁴² Fougner (2019) s. 176.

¹⁴³ Fougner (2016) s. 203.

¹⁴⁴ Ibid. s. 205.

¹⁴⁵ Borgerud og Næss (2019) s. 132.

handlingsrom til å beslutte endringer av omfattende karakter. Avgjørelsen er imidlertid for konkret til at grunnpregstandarden kan avskrives, men dommen gir likevel grunnlag til å stille spørsmål ved dens rekkevidde. I forarbeidene til arbeidsmiljøloven av 2005 er det imidlertid fastslått at «[m]ed mindre arbeidsavtalen er klar, vil den såkalte grunnpregstandarden gjelde, det vil si at arbeidsgiver ikke ensidig kan endre stillingens grunnpreg».¹⁴⁶ Det anses således klart at grunnpregstandarden fortsatt er gjeldende rett i Norge.

5.3 Styringsrettens rekkevidde ved omplassering av uvaksinert helsepersonell

5.3.1 Det alminnelige saklighetskravet

Arbeidsgivers beslutning om omplassering av uvaksinert helsepersonell må være saklig, jf. det alminnelige saklighetskravet.¹⁴⁷ Avhandlingen omhandler endring av arbeidsoppgaver til uvaksinert helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper, av hensyn til pasientsikkerheten. Med utgangspunkt i forsvarlighetskravet i spesialisthelsetjenesteloven § 2-2, ble det i LE-2003-3386 lagt til grunn at «... hensynet til pasientenes sikkerhet og arbeidsgivers generelle styringsrett [vil] kunne hjemle både en omplassering og begrensninger i As arbeidsavtale». Saken gjaldt spørsmål om et sykehus, i kraft av styringsretten, hadde rett til å begrense virksomheten til en overlege ved kirurgisk driftsenhet, eller om det innebar en endringsoppsigelse. Bakgrunnen for begrensningen var at det oppstod tvil om overlegens faglige kompetanse vedrørende en konkret gastroenterologisk operasjonsmetode. Dommen illustrere at hensynet til pasientsikkerheten er en saklig begrunnelse for omplassering eller endring av helsepersonells arbeidsoppgaver, i kraft av styringsretten. I lys av lagmannsrettsdommen må hensynet til pasientsikkerheten som begrunnelse for omplassering av uvaksinert helsepersonell, anses å være i samsvar med saklighetskravet. Det alminnelige saklighetskravet begrenser dermed ikke arbeidsgivers styringsrett i den forbindelse.

¹⁴⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 250.

¹⁴⁷ Se punkt 2.1.2 for nærmere redegjørelse av saklighetskravets innhold.

5.3.2 Forsvarlighetskravet som begrensning for arbeidsgivers endringsadgang

Helsepersonellets lovpålagte plikter vil begrense arbeidsgivers endringsadgang, jf. helsepersonelloven §§ 4 og 16.¹⁴⁸ Dersom det blir aktuelt å omplassere eller endre arbeidsoppgavene til uvaksinert helsepersonell, må arbeidsgiver sørge for at de innehar nødvendig utdanning eller kompetanse som følge av opplæring, slik at de er i stand til å utføre de nye arbeidsoppgavene på en forsvarlig måte.¹⁴⁹ I lys av forsvarlighetskravet, vil dermed helsepersonells kvalifikasjoner utgjøre en begrensning for arbeidsgivers endringsadgang. Med kvalifikasjoner menes de faglige og personlige forutsetninger den enkelte arbeidstakeren besitter og som ble stilt til disposisjon ved ansettelsen.¹⁵⁰ Såfremt de nye arbeidsoppgavene ligger innenfor rammen av helsepersonellets alminnelige faglige kvalifikasjoner, slik at vedkommende er skikket til å utøve arbeidsoppgavene i samsvar med forsvarlighetskravet, må endringsbeslutningen anses å ligge innenfor arbeidsgivers styringsrett.

5.3.3 Utstrekning av arbeidsgivers endringsadgang «i lys av samfunnsutviklingen»

Ved vurderingen av helsetjenestens endringsadgang knyttet til uvaksinert helsepersonell, vil det være særlig relevant å se hen til den aktuelle «samfunnsutviklingen», jf. Nøkk-dommen. Gjennom året 2020 og 2021 er samfunnsutviklingen preget av koronapandemien, som har skapt et grunnleggende og vesentlig behov for helsetjenesten til å beskytte sårbare pasientgrupper mot smitte. Ettersom uvaksinerte utgjør en større smittefare enn vaksinerte, oppstår det et tungtveiende behov på arbeidsgivers side om å omplassere uvaksinert helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper. I et intervju med VG fremhever Espen Nakstad, assisterende direktør i Helsedirektoratet, at det i utgangspunktet er «*problematisk og ofte forbundet med økt risiko hvis uvaksinerte jobber tett på sykehjemspasienter*».¹⁵¹ Pasienter med redusert immunforsvar, for eksempel pasienter på kreftavdelinger, er ifølge Nakstad et annet eksempel «*der det å være uvaksinert ikke er forenlig med pasientnært arbeid*».¹⁵² Den helseetiske problematikken knyttet til uvaksinert

¹⁴⁸ Se punkt 2.2.1 om forsvarlighetskravets innhold.

¹⁴⁹ Se punkt 2.2 om forsvarlighetskravet.

¹⁵⁰ Fougner (2019) s. 174.

¹⁵¹ VG (2021).

¹⁵² Ibid.

helsepersonell som arbeider med sårbare pasientgrupper, illustrerer helsetjenestens og samfunnets tungtveiende endringsbehov. Det aktuelle endringsbehovet er utvilsomt mer tungtveiende enn det som var tilfellet i Nøkk-dommen. Når Høyesterett i Nøkk-dommen godtok at det ble gjennomført «*ikke ubetydelige endringer*» i arbeidstakernes arbeidsplikt, må dermed arbeidsgivere i helsetjenesten også kunne beslutte omfattende endringer overfor uvaksinert helsepersonell.

Det bemerkes at det i Nøkk-dommen var tale om en *varig* endring i arbeidsforholdet. Som nevnt innledningsvis tar avhandlingen sikte på å undersøke arbeidsgivers adgang til å gjennomføre *midlertidige* endringer i arbeidsforholdet, under forutsetning av at man i nærmeste fremtid skal tilbake til normalsituasjonen. Når Høyesterett i sin praksis har akseptert at arbeidsgiver kan gjennomføre endringer av omfattende karakter på varig basis, taler det tungtveiende for at arbeidsgivers handlingsrom til å gjennomføre endringer på midlertidig basis er videre. Dess mer tungtveiende behov som gjør seg gjeldende, dess videre må adgangen til å gjennomføre midlertidige endringer sies å være.

Utstrekningen av arbeidsgivers endringsadgang vi for øvrig preges av den utvidede styringsretten som den aktuelle samfunnsutviklingen medfører.¹⁵³ Som angitt i punkt 2.1.3, gir både juridisk teori og rettspraksis anvisning på at arbeidsplikten midlertidig utvides i en krisesituasjon. Rettskildebildet sier imidlertid ingenting om i hvilken utstrekning arbeidsplikten utvides. Det tungtveiende hensynet som begrunner behovet for omplassering av uvaksinert helsepersonell, taler etter min mening for at den utvidede styringsretten gir arbeidsgiver en videre endringsadgang enn det grunnpregstandarden åpner for. Dette synspunktet må sies å være understøttet av Høyesterett, som i Nøkk-dommen aksepterte at det ble foretatt mer omfattende endringer enn det grunnpregstandarden åpner for på bakgrunn av arbeidsgivers endringsbehov. Synspunktet er også understøttet i teorien. Andersen har tidligere lagt til grunn at «*jo mer trykkende de ekstraordinære omstendigheter er, jo lenger må arbeidstakerne strekke seg*».¹⁵⁴ Weltzien og Meder har formulert dette utgangspunktet som en relativitetsteori.¹⁵⁵ Forfatterne understreker at teorien peker på et sentralt punkt, nemlig sammenhengen mellom krisens størrelse og endringsadgangens omfang. Den utvidede styringsretten må derfor sies å åpne for en mer omfattende endringsadgang enn det grunnpregstandarden tilkjenner. Dette tilsier at styringsretten strekker seg veldig langt, og gir

¹⁵³ Se punkt 2.1.3 vedrørende styringsretten i krisetider.

¹⁵⁴ Andersen (1967) s. 112.

¹⁵⁵ Weltzien og Meder (2021) s. 587.

arbeidsgivere i helsetjenesten muligheten til å gjennomføre flere betydelige endringer i arbeidsforholdet til uvaksinert helsepersonell.

Sett i sammenheng med hensynet til pasientsikkerheten, må uvaksinert helsepersonell for eksempel kunne fratras arbeidsoppgaver som innebærer fysisk pasientkontakt med sårbare pasientgrupper. Dette må kunne gjennomføres uavhengig av om fysisk pasientkontakt er en arbeidsoppgave som særpreger stillingen. Arbeidsgiver må også kunne gjennomføre omplasseringer til andre avdelinger i virksomheten hvor manglende vaksinasjon blant helsepersonell ikke vil innebære en alvorlig helserisiko for pasientene. Dette understøttes av Arbeidsgiverorganisasjonen Virke, som i en artikkel fastslår at «[h]elsepersonell må akseptere arbeid innenfor andre deler av driften enn hvor de vanligvis jobber. Typisk kan en fysioterapeut overføres til pleie om mangelen på sykepleiere blir prekær».¹⁵⁶ Overføringen av en fysioterapeut til sykepleieoppgaver ville antakelig ikke blitt akseptert i normale tider, da dette innebærer en betydelig endring av arbeidsoppgaver. Virkes artikkel har ingen rettskildemessig vekt, men eksemplet bidrar til å illustrere hvor vid endringsadgang helsetjenesten bør tilkjennes under den foreliggende krisesituasjonen. De nærmere grensene for styringsretten kan imidlertid ikke fastsettes på generelt grunnlag, men vil måtte trekkes ut fra konkrete eksempler og problemstillinger.

Selv om styringsretten vil rekke veldig langt i en krisesituasjon som koronapandemien, er den likevel ikke ubegrenset. Dette illustreres i teorien, hvor Weltzien og Meder angir at selv under en krisesituasjon som koronapandemien, vil arbeidsgivers egen virksomhet utgjøre en yttergrense for endrede arbeidsoppgaver.¹⁵⁷ Dette innebærer at arbeidsgivere vil være avskåret fra å pålegge arbeidstakere å utføre arbeid for en annen arbeidsgiver. Weltzien og Meder viser til helsesektoren som eksempel og uttaler:

*«Det er imidlertid trolig ikke innenfor styringsretten for en kommune å pålegge en helsearbeider å utføre oppgaver for et helseforetak eller en annen kommune – altså for en annen arbeidsgiver. Skal man overføre arbeidskraften til en annen arbeidsgiver, må det antakelig ha hjemmel i noe annet enn styringsretten».*¹⁵⁸

¹⁵⁶ Hovedorganisasjonen Virke (u.å.).

¹⁵⁷ Weltzien og Meder (2021) s. 596.

¹⁵⁸ Ibid. s. 596.

Uvaksinert helsepersonell kan antakelig heller ikke pålegges arbeidsoppgaver som ligger innenfor et annet tariffområde.¹⁵⁹ Etter min mening vil det eksempelvis ikke være holdbart å overføre nødvendige sykepleierressurser til renhold. Hvorvidt tariffområdene representerer en yttergrense for styringsretten under en prekær samfunnssituasjon som koronapandemien, kan imidlertid diskuteres. Denne diskusjonen faller imidlertid utenfor avhandlingens kjerne, og vil ikke drøftes nærmere.

Dersom arbeidsgiver ikke kan gjennomføre en endring uten å overskride styringsrettens grenser, må endringen skje enten ved avtale med den aktuelle arbeidstakeren eller gjennom en såkalt endringsoppsigelse. En endringsoppsigelse betegnes som en oppsigelse som ikke tar sikte på å avslutte arbeidsforholdet, men videreføre dette på nye betingelser.¹⁶⁰ Begrepet er ikke benyttet i arbeidsmiljøloven, men er blitt innarbeidet i juridisk teori og rettspraksis. Endringsoppsigelser skiller seg fra endringer som besluttes i kraft av styringsretten, ved at endringen må oppfylle vilkårene for oppsigelse i aml. kapittel 15. Dette er begrunnet i at endringer som er særlig dyptgripende må likestilles med en oppsigelse, og gi arbeidstakeren et sterkt stillingsvern.

5.3.4 Konklusjon: arbeidsgiver har en omfattende endringsadgang

Den aktuelle samfunnsutviklingen, sammenholdt med det foreliggende rettskildebildet, taler etter min mening for at arbeidsgivere innenfor helsetjenesten har en meget vid endringsadgang overfor uvaksinert helsepersonell. Dersom det er nødvendig av hensyn til å verne om pasienters liv og helse, må arbeidsgiver kunne gjennomføre vesentlige endringer i arbeidsforholdet til uvaksinert helsepersonell. Hvilke endringer arbeidsgiver kan foreta overfor den enkelte må imidlertid vurderes konkret, og vil for øvrig avhenge av virksomhetens kapasitet og den enkeltes kvalifikasjoner.

¹⁵⁹ Ibid. s. 595.

¹⁶⁰ Fougner (2016) s. 257.

5.4 Kort om arbeidsgivers handlingsalternativer i tilfeller omplassering ikke er mulig

Til tross for at arbeidsgiver har et vidt handlingsrom til å omplassere uvaksinert helsepersonell, kan det være vanskelig å gjennomføre i praksis. Hvilke handlingsalternativer har arbeidsgiver i slike tilfeller?

Permittering må være forankret i virksomhetens forhold.¹⁶¹ Det kan diskuteres hvorvidt permittering av uvaksinert helsepersonell er forankret i virksomhetens eller arbeidstakers forhold. På den ene siden skyldes permitteringsbehovet at arbeidsgiver ikke har mulighet til å omplassere eller tilby arbeidstakeren annet passende arbeid. På den andre siden er det arbeidstakers manglende vaksinasjon som innebærer at vedkommendes arbeidskraft ikke kan brukes på hensiktsmessig måte, slik arbeidsavtalen legger opp til. Etter min mening er det arbeidstakers manglende vaksinasjon som vil utgjøre hovedårsaken til at permittering aktualiseres. Arbeidstakerens vaksinasjonsstatus gjelder utvilsomt forhold knyttet til arbeidstakeren, ikke virksomheten. Etter min mening vil derfor ikke vilkårene for permittering være oppfylt.

Manglende mulighet til å permittere aktualiserer spørsmålet om arbeidsgiver kan si opp uvaksinerte helsepersonell. Arbeidsgivere kan i henhold til aml. § 15-7 første ledd si opp ansatte når dette er «saklig begrunnet» i arbeidstakers forhold. Det faller utenfor avhandlingens kjerne å drøfte dette nærmere. Det bemerkes likevel at loven oppstiller en høy terskel for oppsigelse, hvor arbeidsgiver må vise til tungtveiende grunner for oppsigelse. En uvaksinert helsearbeider kan ikke sies opp kun på det grunnlag at vedkommende motsetter seg vaksinasjon. Dersom helsearbeiderens manglende vaksinasjon i realiteten medfører at arbeidsgiver ikke kan bruke vedkommendes arbeidskraft uten å utsette pasienter for en uforsvarlig smitterisiko, er det imidlertid ikke utenkelig at dette vil gi grunnlag for oppsigelse.

5.5 Sammenfatning

Den utvidede styringsretten og den alvorlige helsetrusselen koronapandemien medfører for sårbare pasientgrupper, taler etter min mening for at arbeidsgivers endringsadgang strekker seg veldig langt. Av hensyn til pasientsikkerheten, må arbeidsgivere innenfor helse- og

¹⁶¹ Skjønberg m.fl. (2017) s. 374.

omsorgstjenesten kunne gjennomføre omfattende endringer i arbeidsoppgavene til uvaksinert helsepersonell som arbeider med sårbare pasienter. Hvor vid endringsadgang arbeidsgiveren i den aktuelle situasjonen skal ha, må imidlertid vurderes konkret på bakgrunn av den aktuelle smittesituasjonen og hensynet til pasienters liv og helse. Hovedregelen skal være at når smittesituasjonen tilsier at det ikke lenger er uforsvarlig å la uvaksinerte helsearbeidere arbeide med sårbare pasientgrupper, må disse kunne returnere til sine opprinnelige arbeidsoppgaver. Den uforutsigbare smittesituasjonen gjør det imidlertid svært vanskelig å fastslå varigheten på midlertidige endringer. Såfremt endringene i arbeidsforholdet gjennomføres med sikte på å være midlertidige, kan ikke den ubegrensede midlertidigheten utgjøre en begrensning for arbeidsgivers vidtrekkende endringsadgang. Særlig ikke når endringene er nødvendige for å verne pasienters liv og helse.

Dersom aktuelle endringer ligger utenfor arbeidsgivers styringsrett, må endringen enten skje ved avtale med arbeidstakeren eller gjennom en endringsoppsigelse. I tilfeller hvor det ikke foreligger alternative arbeidsoppgaver eller omplasseringsmuligheter, vil oppsigelse gjenstå som eneste alternativ.

Kildeliste

Lover og forskrifter

Lov 17. mai 1814 Kongerikets Norges Grunnlov (Grunnloven)

Lov 5. august 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

Lov 21. mai 1999 nr. 30 om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven)

Lov 2. juli 1999 nr. 61 om spesialisthelsetjenesten m.m. (spesialisthelsetjenesten)

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Lov 24. juni 2011 nr. 30 om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Lov 20. juni 2014 nr. 43 om helseregistre og behandling av helseopplysninger (helseregisterloven)

Lov 12. august 2016 om verneplikt og tjeneste i Forsvaret m.m. (forsvarsloven)

Lov 16. juni 2017 nr. 51 om likestilling og forbud mot diskriminering (likestillings- og diskrimineringsloven)

Forskrift 21. januar 1995 nr. 100 om allmennfarlige smittsomme sykdommer (forskrift om allmennfarlige smittsomme sykdommer)

Forskrift 6. desember 2011 nr. 1357 om utførelse av arbeid, bruk av arbeidsutstyr og tilhørende tekniske krav (forskrift om utførelse av arbeid)

Lovforarbeider

Proposisjoner

Ot.prp. nr. 91 (1992-1993) Om lov om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernloven)

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

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

Prop. 91 L (2010-2011) Lov om kommunale helse- og omsorgstjenester m.m. (helse- og omsorgstjenesteloven)

Prop. 68 L (2015-2016) Endringer i straffeprosessloven mv. (skjulte tvangsmidler)

Prop. 102 L (2015-2016) Lov om verneplikt og tjeneste i Forsvaret m.m. (forsvarsloven)

Prop. 83 L (2019-2020) Midlertidig lov om forvaltning av personell i Forsvaret for å avhjelpe konsekvenser av covid-19

Prop. 91 L (2020-2021) Midlertidig lov om forvaltning av personell i Forsvaret for å avhjelpe konsekvenser av covid-19

Prop. 203 LS (2020-2021) Midlertidige endringer i smittevernloven mv. (koronasertifikat) og samtykke til deltakelse i en beslutning i EØS-komiteen om innlemmelse av forordning (EU) om koronasertifikat i EØS-avtalen

Norges offentlige utredninger

NOU 2001: 4 Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbevaring av helseopplysninger i arbeidslivet

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst

Rettspraksis

Høyesterettsavgjørelser

Rt. 1927 s. 296 (Streik)

Rt. 1964 s. 1345 (Jordmor)

Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk)

Rt. 2001 s. 418 (Kårstø)

Rt. 2006 s. 833

Rt. 2008 s. 856 (Theatercafeen)

Rt. 2009 s. 1465 (Senvakt)

Rt. 2013 s. 588 (Stalking)

Rt. 2015 s. 93 (Maria)

HR-2016-2286-A (Rygge kommune)

Lagmannsrettsavgjørelser

LE-2003-3386 (Eidsivating)

RG-2007-855 (Frostating)

RG-2010-310 (Borgarting)

RG-2013-620 (Frostating)

Internasjonale rettskilder

Konvensjoner og forordninger

EMK	Europarådets konvensjon 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter.
GDPR	Europaparlaments- og Rådsforordning (EU) 2016/679 av 27. april 2016 om vern av fysiske personer i forbindelse med behandling av personopplysninger og om fri utveksling av slike opplysninger samt om oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR].

Praksis fra Den europeiske menneskerettsdomstolen (EMD)

<i>Denisov mot Ukraina</i> [GC]	Case of Denisov v. Ukraine [GC], no. 76639/11, [2018], ECLI:CE:ECHR:2018:0925JUD007663911
<i>Jehovah's Witnesses of Moscow mot Russland</i> [J]	Case of Jehovah's Witnesses of Moscow and others v. Russia [J], no. 302/02, [2010], ECLI:CE:ECHR:2010:0610JUD000030202
<i>Marper mot Storbritannia</i> [GC]	Case of S. and Marper v. the United Kingdom [GC], no. 30562/04, [2008], ECLI:CE:ECHR:2008:1204JUD003056204
<i>Vavricka og andre mot Tsjekkia</i> [GC]	Case of Vavricka and others v. The Czech Republic [GC], no. 47621/13, [2021], ECLI:CE:ECHR:2021:0408JUD004762113

Litteratur

Bøker og artikler

- Andersen (1967) Andersen, Kristen, *Fra arbeidslivets rett*, Johan Grundt Tanum Forlag, 1967.
- Borgerud og Næss (2019) Borgerud, Ingeborg Moen og Mona Næss, *Arbeidsrett: Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2019.
- Evju (2003) Evju, Stein, «Arbeidsrett og styringsrett – et perspektiv», *Arbeidsrett og arbeidsliv*, Bind 1 (2003) s. 3-32.
- Fanebust (2017) Fanebust, Arne, *Oppsigelse i arbeidsforhold*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2017.
- Fougner (2007) Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, Universitetsforlaget, 2007.
- Fougner (2009) Fougner, Jan, «Arbeidsgivers styringsrett – skillet mellom virksomhets- og arbeidsledelse» i *Arbeid og rett: Festskrift til Henning Jakhellns 70-årsdag 2009*, Helga Aune, Ole Kristian Fauchald, Kåre Lilleholt og Dag Michalsen (red.) Cappelen Damm akademisk (2009) s. 235-256.
- Fougner (2016) Fougner, Jan, *Endring i arbeidsforhold: Styringsrett og arbeidsplikt*, 2. utgave, Universitetsforlaget, 2016.
- Fougner m.fl. (2016) Fougner, Jan, Camilla Schøyen Borge, Marit B. Frogner, Julie Piil Lorentzen, Trond Erik Solheim, Tron Løkken Sundet og Eli Aasheim, *Omstilling og nedbemanning*, 3. utgave, Universitetsforlaget, 2016.

- Fougner (2019) Fougner, Jan, *Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget, 2019.
- Hotvedt og Ulseth (2013) Hotvedt, Marianne Jenum og Terese Smith Ulseth, «Arbeidsavtalen og styringsrett: Harmoni i et domsoktett» i *Tidsskrift for Arbeidsrett* (2013) vol. 10 nr. 1, s. 112-128.
- Johansen og Stueland (2015) Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.) *Arbeidsmiljøloven: Kommentar og praksis*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2015.
- Monsen (2012) Monsen, Erik, *Innføring i juridisk metode og oppgaveteknikk*, Cappelen Damm AS, 2012.
- Normannseth (2020) Normannseth, Kajsja Louise Tafjord, «EMDs utvikling av retten til privatliv i arbeidsforhold etter EMK artikkel 8» *Tidsskrift for Arbeidsrett* (2020) vol. 17 nr. 2, s. 152-211.
- Skjønberg m.fl. (2017) Skjønberg, Alexander Næss, Eirik Hognestad, Marianne Jenum Hotvedt, *Individuell arbeidsrett*, 2. utgave, Gyldendal Norsk Forlag AS, 2017.
- Skoghøy (2018) Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018.
- Storeng m.fl. (2020) Storeng, Nils H., Tom H. Beck, Arve Due Lund, Kari B. Andersen, Terje G. Andersen og Thomas B. Svendsen, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utgave, Universitetsforlaget, 2020.
- Weltzien og Meder (2021) Weltzien, Kurt og Margrethe Meder, «Styringsrett i krisetider – midlertidig vidtgående» i *Styringsrett – prinsipielt, komparativt og aktuelt*, Alexander Sønderland Skjønberg, Gina Bråthen, Anette Hemmingby, Marianne Jenum Hotvedt og Kurt Weltzien (red.), Gyldendal Norsk Forlag AS 2021, s. 587-623.

Nettsider

- BBC News (2021a) BBC News, «Covid: Italy to require all workers to show 'green pass' certificate», publisert 16. september 2021, <https://www.bbc.com/news/world-europe-58590187> (sist besøkt 15. november 2021)
- BBC News (2021b) BBC News, «Covid passes set to stay as Europe heads for winter», publisert 28. oktober 2021, <https://www.bbc.com/news/world-europe-58973334> (sist besøkt 15. november 2021)
- BBC News (2021c) BBC News, «Covid Omicron: Time to consider mandatory jabs, EU chief says», publisert 2. desember 2021, <https://www.bbc.com/news/world-europe-59497462> (sist besøkt 5. desember 2021)
- Folkehelseinstituttet (2021a) Folkehelseinstituttet, «Ukerapport for uke 45: Fortsatt økning i innleggelser», publisert 17. november 2021, <https://www.fhi.no/nyheter/2021/ukerapport-for-uke-45-fortsatt-okning-i-innleggelser/> (sist besøkt 30. november 2021)
- Folkehelseinstituttet (2021b) Folkehelseinstituttet, «Hvem kan få koronavaksine?», sist oppdatert 10. november 2021, <https://www.fhi.no/sv/vaksine/koronavaksinasjonsprogrammet/hvem-kan-fa-koronavaksine/> (sist besøkt 13. november 2021)

- Folkehelseinstituttet (2021c) Folkehelseinstituttet, «Koronavaksine: Selv om ikke alle får full beskyttelse er det viktig at mange vaksinerer seg», publisert 30. juli 2021, <https://www.fhi.no/nyheter/2021/koronavaksine-selv-om-ikke-alle-far-full-beskyttelse-er-det-viktig-at-mange/> (sist besøkt 1. november 2021)
- Folkehelseinstituttet (2021d) Folkehelseinstituttet «Effekt og sikkerhet av Comirnaty (BioNTech og Pfizer)», publisert 18. juni 2021, «<https://www.fhi.no/nettpub/vaksinasjonsveilederen-for-helsepersonell/kunnskapsgrunlaget-for-koronavaksinasjon---veileder-for-helsepersonell/effekt-og-sikkerhet-av-comirnaty-biontech-og-pfizer/>» (sist besøkt 6. desember 2021)
- France24 (2021) France24, «French vaccine mandate for healthcare workers takes effect», publisert 15. september 2021, <https://www.france24.com/en/france/20210915-french-vaccine-mandate-for-healthcare-workers-takes-effect> (sist besøkt 16. oktober 2021)
- Helsedirektoratet (2019a) Helsedirektoratet, «Lovverk om arbeidsgivers ansvar og oppdager knyttet til vaksinerings» Vaksinasjon av helsepersonell – ansvar, rettigheter og plikter, sist oppdatert 6. november 2019, <https://www.helsedirektoratet.no/veiledere/vaksinasjon-av-helsepersonell/regelverk/lovverk-om-arbeidsgivers-ansvar-og-oppgaver-knyttet-til-vaksinerings> (sist besøkt 15. november 2021)

- Helsedirektoratet (2019b) Helsedirektoratet, «Lovverk om arbeidstakers ansvar for vaksinerings» Vaksinasjon av helsepersonell – ansvar, rettigheter og plikter, sist oppdatert 28. oktober 2019, <https://www.helsedirektoratet.no/veiledere/vaksinasjon-av-helsepersonell/regelverk/lovverk-om-arbeidstakers-ansvar-for-vaksinerings> (sist besøkt 1. november 2021)
- Helsedirektoratet (2019c) Helsedirektoratet, «Behandling og bruk av opplysninger om vaksinasjonsstatus» Vaksinasjon av helsepersonell – ansvar, rettigheter og plikter, sist oppdatert 28. oktober 2019, <https://www.helsedirektoratet.no/veiledere/vaksinasjon-av-helsepersonell/regelverk/behandling-og-bruk-av-opplysninger-om-vaksinasjonsstatus> (sist besøkt 16. november 2021)
- Helsedirektoratet (2020) Helsedirektoratet, «Juridiske utgangspunkter» i Prioriteringsnotat 25. mars 2020: Prioritering av helsehjelp i Norge under covid-19-pandemien punkt 2, sist oppdatert 25. mars 2020, <https://www.helsedirektoratet.no/tema/beredskap-og-krisehandtering/koronavirus/prioriteringsnotat-prioritering-av-helsehjelp-i-norge-under-covid-19-pandemien/juridiske-utgangspunkter> (sist besøkt 1. november 2021)

- Helsedirektoratet (2021) Helsedirektoratet, «Brev om arbeidsgivers ansvar og mulighetsrom overfor ansatte som ikke ønsker å la seg vaksinere», Brev til Landets kommuner, statsforvaltere og regionale helseforetak, 21. oktober 2021, https://www.statsforvalteren.no/siteassets/fm-oslo-og-viken/samfunnssikkerhet-og-beredskap/21_44045-2brev-om-arbeidsgiveres-ansvar-og-mulighetsrom-overfor--ansatte-om-ikke--32251870_1_1.pdf (sist besøkt 8. november 2021)
- Helsenorge (u.å.) Helsenorge, «Koronasertifikat», uten år, <https://www.helsenorge.no/koronasertifikat> (sist besøkt 6. desember 2021)
- Hovedorganisasjonen Virke (u.å.) Hovedorganisasjonen Virke, «Arbeidsgivers handlingsrom i krisesituasjoner innenfor helseinstitusjoner», uten år, <https://www.virke.no/globalassets/6.tariff-og-lonn/koronaavtaler/virkes-anbefalinger-om-arbeidsgivers-handlingsrom-mv-ifm-korona-situasjonen.pdf> (sist besøkt 4. desember 2021)
- NRK (2021a) Wergeland, Paal, Peter Saar og Ingeborg Rygh Hjorthen, «Døde etter koronasmitte fra uvaksinert – myndighetene mangler oversikt», NRK.no, publisert 7. november 2021, <https://www.nrk.no/norge/dode-etter-koronasmitte-fra-uvaksinert--myndighetene-mangler-oversikt-1.15716586> (sist besøkt 15. november 2021)
- NRK (2021b) Remen, Anne Cecilie, «Advokater: Sjefer kan kreve koronapass på jobben», NRK.no, sist oppdatert 24. september 2021, <https://www.nrk.no/norge/advokater-det-er-mulig-for-sjefene-a-kreve-koronapass-1.15659184> (sist besøkt 1. november 2021)

- NRK (2021c) Thommesen, Julia Kirsebom, Håvard Grønli, Lena Jarstad, Kari Lie, «Erna Solberg vil ha vaksineplikt for helsearbeidere», NRK.no, sist oppdatert 2. desember 2021, <https://www.nrk.no/norge/erna-solberg-moter-jonas-gahr-store-1.15754211> (sist besøkt 5. desember 2021)
- Pressemelding nr. 164/21
Regjeringen (2021) Pressemelding nr. 164/21, Regjeringen, «Regjeringen innfører nye nasjonale tiltak», publisert 7. desember 2021, <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/nye-nasjonale-smitteverntiltak-for-a-beholde-kontrollen/id2891395/> (sist besøkt 8. desember 2021)
- Stuge (2018) Stuge, Tor Brynjar, «Vaksine», Store norske leksikon, 28. juni 2018, <https://sml.snl.no/vaksine> (sist besøkt 28. november 2021)
- VG (2021) Fausko, Line og Josefine Ytre-Eide Bjaarstad, «Nakstad om uvaksinert helsepersonell: - Problematisk», VG.no, sist oppdatert 21. oktober 2021, <https://www.vg.no/nyheter/innenriks/i/8QRaAd/nakstad-om-uvaksinert-helsepersonell-problematisk> (sist besøkt 14. november 2021)