



Notat

20.01.2021

Til: Kompetansesentrene m.fl.

Fra: Forbundsadvokatene

JURDISK NOTAT 1-2021

SPØRSMÅL OM PLIKT TIL Å LA SEG TESTE FOR COVID-19, SAMT TA COVID-19-VAKSINE

På bakgrunn av henvendelser til flere av kompetansesentrene om ovenstående spørsmål, søkes i dette notatet å gi en felles plattform for forbundets rådgivning ut til tillitsvalgte og medlemmene.

De konkrete henvendelser som er kommet til forbundet nå, knytter seg til *helsepersonell* som har blitt bedt om å teste seg, og som har fått uformelt varsel om at arbeidsgiver vil kreve vaksinasjon. Notatet tar utgangspunkt i denne yrkesgruppen hva gjelder vurderingene nedenfor.

PLIKT TIL Å LA SEG TESTE FOR COVID-19?

Arbeidstakere har på bakgrunn av arbeidsgivers ulovfestede styringsrett, plikt til å innrette seg etter de arbeidsrelaterte beslutninger som arbeidsgiver fatter, dvs. beslutninger som dreier seg om hvordan virksomhetens drift skal ledes og innrettes. Arbeidsgivers styringsrett er likevel begrenset av det som måtte være bestemt gjennom arbeidsavtale, samt ulikt lovverk.

Aml. kap. 9 har et eget kapittel om kontrolltiltak i virksomheten. Pålegging av et medisinsk testregime vil være et tiltak som vil være omfattet av bestemmelsene i dette kapittelet. Bestemmelsene som er fastsatt i kap. 9 vil omfatte et bredt spekter av tiltak; der medisinske undersøkelser er én type av kontrolltiltak.

Aml. § 9-1 kalles «generalklausulen» og er en bestemmelse som gjelder generelt for alle typer av kontrolltiltak. Det må foreligge saklig grunn for det aktuelle tiltaket og tiltaket må heller ikke medføre en uforholdsmessig belastning for den ansatte.

Hva gjelder *medisinske* undersøkelser, er dette en type kontrolltiltak som er særskilt regulert i kap. 9. Dette fordi denne type kontroll innebærer inngripen i den enkeltes personlige integritet. Dersom en arbeidsgiver ønsker å foreta en medisinsk kontroll, vil det mao. ikke være tilstrekkelig med en vurdering opp mot det generelle

saklighetskravet og det generelle forholdsmessighetskravet i «generalklausulen» i § 9-1. I disse tilfellene må man ha hjemmel i § 9-4 for å iverksette kontrolltiltaket.

Sistnevnte bestemmelse gir hjemmel for tre typer av situasjoner:

- a) når det følger av lov eller forskrift
- b) ved stillinger som innebærer særlig risiko
- c) når arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv og helse

I forhold til den konkrete samfunnssituasjonen med en pågående pandemi, vil det hva gjelder helsepersonell, være vanskelig å anføre at arbeidsgiver ikke vil ha tilstrekkelig hjemmel for å kreve testing på bakgrunn av disse lovfaste hjemmelssituasjonene.

Vi finner ikke behov for å gå dypere inn med hensyn til de vurderinger arbeidsgiver her må ta. Det skal gjøres konkrete vurderinger, dog slik at det etter vårt syn ikke er et krav om en særskilt vurdering i forhold til den enkelte ansatte. Det må tilligge arbeidsgiver å fastsette et felles testregime for en avdeling, en virksomhet eller en type av virksomheter / stillingskategorier, så lenge dette fremstår som saklig. Ett av formålene med denne type kontrolltiltak, er å hindre smitte. Da vil man måtte følge et føre-var-prinsipp i anvendelsen av kontrolltiltaket.

Det vil ikke kunne tilligge den enkelte ansatte å gjøre en vurdering av nødvendigheten eller hensiktsmessigheten av testing for seg. Dersom det foreligger helt særegne grunner for at kontrolltiltaket ikke skal omfatte en konkret ansatt, vil det måtte påligge den ansatte å redegjøre for / dokumentere at vilkårene for å kreve testing av seg, ikke er oppfylt. Med hensyn til testing for covid-19 av helsepersonell, vil det etter vårt syn være en særlig høy terskel her for å slippe testing.

Smittevernloven, som gjelder for enhver som oppholder seg i Norge, gir i § 3-1 hjemmel for adgang til at departementet - for å forebygge smittsom sykdom eller motvirke at den blir overført - i forskrift kan fastsette plikt for befolkningen eller deler av den til å la seg gjennomgå blodprøvetaking eller andre tilsvarende undersøkelser. I dette tilfelle vil det være prøve fra svelg og nese.

Fra 2. januar 2021 ble det fastsatt plikt for alle personer ved innreise til Norge, til å la seg teste for covid-19. Dette innebærer testing av en stor gruppe som på ingen måte er homogen – og om hverken har vært eksponert for det samme eller som nødvendigvis vil eksponere mange personer eller sårbare personer spesielt. Ut fra et føre-var prinsipp, er det imidlertid funnet nødvendig å foreta testing bredt i anledning det konkrete viruset, og dette gir tydelige signaler om at det vil være vanskelig rettslig sett å argumentere for at arbeidstakere i helsesektoren rettmessig skal kunne nekte å ta en pålagt covid-19 test.

Arbeidstakere har etter aml. § 2-3 en medvirkningsplikt knyttet til virksomhetens helse, miljø- og sikkerhetsarbeid. Dersom arbeidstakere motsetter seg et forutsatt rettmessig pålegg om testing, vil nektelsen være et brudd på aml. § 2-3, samt

manglende innretning etter et lovlig pålegg fra arbeidsgiver. Medlemmene må være klar over at dette da kan få konsekvenser for stillingen / arbeidsforholdet.

Aml. kap. 9 har også regler om saksbehandlingen ifm. innføring av kontrolltiltak – se § 9-2. Dette må de tillitsvalgte sørge for blir ivaretatt.

Det gjøres videre oppmerksom på at samtykke ikke er hjemmelsgrunnlag for medisinske undersøkelser. Vilkårene i minst en av de angitte hjemmelssituasjonene i § 9-4, må være oppfylt for at undersøkelse/testing skal kunne finne sted.

PLIKT TIL Å LA SEG VAKSINERE FOR COVID-19?

FHI (Folkehelseinstituttet) publiserte en oppdatert artikkel om yrkesvaksinasjon i oktober 2020. I artikkelen er det videre vist til *Vaksinasjon av helsepersonell - Veileder til lov og forskrift* utarbeidet av Helsedirektoratet i oktober 2019. Det vises til disse publikasjonene som finnes lett tilgjengelig ved søk på FHIs nettsider.

Hva gjelder den konkrete problemstillingen om eventuell plikt til vaksinasjon, er mao. den forutsatte situasjonen den at en ansatt ikke ønsker å bli vaksinert. Det er en rekke bestemmelser i lov og forskrift som har relevante bestemmelser for ivaretagelse av både yrkesutøvere og brukergrupper smittevernmessig, herunder om arbeidsgivers plikt til sørge for tilbud om vaksine til ansatte. Dette går ikke inn på her.

I veilederen er det fremholdt at helsepersonell etter helsepersonelloven § 4 er forpliktet til å utføre arbeidet iht. til de forsvarlighetskrav som forventes, bl.a. sett ut fra den aktuelle situasjonen og arbeidets karakter. Det er påpekt at alt helsepersonell i sitt arbeid har et ansvar for å beskytte pasientene mot smitte med de tiltak som er tilgjengelige, og at vaksinasjon kan være et egnet virkemiddel i så måte. Det er videre vist til ovenfor nevnte aml. § 2-3 om arbeidstakers medvirkningsplikt.

Det er likevel slik at vaksinasjon er frivillig. Manglende samtykke til vaksinerings vil imidlertid kunne føre til at arbeidsgiver ikke finner det forsvarlig, ut fra en konkret vurdering, at vedkommende kan jobbe med sårbare grupper som tidligere. Enten fordi det ikke vil være medisinsk forsvarlig eller det vil være uforholdsmessig krevende å håndtere. Vedkommende må da få andre oppgaver, som ikke medfører kontakt med sårbare grupper. Det vil være de alminnelige regler om arbeidsgivers styringsrett innenfor rammen av aml. og arbeidsavtalen, samt de alminnelige saklighetskrav som avgjør hva arbeidsgiver kan foreta seg som følge av en nektelse av å ta en anbefalt vaksine.

EHL