

Bruk av vaksinasjonsstatus i arbeidslivet

Om arbeidsgivar sin kontroll og bruk av opplysingar om dei tilsette sin vaksinasjonsstatus for å setje i verk tiltak

Kandidatnummer: 550

Leveringsfrist: 25. november 2021

Antal ord: 17 890



Innholdsliste

1	INNLEIING	1
1.1	Tema, problemstilling og aktualitet	1
1.2	Faktainformasjon om covid-19 og vaksinasjon	2
1.3	Metode	3
1.4	Presiseringar og avgrensingar	4
1.5	Framstillinga vidare	5
2	RETTSLEGE FORANKRINGAR	6
2.1	Generelle arbeidsrettslige utgangspunkt	6
2.1.1	Arbeidsgivar sin styringsrett som kompetansegrunnlag for tiltak ovanfor tilsette.....	6
2.1.2	Arbeidsgivar si plikt til å sikre eit forsvarleg arbeidsmiljø	7
2.2	Arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak.....	9
2.2.1	Er kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav eit kontrolltiltak?.....	9
2.2.2	Heimel for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus.....	10
2.3	Arbeidsgivar sitt høve til å behandle personopplysingar	12
2.3.1	Kontrolltiltak medfører behandling av personopplysingar.....	12
2.3.2	Forholdet mellom reglane om kontrolltiltak og behandling av personopplysingar.....	13
2.4	Er smittevernlovverket ei rettsleg ramme for arbeidsgivar sin kompetanse?	16
2.4.1	Har arbeidsgivar heimel i smittevernlova for å iversetje tiltak?.....	16
2.4.2	Koronasertifikat – ei avgrensing eller eit praktisk verktøy?.....	17
2.4.3	Har arbeidsgivar rettslege plikter etter covid-19-forskrifta?	19
2.5	Menneskerettslege skrankar for kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav	20
2.5.1	Det menneskerettslege rettskjeldebiletet	20
2.5.2	Arbeidsgivar som pliktsubjekt for å sikre menneskerettane.....	20
2.5.3	Om menneskerettane og vaksinasjon	21
3	ARBEIDSGIVAR SIN KONTROLL AV VAKSINASJONSSTATUS OG INNFØRING AV VAKSINASJONSKRAV	23
3.1	Innleiing	23
3.2	Arbeidsgivar må utarbeide ei risikovurdering	23
3.3	Kontrolltiltaket må ha sakleg grunn.....	24
3.3.1	Tiltaket må vere sakleg i forhold til verksemda	24

3.3.2	Tiltaket må vere sakleg i forhold til den enkelte arbeidstakar.....	26
3.3.3	Tiltaket må vere eigna og nødvendig for å nå det formål som er sett	27
3.3.4	Krav om vedvarande saklegheit	28
3.4	Kontrolltiltaket må vere forholdsmessig.....	29
3.4.1	Forhold som påverkar arbeidsgivar sitt behov for å iverksetje tiltaket	29
3.4.2	Forhold som påverkar arbeidstakar sitt behov for vern mot det inngrep tiltaket representera.....	31
3.5	Retningsliner for den konkrete vurderinga med særleg fokus på utvalde typetilfelle ...	33
3.5.1	Arbeidsgivar og arbeidstakar sine behov med utgangspunkt i covid-19- situasjonen på skjæringstidspunktet	33
3.5.2	Generelle retningsliner for utvalde bransjar med utgangspunkt i covid-19- situasjonen på skjæringstidspunktet	37
3.5.3	Kontroll av vaksinasjonsstatus for å sikre at uvaksinerte nyttar særskilt beskyttelsesutstyr.....	39
3.5.4	Kontroll av vaksinasjonsstatus for å sikre at uvaksinerte ikkje oppheld seg på arbeidsplassen.....	40
3.5.5	Kontroll av vaksinasjonsstatus for å gjennomføre omplassering av uvaksinerte	42
4	AVSLUTNING.....	44
	KJELDELISTE	45

1 Innleiing

1.1 Tema, problemstilling og aktualitet

Oppgåva sitt tema er arbeidsgivar sin kontroll og bruk av tilsette sin vaksinasjonsstatus. Den overordna problemstillinga er om arbeidsgivar lovleg kan kontrollere vaksinasjonsstatusen til tilsette, og basert på denne setje i verk interne retningslinjer på arbeidsplassen. Dette reiser fleire arbeidsrettslege, personvernrettslege, smittevernrettslege og menneskerettslege spørsmål, som denne oppgåva vil diskutere. Eg vil ta utgangspunkt i covid-19-pandemien per 1. november 2021. Dette vil i det vidare omtalast som skjæringstidspunktet. Relevansen av oppgåva vil likevel ikkje vere avgrensa til den pågåande pandemien.

Kontroll og bruk av vaksinasjonsstatus i arbeidslivet har vore eit heitt tema den siste tida, og debatten har skapt mykje engasjement. I Noreg har vi sett medieoppslag om NITO-medlemmer som blir omplassert, nekta inngang til arbeidsplassen og nekta å reise på jobbreiser.¹ Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) har vore ute i media og etterlyst meir debatt rundt temaet,² medan Arbeidstilsynet har uttalt at det som utgangspunkt ikkje er grunnlag for å spørje arbeidstakarar om deira vaksinasjonsstatus.³ I utlandet har vi sett mange eksempel på innføringar og forsøk på innføring av vaksinekrav. Både Canada og USA innførte tidleg krav om vaksinasjon for visse yrkesgrupper, men i USA har dette mellombels blitt stoppa av ein føderal domstol.⁴ Frankrike innførte også krav om vaksinasjon for visse yrkesgrupper. Dette kravet, med påfølgande negative sanksjonar, har blitt klaga inn for Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) av ein brannmann.⁵ Bruk av vaksinasjonsstatus i arbeidslivet er med andre ord i aller høgste grad aktuelt, og det er behov for ei avklaring på kva regelverk som gjeld på området og korleis dette regelverket skal nyttast.

Covid-19-pandemien leia oss inn i ei ekstraordinær tid. Frykt for smitte og alvorleg sjukdom spreia seg raskt i samfunnet. Arbeidsgivar er ansvarleg for å sikre eit trygt og godt arbeidsmiljø for sine tilsette.⁶ Dette må innebere å sikre minst mogleg risiko for spreiding av smitte på arbeidsplassen. Kartlegging av vaksinasjonsstatus kan vere eit effektivt verkemiddel for å vurdere og minimere risikoen for smittespreiing. Som seinare drøftingar vil vise, er vaksinasjonsstatus ei sensitiv helseopplysing. Etterfølgjande tiltak basert på vaksinasjonsstatus vil innebere ei forskjellsbehandling. Vi er altså inne på eit område der både norske og internasjonale reglar om

¹ Remen (2021).

² Mjelde (2021).

³ Arbeidstilsynet (u.å.b).

⁴ NRK (2021).

⁵ Rett24 (2021).

⁶ Sjå nærare reguleringar i arbeidsmiljølova kapittel 3 og 4, og gjennomgang av desse i punkt 2.1.2.

vern av individet sin personlege integritet og fridom kan setje betydelege skrankar for arbeidsgivar sitt handlerom. Dersom det kan oppstå negative sanksjonar ved manglande etterleving av arbeidsgivar sin potensielle kontroll av vaksinasjonsstatus, vil det også vere eit tvangselement inne i biletet. Alt dette skapar fleire vanskelege og spennande problemstillingar.

Spørsmålet om kontroll av tilsette sin vaksinasjonsstatus har vore mykje omtala i media i løpet av hausten 2021. Det er sterke meiningar og motførestellingar i store delar av befolkinga. Nokon meiner at det overhovudet ikkje burde vere lovleg å be om vaksinasjonsstatus. Andre meiner at dersom ein vel å ikkje la seg vaksinere, må ein også tole eventuelle etterfølgjande konsekvensar av valet. Denne oppgåva vil diskutere kva høve arbeidsgivar har til å kontrollere og bruke tilsette sin vaksinasjonsstatus ut frå gjeldande regelverk og eventuelle retningslinjer frå helsemyndighetene.

1.2 Faktainformasjon om covid-19 og vaksinasjon

Covid-19-pandemien er eit verdsomspennande utbrot av det svært smittsame viruset SARS-COV-2. Utbrotet er klassifisert som ein pandemi av Verdens Helseorganisasjon. Vaksinerer er vårt mest effektive verkemiddel for å hindre spreiding av virus. Arbeidet med å utvikle vaksiner mot covid-19 starta derfor raskt etter utbrotet. I Noreg har vi nytta vaksinene produsert av BioNTech/Pfizer og Moderna.⁷ Begge vaksinene har som utgangspunkt hatt høg effektivitet og få biverknadar, noko som vil overvege risikoen med å la seg vaksinere. Vaksinene beskyttar både mot sjukdom og mot vidare smitte dersom ein blir sjuk. Utbrot av muterte virus har likevel medført ein reduksjon i effektivitet, utan at det er slått fast kor stor reduksjonen er. Det er likevel gode indikasjonar på at vaksinene gir god beskyttelse mot alvorleg sjukdomsforløp, dersom ein først blir smitta.⁸

Under ein pågåande pandemi er det stort press på å få på plass ei effektiv vaksine raskt. Sjølv utviklinga av covid-19-vaksinene skjedde derfor fort. Alle covid-19-vaksinene blei hastegodkjent før dei blei tatt i bruk, både i Noreg, Den europeiske union (EU) og andre delar av verda. Dette er forhold som kan auke risikoen ved å la seg vaksinere samanlikna med meir utprøvde vaksiner. Dette vil gjere at nokon ikkje ønska å la seg vaksinere. Det vil også vere personar som får anbefalt å ikkje ta vaksine då risikoen ved vaksinerer overveg nytta av vaksina for desse personane. Årsaken til at ein ikkje tek vaksina kan vere av betydning ved dei rettslege vurderingane i oppgåva.

⁷ AstraZeneca-vaksina blei tatt ut av det nasjonale vaksinasjonsprogrammet etter fleire tilfelle med alvorlege biverknadar. Janssen-vaksina er heller ikkje ein del vaksinasjonsprogrammet, men kan takast frivillig. Sjå FHI (2021b).

⁸ FHI (2021b).

1.3 Metode

Formålet med denne oppgåva er å fastlegge kva rettskjelder som er relevante for problemstillinga, vurdere kva slutningar som kan trekkast frå kjeldene og forsøke å konkludere på dei problemstillingane som oppgåva reiser. Eg vil sjå på korleis vurderingane etter gjeldande regelverk skal gjerast og korleis regelverka forhold seg til kvarandre.

Kontroll og bruk av vaksinasjonsstatus i arbeidslivet er ikkje ei nyoppstått problemstilling. Arbeidsgivarar har i fleire år måtte behandle vaksinasjonsstatusen til visse grupper av tilsette. Problemstillinga har likevel ikkje i særleg stor grad vore problematisert og sett på spissen før no. Nytt i samband med covid-19-pandemien er også at spørsmålet oppstår for alle arbeidsgivarar. Dei sentrale regelverka som kjem til bruk i oppgåva er arbeidsmiljølova, personopplysingslova med tilhøyrande personvernforordning (GDPR), smittevernlovgivinga og menneskerettsregelverket. Problemstillinga har på skjæringstidspunktet ikkje vore oppe for norske domstolar, og det føreligg derfor ingen rettspraksis om problemstillinga.

Rettstilstanden er uklar. Det er derfor nokon særpreg i rettskjeldebiletet som eg vil gi ein nærare kommentar til.

Relevant for oppgåva er ein proposisjon utarbeida av Helse- og omsorgsdepartementet i samband med utarbeidinga av koronasertifikat,⁹ fordi den omhandla fleire forhold som er relevant for problemstillingane. Etter alminneleg juridisk metode har førearbeid høg rettskjeldeverdi.¹⁰ Dei er uttrykk for lovgivarvilja og ligg tett på sjølve lova. Rettskjeldeverdien av denne proposisjonen kan likevel diskutertast. For det første var bruk av koronasertifikat i arbeidslivet ikkje spesifikt diskutert før proposisjonen blei utarbeida. For det andre var proposisjonen utarbeida i ein tidsperiode då ein bevegde seg fort framover, noko som gjeld generelt for lovgivingsprosessane knytt til covid-19-pandemien. Desse forholda vil etter mitt syn redusere rettskjeldeverdien av proposisjonen, særleg når det gjeld dei spørsmåla som er meir perifere i forhold til proposisjonen sitt kjerneinnhald.

Det er nokre forvaltningsorgan med fråsegner av interesse for denne oppgåva. Når det gjeld arbeidsrettslege spørsmål er fråsegner frå Arbeidstilsynet særleg relevant. Arbeidstilsynet skal føre tilsyn og sørge for at føresegnene i arbeidsmiljølova og føresegnene gitt i medhald av lova blir overheldt.¹¹ Arbeidstilsynet er eit spesialisert statleg tilsynsorgan underlagt Arbeids- og sosialdepartementet. Deira status som spesialisert tilsynsorgan gir grunn til å vektlegge deira

⁹ Prop.203 LS (2020-2021).

¹⁰ Høgberg (2019) s. 215-216.

¹¹ Arbeidsmiljølova § 18-1 første ledd.

fråsegner tyngre enn anna litteratur, men fråsegnene er likevel ofte forenkla og tidvis noko kategoriske. Rettskjeldeverdien må derfor avgjerast konkret for det enkelte fråsegn.

For personvernrettslege spørsmål er fråsegner frå Personvernemnda særleg relevant. Nemnda er eit spesialisert statleg kontrollorgan underlagt forvaltningslova.¹² Fråsegnene må på lik line som dei frå Arbeidstilsynet vurderast konkret. For personvernrettslege spørsmål vil også fråsegner frå the European Data Protection Board (EDPB) ha relevans. Dette er EU sitt personvernråd, og det er eit rådgivande organ for EU-kommisjonen i personvernspørsmål.¹³ Fråsegner frå EDPB vil ikkje ha direkte betyding for Noreg då vi ikkje er medlem i EU, men i den grad dei omhandla GDPR som er inkorporert i norsk rett vil fråsegnene vere relevante og kan samanliknast med dei frå Personvernemnda.

Når det gjeld oppgåva sin bruk av internasjonale kjelder, har eg av pedagogiske årsakar vald å nytte offisiell norsk oversetting av autentisk engelsk tekst, der oversettingar er tilgjengeleg.

1.4 Presiseringar og avgrensingar

Ein del av hovudspørsmålet i oppgåva er om arbeidsgivar kan kontrollere dei tilsette sin vaksinasjonsstatus. Som ei lenging av kontrollen er det naturleg at arbeidsgivar set i verk etterfølgjande tiltak som vil ramme vaksinerte og uvaksinerte arbeidstakarar ulikt. Slike tiltak kan til dømes vere at uvaksinerte arbeidstakarar ikkje får utføre visse arbeidsoppgåver, ikkje får opphalde seg på arbeidsplassen, eller må bruke munnbind eller liknande beskyttelsesutstyr.¹⁴ Slike tiltak vil i realiteten krevje at dei tilsette er vaksinert for å kunne gjere visse handlingar. Eg vil i oppgåva derfor nytte omgrepet "vaksinasjonskrav" som eit samleomgrep for alle etterfølgjande tiltak som arbeidsgivar vil setje i verk og som inneber ei forskjellsbehandling av tilsette basert på vaksinasjonsstatus.

Av omsyn til oppgåva sitt omfang er det nødvendig å gjere nokre avgrensingar. For det første avgrensast det mot spørsmål om arbeidsgivar sin moglegheit til å stille krav knytt til vaksinasjon i ein tilsetjingsprosess. Fokuset i oppgåva vil ligge på kva høve arbeidsgivar har til å nytte vaksinasjonsstatus i eit allereie etablert arbeidsforhold.

Det vil for det andre avgrensast mot ei inngåande behandling av prosessuelle reglar i samband med både iverksetjing av kontrolltiltak og behandling av personopplysningar. Når det gjeld kontrolltiltak stiller arbeidsmiljølova § 9-2 krav til drøfting, informasjon og evaluering. Dette er viktige reglar i praksis, som arbeidsgivar skal følgje når ho set i verk eit kontrolltiltak. Det er

¹² Personopplysningslova § 22.

¹³ Jarbekk (2019) s. 31.

¹⁴ Sjå nærare vurderingar av konkrete vaksinasjonskrav i punkt 3.5.3 flg.

likevel, ut av plassomsyn, ikkje høve til å behandle regelen nærare. I GDPR er det også ei rekke prosessuelle reglar, som til dømes plikt til å gi arbeidstakaren informasjon i artikkel 12 flg., som av plassomsyn heller ikkje vil behandlast nærare.

For det tredje vil det avgrensast mot der arbeidsgivar brukar leverandørar for å leige inn arbeidskraft. Det kan stillast spørsmål ved om reguleringa vil vere den same, eller om det kan stillast andre krav i ei eventuell kontrakt om levering av arbeidskraft, som til dømes at alle dei innleigde arbeidstakarane er vaksinerte. Av plassomsyn vil ikkje denne problemstillinga behandlast nærare.

1.5 Framstillinga vidare

Kapittel 2 vil gjennomgå dei rettslege forankringane som har betyding for arbeidsgivar sitt høve til å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Ein slik overordna gjennomgang er nødvendig då det er mange rettsreglar som kan spele inn i dei konkrete vurderingane og det er eit behov for å klargjere relevansen av regelverka før dei konkrete vurderingane gjerast. I kapittel 3 vil eg sjå nærare på kva konkrete vurderingar arbeidsgivar må gjere for å vurdere om kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonsstatus er lovleg. I det avsluttande kapittel 4 vil eg knyte nokon kommentarar til utviklinga frå skjæringstidspunktet og framover.

2 Rettslege forankringar

2.1 Generelle arbeidsrettslige utgangspunkt

2.1.1 Arbeidsgivar sin styringsrett som kompetansegrunnlag for tiltak ovanfor tilsette

Arbeidsgivar sin styringsrett er utgangspunktet for ei kvar vurdering av arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk tiltak på arbeidsplassen. Med styringsrett meinast arbeidsgivar sin rett til "å organisere, lede, kontrollere og fordele arbeidet".¹⁵ Det er lagt til grunn at styringsretten består av to forhold. For det første arbeidsgivar sin rett til å drive verksemdsleiing, som til dømes kva oppgåver som skal gjerast og korleis ressursane skal disponerast.¹⁶ For det andre arbeidsgivar sin rett til å bestemme over arbeidstakarane ved å drive arbeidsleiing, som til dømes fordeling og kontrollering av sjølve arbeidet.¹⁷ Spørsmåla i denne oppgåva omhandla utøving av styringsrett i form av arbeidsleiing.

For utøvinga av styringsretten gjeld det ei ulovfesta saklegheitsnorm, som inneber at arbeidsgivar sine avgjersler må bygge på eit forsvarleg grunnlag, ikkje vere vilkårleg, og ikkje bygge på utanomliggande omsyn.¹⁸ Vidare avgrensast styringsretten både av lov, tariffavtalar og individuelle arbeidsavtalar.¹⁹ Det betyr at styringsretten vil avgrensast av reglane om kontrolltiltak, personopplysingar, smitevern og menneskerettar. I denne oppgåva er vi inne på eit område der styringsretten, og dermed arbeidsgivar sitt handlerom, er avgrensa både av lovreglar og den ulovfesta saklegheitsnorma.

Det kan diskuterst om arbeidsgivar sin styringsrett mellombels blir utvida i ein ekstraordinær krisesituasjon. Spørsmålet er diskutert i juridisk litteratur.²⁰ Der kjem det fram at dersom ein i nødstilfelle kan utvide arbeidsplikta mellombels, noko som har vore lagt til grunn i tidlegare teori, kan ein også anta at rekkevidda av styringsretten vil kunne påverkast i ekstraordinære situasjonar. Graden av nød eller krise vil generelt påverke arbeidsgivar sitt behov for å gjere endringar.²¹ Som eg kjem tilbake til i kapittel 3 vil graden av nød og krise også påverke arbeidsgivar sitt behov for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Dette betyr at det er samanfall mellom dei konkrete forholda som kan utvide arbeidsgivar sin styringsrett og dei forholda som påverkar arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak. Eg vil gjennomgå desse konkrete forholda i kapittel 3, og vil derfor ikkje gå nærare inn på dette her.

¹⁵ Rt-2000-1602 på s. 1609 og Rt-2001-418 på s. 427.

¹⁶ Evju (2010) s. 37.

¹⁷ Evju (2010) s. 37.

¹⁸ Rt-2001-418 på s. 427.

¹⁹ Rt-2008-856 avsnitt 34.

²⁰ Skjønberg (2021) s. 587 flg.

²¹ Skjønberg (2021) s. 588.

2.1.2 Arbeidsgivar si plikt til å sikre eit forsvarleg arbeidsmiljø

Arbeidsgivar sine plikter ovanfor arbeidstakar følgjer både av lov, tariffavtale og individuell avtale. Pliktene som kvilar på arbeidsgivar dannar eit bakteppe for hennar vurderingar av kva tiltak som burde setjast i verk. Spørsmålet er om pliktene som kviler på arbeidsgivar, også inneber at ho pliktar å kontrollere vaksinasjonsstatusen til tilsette og innføre vaksinasjonskrav.

Arbeidsgivar skal som ein del av den ordinære styringa av verksemda sørge for eit godt og sikkert arbeidsmiljø.²² Pliktene knytt til sikring av eit forsvarleg arbeidsmiljø kan utleiast av arbeidsmiljølova kapittel 3 og kapittel 4. Arbeidsmiljølova kapittel 3 inneheld reglar som skal sikre at arbeidsgivar driv systematisk arbeid når det gjeld helse, miljø og sikkerheit (HMS), og gir arbeidsgivar ei rekke verkemiddel ho skal nytte i arbeidet. Kapittel 4 inneheld både generelle og spesielle krav til arbeidsmiljøet. Reglane i dei to kapitla må sjåast i samanheng.

Arbeidsmiljølova § 4-1 stiller grunnleggande krav til arbeidsmiljøet. Arbeidsgivar skal etter denne regelen sørge for at arbeidsmiljøet er "[...] fullt forsvarlig ut frå en enkeltvis og samlet vurdering av faktorer i arbeidsmiljøet som kan innvirke på arbeidstakerenes fysiske og psykiske helse og velferd". Kva som ligg i omgrepet "fullt forsvarlig" må avgjerast ut frå ei konkret heilskapsvurdering der ei rekke faktorar spelar inn. Omgrepet er dynamisk og endrast i takt med til dømes teknisk utvikling og endring i kunnskap.²³ Den dynamiske karakteren inneber at kravet også endrast i takt med samfunnsutviklinga og eventuelle ekstraordinære situasjonar.²⁴

Dei spesielle krava som stillast til psykososialt arbeidsmiljø i arbeidsmiljølova § 4-3 og dei krava som stillast til fysisk arbeidsmiljø i arbeidsmiljølova § 4-4 er sentrale for oppgåva si problemstilling. Dette er ei presisering av det generelle kravet til fullt forsvarleg arbeidsmiljø. Det psykososiale arbeidsmiljøet kan definerast som dei faktorar på ein arbeidsplass som påverka arbeidstakaren si subjektive oppleving av velferd eller belastning.²⁵ Det fysiske arbeidsmiljøet påverkast av i kor stor grad arbeidstakarane eksponerast for ulike fysiske miljøbelastningar.²⁶ Tradisjonelt har fysisk arbeidsmiljø vore assosiert med fysisk tungt arbeid, men er seinare sett å omfatte fleire forhold som til dømes ugunstig klima og støy.²⁷ Det er ikkje noko skarpt skilje mellom det psykososiale og det fysiske arbeidsmiljøet. Fleire faktorar kan påverke

²² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 88.

²³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 97.

²⁴ Arbeidsmiljølova § 4-1 første ledd siste setning.

²⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 52.

²⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 53.

²⁷ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 53.

begge to, og dei kan også tenkast å påverke kvarandre vekselvis.²⁸ Eit av føremåla med arbeidsmiljølova er å sikre full tryggleik mot fysiske og psykiske skadeverknadar, jf. § 1-1 bokstav a). Dette er ikkje eit krav om absolutt tryggleik, men er eit ideelt sikremål som skal etterstrebast.²⁹ Generelt inneber dette at arbeidstakarane skal kunne møte opp på arbeidsplassen og gjere sine arbeidsoppgåver utan at det medføra fysiske og psykiske belastingar.

Eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø vil for dei fleste arbeidsplassar innebere minimal risiko for å bli utsett for smittsame sjukdomar. Covid-19-pandemien har vist at fleire har blitt alvorleg sjuke og fått langvarige etterverknadar av sjukdomen. Ein konstant risiko for smittespreiing på arbeidsplassen kan skape stress og ei kjensle av manglande tryggleik. Kor stor smitterisikoen på arbeidsplassen er vil variere ut frå fleire forhold, som vurderingane i kapittel 3 også vil vise. Både fysiske og psykiske belastingar på arbeidsplassen er ein moglegheit i covid-19-pandemien, men kor stort sannsynet for slike belastingar er og kor store belastingane er om dei oppstår, vil variere ut frå konkrete tilhøve.

Dersom myndighetene pålegg arbeidslivet smitteverntiltak med mål om å hindre smitte på arbeidsplassen, vil desse tiltaka legge føringar på kva arbeidsgivar må gjere for å oppnå eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø. På skjæringstidspunktet føreligg det ikkje slike smitteverntiltak retta mot arbeidslivet. Dersom det på seinare tidspunkt kjem slike smitteverntiltak, må arbeidsgivar vurdere om desse tiltaka påverkar hennar plikt til å sikre eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø.

På bakgrunn av smittesituasjonen på skjæringstidspunktet og at kravet til fullt forsvarleg arbeidsmiljø ikkje inneber eir krav om absolutt tryggleik, kan ein etter mitt syn på generelt grunnlag ikkje tolke arbeidsgivar sine plikter slik at det også omfatta ei plikt til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Det er likevel mogleg at ei slik generell plikt kan oppstå i framtida dersom tilhøva endra seg. Det er også mogleg at ein kan kome til at ei slik plikt føreligg på skjæringstidspunktet, dersom ei konkret vurdering av særlege risikoforhold i ei verksemd tilseier dette. For slike tilfelle vil pliktene ha direkte betyding for arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak. På skjæringstidspunktet vil derimot dei ovannemnde pliktene si betyding for lovlegheita av eit kontrolltiltak vere meir indirekte. Dersom kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav medføra at grensa for eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø er overskrida, vil kontrollen vere ulovleg.³⁰

²⁸ Jakhelln (2006) s. 640.

²⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 69.

³⁰ Jakhelln (2006) s. 396.

2.2 Arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak

2.2.1 Er kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav eit kontrolltiltak?

Arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak er regulert i arbeidsmiljølova kapittel 9. Kva som er eit kontrolltiltak kan ikkje eintydig definerast. Kontroll i arbeidslivet vil dekke eit breitt spekter av ulike tiltak, og formålet bak tiltaka kan variere.³¹ I litteratur er det uttalt at kontrolltiltak omfattar undersøkingar av arbeidstakarar som har til hensikt å avdekke faktiske forhold.³² Det er i førearbeida til arbeidsmiljølova lagt til grunn at den nærare presiseringa av omgrepet kontrolltiltak må fastleggast i praksis, og at formål med tiltaket og kor inngripande tiltaket er ovanfor arbeidstakarane er sentrale vurderingstema i denne fastlegginga.³³

Det første spørsmålet er om kontroll av vaksinasjonsstatus er eit kontrolltiltak. Sentralt i vurderinga er om vaksinasjonsstatus er ei helseopplysing. Omgrepet "helseopplysing" er definert fleire stadar. I GDPR artikkel 4 nr. 15, er det definert som "personopplysninger om en fysisk persons fysiske eller psykiske helse, herunder om ytelse av helsetjenester, som gir informasjon om vedkommendes helsetilstand".³⁴ I NOU 2001:4 s. 12 er helseopplysningar definert som "[...] informasjon som kan bidra til å kartlegge personers nåværende og mulig fremtidige helsetilstand". Definisjonane er noko ulike, men har ikkje motstridande innhald. Det er derfor naturleg å tolke dei i lys av kvarandre. Helseopplysningar vil då inkludere alle opplysningar som kan gi informasjon om ein fysisk person sin noverande og framtidige helsetilstand, både fysisk og psykisk, under her informasjon om kva helseteneste som er yta ovanfor vedkomande. Vaksinasjonsstatus vil kunne fortelje om ein person er beskytta mot ein gitt sjukdom, og kan gi informasjon både om noverande og potensielt framtidig helsetilstand når det gjeld sjukdomen. Etter mitt syn er derfor vaksinasjonsstatus er ei helseopplysing.

Eg føreset i denne oppgåva at kontroll av vaksinasjonsstatus inneber at arbeidstakarane må dokumentere om dei er vaksinert eller ikkje.³⁵ Eit slikt krav om å dokumentere helseinformasjon kan opplevast som inngripande. Kontrollen vil vere med på å avdekke faktiske forhold knytt til dekningsgrad og beskyttelse blant arbeidstakarane, og det vil gi eit bilete på kva smitterisiko på arbeidsplassen er. Desse forholda indikera at kontroll av vaksinasjonsstatus er eit kontrolltiltak. Etter arbeidsmiljølova § 9-3 er innhenting av helseopplysningar i ein tilsetjingsprosess eit kontrolltiltak. Etter mitt syn vil omsyna bak denne regelen også gjelde i eit etablert arbeidsforhold. Kontroll av vaksinasjonsstatus er etter mitt syn derfor å rekne som eit kontrolltiltak.

³¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 142.

³² Storeng (2020) s. 412.

³³ NOU 2004:5 s. 435.

³⁴ Den norske oversetjinga av definisjonen blir vist til i andre norske lover, blant anna helsepersonelloven og helseberedskapsloven.

³⁵ Arbeidstakar kan munnleg opplyse sin vaksinasjonsstatus, men oppgåva vil fokusere på dokumentasjon.

Det andre spørsmålet er om vaksinasjonskrav er å rekne som eit kontrolltiltak. Vaksinasjonskrava kan vere inngripande, og det kan derfor vere behov for å underlegge krava kontrolltiltaksreglane for å sikre arbeidstakarane den beskyttelsen som desse reglane gir. Vaksinasjonskrava ber likevel ikkje preg av å vere ein kontroll, men verkar snarare å vere ein konsekvens av ein kontroll. Dette gjer det unaturleg å kalle vaksinasjonskrav eit kontrolltiltak. Innføring av vaksinasjonskrav vil også alltid vere underlagt den ulovfesta saklegheitsnorma som følgjer av arbeidsgivar sin styringsrett, slik at arbeidstakarane er beskytta mot usaklege vaksinasjonskrav. Etter mitt syn er det derfor generelt ikkje grunnlag for å kalle vaksinasjonskrav for kontrolltiltak. Kravet vil likevel ha så nær samanheng med kontrollen av vaksinasjonsstatus at det ikkje er grunn til å skilje dei frå kvarandre. Dei momenta som er avgjerande for om eit kontrolltiltak er lovleg eller ikkje, vil også vere relevante når ein vurderer om eit vaksinasjonskrav er sakleg etter den ulovfesta saklegheitsnorma i styringsretten. Både kontrollen og vaksinasjonskrava er altså underlagt ei forholdsmessigheitsvurdering. Etter mitt syn må derfor vaksinasjonskravet ha betydning når ein vurderer lovlegheita av kontrollen. Det er vidare viktig å merke at vaksinasjonskrav kan variere i art, slik at det ikkje kan utelukkast at nokon av krava vil kunne falle inn under kontrolltiltaksreglane.³⁶

Dersom arbeidsgivar innføra tillitsbaserte retningslinjer, vil ho kunne hamne utanfor verkeområdet til kontrolltiltaksreglane og personvernreglane. Retningslinjene kan vere dei same som vaksinasjonskrava, men med den viktige forskjellen at det ikkje gjennomførast individuell kontroll og at etterleving av reglane er avhengig av arbeidstakarane sitt eige samvit. Det er likevel vanskeleg å sjå for seg den praktiske gjennomføringa av slike retningslinjer. Ein kvar form for etterfølgjande kontrollering vil gjere at ein bevegar seg mot området for kontrolltiltaksreglane. Nokon retningslinjer, som til dømes innføring av heimekontor for uvaksinerte, vil gjerne falle innanfor reglane om kontrolltiltak uavhengig av om dei er tillitsbaserte, då arbeidsgivar indirekte vil få opplyst kva vaksinasjonsstatus den enkelte arbeidstakar har. Slike tillitsbaserte retningslinjer er derfor ikkje særleg praktiske og vil krevje nøye oppfølging, eller snarare manglande oppfølging, frå arbeidsgivar si side.

2.2.2 Heimel for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus

Arbeidsmiljølova kapittel 9 har fleire heimlar for å setje i verk kontrolltiltak. Det er derfor eit behov for å avklare kva heimel som set avgrensingar for arbeidsgivar sin kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav. I proposisjonen med lovforslag til gjennomføring

³⁶ Til dømes må eit krav om covid-19-test oppfylle vilkåra i arbeidsmiljølova § 9-4.

av koronasertifikat i Noreg, har Helse- og omsorgsdepartementet nokre fråsegner om kva heimlar dei ser som relevante avgrensingar for arbeidsgivar sin bruk av koronasertifikat.³⁷ Kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav vil avgrensast av same heimlane.

Arbeidsmiljølova § 9-1 inneheld grunnvilkåra for at eit kontrolltiltak kan setjast i verk. Etter føresegna kan arbeidsgivar innføre eit kontrolltiltak dersom ho har "saklig grunn" og det "ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren". Vilkåra må vere oppfylt for alle kontrolltiltak. Denne føresegna er ikkje nemnd av departementet som ei avgrensing for arbeidsgivar, men dette må bero på ein feil. Det er klart at føresegna vil kome til bruk, ettersom kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav samla er eit kontrolltiltak. Dette gjeld også der arbeidstakar nyttar koronasertifikat for å dokumentere sin vaksinasjonsstatus.

Spørsmålet er om også spesialreglane arbeidsmiljølova §§ 9-3 og 9-4 kjem til bruk. Departementet har i den nemnde proposisjonen lagt til grunn at begge desse føresegnene vil setje skranke for arbeidsgivar sin bruk av koronasertifikat i arbeidslivet. Etter mitt syn er det ikkje klart at desse føresegnene set avgrensingar i denne situasjonen.

Arbeidsmiljølova § 9-3 legg ned forbod mot å hente inn helseopplysingar ved tilsetjing, med mindre opplysingane er nødvendige for å utføre arbeidsoppgåver knytt til stillinga. Ordlyden er klar, føresegna gjeld i ein tilsetjingsprosess. Førearbeida har ikkje fråsegner som tyder på at denne føresegna kan nyttast analogisk ovanfor dei som allereie er tilsett. Det er heller ikkje andre rettskjelder som tyder på dette. Med ein så klar ordlyd, må arbeidsmiljølova § 9-3 berre gjelde innhenting av helseopplysingar i ein tilsetjingsprosess. Føresegna vil derfor ikkje setje direkte avgrensingar på arbeidsgivar sin kontroll og bruk av vaksinasjonsstatus i eit etablert arbeidsforhold. Likevel er det klart at mange av omsyna bak regelen vil gjelde ovanfor dei som allereie er tilsett. Desse omsyna kan gi anvising på forhold som er relevante for vurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1.

Arbeidsmiljølova § 9-4 gir arbeidsgivar høve til å krevje "medisinske undersøkelser" av både arbeidstakar og arbeidssøkar dersom nærare vilkår er oppfylt. Ei naturleg språkleg forståing av ordlyden "medisinske undersøkelser" er at det er snakk om ein form fysisk undersøking av ein person, som kan gi medisinske opplysingar om vedkomande. Ordlydsmessig er innhenting av informasjon noko anna enn ei medisinsk undersøking. Formålet med arbeidsmiljølova § 9-4 er å verne om arbeidssøkar og arbeidstakar sin integritet, samstundes som vernet skal vegast opp mot omsynet til verksemda og samfunnet.³⁸ Det finst ingen dommar som klargjer kva som ligg

³⁷ Prop.203 LS (2020-2021) s. 46.

³⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 149.

i omgrepet "medisinske undersøkelser". I førearbeida er det uttalt at "alle typer helsekontroller, både kliniske og biologiske, må i utgangspunktet betraktes som inngrep i den enkelte arbeidstakers personlige integritet", og vil omfattast av ordlyden.³⁹ Å skaffe informasjon om tilsette sin vaksinasjonsstatus krev ingen helsekontroll, verken klinisk eller biologisk.

NHO har i ein artikkel på deira heimesider nytta ei anna tolking av omgrepet "medisinske undersøkelser". Dei viser til at medisinske undersøkingar vil omfatte dei fleste undersøkingar som gjerast for å skaffe helseopplysingar, og at ein samtale om tidlegare sjukdom kan omfattast. På bakgrunn av dette meiner NHO at arbeidsmiljølova § 9-4 kan nyttast som heimel for potensiell kontroll av arbeidstakarar sin vaksinasjonsstatus.⁴⁰ Når både ordlyden og innhald i førearbeida talar mot at innhenting av helseopplysingar omfattast av føresegna sitt verkeområde, er det ikkje grunn til å tillegge NHO si tolking særleg vekt. Etter mitt syn vil kontroll av vaksinasjonsstatus falle utanfor verkeområdet til arbeidsmiljølova § 9-4.

Gjennomgangen i dette punktet viser at det er arbeidsmiljølova § 9-1 som regulerer kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonsstatus. I kapittel 3 vil eg gjere ei vurdering av om arbeidsgivar sin kontroll og innføring av vaksinasjonskrav er lovleg etter føresegna.

2.3 Arbeidsgivar sitt høve til å behandle personopplysingar

2.3.1 Kontrolltiltak medfører behandling av personopplysingar

Gjennomføring av kontrolltiltak vil ofte resultere i behandling av personopplysingar. Personopplysingslova og GDPR gjeld for arbeidsgivar si behandling av personopplysingar ho får i samband med gjennomføringa av eit kontrolltiltak, med mindre anna kjem direkte fram av arbeidsmiljølova, jf. arbeidsmiljølova § 9-1 andre ledd. Det er berre arbeidsmiljølova § 9-1 som regulerer kontroll av vaksinasjonsstatus, slik at ingen særreglar om behandling av personopplysingar er relevante.

Ei personopplysing er "enhver opplysning om en identifisert eller identifiserbar fysisk person", jf. GDPR artikkel 4 nr. 1. Ordlyden er vid, og skal forståast utan avgrensing når det gjeld art, innhald eller form.⁴¹ Ordlyden føreset ei tilknytning mellom opplysinga og den aktuelle personen. GDPR kjem til bruk på "helt eller delvis automatisert behandling av personopplysninger og på ikke-automatisert behandling av personopplysninger som inngår eller skal inngå i et register".⁴² For arbeidsgivar sin kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav,

³⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 149.

⁴⁰ NHO (2021).

⁴¹ Jarbekk (2019) s. 115.

⁴² GDPR artikkel 2 nr. 1.

føresetjast det at opplysingane må lagrast på ein måte som identifisera kven som er vaksinert og ikkje. Vi er derfor innanfor GDPR sitt verkeområde.

Personopplysingsvernet er også ein menneskerett, jf. EUs Charter om grunnleggande rettar (EU Charteret) artikkel 8. Noreg er ikkje direkte bunden av reglane i Charteret, men GDPR gjennomfører artikkel 8, og det er derfor grunn til å sjå personvernet som ein menneskerett også etter norsk rett. EMD har lagt til grunn at personopplysingsvern er ein del av retten til privatliv,⁴³ slik at det også kan forankrast i Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 8. Personopplysingsvernet må også reknast å vere ein viktig arbeidstakarrett.⁴⁴ Særleg viktig er arbeidstakarretten på grunn av det skeive maktforholdet mellom arbeidsgivar og arbeidstakar.

2.3.2 Forholdet mellom reglane om kontrolltiltak og behandling av personopplysingar

Utgangspunktet er at reglane om kontrolltiltak i arbeidsmiljølova kapittel 9 og reglane om behandling av personopplysingar er to ulike regelsett som fungera side om side. Arbeidsmiljølova kapittel 9 regulerer kva høve arbeidsgivar har til å setje i verk eit kontrolltiltak, medan personopplysingslova og GDPR regulerer kva høve arbeidsgivar har til å behandle personopplysingar som følger av kontrolltiltaket. Dei to regelsetta går likevel ofte hand i hand. Dei må derfor tolkast og praktiserast i lys av kvarande.⁴⁵ Det er også stor grad av samsvar mellom dei arbeidsrettslege prinsippa som kontrolltiltaksreglane bygger på og dei personvernrettslege normene som ligg til grunn for personvernregelverket.⁴⁶ Likevel er det to ulike regelverk og det er derfor ingen automatikk i at dei konkrete vurderingane etter regelverka vil vere samanfallande.

All behandling av personopplysingar krev rettsleg grunnlag, jf. GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav a). Dei generelle behandlingsgrunnlaga følger av GDPR artikkel 6 nr. 1. Vaksinasjonsstatus er ei helseopplysing og vil dermed reknast som ein særleg kategori personopplysing.⁴⁷ Behandling av slike personopplysingar må ha eit behandlingsgrunnlag i GDPR artikkel 9 nr. 2 i tillegg til behandlingsgrunnlaget i artikkel 6.⁴⁸ Eg vil nedanfor gjennomgå dei relevante behandlingsgrunnlaga i artikkel 6 og artikkel 9. Eg vil halde vilkåra for behandlingsgrunnlaga opp mot vilkåra for å lovleg setje i verk eit kontrolltiltak og vurdere forholdet mellom reglane.

⁴³ Marper v. The United Kingdom avsnitt 103.

⁴⁴ Dette illustrerast gjennom reglar i personopplysingslova som rettar seg mot arbeidslivet.

⁴⁵ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146.

⁴⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146.

⁴⁷ Sjå definisjonen av særleg kategorier personopplysingar i GDPR artikkel 9 nr. 1.

⁴⁸ Kuner (2020) s. 376.

Samtykke er eit behandlingsgrunnlag etter GDPR artikkel 9 nr. 2 bokstav a) og artikkel 6 nr. 1 bokstav a). For at eit samtykke skal vere lovleg må det vere gitt frivillig.⁴⁹ Det følgjer av GDPR fortalen punkt 43 at samtykke ikkje burde vere eit behandlingsgrunnlag der det er skeivheit mellom den registrerte⁵⁰ og den behandlingsansvarlege⁵¹. Mellom arbeidsgivar og arbeidstakar vil det skeive maktforholdet kunne skape tvil om eit samtykke er gitt frivillig. Arbeidstakar kan føle på press til å samtykke, særleg dersom det forventast negative konsekvensar ved å ikkje samtykke. Den klare hovudregelen er derfor at samtykke ikkje er eit aktuelt behandlingsgrunnlag i eit arbeidsforhold.⁵² Det er ikkje grunnlag for å fråvike denne hovudregelen når det er tale om kontroll av tilsette sin vaksinasjonsstatus.

Etter GDPR artikkel 9 nr. 2 bokstav b) og artikkel 6 nr. 1 bokstav c) kan arbeidsgivar behandle opplysningar om vaksinasjonsstatus dersom det er "nødvendig" for arbeidsgivar si oppfyljing av ein "rettslig forpliktelse". Dette grunnlaget er aktuelt dersom arbeidsgivar har ei plikt til å kontrollere arbeidstakarane sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Som eg har kome til i punkt 2.1.2 har arbeidsgivar på skjæringstidspunktet på generelt grunnlag ikkje ei slik plikt, og heimelen kjem derfor ikkje til bruk. Dersom arbeidsgivar seinare får ei plikt til å kontrollere vaksinasjonsstatus som kan heimlast anten i arbeidsmiljølova sine reglar eller nye reguleringar frå myndigheitene, vil behandlingsgrunnlaget vere relevant.

Etter GDPR artikkel 9 nr. 2 bokstav b) kan arbeidsgivar behandle personopplysingar dersom det er "nødvendig" for hennar utøving av "sine særlege rettigheter". Dersom vilkåra for å setje i verk eit kontrolltiltak er oppfylt, vil det vere opp til arbeidsgivar å vurdere om tiltaket skal setjast i verk eller ikkje. Gjennomføring av lovlege kontrolltiltak er etter mitt syn ein særleg rett arbeidsgivar har, og kan velje å nytte seg av. Kontrollering av tilsette sin vaksinasjonsstatus vil naturleg innebere ei behandling av desse opplysingane, og behandlinga er derfor nødvendig for arbeidsgivar si utøving av ein særleg rett.

Behandling av personopplysingar for å utøve ein særleg rett er ikkje eit behandlingsgrunnlag etter artikkel 6. Det aktuelle behandlingsgrunnlaget i artikkel 6 er derfor nr. 1 bokstav f). Etter denne regelen kan arbeidsgivar behandle personopplysingar dersom det er "[...] nødvendig for formål knyttet til de berettigede interessene som forfølges av den behandlingsansvarlige eller en tredjepart, med mindre den registrertes interesser eller grunnleggende rettigheter og friheter

⁴⁹ GDPR artikkel 4 nr. 11.

⁵⁰ Den registrerte er personen opplysingane knyt seg til, jf. GDPR artikkel 4 nr. 1. Her er det arbeidstakar.

⁵¹ Den behandlingsansvarlige er den fysiske eller juridiske personen som avgjer formålet med behandlinga og kva verkemiddel som skal nyttast, jf. GDPR artikkel 4 nr. 7. Her er det arbeidsgivar.

⁵² Liknande synspunkt er også lagt til grunn i NOU 2001:4 s. 94 og i PVN-2005-6 (Securitas).

går foran og krever vern av personopplysninger". Regelen legg opp til ei avveging av arbeidsgivar sitt behov for å behandle opplysningane og arbeidstakar sitt behov for vern av opplysningane.

I førearbeida til arbeidsmiljølova kjem det fram at kravet til sakleg grunn etter kontrolltiltaksreglane ofte vil medføre at kravet til rettkomne interesser som behandlingsgrunnlag er oppfylt. Vidare kjem det fram at kravet om forholdsmessigheit etter kontrolltiltaksreglane, som utgangspunkt vil innebere at omsynet til arbeidstakar sitt personvern ikkje overstig arbeidsgivar si rettkomne interesse. Det einaste som er ulikt i dei to regelsetta, er at personvernreglane stiller krav om nødvendigheit.⁵³

Det kjem også fram av førearbeida at ein ikkje kan ta det for gitt at vurderingane etter dei to regelverka er like.⁵⁴ I juridisk litteratur er dommen LB-2007-121782 (Datalogg-dommen) brukt som eksempel på at vurderingane etter dei to regelverka kan resultere i ulik konklusjon.⁵⁵ Dommen omhandla lovlegheita av eit kontrolltiltak og behandling av personopplysningar frå ein datalogg. Lagmannsretten kom til at det i utgangspunktet var snakk om eit lovleg kontrolltiltak, men at behandlinga av personopplysningane hadde skjedd i strid med personopplysingslova § 8 bokstav f. Etter mi meining er rettskjeldeverdien av dommen avgrensa. For det første er dommen relativt gammal, for det andre er det ein underrettsdom og for det tredje var ikkje GDPR og dei meir inngåande reguleringane i forordninga i bruk då dommen blei avsagt.

Etter mitt syn har lagmannsretten også til ein viss grad bomma på sine vurderingar. Når lagmannsretten kjem til at behandlinga har skjedd i strid med personopplysingslova, legg dei vekt på avgrensingar i materialet som var behandla. Avgrensingane i materialet var ei følge av betydelege svakheitar ved innhentingsmetoden. Ein slik svakheit ved metoden vil kunne påverke om metoden er eigna til å nå formålet med tiltaket, som var å kartlegge fråværet til arbeidstakaren. Når metoden har ein svakheit som påverkar om tiltaket er eigna til å nå sitt formål, er dette etter mitt syn eit moment som også burde vore omsynstatt ved vurderinga av om tiltaket oppfylte vilkåra i arbeidsmiljølova § 9-1. Vidare har lagmannsretten vektlagt at det blei sendt ut ei spørjeundersøking til utvalde tilsette i det aktuelle firmaet der dei blei bedt om å svare på spørsmål knytt til den aktuelle arbeidstakaren sitt fråvær. Det kjem ikkje fram av dommen at lagmannsretten har omsynstatt denne delen av kontrolltiltaket når dei vurderte om tiltaket var forholdsmessig etter arbeidsmiljølova § 9-1. Dette inneber at to av lagmannsretten sine sentrale argument for konklusjonen om at behandlinga hadde skjedd i strid med personopplysingslova

⁵³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146. Fråsegnene gjeld gamle personopplysingslova § 8 bokstav f, men denne er identisk med GDPR artikkel 6 nr. 1 bokstav f.

⁵⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146.

⁵⁵ Fougner (2018) s. 367.

§ 8 bokstav f, også burde vore vektlagt i forholdsmessigheitsvurderingane etter arbeidsmiljølova § 9-1. Når to tungtvegande omsyn er utelatt frå vurderingane, er det vanskeleg å sjå at denne dommen er eit egna eksempel for å illustrere at vurderingane etter dei to reglane kan gi ulike konklusjonar.

At dei to reglane skal gi ulike konklusjonar framstår som eit lite truleg praktisk resultat, sjølv om det er ein teoretisk moglegheit. Reelle omsyn og omsyn til samanheng mellom dei to regelverka tilseier at det burde vere høve til å behandle personopplysingar frå lovlege kontrolltiltak. Dersom behandling av personopplysingar ikkje kan skje, vil kontrolltiltaksreglane bli formåls-lause.⁵⁶ EDPB har i relasjon til covid-19 uttala at personvernreglane ikkje skal vere ei hindring for å bekjempe viruset.⁵⁷ Det er derfor naturleg å trekke konklusjonen at dersom arbeidsgivar lovleg kan kontrollere dei tilsette sin vaksinasjonsstatus, kan ho også lovleg behandle desse opplysingane. Dei reelle personvernrettslege skrankane for arbeidsgivar sin kompetanse ligg dermed i dei grunnleggande prinsippa i GDPR artikkel 5 og reglane knytt til lovleg lagring av opplysingane.

All behandling av personopplysingar må følgje dei generelle prinsippa i GDPR artikkel 5.⁵⁸ Prinsippa kan fungere både som tolkingsmoment for å fastlegge innhaldet i dei øvrige reglane i GDPR, og dei kan setje avgrensingar på kva tid og korleis behandling av personopplysingar kan skje. Relevante prinsipp blir i det vidare trekt inn der dei kan setje avgrensingar.

2.4 Er smittevernlovverket ei rettsleg ramme for arbeidsgivar sin kompetanse?

2.4.1 Har arbeidsgivar heimel i smittevernlova for å iversetje tiltak?

Smittevernlova sitt overordna formål er å verne befolkninga mot smittsame sjukdomar, og den opnar for at helsemyndigheitene og andre myndigheiter kan setje i verk nødvendige smitteverntiltak.⁵⁹ Det er helsetenesta som har hovudansvaret for arbeidet mot smittsame sjukdomar, medan Helsedirektoratet har det overordna ansvaret.⁶⁰ Lova skal også vere retningsgivande for andre forvaltingsorgan.⁶¹ Lova framstår som ei fullmaktslov, som gir myndigheitene høve til å gi forskrifter og treffe avgjersler om smitteverntiltak. Desse kan rette seg mot enkeltpersonar eller verksemder, og pålegge desse ansvar og plikter. Det kan ikkje utleiast nokon direkte og konkrete plikter for arbeidsgivar av lova. Slike plikter må derfor påleggast gjennom forskrift

⁵⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 146. Førearbeidet gjeld dei gamle personvernreglane. Det er nokre innhaldsmessige endringar som har skjedd med innføringa av GDPR, men ovannemnde fråsegn er generelt og vil fortsatt gjelde.

⁵⁷ EDPB (2020) s. 1.

⁵⁸ Jf. ordlyden "skal".

⁵⁹ Smittevernlova § 1-1.

⁶⁰ NOU 1990:2 s. 192.

⁶¹ NOU 1990:2 s. 212.

eller tiltak retta mot arbeidslivet. På skjæringstidspunktet har vi ikkje slike forskrifter eller tiltak. Arbeidsgivar kan derfor ikkje bruke smittevernlova som grunnlag for å på eige initiativ setje i verk konkrete tiltak, men det kan tenkast at nokon av føresegnene har indirekte betyding.

Smittevernlova § 1-5 inneheld grunnleggande prinsipp som skal ligge til grunn for alle smitteverntiltak. Etter føresegna skal tiltak for det første vere "basert på en klar medisinskfaglig grunnelse". Tiltaka må sjåast i samanheng med smittetrussel, og minimumskravet er at tiltaket, etter ei medisinsk vurdering, må vere relevant for den aktuelle sjukdomen.⁶² I den medisinskfaglege grunngevinga burde ein sjå til vurderingar gjort av kompetente myndigheiter, som Helsedirektoratet, Folkehelseinstituttet (FHI) og smittevernoverlegar.⁶³ For det andre skal tiltaket vere "nødvendig av hensyn til smittevernet og fremstå tjenlig etter en helhetsvurdering". Dette inneber at tiltaket må vere eigna til å hindre spreiding av den aktuelle sjukdomen.⁶⁴ Eit tiltak må heller ikkje medføre unødvendige ulemper eller skadar for den det rettar seg mot, nytta må vegast opp mot ulempa.⁶⁵ Tiltaket må vidare kunne gjennomførast utan urimeleg krenking av ein person sin integritet.⁶⁶ Dei avvegningane som føresegna legg opp til og dei oppramsa momenta vil etter mitt syn vere relevante i forholdsmessigheitsvurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1.

2.4.2 Koronasertifikat – ei avgrensing eller eit praktisk verktøy?

Den 11. juni 2021 innførte myndighetene nye mellombelse føresegner i smittevernlova om koronasertifikat, som skulle legge til rette for ei gradvis og kontrollert opning av samfunnet.⁶⁷ Koronasertifikatet har ein medisinsk del som dokumenterar om ein person er vaksinert mot covid-19, har gjennomgått covid-19-sjukdom eller har eit negativt testresultat.⁶⁸ Sertifikatet har også ein personopplysingsdel som viser identitetsopplysingar.⁶⁹ I Noreg tok vi først i bruk ein forenkla norsk versjon av koronasertifikatet, før vi også tok i bruk EU sin versjon. Den forenkla versjonen inneheldt mindre helseopplysingar og minimalt med personopplysingar.⁷⁰ Når samfunnet opna og vi gjekk over til ein normal kvardag med auka beredskap, såg ikkje myndighetene det nødvendig å nytte det forenkla koronasertifikatet lenger. Dette blei derfor skjult frå

⁶² Prop.91 L (2018-2019) s. 45.

⁶³ Tveitan (2020) note 9A.

⁶⁴ Prop.91 L (2018-2019) s. 45.

⁶⁵ Prop.91 L (2018-2019) s. 45.

⁶⁶ Tveitan (2020) note 9A.

⁶⁷ Prop.203 LS (2020-2021) s. 6.

⁶⁸ Prop.203 LS (2020-2021) s. 8.

⁶⁹ Prop.203 LS (2020-2021) s. 8.

⁷⁰ Prop.203 LS (2020-2021) s. 10. Den forenkla versjon viste første bokstav i fornamn, dei tre første bokstavar i etternamn og fødselsår til ein person. QR-koden viste om sertifikatet var gyldig, men viste ikkje grunnlaget. Sjå FHI (2021d).

kontrollside på Helse Noreg sine nettsider.⁷¹ Etter oppgåva sitt skjæringstidspunkt har Regjeringa hatt ein pressekonferanse der det kom fram at dei skal utarbeide ei forskrift som vil opne for bruk av koronasertifikat lokalt. Dette vil gjere den norske versjonen av koronasertifikatet aktuell igjen.⁷²

Kva tid koronasertifikatet kan nyttast er ikkje regulert i smittevernlova kapittel 4A. Heller ikkje EU-regelverket har særskilte krav til bruken av koronasertifikat.⁷³ Det har vore lagt til grunn at sertifikatet skal nyttast til å gi fordelar, ikkje til å setje avgrensingar.⁷⁴ Dersom ein tek i bruk koronasertifikatet i arbeidslivet, er det nokon problem som kan oppstå.

For det første vil bruk av koronasertifikatet i arbeidslivet gå direkte mot lovgivarvilja. Ved utarbeidinga av reglane uttalte departementet at bruk av koronasertifikat i arbeidslivet er lite aktuelt, og at slik bruk fordrar konkrete smitteverntiltak retta mot arbeidslivet.⁷⁵ Å nytte koronasertifikatet i arbeidslivet vil kunne reise problemstillingar som lovgivar ikkje har tatt stilling til. Departementet uttalte vidare at dess meir sentrale område ein vurderer å nytte koronasertifikatet på og dess større omfang bruken får, dess meir grundige vurderingar av faktiske og rettslege konsekvensar må gjerast.⁷⁶ Det er likevel klart at dersom arbeidsgivar lovleg kan kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus, vil det å ikkje kunne nytte koronasertifikatet vere ei unødvendig praktisk ulempe utan faktisk betyding. Det er derfor ikkje grunn til avgrense bruken av koronasertifikat mot arbeidslivet.

For det andre kan innhaldet i koronasertifikatet skape problem. Den norske versjonen av koronasertifikatet inneheld færre opplysingar. Bruk av denne versjonen kan derfor vere mindre inngripande, noko som kan påverke forholdsmessigheitsvurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1. Det er vidare eit problem at det norske koronasertifikatet ikkje viser grunnlaget for grønt sertifikat. Dersom arbeidsgivar vil bruke denne versjonen, vil ho i realiteten måtte be arbeidstakarane om å jamleg vise sertifikatet, då ein negativ test berre gir grønt sertifikat i sju dagar.⁷⁷ I praksis vil det vere eit krav om covid-19-testing, som reiser eigne problemstillingar. Ovannevnte problem er ikkje aktuelle på skjæringstidspunktet, men kan oppstå om den norske versjonen av koronasertifikatet blir tatt i bruk igjen.

⁷¹ FHI (2021c).

⁷² SMK (2021).

⁷³ Prop.203 LS (2020-2021) s. 6.

⁷⁴ Prop.203 LS (2020-2021) s. 6.

⁷⁵ Prop.203 LS (2020-2021) s. 46.

⁷⁶ Prop.203 LS (2020-2021) s. 35.

⁷⁷ FHI (2021c).

Det følgjer av smittevernlova § 4A-2 første ledd at "[i]ngen kan forskjellsbehandles på grunnlag av at de ikke kan fremvise koronasertifikat, med mindre bestemmelser i eller i medhold av lov gir adgang til dette". Styringsretten vil ikkje kunne heimle forskjellsbehandling.⁷⁸ Arbeidsgivar si innføring av vaksinasjonskrav vil innebere ei forskjellsbehandling av arbeidstakarane basert på vaksinasjonsstatus. Smittevernlova § 4A-2 gjeld etter sin ordlyd berre koronasertifikat, men gir klart uttrykk for at lovgivar har meint at forskjellsbehandling basert på vaksinasjonsstatus er ulovleg med mindre det kan forankrast i lov. Føresegna burde derfor kome til bruk uavhengig av korleis vaksinasjonsstatus dokumenterast. Dette må innebere at arbeidsgivar si innføring av vaksinasjonskrav som ein del av kontrollen av vaksinasjonsstatus, må oppfylle reglane i arbeidsmiljølova § 9-1. Dersom kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav seinare blir sett som ein del av plikta til å sikre eit forsvarleg arbeidsmiljø, kan forskjellsbehandlinga heimlast i desse lovfesta pliktene.

2.4.3 Har arbeidsgivar rettslege plikter etter covid-19-forskrifta?

Covid-19-forskrifta er fastsett ved kongeleg resolusjon 27. mars 2020 med heimel i smittevernlova og helseberedskapslova. Forskrifta sitt formål er "å fasette smittevernreguleringar for å hindre eller begrense spredning av SARS CoV-2 i befolkningen og blant helsepersonell, og for å sikre opprettholdelse av tilstrekkelig kapasitet i helse og omsorgstjenesten", jf. § 1 første ledd.

I løpet av pandemien har nasjonale myndigheiter sett i verk ei rekke tiltak gjennom covid-19-forskrifta. I samband med gjenopninga av samfunnet blei dei fleste tiltaka oppheva. På skjæringsstidspunktet er det ingen nasjonale reglar retta mot arbeidslivet. Nokon av dei oppheva reglane kunne vore relevante i oppgåva, særleg krava for at ei verksemd skulle drive smittevernreguleringar forsvarleg. Arbeidstilsynet la til grunn at brot på sentrale krav i covid-19-forskrifta ville innebere brot på kravet til fullt forsvarleg arbeidsmiljø. Dette betydde at arbeidsgivar måtte ha tilstrekkelege tiltak og rutinar for å sikre at dei relevante krava i forskrifta vart følgd.⁷⁹ Tiltaka i covid-19-forskrifta kunne på mange måtar reknast som minimumskrav til arbeidsgivar sitt smittevern på arbeidsplassen. Dei kunne likevel ikkje reknast som avgrensingar for å ha strengare tiltak, så lenge ein har heimel for å innføre slike.

Det har i løpet av covid-19-pandemien også vore fleire lokale tiltak gjennom lokale forskrifter. Til dømes hadde Oslo kommune lokale forskrifter som gav eigne og strengare smittevernreglar i kommunen samanlikna med kva som var tilfellet nasjonalt. Slike lokale forskrifter kan også spele inn i vurderingane av arbeidsgivar sine rettar og plikter, dersom ei verksemd driv innanfor forskrifta sitt geografiske område. I slike tilfelle vil dei lokale forskriftene kunne brukast på same måte som nasjonale forskrifter.

⁷⁸ Prop.203 LS (2020-2021) s. 61.

⁷⁹ Arbeidstilsynet (u.å.a.).

2.5 Menneskerettslege skrankar for kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav

2.5.1 Det menneskerettslege rettskjeldebiletet

Menneskerettane er grunnleggande rettar og fridomar som individ har ovanfor staten, og som staten har ei plikt til å beskytte.⁸⁰ Menneskerettane kan representere avgrensingar i arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk kontrolltiltak, og er derfor relevante. Menneskerettane er forankra både i internasjonal og nasjonal rett. Noreg har inkorporert ei rekke viktige internasjonale konvensjonar gjennom menneskerettslova, og har gitt desse forrang føre annan lovgiving.⁸¹ Særleg viktig i denne oppgåva er EMK og FN sin konvensjon om Sivile og Politiske rettar (SP). I nasjonal rett har ein i tillegg til menneskerettslova også sikra fleire av menneskerettane i Grunnlova, særleg i kapittel E. Reguleringa i Grunnlova bygger i stor grad på dei i EMK og SP. EU Charteret inneheld også føresegner som kan vere relevante. Charteret er berre bindande for medlemsstatane i EU, men vil alltid ligge som eit bakteppe for øvrige EU-regelverk, som til dømes GDPR.

Forholdet mellom dei norske og internasjonale kjeldene er vurdert i Rt-2015-93 (Maria-dommen), som omhandla prøving av gyldigheita av eit utvisingsvedtak. Høgsterett uttala at likskapstrekk mellom Grunnlova og EMK er store, og legg til grunn at Grunnlova skal tolkast i lys av sine folkerettslege førebileter.⁸² Høgsterett legg vidare til grunn at sjølv om Grunnlova ikkje har ein unntaksheimel som opnar for at inngrep i rettane er lovleg, skal ein slik heimel tolkast inn.⁸³ EU-domstolen har lagt til grunn at der EU Charteret verna om dei same rettane som EMK, skal rettane ha det same substansielle innhaldet.⁸⁴ På bakgrunn av dette vil eg i det vidare ta utgangspunkt i EMK når menneskerettane skal vurderast. Praksis frå EMD vil stå sentralt, og deira avgjersler er bindande for staten dei rettar seg mot, jf. EMK artikkel 46. EMD følgjer eigen rettspraksis i vidare rettsutvikling og praksisen vil dermed få betyding for alle medlemsstatar.⁸⁵ EMD-praksis har derfor betydeleg vekt.

2.5.2 Arbeidsgivar som pliktsubjekt for å sikre menneskerettane

Staten pliktar å sikre ein kvar innanfor sitt myndigheitsområde dei rettar og fridomar som EMK fastset, jf. EMK artikkel 1. Det er berre staten som kan bli ansvarleg for menneskeretsbrot. Spørsmålet er kva betyding menneskerettane har for arbeidsgivar.

⁸⁰ Høstmælingen (2012) s. 33.

⁸¹ Menneskerettslova § 3.

⁸² Rt-2015-93 avsnitt 57.

⁸³ Rt-2015-93 avsnitt 60.

⁸⁴ Wessel-Aas (2018) s. 20.

⁸⁵ Føllesdal (2017) s. 36.

Staten si plikt til å sikre rettane og fridomane i EMK inneber ei positiv forplikting til å hindre at det skjer menneskerettsbrot innanfor staten sitt myndigheitsområde, og det inneber ei plikt for staten til å aktivt ta steg for å hindre at private krenkar kvarandre.⁸⁶ Ved revisjon av varslingsreglane i arbeidsmiljølova kapittel 2A var spørsmålet om varslingsreglar og ytringsfridom oppe. Det blei i dette sambandet uttalt at EMD har lagt til grunn at statane er forplikta til å sikre, både gjennom lovgiving og domstolsprøving, at private arbeidsgivarar ikkje grip urettmessig inn i arbeidstakarane sin ytringsfridom.⁸⁷ Likskapsomsyn talar for at dette også gjeld for inngrep i andre rettar og fridomar etter EMK. Dette inneber at private partar kan påberope seg EMK i saker mot andre private partar.⁸⁸ Nasjonale domstolar vil i slike tilfelle vere pliktig å vurdere om det har skjedd eit brot på menneskerettane. Rettane kan då fungere både som tolkingsmoment og kompetanseskrankar. Som kompetanseskrankar kan menneskerettane avgrense arbeidsgivar sitt høve til å setje i verk eit kontrolltiltak.

Når domstolane pliktar å vurdere om arbeidsgivar urettmessig har gripe inn i arbeidstakarane sine rettar og fridomar etter EMK, er det klart at menneskerettane må omsynstakast av arbeidsgivar. Arbeidsgivar må vurdere om eit kontrolltiltak ho vil setje i verk inneber eit urettmessig inngrep i arbeidstakarane sine menneskerettar. Dersom inngrepet er urettmessig har arbeidsgivar gått utanfor sin kompetanse, og tiltaket er ulovleg.

2.5.3 Om menneskerettane og vaksinasjon

Kontroll av tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav kan representere eit inngrep i både retten til privatliv og retten til tanke-, samvits- og religionsfridom. Arbeidsgivar må derfor ta omsyn til desse menneskerettane ved hennar vurderingar av kontrolltiltaket.

Vern av privatliv er regulert i EMK artikkel 8,⁸⁹ og slår fast at ein kvar har rett til respekt for "sitt privatliv og familieliv, sitt heim og sin korrespondanse". Grensa mellom desse fire rettane er ikkje skarpt, men i relasjon til denne oppgåva er det alternativet "privatliv" som er relevant. Omgrepet "privatliv" famnar vidt og kan vanskeleg definerast uttømmmande. Det er likevel klart at det omfattar fysisk og psykisk integritet, alle delar av ein enkeltperson sin identitet og personleg autonomi.⁹⁰ I tillegg omfattar det ein person si ære og sitt omdøme.⁹¹

⁸⁶ Rt-2013-588 avsnitt 41.

⁸⁷ NOU 2018:6 s. 45.

⁸⁸ Dette er også lagt til grunn i Rt-2010-291 avsnitt 38 og Palomo Sanchez and others v. Spain avsnitt 60.

⁸⁹ Tilsvarende i SP artikkel 17 og Grunnlova § 102.

⁹⁰ Rt-2015-93 avsnitt 58.

⁹¹ Bjørge (2017) note 69.

Tanke-, samvits og religionsfridom er regulert i EMK artikkel 9.⁹² Regelen famnar vidt og vil dekke både religiøs og ikkje-religiøs tru.⁹³ Rettane i artikkel 9 er grunnleggande i eit demokratisk samfunn. Regelen verna ikkje berre dei tradisjonelle og etablerte religionane, men også nykomne religionar og filosofisk tru.⁹⁴ Regelen har potensielt eit vidt bruksområde, men det må vurderast konkret om ei tru eller ei overbevising fell inn under regelen.

Eg vil i underkapittel 3.4.2 sjå nærare på om kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er brot på dei aktuelle rettane.

Eit inngrep i rettane etter EMK kan vere lovleg der motstridande interesser gjer inngrepet nødvendig. Det er tre vilkår for at eit inngrep i slike situasjonar skal vere lovleg.⁹⁵ For det første må ein ha heimel i lov. Vilkåret vil vere oppfylt dersom kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav lovleg kan iversetjast etter reglane om kontrolltiltak. For det andre må inngrepet oppfylle eit av formåla som artiklane opplistar. EMD har hatt ei pragmatisk tilnærming til dette vilkåret. Det er sjeldan EMD kjem til at påberopte formål ikkje er legitime,⁹⁶ slik at det avgjerande er proporsjonalitetsvurderinga. Dette er illustrert i dommen *Eweida v. The United Kingdom*, der spørsmålet var om eit privat flyselskap kunne nekte ein tilsett å bruke eit smykke med kors på arbeidsplassen, eller om dette var eit brot på EMK artikkel 9. Flyselskapet påberopte seg sitt "corporate image" som formål. EMD kom til at dette utvilsamt var eit legitimt formål, men konkluderte med at formålet var vektlagt for tungt i proporsjonalitetsvurderinga.⁹⁷ Arbeidsgivar sitt formål med kontrollen av vaksinasjonsstatus og innføringa av vaksinasjonskrav vil ha ei side både til formålkravet i EMK og saklegheitsvurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1. Eg kjem derfor tilbake til dette vilkåret i underkapittel 3.3. Det tredje vilkåret er at inngrepet må vere nødvendig i eit demokratisk samfunn. Det må gjerast ei proporsjonalitetsvurdering i forhold til det legitime formålet, og i denne vurderinga har staten vid skjønnsmargin.⁹⁸ Denne proporsjonalitetsvurderinga vil i stor grad samsvare med forholdsmessigheitsvurderinga i arbeidsmiljølova § 9-1. Eg kjem derfor nærare tilbake til vurderingane i underkapittel 3.5.

⁹² Sml. Grunnlova § 16.

⁹³ *Kokkinakis v. Greece* avsnitt 31.

⁹⁴ Harris (2014) s. 593.

⁹⁵ EMK artikkel 8 og 9, begge sitt andre ledd.

⁹⁶ *Høstmælingen* (2012) s. 243.

⁹⁷ *Eweida v. The United Kingdom* avsnitt 94.

⁹⁸ *Olsson v. Sweeden* avsnitt 67.

3 Arbeidsgivar sin kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav

3.1 Innleiing

Som vist i punkt 2.2.2 vil arbeidsgivar sitt høve til å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav samla vere eit kontrolltiltak som regulerast av arbeidsmiljølova § 9-1. Det sentrale med føresegna er at den legg opp til ei brei skjønnsmessig avveging, der to tungtvegande interesser står mot kvarandre. På den eine sida er arbeidsgivar sitt ønske om å setje i verk kontrolltiltaket, og på den andre sida er arbeidstakar sine interesser.⁹⁹ Arbeidstakar sine interesser er både vern av personopplysingar, privatliv, personleg integritet og andre ulemper ho kan påførast. Menneskerettane tiltaket eventuelt gjer inngrep i vil også innebere avgrensingar. Det må gjerast ei vurdering der verksemda sitt behov for kontrolltiltaket haldast opp mot alle dei ulemper som arbeidstakar blir påført av kontrollen. For at kontrollen skal reknast å vere forholdsmessig og dermed lovleg, må den slå ut i arbeidsgivar sin favør.¹⁰⁰

Eg vil nedanfor gjennomgå vilkåra for at kontrolltiltaket skal vere lovleg. For det første må arbeidsgivar ha sakleg grunn for å setje i verk tiltaket. Kva som ligg i dette vilkåret vil gjennomgåast i underkapittel 3.3. For det andre må forholdsmessigheitsvurderinga slå ut i arbeidsgivar sin favør. I denne vurderinga er det fleire forhold som kan spele inn. Eg vil derfor i underkapittel 3.4 gjere ei generell fastlegging av relevante forhold som kan påverke både arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk tiltaket og arbeidstakar sitt behov for vern mot det same tiltaket. I underkapittel 3.5 vil eg fastlegge nokon generelle retningsliner for avveginga av arbeidsgivar og arbeidstakar sine interesser ut frå covid-19-situasjonen på skjæringstidspunktet, og vidare fastlegge nokon konkrete retningsliner for utvalde typetilfelle.

3.2 Arbeidsgivar må utarbeide ei risikovurdering

Eit innleiande spørsmål er om arbeidsgivar må utarbeide ei risikovurdering før kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav kan skje. Eit krav om risikovurdering kan utleiast frå arbeidsgivar si plikt til å sørge for systematisk helse-, miljø- og sikkerheitsarbeid i arbeidsmiljølova § 3-1. Etter § 3-1 andre ledd bokstav c) skal arbeidsgivar "kartlegge farer og problemar og på denne bakgrunn vurdere risikoforholdene i virksomheten, utarbeide planer og iverksette tiltak for å redusere risikoen". Etter Internkontrollforskrifta § 5 skal denne kartlegginga dokumenterast skrifteleg. I Rt-2001-418 (Kårstø-dommen) uttalte Høgsterett at alle avgjersler innanfor arbeidsgivar sin styringsrett må bygge på eit forsvarleg grunnlag, ikkje vere vilkårleg og ikkje vere basert på utanomliggande omsyn. Dette sett i samanheng med plikta til å kartlegge risikoar ved arbeidsplassen tilseier at arbeidsgivar har ei plikt til å gjere risikovurderingar.

⁹⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 143.

¹⁰⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

Potensiell risiko for smitte på arbeidsplassen må reknast som eit av dei tilhøva arbeidsgivar pliktar å kartlegge etter arbeidsmiljølova § 3-1 andre ledd bokstav c). Vurdering av smitterisiko må bygge på saklege og korrekte forhold. Risikovurderinga burde kartlegge kva som er sannsynet for at eit smitteutbrot kan skje på arbeidsplassen, og kva som vil vere konsekvensane av dette smitteutbrotet. Risikovurderinga må også etter mitt syn sjå på kva tiltak som er aktuelle for å minske påviste risikoar, og den burde vurdere om mindre inngripande tiltak er tilstrekkeleg. Arbeidsgivar må bruke dei forholda som risikovurderinga avdekkar når ho vurderer om ho lovleg kan kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav etter arbeidsmiljølova § 9-1.

Arbeidsgivar burde også i si risikovurdering dokumentere og grunngi dei vurderingar som er gjort knytt til behandling av personopplysingar. Kva vurderingar ho har gjort, om til dømes kva personopplysingar som er nødvendig, kan prøvast av domstolane og tilsynsmyndigheiter.¹⁰¹

3.3 Kontrolltiltaket må ha sakleg grunn

3.3.1 Tiltaket må vere sakleg i forhold til verksemda

I vilkåret om at tiltaket må ha "saklig grunn i virksomhetens forhold" ligg det to element. For det første må det føreligge eit formål som er forankra i verksemda, og som i seg sjølv er sakleg.¹⁰² Kva som er grunngjevinga bak tiltaket kan variere. Til dømes kan tiltaket vere grunngitt i økonomiske-, sikkerheitsmessige- og helsemessige forhold.¹⁰³ Formålet kan også vere å oppfylle lovbestemte plikter.

Arbeidsgivar sin kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav kan ha ei rekke ulike formål. Eit både nærliggande og relevant overordna formål er å redusere risiko for smitteutbrot på arbeidsplassen. Dette vil vere eit legitimt formål etter både EMK artikkel 8 og artikkel 9, då eit av dei opplista formåla i artiklane sine unntaksheimlar er vern av helse.

Formålet om å hindre smitte kan vere forankra i eit ønske om å ha eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø, jf. arbeidsmiljølova § 4-1. Som vist i punkt 2.1.2 er arbeidsgivar pliktig å sikre arbeidstakarane eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø. Oppfyljing av ei slik lovbestemt plikt vil vere sakleg i seg sjølv og forankra i verksemda. Eg har i punkt 2.1.2 kome til at arbeidsgivar si plikt til å sikre eit fullt forsvarleg arbeidsmiljø på generelt grunnlag ikkje inneber ei plikt til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav på skjæringstidspunktet. Det er likevel ikkje utenkeleg at ei slik plikt kan oppstå på eit seinare tidspunkt.

¹⁰¹ Jarbekk (2019) s. 144.

¹⁰² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

¹⁰³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

Formålet om reduksjon av risiko for smitteutbrot på arbeidsplassen kan også vere forankra i myndigheitene sine konkrete smitteverntiltak retta mot arbeidslivet. Desse tiltaka kan innebere at arbeidsgivar har ein sakleg grunn forankra i verksemda for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. På skjæringstidspunktet er det ingen slike smitteverntiltak retta mot arbeidslivet.

Dersom arbeidsgivar nyttar formål med grunnlag i alminnelege samfunnsinteresser som verksemda som utgangspunkt ikkje har noko med, vil formålet ikkje vere sakleg grunnleggjande i verksemda sitt behov.¹⁰⁴ Å hindre spreiding av ein smittsam sjukdom er ei alminneleg samfunnsinteresse, som helsemyndigheitene som utgangspunkt har ansvaret for.¹⁰⁵ Eit formål om å hindre smittespreiing kan generelt reknast å falle utanfor dei fleste verksemdar si kjerneinteresse. Ansvaret for å hindre smitte undervegs i ein pandemi kan likevel ikkje avgrensast til berre helsemyndigheitene. Det må reknast som eit felles samfunnsansvar som alle deltakarar i samfunnet er ansvarleg for. Slike særlege samfunnsomsyn som ein kvar må reknast som medansvarleg for å ivareta, vil kunne danne eit sakleg grunnlag for å setje i verk kontrolltiltak for å nå formålet.¹⁰⁶ Etter mitt syn er det å hindre smittespreiing på skjæringstidspunktet å rekne som eit særleg samfunnsansvar, som dermed i seg sjølv vil vere sakleg og det vil vere forankra i verksemda.

Fleire verksemdar operera over landegrensar. Det er nokre land som har strengare reglar knytt til vaksinasjon enn kva Noreg har, og nokre land godtek ikkje kryssvaksinering.¹⁰⁷ Der vaksinasjonsstatus er avgjerande for om tilsette kjem inn i landet eller er avgjerande for at tilsette kan gjere sine arbeidsoppgåver i landet, er det nødvendig for arbeidsgivar å kontrollere vaksinasjonsstatus. Ei kartlegging vil vise kven som kan reise til landet og kva arbeid vedkomande kan gjere. Dette formålet er etter mitt syn sakleg i seg sjølv og forankra i verksemda. Formålet følgjer ikkje direkte av EMK artikkel 8 eller 9, men på bakgrunn av EMD sin pragmatiske tilnærming vil truleg dette formålet reknast som legitimt etter EMK.

Dersom risikovurderingane til arbeidsgivar viser at eit smitteutbrot på arbeidsplassen inneber at det oppstår ein nærliggande fare for betydeleg økonomisk tap, kan arbeidsgivar ha eit behov for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Økonomiske tap kan til dømes vere tapt omsetnad. I slike tilfelle vil det etter mitt syn vere eit sakleg formål forankra i verksemda dersom risikoen for det økonomiske tapet kan førast tilbake til smitteutbrotet. På skjæringstidspunktet er det ut frå smittesituasjonen vanskeleg å sjå at eit smitteutbrot kan føre til

¹⁰⁴ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

¹⁰⁵ Smittevernlova § 1-1.

¹⁰⁶ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

¹⁰⁷ Kryssvaksinering betyr at ein har fått to vaksinasjonsdosar, men av ulike typar vaksiner.

betydelege økonomiske konsekvensar på generelt grunnlag. Dette vil likevel variere frå verksemd til verksemd, og det kan endre seg ved ei forverring av smittesituasjonen. Heller ikkje dette formålet følgjer direkte av EMK artikkel 8 og 9, men også her er det nærliggande å anta at formålet vil reknast som legitimt etter EMK.

Kravet om at kontrollen må ha eit sakleg formål forankra i verksemda, vil ha ei side til formålsprinsippet i GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav b). Formålsprinsippet inneber at personopplysingar berre kan samlast inn for "spesifikke, uttrykkelige angitte og berettigede formål" og at opplysingane ikkje kan "viderebehandles på en måte som er uforenelig med disse formålene". For arbeidsgivar betyr dette at formålet ho nyttar må vere uttrykkeleg angitt og så spesifikt som mogleg. Dersom ein kjem til at formålet er sakleg forankra i verksemda, er det også truleg at det er rettkome. Vidare er det for arbeidsgivar viktig å hugse at vaksinasjonsstatusen ikkje kan nyttast til anna enn det oppgitte formålet.

3.3.2 Tiltaket må vere sakleg i forhold til den enkelte arbeidstakar

Det andre elementet i at tiltaket må ha "saklig grunn i virksomhetens forhold" er at tiltaket må vere sakleg ovanfor den enkelte arbeidstakar som tiltaket rettast mot.¹⁰⁸ Det saklege grunnlaget for tiltaket må vurderast opp mot kvar enkelt arbeidstakar. Eit tiltak som er sakleg ovanfor ein arbeidstakar, er ikkje nødvendigvis sakleg ovanfor ein annan.

Som nemnd føreligg det ingen lovbestemt plikt for å kontrollere vaksinasjonsstatusen til tilsette og innføre vaksinasjonskrav på skjæringstidspunktet. Dersom det på eit seinare tidspunkt kan påvisast ei slik plikt, vil tiltaket som utgangspunkt vere sakleg ovanfor alle arbeidstakarane.

Eg har ovanfor kome til at å hindre smittespreiing på skjæringstidspunktet er eit sakleg formål som er forankra i verksemda. Når arbeidsgivar skal kontrollere vaksinasjonsstatusen til dei tilsette, vil som utgangspunkt alle arbeidstakarar sin vaksinasjonsstatus vere relevant og nødvendig. Tiltaket er derfor sakleg i forhold til alle arbeidstakarane. Det same utgangspunktet må gjelde dersom arbeidsgivar sitt formål er å hindre økonomisk tap som kan oppstå ved eit smitteutbrot på arbeidsplassen.

I nokre tilfelle vil det vere grunnlag for å skilje mellom ulike arbeidstakarar. Der arbeidsgivar berre skal innføre vaksinasjonskrav ovanfor ei gruppe tilsette, er det berre sakleg å kontrollere denne gruppa sin vaksinasjonsstatus. Til dømes er det i helsesektoren ulikt behov for å kartlegge vaksinasjonsstatusen til tilsette som driv med pasientkontakt enn tilsette med administrative oppgåver. Tilsvarande kan tenkast der ei verksemd driv i fleire land og har behov for å vite kven som kan reise til eit aktuelt land. Kontroll av vaksinasjonsstatus er då berre sakleg ovanfor

¹⁰⁸ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144-145.

dei tilsette som er aktuelle for reisa. Generelt betyr dette at der kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav skal rettast mot ein spesifikk del av verksemda eller ei spesifikk gruppe tilsette, vil det ikkje føreligge sakleg grunnlag ovanfor alle tilsette i verksemda.

At kontrolltiltaket må vere sakleg inneberer eit forbod mot usakleg forskjellsbehandling.¹⁰⁹ Kontroll av vaksinasjonsstatus vil som utgangspunkt rette seg mot alle arbeidstakarar, og er dermed ikkje ei usakleg forskjellsbehandling. Dersom tiltaket berre rettar seg mot ein del av verksemda eller ei spesifikk gruppe tilsette, vil dette vere fordi det ikkje er sakleg å rette tiltaket mot øvrige tilsette. Forskjellsbehandlinga kan då ikkje vere usakleg. Innføring av vaksinasjonskrav basert på vaksinasjonsstatus vil innebere ei forskjellsbehandling, men det er vanskeleg å sjå at denne er usakleg dersom ein først kjem til at kontrollen av vaksinasjonsstatus er sakleg.

3.3.3 Tiltaket må vere eigna og nødvendig for å nå det formål som er sett

I kravet om sakleg grunn ligg det eit krav om at tiltaket må vere eigna til å nå formålet som er satt.¹¹⁰ Det må i lenginga av dette vurderast om mindre inngripande tiltak kunne vore sett i verk med like god måloppnåing. Dersom dette er tilfelle, er det tvilsamt at man kjem til at tiltaket er sakleg grunnleggjande.¹¹¹

Dersom arbeidsgivar har ei lovbestemt plikt til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav, vil tiltaket vere eigna til å nå formålet. Som nemnd er dette ikkje aktuelt på skjæringstidspunktet. Dersom arbeidsgivar har som formål å sikre seg mot eit potensielt økonomisk tap, må arbeidsgivar sine risikovurderingar indikere at det økonomiske tapet kan unngåast ved kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring vaksinasjonskrav. Dersom arbeidsgivar sine vurderingar viser at det er usikkert om dei økonomiske tapane kan unngåast med tiltaket, vil det ikkje vere sakleg. Som nemnd vil heller ikkje hindring av økonomiske tap vere aktuelt på skjæringstidspunktet.

Formålet som er aktuelt på skjæringstidspunktet er det knytt til hindring av smitte på arbeidsplassen. Det er ikkje mogleg å generelt konkludere på om kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav vil vere eigna til å hindre smitte på arbeidsplassen, då det vil variere basert på dei konkrete tilhøva. Men som eit utgangspunkt er det likevel etter mitt syn naturleg å trekke den konklusjonen at når uvaksinerte utgjer ein større smitterisiko enn vaksinerte, vil også kontroll av vaksinasjonsstatus med sikte på å setje i verk vaksinasjonskrav kunne hindre smitte. Det er likevel berre eit utgangspunkt, arbeidsgivar må vurdere formålet konkret for si verksemd.

¹⁰⁹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145.

¹¹⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145.

¹¹¹ Fougner (2018) s. 352.

Som nemnd tidlegare vil kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav måtte sjåast i samanheng. Kor inngripande vaksinasjonskravet er, vil ha betydning for om kontroll av vaksinasjonsstatus er sakleg. Det er ei rekke ulike typar vaksinasjonskrav som kan vere aktuelle, og arbeidsgivar må derfor konkret vurdere kva vaksinasjonskrav som er tilstrekkeleg for å oppnå formålet som er sett. Eg vil kome nærare tilbake til kva innverknad vaksinasjonskravet vil ha på lovlegheita av kontrollen i underkapittel 3.5

At tiltaket skal vere så lite inngripande som mogleg, inneber at arbeidsgivar blant anna skal hente inn minst mogleg informasjon. Når arbeidsgivar sitt formål er å hindre smitte på arbeidsplassen, vil det som utgangspunkt vere tilstrekkeleg å vite om ein tilsett er vaksinert eller ikkje. Ved dokumentering av vaksinasjonsstatus, anten ved å vise journal, koronasertifikat eller informasjon frå Helse Noreg sine nettsider, vil ein få visse tilleggsopplysingar. Spørsmålet er om dette gjer tiltaket meir inngripande enn nødvendig. Det er vanskeleg å sjå at tilleggsinformasjonen, som kan vere vaksinasjonsdato eller vaksintype, vil gi kontrollen preg av å vere meir inngripande. Det sensitive er sjølve vaksinasjonsstatusen. Etter mitt syn vil derfor tilleggsinformasjonen ikkje gjere kontrollen meir inngripande enn nødvendig.

I relasjon til informasjonsmengda kontroll av vaksinasjonsstatus gir, kan dataminimeringsprinsippet i GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav c) få betydning. Dataminimeringsprinsippet krev at personopplysingane som samlast inn må vere "adekvate, relevante og begrenset til det som er nødvendig for formålene de behandles for". Det følgjer av GDPR fortalen punkt 39 at personopplysingar berre skal behandlast dersom formålet med behandlinga ikkje med rimelegheit kan oppnåast på annan måte. Det er altså eit krav om at opplysingane må vere nødvendige. Med mindre arbeidsgivar har behov for å vite kva vaksine ein har fått eller kva tid ein har fått den, vil denne informasjonen strengt tatt vere unødvendig. Når det ikkje er mogleg å skilje tilleggsinformasjonen frå vaksinasjonsstatusen må likevel totalen av informasjon reknast å vere nødvendig for gjennomføringa av kontrollen. Dataminimeringsprinsippet vil derfor etter mitt syn ikkje innebere ei avgrensing for behandlinga. Når det gjeld den etterfølgjande lagringa kan prinsippet setje ei avgrensing, slik at arbeidsgivar berre kan lagre informasjon om vaksinasjonsstatus, og må utelate å lagre tilleggsinformasjonen.

3.3.4 Krav om vedvarande saklegheit

Dersom arbeidsgivar har påvist eit sakleg grunnlag for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav, vil tiltaket kunne setjast i verk dersom det også er forholdsmessig. For arbeidsgivar er det viktig å hugse at kravet om saklegheit er eit krav om vedvarande saklegheit, som betyr at kontrolltiltaket må opphøyre eller reduserast dersom det ikkje lenger

er sakleg.¹¹² Dette har også ei viktig side til dataminimeringsprinsippet i GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav c), som krev at opplysingar ikkje skal lagrast lenger enn nødvendig.¹¹³ Det følgjer også av GDPR artikkel 5 nr. 1 bokstav e) at personopplysingar ikkje kan lagrast slik at det er mogleg å identifisere den registrerte, her arbeidstakar, i ein lenger periode enn kva formåla med handlinga tilseier.

Dette inneber at arbeidsgivar løpande må vurdere saklegheita av kontrolltiltaket. Dersom tiltaket ikkje opphøyrer eller reduserast når det ikkje lenger er sakleg, vil dette kunne innebere brot på arbeidsmiljølova og GDPR.

3.4 Kontrolltiltaket må vere forholdsmessig

3.4.1 Forhold som påverkar arbeidsgivar sitt behov for å iverksetje tiltaket

Kva behov arbeidsgivar har for å setje i verk eit kontrolltiltak vil variere ut frå tilhøva på det aktuelle tidspunktet og kva bransje ho er i. Når det gjeld kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er det fleire moment som spelar inn på arbeidsgivar sitt behov.

Kva bransje arbeidsgivar jobbar innanfor vil påverke hennar behov. Det er fleire forhold som kan spele inn og gjere ein bransje meir avhengig av å vite dei tilsette sin vaksinasjonsstatus enn andre bransjar. Nokon bransjar vil etter sin natur ha ein større risiko for smittespreiing og større risiko for alvorlege konsekvensar ved eit smitteutbrot, noko eg kjem tilbake til i punkt 3.5.2. Arbeidsgivar må derfor ta utgangspunkt i kva risikoforhold verksemda står ovanfor når den konkrete forholdsmessigheitsvurderinga gjennomførast.

Covid-19-pandemien er ein nasjonal og internasjonal krisesituasjon. Arbeidsgivar vil i slike krisesituasjonar presumptivt har eit større behov for å setje i verk meir inngripande tiltak ovanfor sine arbeidstakarar. Covid-19-pandemien har strekt seg over lang tid og den varierende smittesituasjonen, både nasjonalt og lokalt, har vist at behovet for inngripande tiltak kan variere.

Sentralt i arbeidsgivar si vurdering av behovet for å setje i verk kontrolltiltak er smittesituasjonen på det aktuelle tidspunktet. Kravet til medisinskfagleg grunngjeving i smittevernlova § 1-5 inneber at eit tiltak må sjåast i samheng med smittetrussel.¹¹⁴ Dette må også gjelde for arbeidsgivar sine tiltak, slik at dess lågare smittetrykket i samfunnet er, dess mindre behov vil det vere for å setje i verk inngripande kontrolltiltak på arbeidsplassen. Motsett vil eit høgare smittetrykk auke arbeidsgivar sitt behov for tiltak på arbeidsplassen. Kor høgt smittetrykket er, vil kunne variere ut frå geografisk område. Undervegs i pandemien har vi sett at smittetrykket i

¹¹² Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 145.

¹¹³ GDPR fortalen punkt 39.

¹¹⁴ Sjå punkt 2.4.1.

byane generelt har vore større enn på tettstadar. Enkeltstående lokalutbrot med store konsekvensar kan likevel oppstå. Arbeidsgivar må derfor vurdere behovet for å setje i verk kontrolltiltaket ut frå smittetrykket på den staden arbeidsplassen ligg.

Kor høg dekningsgrada av vaksinasjon i samfunnet er har også betyding. Dess høgare dekningsgrad, dess mindre sannsyn er det både for at det oppstår store smitteutbrot og for at dei som blir smitta får alvorleg sjukdomsforløp. Kva grad av beskyttelse vaksinene gir er også av sentral betyding. Dersom vaksinene beskyttar svært godt og det er høg dekningsgrad, er det lite sannsyn for smitteutbrot. Dersom vaksinene ikkje beskyttar godt og det er låg dekningsgrad, vil sannsynet for smitteutbrot vere vesentleg større. Ulike kombinasjonar av dekningsgrad og beskyttelsesgrad vil gi ulike behov.

Dersom arbeidsgivar si risikovurdering påvisa ein risiko for betydelege økonomiske tap ved smitteutbrot, vil det auke hennar behov for å setje i verk tiltak. Dess større sannsynet er for eit smitteutbrot, dess større er sannsynet for at det økonomiske tapet oppstår. Høgsterett har i Rt-1988-959 (Henki-dommen) anerkjent økonomisk tap som relevant for ei verksemd. Dommen omhandla oppseiing av ein HIV-smitta barkeeper, men har etter mitt syn moment som også vil vere relevant for ei verksemd sitt behov for å setje i verk eit kontrolltiltak. Det blei lagt til grunn at det ikkje kan forlangast at ei verksemd utset seg for tap som set det økonomiske grunnlaget, og dermed andre tilsette, i fare. Høgsterett godtok ikkje faren for det økonomiske tapet i dommen, då verksemda ikkje i tilstrekkeleg grad dokumenterte at tapet var nærliggande. Dette inneber at arbeidsgivar i tilstrekkeleg grad må dokumentere at eit økonomisk tap er ei nærliggande følge av eit smitteutbrot på arbeidsplassen, for at dette tapet skal kunne påverke hennar behov for kontrolltiltaket.

I løpet av covid-19-pandemien har myndigheitene innført nasjonale smittevernreglar gjennom covid-19-forskrifta, og lokale smittevernreglar gjennom lokale forskrifter. Fleire nasjonale restriksjonar var retta mot arbeidslivet, men desse er på skjæringstidspunktet oppheva. Dersom det blir innført slike nasjonale restriksjonar retta mot arbeidslivet på nytt, vil desse kunne auke arbeidsgivar sitt behov for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Tilsvarende vil gjelde for lokale restriksjonar retta mot arbeidslivet. Dette inneber at arbeidsgivar på tidspunktet kontrolltiltaket skal gjennomførast må vurdere kva krav som stillast etter nasjonale og lokale smittevernreglar.

Ved gjennomføring av smitteverntiltak må helsemyndigheitene bygge på medisinskfaglege grunngevingar gjort av kompetente myndigheiter, som til dømes Helsedirektoratet, FHI eller

smittevernoverlegar.¹¹⁵ Som utgangspunkt må arbeidsgivar sine vurderingar derfor også ta utgangspunkt i vurderingar som er gjort av kompetente helsemyndigheiter. Både nasjonale og lokale helsemyndigheiter har gjennom covid-19-pandemien gjort fortløpande vurderingar av kva tiltak det er grunnlag for å setje i verk basert på smittesituasjonen. Generelt har myndigheitene vore restriktive når det gjeld innføring av vaksinasjonskrav. Denne restriktive haldninga kjem fram av koronasertifikatet sitt avgrensa bruksområde.¹¹⁶ Også Helsedirektoratet sitt notat om arbeidsgivar sitt ansvar og moglege rom ovanfor uvaksinerte helsearbeidarar, gir ein klar indikasjon på at myndigheitene anser det å vere ein høg terskel for å setje i verk tiltak som i realiteten inneber eit vaksinasjonskrav.¹¹⁷ Arbeidsgivar burde derfor også legge til grunn ein høg terskel for si vurdering av om kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er lovleg.

Helsemyndigheitene kan ved seinare tilhøve velje å gjere nye vurderingar, og basert på desse innføre vaksinasjonskrav i arbeidslivet. Dette vil påverke arbeidsgivar sitt handlerom. Dersom vaksinasjonskrav blir innført frå helsemyndigheitene si side, vil arbeidsgivar ha direkte grunnlag for å kontrollere vaksinasjonsstatusen til dei tilsette. Generalklausulen i arbeidsmiljølova § 9-1 vil fortsatt gjelde, men eventuelle konkrete reglar gitt av myndigheitene vil reknast å vere *lex specialis*, og dermed få direkte betyding for tolkinga av vilkåra i § 9-1. Dei vil då få betyding for kva som reknast som sakleg og forholdsmessig.

3.4.2 Forhold som påverkar arbeidstakar sitt behov for vern mot det inngrep tiltaket representera

For kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er det også fleire moment som spelar inn på arbeidstakar sitt behov. Kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav vil vere inngripande. Arbeidstakar sitt behov for vern av personopplysingar og personleg integritet vil, i tillegg til kor inngripande vaksinasjonskravet er, vere sentralt i vurderingane av kva belastning og ulempe kontrollen medføra for arbeidstakarane.

Kontroll av arbeidstakarar sin vaksinasjonsstatus vil vere eit inngrep i arbeidstakarane sin rett til privatliv etter EMK artikkel 8, då arbeidstakarane må gi frå seg sensitive helseopplysingar. Dersom vaksinasjonsnekten er grunnlagt i religion eller anna beskytta overbevising, vil kontrollen vere eit inngrep i retten til tanke-, samvits- og religionsfridom etter EMK artikkel 9.

Kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav kan skape vaksinasjonspress blant arbeidstakarane, og har derfor eit underliggende tvangselement. Å ta vaksine er som den

¹¹⁵ Smittevernlova § 1-5.

¹¹⁶ Sjå punkt 2.4.2.

¹¹⁷ Helsedirektoratet (2021) s. 2.

klare hovudregel frivillig. Dersom det knytast negative sanksjonar til å ikkje vere vaksinert, oppstår spørsmålet om vi i realiteten står ovanfor ein form for tvangsvaksinering. EMD har vurdert eit liknande spørsmål i *Vavříčka and others v. The Czech Republic*. Spørsmålet for EMD var om utestenging av barn som ikkje var vaksinert i samsvar med ei lovfesta plikt, var eit brot på EMK artikkel 8 og artikkel 9. EMD konkluderte med at dei negative sanksjonane som følgde av den manglande vaksineringa, ikkje kunne skiljast frå den underliggande lovfesta vaksinasjonsplikta.¹¹⁸ Sjølv om det ikkje hadde skjedd ei fysisk tvangsvaksinering, var dei direkte konsekvensane av at vaksinering ikkje hadde skjedd eit brot på EMK artikkel 8.¹¹⁹ Overført til denne oppgåva inneber dette at dei negative sanksjonane ved manglande vaksinering, altså vaksinasjonskrava, er eit inngrep i EMK artikkel 8. Etter mitt syn er det likevel tvil om ein kan kalle dette tvangsvaksinering. Uavhengig av kva man kallar det, vil tvangslementet som oppstår vere tilstrekkeleg for å slå fast at både kontrollen av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er eit inngrep i privatlivet etter EMK artikkel 8. I den grad vaksinasjonsnekten er grunnlagt i religion eller anna beskytta overbevising, vil det også vere eit inngrep i EMK artikkel 9.

Både kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er altså eit inngrep i rettane i EMK artikkel 8 og artikkel 9. Arbeidsgivar må derfor påvise at inngrepet er lovleg etter unntaksheimlane i dei to artiklane sitt andre ledd. Som vist tidlegare vil lovskravet i EMK vere oppfylt. Kva formålet til arbeidsgivar er vil variere, men dei formåla trekt fram i punkt 3.3 vil vere legitime. Det avgjerande er om inngrepet er proporsjonalt. Proporsjonalitetsvurderinga vil i stor grad samsvare med forholdsmessigheitsvurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1. Inngrepet sin art vil derfor få sentral betydning. Dette inneber at kva type vaksinasjonskrav som blir innført står sentralt. Dess meir alvorleg og inngripande vaksinasjonskravet er, dess større behov krevjast på arbeidsgivar si side. Eg vil gå nærare inn på den konkrete proporsjonalitetsvurderinga og betydninga av ulike vaksinasjonskrav i underkapittel 3.5.

Som vist i punkt 2.1.2 har arbeidstakar rett på eit fullt forsvarleg psykososialt arbeidsmiljø. I kravet ligg det ein rett til vern av integritet og verdigheit, jf. arbeidsmiljølova § 4-3 første ledd. Dette vernet inneber eit generelt krav om respekt for arbeidstakarar sin eigenverd.¹²⁰ Både kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav vil kunne påverke arbeidstakarar sitt psykososiale arbeidsmiljø, noko som aukar arbeidstakar sitt behov for vern.

Kva behov arbeidstakar har for vern vil også auke med omfanget av personopplysingar som blir henta inn i samband med kontrolltiltaket. Dess fleire personopplysingar som behandlast, dess

¹¹⁸ *Vavříčka and others v. The Czech Republic* avsnitt 258-261.

¹¹⁹ *Vavříčka and others v. The Czech Republic* avsnitt 263.

¹²⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 101.

meir inngripande vil kontrollen vere. Som vist i underkapittel 3.3.3 er det ikkje mogleg å skilje informasjon om vaksinasjonsstatus frå annan tilleggsinformasjon. Denne tilleggsinformasjonen får derfor ikkje betydning i forholdsmessigheitsvurderinga ved innhentinga av informasjonen, men kan få betydning for lagringa.

Kva konsekvensar manglande etterleving av pålegg frå arbeidsgivar om å dokumentere vaksinasjonsstatus vil få for arbeidstakar, har betydning i forholdsmessigheitsvurderinga. Dess meir alvorlege potensielle konsekvensar, dess større behov vil arbeidstakar ha for vern av sine interesser. Arbeidsmiljølova § 9-1 har ingen direkte regulering av kva manglande etterleving av kontrolltiltaket vil innebere for arbeidstakar. I førearbeida er det derimot lagt til grunn at dette skal sjåast som misleghald av arbeidskontrakta og at det skal vurderast etter alminnelege reglar om misleghald av arbeidsplikter.¹²¹ Eit formelt misleghald av arbeidskontrakta kan i verste fall føre til oppseiing av arbeidstakaren. Dette vil vere eit svært alvorleg utfall og inneber at ein må stille strengare krav til arbeidsgivar sitt behov. Eit slikt alvorleg utfall vil også auke det vaksinasjonspresset som tidlegare er nemnd.

3.5 Retningslinjer for den konkrete vurderinga med særleg fokus på utvalde typetilfelle

3.5.1 Arbeidsgivar og arbeidstakar sine behov med utgangspunkt i covid-19-situasjonen på skjæringstidspunktet

Eg vil i alle punkta i dette underkapittelet ta utgangspunkt i at arbeidsgivar sitt formål med kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er å hindre smitte på arbeidsplassen. Som vist i underkapittel 3.3 er det å hindre smitte på arbeidsplassen på skjæringstidspunktet eit sakleg formål i seg sjølv, ovanfor den enkelte arbeidstakar og det er forankra i verksemda. Etter mitt syn er også kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav som utgangspunkt eigna til å nå formålet om å hindre smitte på arbeidsplassen. Dette inneber at vilkåret om sakleg grunn som utgangspunkt er oppfylt. Det avgjerande er dermed forholdsmessigheitsvurderinga.

Det avgjerande i forholdsmessigheitsvurderinga er om ein etter ei heilskapsvurdering kjem til at arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk tiltaket, veg tyngre enn arbeidstakar sitt behov for vern mot det inngrepet tiltaket representerer. Gjennomgangane i punkt 3.4.1 og 3.4.2 viser at det er mange forhold som kan spele inn både på arbeidsgivar og arbeidstakar si side. Ein generell konklusjon på om arbeidsgivar lovleg kan kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav er derfor ikkje mogleg å trekke.

¹²¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 144.

På skjæringstidspunktet ser vi ein aukande smittetrend. Det meldast om godt over 1000 nye smittetilfelle kvar dag.¹²² Når ein samanliknar dette med andre tidspunkt i pandemien, er det klart at vi kan sei at smittetrykket på skjæringstidspunktet er relativt høgt. Arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk kontroll av vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav vil dermed vere auka i forhold til kva det har vore på tidspunkt med lågare smittetrykk.

Statistikk viser at 91% av den vaksne befolkninga på skjæringstidspunktet er vaksinert med ein vaksinedose, medan 87% er vaksinert med to vaksinedosar. Totalt er 78% av heile Noregs befolkning vaksinert med minst ein vaksinedose per 31. oktober 2021.¹²³ I utgangspunktet vil ei høg dekningsgrad innebere at vi oppnår flokkimmunitet. Kor høg dekningsgrada må vere for å oppnå slik flokkimmunitet mot covid-19 er likevel ikkje klart. Statistikken viser at det er høg dekningsgrad blant den vaksne befolkninga, men noko lågare dekningsgrad i heile befolkninga. Det er den vaksne befolkninga som utgjer det store fleirtalet av arbeidstakarar, og på skjærings-tidspunktet kan ein derfor slå fast at dekningsgrada er høg. Slik høg dekningsgrad vil redusere arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk kontroll av vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav, då sannsynet for eit stort smitteutbrot som utgangspunkt er redusert. Høg dekningsgrad vil som utgangspunkt også påverke kor farleg vi kan sei covid-19-sjukdomen er, då fullvaksinerte generelt har lågare sannsyn for å få alvorleg sjukdomsforløp. Ein generell minke i faregrad vil også redusere arbeidsgivar sitt behov.

Likevel er det forhold som gjer at arbeidsgivar sitt behov ikkje blir redusert i så stor grad som ovannemnde forhold tilseier. FHI sin vekerapport for veke 43 viser at smitta enda når fram til dei i samfunnet vårt som er mest utsatt for alvorleg sjukdom.¹²⁴ På skjæringstidspunktet er dei mest utsette i samfunnet dei uvaksinerte, men også eldre som er fullvaksinerte. Det er lenge sidan dei fekk sine to vaksinedosar, og effektiviteten av vaksinene har vorte redusert over tid. Statistikk over nyinnlagde på sjukehus viser at 33 var uvaksinerte og 60 var fullvaksinerte.¹²⁵ Det er altså nesten dobbelt så mange fullvaksinerte som blir innlagd. Samstundes må ein hugse at det er langt fleire vaksinerte personar i befolkninga enn uvaksinerte. Dette betyr at dersom vi ser på antall innlagde personar i forhold til kor mange som er vaksinert eller kor mange som er uvaksinert, vil vi få eit større forholdstal på dei uvaksinerte si side. Vidare kjem det fram av FHI sin rapport at antal dødsfall generelt aukar.¹²⁶ Dette viser at covid-19-sjukdomen til tross for høg dekningsgrad fortsatt er ein alvorleg og farleg sjukdom. For arbeidsgivar vil det innebere eit auka behov for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav.

¹²² FHI (2021e).

¹²³ FHI (2021a) s. 41.

¹²⁴ FHI (2021a) s. 3.

¹²⁵ FHI (2021a) s. 3.

¹²⁶ FHI (2021a) s. 3.

Kor stor vekt arbeidstakar sitt vern av privatliv og personleg integritet har, vil også variere ut frå den gjennomgatte smittesituasjonen. Som nemnd i punkt 3.4.2 vil både kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav vere inngrep i EMK artikkel 8, og eg vil nedanfor forsøke å fastlegge vekta av arbeidstakar sitt vern ut frå covid-19-situasjonen på skjæringsstidspunktet. Sentralt ved denne fastlegginga er EMD-praksis der spørsmål om menneskerettane og vaksinasjon har vore oppe til vurdering.

Den nyaste dommen er den ovannemnde *Vavříčka and others v. The Czech Republic*. Klagarane hadde i saka påberopt seg retten til sjølvbestemmelse, og på vegne av barna påberopte dei seg retten til utvikling. I vurderinga av om inngrepet i privatlivet var lovleg, la EMD vekt på at vaksinasjon har ein solidaritetsverdi. EMD trakk fram dei i samfunnet som er særleg utsett og som er avhengig av flokkimmunitet, då dei ikkje kan vaksinere seg sjølv. Dei peika vidare på at dei fleste kan vaksinere seg utan at det inneber ein stor risiko.¹²⁷ EMD vektla også at påverknaden på barna si personlege utvikling var avgrensa, då det ikkje var noko vaksinasjonsplikt når dei starta på obligatorisk skule.¹²⁸ Dei negative sanksjonane sin mellombelse karakter var altså av betydning. EMD kom til at det ikkje var eit brot på EMK artikkel 8.

EMD vurderte også vaksinasjon i relasjon til EMK artikkel 8 i *Solomakhin v. Ukraina*. Saka handla om ein person som vart vaksinert mot si vilje i samband med ein sjukehusinnleggelse. Klagaren påberopte seg at tvangsvaksineringa var eit brot på vedkomande sin fysiske integritet. Domstolen kom likevel til at tvangsvaksinasjonen kunne rettferdiggjeras ut frå omsynet til den allmenne folkehelsa. Det blei vektlagt at helsepersonell hadde forsikra seg om at vaksinasjon ikkje ville ha negative konsekvensar. Vidare såg EMD nødvendigheita av å kontrollere smittsame sjukdomar som viktigare.¹²⁹ Heller ikkje dette tilfellet var sett som eit brot på artikkel 8.

I dei gjennomgatte dommane vektlegg EMD omsyna til den allmenne folkehelsa tungt. EMD konkluderte i begge dommane med at fellesskapet si interesse knytt til vaksinasjon vegde tyngre enn enkeltpersonen si interesse i å ikkje la seg vaksinere. Det som skil dommane frå problemstillinga i denne oppgåva, er at det ikkje var tale om ein pågåande pandemi. I *Vavříčka and others v. The Czech Republic* var det snakk om sjukdomar som tuberkulose og hepatitt, medan det i *Solomakhin v. Ukraina* var snakk om eit lokalt utbrot av sjukdomen difteri. At vi no står ovanfor ein pågåande pandemi og smittetrykket er høgt, kan gjere behovet for inngripande tiltak større enn kva det var i dei aktuelle dommane. Det som også er av betydning her er at vaksinasjonskrav vil vere mellombelse, då vi må anta at smittetrykket på eit tidspunkt vil gå ned.

¹²⁷ *Vavříčka and others v. The Czech Republic* avsnitt 279, 288 og 306.

¹²⁸ *Vavříčka and others v. The Czech Republic* avsnitt 307.

¹²⁹ *Solomakhin v. Ukraina* avsnitt 36.

Eit anna forhold som skil dommane frå oppgåva si problemstilling, er at vaksine det var snakk om var godt utprøvd og hadde svært liten risiko ved seg. Covid-19-vaksinene er ikkje like godt utprøvd og bygger på ny teknologi. Dette gjer at dei generelt har større risiko ved seg. Kva risiko vaksinasjon inneber var vektlagt av EMD, og denne forhøga risikoen ved covid-19-vaksinene samanlikna med meir utprøvde vaksiner må derfor innebere at arbeidstakar sitt behov for vern står sterkare.

Norges institutt for menneskerettar (NiM) har gjort ein menneskerettsleg analyse av vaksinasjon og menneskerettar. Ved utarbeidinga av analysen har dei gjennomgått relevant EMD-praksis. Denne gjennomgangen viste at EMD aldri har kome til at tvangsvaksinasjon eller obligatorisk eller påkrevja vaksinasjon er eit brot på EMK.¹³⁰ EMD er med andre ord ikkje restriktiv i sin praksis. Dette gir klare indikasjonar på at der arbeidsgivar sitt behov for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav er tungtvegande og bygger på omsynet til den allmenne folkehelsa, vil det vere større rom for å gjere inngrep i arbeidstakarane sitt privatliv etter EMK artikkel 8.

Dei gjennomgatte dommane omhandla situasjonar der myndigheitene hadde innført krav om vaksinasjon og restriksjonar ved manglande vaksinasjon. Vi står på skjæringstidspunktet overfor ein situasjon der myndigheitene verken har innført krav til vaksinasjon eller restriksjonar ved manglande vaksinasjon. At myndigheitene ikkje har innført særskilte krav til vaksinasjon i arbeidslivet tydar på at det inngrep i arbeidstakarane sitt privatliv som slike krav vil innebere, ikkje på skjæringstidspunktet kan rettferdiggjeras av allmenne folkeomsyn.

Som nemnd i punkt 3.4.2 kan kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav også vere eit brot på EMK artikkel 9. NiM har i den ovannemnde menneskerettslege analysen kome til at det basert på EMD-praksis er lite truleg at vaksinasjonsplikter som gjeld på tvers av ulike grupper si religiøse overbevising vil vere eit inngrep etter EMK artikkel 9.¹³¹ EMD har også i saka *Jehovas Witness v. Russia* uttalt at retten til sjølvbestemmelse kan fråvikast dersom det er for å beskytte tredjepartar. Obligatorisk vaksinerings under ein epidemi er nytta som eksempel på kva tid det kan vere grunnlag for å fråvike religionsfridomen.¹³² I *Vavříčka and others v. The Czech Republic* kom EMD til at vaksinemotstand ikkje er ein beskytta rett etter EMK artikkel 9.¹³³ Det er derfor lite truleg at arbeidstakarane kan påberope seg tanke-, trus-,

¹³⁰ NiM (2021) punkt 2.5.

¹³¹ NiM (2021) punkt 2.3.

¹³² *Jehovas Witness v. Russia* avsnitt 136.

¹³³ *Vavříčka and others v. The Czech Republic* avsnitt 335.

og religionsfridomen for å sei at kontroll av vaksinasjonsstatus og innføring av vaksinasjonskrav er uforholdsmessig.¹³⁴

3.5.2 Generelle retningslinjer for utvalde bransjar med utgangspunkt i covid-19-situasjonen på skjæringstidspunktet

Som nemnd i punkt 3.4.1 vil kva bransje arbeidsgivar si verksemd tilhøyrrer ha betyding for kva behov ho har for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Eg vil nedanfor trekke fram tre ulike bransjar.

I helsesektoren jobbar arbeidstakarane ofte med sårbare pasientar og det er tett kontakt mellom arbeidstakarane og pasientane. Det er arbeidstakarar i helsesektoren som jobbar med meir administrative oppgåver, og som dermed ikkje har noko pasientkontakt. Slike tilsette kan samanliknast med dei i vanlege kontorbransjar, sjå nedanfor. Når eg i det vidare omtalar helsesektoren, siktast det til arbeidstakarar med pasientkontakt.

Arbeidsgivar vil i helsesektoren både ha eit ansvar for å hindre smitte på arbeidsplassen, men også ha ei plikt til å sørge for at helsetenesta til pasientane er forsvarleg. Debatten rundt kontroll av helsepersonell sin vaksinasjonsstatus starta for fullt etter ei rekke smitteutbrot på helseinstitusjonar i løpet av hausten 2021. Særleg eskalerte debatten då ein brukar på eldreheim døydde av covid-19 etter å ha blitt smitta av ein uvaksinert helsearbeidar. Den uvaksinerte helsearbeidaren smitta totalt seks brukarar, og tre av desse vart innlagt på sjukehus.¹³⁵ Helse- og omsorgsdepartementet uttalte i samband med utarbeidinga av reglane om koronasertifikat at det er høve til å spørje helsepersonell om vaksinasjon.¹³⁶ Helsedirektoratet har også i notatet om arbeidsgivar sitt ansvar og moglegheitsrom ovanfor uvaksinerte påpeika at det ikkje er akseptabelt å utsetje pasientar og andre for smitterisiko på arbeidsplassen. Det blir opna for at ein kan be om vaksinasjonsstatus, og det blir peika på at det ofte vil vere nødvendig for å kartlegge kva etterfølgjande tiltak ein burde setje i verk.¹³⁷

Smittesituasjonen på skjæringstidspunktet inneber at arbeidsgivar med tilsette som arbeida med sårbare pasientar har eit særleg ansvar. Risikoen for at både uvaksinerte og vaksinerte pasientar blir smitta er endå til stades, og sannsynet for at det er uvaksinerte arbeidstararar som er smit-

¹³⁴ Merk at det kan tenkast at vaksinasjonskrav som forskjellsbehandla dei tilsette kan utgjere diskriminering dersom forskjellsbehandlinga er usakleg. Når det truleg ikkje vil vere eit inngrep i EMK artikkel 9 er det likevel vanskeleg å sjå at det skal utgjere ei usakleg forskjellsbehandling etter anna diskrimineringsregelverk. Dette vil eg ikkje gå nærare inn på i oppgåva.

¹³⁵ Vevang (2021).

¹³⁶ Prop.203 LS (2020-2021) s. 46.

¹³⁷ Helsedirektoratet (2021) s. 2.

tebærer er stor. Når konsekvensane potensielt er fatale, er arbeidsgivar sitt behov for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav stort. Det er tungtvegande allmenne omsyn på arbeidsgivar si side. Dei særleg utsette pasientane har ofte ingen moglegheit til å sjølv beskytte seg mot potensiell smitte, slik at arbeidsgivar sitt ansvar blir særleg stort. I slike tilfelle vil arbeidsgivar sitt behov for å gjennomføre kontrollen vege tyngre enn arbeidstakaren sitt behov for vern av privatliv og personleg integritet. Etter mitt syn er det derfor vidt høve til å kontrollere vaksinasjonsstatus og setje i verk vaksinasjonskrav i helsesektoren.

På det vi kan kalle kontorarbeidsplassar vil det generelt vere mindre fare for smittespreiing. Det er ikkje same kontakta mellom arbeidstakarane og tredjepersonar som det er i helsesektoren, og arbeidsgivar vil ikkje ha same ansvaret for ei særleg sårbar og utsett gruppe. Risikoen for alvorlege konsekvensar vil også vere vesentleg lågare. Ein vil gjerne ha nokon felles kontaktflater, men ofte har arbeidstakarane ein fast arbeidsplass der ein er mesteparten av tida. Basert på dagens smittesituasjon og dekningsgrad, vil ikkje arbeidsgivar ha det same behovet for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav som i helsesektoren. Det som potensielt kan auke arbeidsgivar sitt behov, er dersom verksemda ville stått ovanfor betydelege økonomiske tap ved eit smitteutbrot. Det er likevel vanskeleg å sjå at økonomiske tap på skjærings-tidspunktet vil kunne bli betydelege dersom det skjer eit smitteutbrot på ein ordinær kontorarbeidsplass. Arbeidstakarane sitt behov for vern av privatlivet og personleg integritet vil derfor vege tyngre. Det er ikkje utenkeleg at arbeidsgivar sine tilsette på ein kontorarbeidsplass til dømes kan ha slik kontakt med tredjepersonar at hennar behov for å innføre kontroll vil auke tilstrekkeleg, slik at det veg tyngre enn arbeidstakarane sine interesser. Likevel tilseier ikkje skjærings-tidspunktet sin smittesituasjon at det på generelt grunnlag er høve til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav på kontorarbeidsplassar.

I cruiseskip-bransjen er det andre omsyn som vil gjere seg gjeldande enn både i helsesektoren og på kontorarbeidsplassar. På cruiseskip vil mange passasjerar vere samla på eit avgrensa område over lenger tid. Det vil ofte vere tett kontakt mellom tilsette, som gjerne bur saman på same lugar i tillegg til å jobbe saman. Det er også tidvis tett kontakt mellom tilsette og passasjerar, då dei tilsette står for blant anna matlaging og reinhald. Eit smitteutbrot kan raskt spreie seg samanlikna med smitte på ein kontorarbeidsplass, og konsekvensane kan raskt bli store. Dette såg vi blant anna under smitteutbrotet på Hurtigruta sommaren 2020 der totalt 71 personar blei smitta av covid-19.¹³⁸ Ved smitteutbrot på eit cruiseskip kan det også ta lenger tid før ein får helsehjelp dersom ein utviklar eit alvorleg sjukdomsforløp. Slik risiko vil innebere eit auka behov på arbeidsgivar si hand.

¹³⁸ Malmo (2020).

Smitteutbrotet på Hurtigruta skjedde likevel på eit tidspunkt då ingen var vaksinert, og det må vere klart at risikoen for slike store utbrot var langt større enn kva den er på skjæringstidspunktet. Det vil også spele inn i vurderingane er at mykje av smitterisikoen ikkje vil kome frå arbeidstakarane. Alle passasjerane vil også utgjere ein smittefare, og statistisk sett vil dei også utgjere ein større smittefare då det generelt vil vere fleire passasjerar enn tilsette. Tvil om effektiviteten av eit kontrolltiltak frå arbeidsgivar si side vil spele inn i forholdsmessigheitsvurderinga i arbeidsgivar sin disfavour. Det er likevel klart at den generelle smitterisikoen er høgare enn i kontorbransjen, og konsekvensane ved eit utbrot kan bli større enn på ein kontorarbeidsplass. Etter mitt syn vil det på skjæringstidspunktet i somme tilfelle vere høve til å kontrollere vaksinasjonsstatusen til dei tilsette i cruiseskipbransjen, men lovlegheita vil særleg avhenge av kor inngripande det etterfølgjande vaksinasjonskravet er.

Det er eit særskilt forhold i cruiseskip-bransjen som kan nemnast. Ofte vil cruiseskip reise over landegrenser. Dersom skipet skal til eit land med spesielle krav til vaksinasjon, kan det vere nødvendig for arbeidsgivar å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus for å vite om desse kan arbeide på den aktuelle reisa. Etter mi meining burde arbeidsgivar i slike tilfelle ha høve til å kartlegge vaksinasjonsstatus. Det er også truleg at arbeidstakarane her vil ha ei eigainteresse i å informere arbeidsgivar om vedkomande er uvaksinert, dersom arbeidstakar veit at ho ikkje har tilstrekkeleg dokumentasjon til å komme inn i visse land, og dette er nødvendig for at ho kan gjennomføre sine arbeidsoppgåver.

3.5.3 Kontroll av vaksinasjonsstatus for å sikre at uvaksinerte nyttar særskilt beskyttelsesutstyr

Krav om bruk av beskyttelsesutstyr kan variere i art, slik som krav om bruk av munnbind, hanskar eller visir. Som utgangspunkt vil eit slikt vaksinasjonskrav vere av mindre inngripande art. Den einaste reelle forskjellen frå ein vanleg arbeidskvardag er at uvaksinerte arbeidstakarar må bruke det pålagte beskyttelsesutstyret i tråd med arbeidsgivar sine reglar. Arbeidstakar kan fortsatt møte på arbeidsplassen som vanleg og utføre sine arbeidsoppgåver. Det som kan gi krav om bruk av beskyttelsesutstyr eit meir inngripande preg, er at tiltaket vil synleggjere kven som er vaksinert og ikkje. Dette kan opplevast som ubehageleg og skape grunnlag for stigmatisering av dei uvaksinerte arbeidstakarane. Som nemnd tidlegare har arbeidsgivar ei plikt til å sørge for at alle arbeidstakarar, inkludert uvaksinerte, har eit godt psykososialt arbeidsmiljø. Tiltak som inneber ubehag og stigmatisering vil presumptivt svekke dei berørte sitt psykososiale arbeidsmiljø.

I helsesektoren er behovet for å sikre arbeidstakarar og pasientar som nemnd ovanfor stort. Beskyttelsesutstyr vil vere lett tilgjengeleg for arbeidsgivar, og det kan skape større tryggleik blant både tilsette, pasientar og pårørande. Som vist i punkt 3.5.2 er det etter mitt syn generelt eit vidt høve til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav i helsesektoren.

Eit så lite inngripande tiltak som pålegg om bruk av beskyttelsesutstyr for uvaksinerte vil ikkje endre denne forholdsmessigheitsvurderinga. Helsedirektoratet har også uttalt at bruk smittevernustyr kan påleggast arbeidstakarar som jobbar med særleg sårbare pasientar og det er nødvendig med forsterka tiltak.¹³⁹ Effektiviteten av beskyttelsesutstyret kan tenkast å påverke avveginga. Helsemyndigheitene tok i starten av pandemien til orde for at bruk av munnbind ikkje var aktuelt då mange brukar det feil og effektiviteten ikkje er tilstrekkeleg. Det er grunn til å anta at helsepersonell har kompetanse til å nytte beskyttelsesutstyr på korrekt måte. Etter mitt syn kan derfor arbeidsgivar i helsesektor kontrollere vaksinasjonsstatusen til tilsette som jobbar med pasientar med sikte på å innføre eit krav om bruk av beskyttelsesutstyr.

På kontorarbeidsplassar vil vurderingane slå annleis ut. Arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk kontroll av vaksinasjonsstatus er som utgangspunktet lågare enn arbeidstakar sitt behov for vern av privatliv og personleg integritet. Det at bruk av beskyttelsesutstyr i utgangspunktet er lite inngripande vil ikkje endre denne avveginga. Særleg at bruk av beskyttelsesutstyr kan skape ubehag og grunnlag for stigmatisering talar for dette. Når det gjeld effektiviteten av tiltaket er det også meir grunn til å vektlegge at det har vore debattert at mange brukar utstyret feil. Generelt har ikkje arbeidstakarar på kontorarbeidsplassar same kompetanse når det gjeld bruk av beskyttelsesutstyr som arbeidstakarar i helsesektoren. Etter mitt syn vil arbeidsgivar ikkje lovleg kunne gjennomføre kontroll av vaksinasjonsstatus med sikte på å innføre krav om bruk av beskyttelsesutstyr i kontorbransjen. Ein generell auke i smittetrykket kan auke arbeidsgivar sitt behov, og den potensielt manglande effektiviteten og ubehaget som er påpeikt ovanfor vil då ikkje ha same vekt.

I cruiseskip-bransjen har arbeidsgivar generelt eit større behov for å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav enn kva som er tilfelle i kontorbransjen. Det at krav om bruk av beskyttelsesutstyr er eit lite inngripande tiltak, kan tale for at kontrolltiltaket burde vere lovleg. Likevel vil det faktum at bruk av beskyttelsesutstyr kan skape ubehag og grunnlag for stigmatisering av uvaksinerte arbeidstakarar, auke arbeidstakaren sitt behov for vern. Dersom beskyttelsesutstyret arbeidsgivar vil pålegge dei tilsette å bruke er munnbind, vil også tvilen knytt til effektivitet kunne innebere at arbeidstakar sitt behov for vern vege tyngst. Etter mitt syn må likevel bruk av beskyttelsesutstyr reknast som eit så lite inngripande vaksinasjonskrav at tiltaket kan vere aktuelt i cruiseskip-bransjen.

3.5.4 Kontroll av vaksinasjonsstatus for å sikre at uvaksinerte ikkje oppheld seg på arbeidsplassen

Uttestenging frå arbeidsplassen vil truleg vere eit effektivt vaksinasjonskrav, då det er større sannsyn for at uvaksinerte tek med seg smitte inn på arbeidsplassen. Bruk av heimekontor har

¹³⁹ Helsedirektoratet (2021) s. 2.

vore eit sentralt verkemiddel for myndigheitene gjennom pandemien, og det har vist seg å vere eit veldig effektivt tiltak for å hindre smittespreiing. Det er klart at det å bli utestengt frå arbeidsplassen er eit svært inngripande tiltak. Tilgang til det sosiale miljøet ein arbeidsplass byr på vil vere viktig for mange arbeidstakarar sin velferd. Kontakt og kommunikasjon er ein viktig del av det psykososiale arbeidsmiljøet, og arbeidsgivar har ei plikt til å legge til rette for dette, jf. arbeidsmiljølova § 4-3 andre ledd. Dette kravet kom inn i lova for å unngå sosial isolasjon i arbeidet.¹⁴⁰ Det er i førearbeida til arbeidsmiljølova lagt til grunn at aleinearbeid i nokon konkrete tilfelle overhovudet ikkje er tillatt.¹⁴¹ Dette gir uttrykk for at aleinearbeid reknast å vere særleg belastande. Utestenging frå arbeidsplassen inneber at uvaksinerte arbeidstakarar vil bli fråtatt moglegheita for fysisk kontakt og kommunikasjon. Dersom nokon arbeidstakarar blir utestengt frå arbeidsplassen, medan andre ikkje blir det, kan dette også skape spekulasjon rundt årsaken til utestenginga. Det er sannsynleg at andre vil skjøne at utestenginga kjem på grunn av manglande vaksinasjon, sjølv om det ikkje er synleg på same måte som ved bruk av beskyttelsesutstyr. Forholda knytt til ubehag og stigmatisering som er nemnd ovanfor vil også til ein viss grad vere relevant her.

Fysisk kontakt og kommunikasjon mellom arbeidstakar kan erstattast med digital kontakt og kommunikasjon. Dette betyr at uvaksinerte arbeidstakarar ikkje står ovanfor ein fullstendig sosial isolasjon. Det som også kan tenkast å gjere utestenging frå arbeidsplassen til eit mindre inngripande tiltak er at det som utgangspunkt er mellombels. Ei permanent utestenging frå arbeidsplassen er ikkje aktuelt. Det er likevel vanskeleg å sjå kor lenge pandemien kjem til å vare. Det faktum at det nærma seg to år sidan utbrotet i Noreg og vi enda når nye smittetoppar, tydar på at det ikkje er gitt at tiltaket er mellombels likevel. Det er dermed klart at utestenging frå arbeidsplassen som vaksinasjonskrav vil vere svært inngripande. Det er tenkeleg at nokon vil oppleve utestenging frå arbeidsplassen som eit mindre inngripande tiltak enn krav om bruk av beskyttelsesutstyr, men på generelt grunnlag vil utestenging reknast som eit langt meir inngripande tiltak. Det krevjast altså eit stort behov på arbeidsgivar si side for at dette vaksinasjonskravet skal kunne setjast i verk på bakgrunn av vaksinasjonsstatus.

Utestenging frå arbeidsplassen vil for dei fleste arbeidsgivarar berre vere aktuelt dersom arbeidsoppgåvene til arbeidstakaren tillet dette. Dersom dette ikkje er tilfellet, vil ei utestenging i realiteten bety ei mellombels permittering. Dette er eit anna vaksinasjonskrav som eg ikkje vil gå nærare inn på i denne oppgåva. Dette betyr at for helsepersonell som jobbar med pasientar og dei som jobbar på cruiseskip vil utestenging frå arbeidsplassen ikkje vere eit relevant vaksinasjonskrav, då deira arbeidsoppgåver krev tilgang til arbeidsplassen.

¹⁴⁰ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 100.

¹⁴¹ Ot.prp.nr.49 (2004-2005) s. 100.

Utestenging kan vere aktuelt på kontorarbeidsplassar. Her vil arbeidstakarane ofte kunne gjere arbeidet sitt til dømes frå heimekontor. Som nemnd er det ikkje særleg stort høve for arbeidsgivar å kontrollere vaksinasjonsstatusen til dei tilsette. Arbeidstakar sitt behov for vern av privatliv og personleg integritet veg tungt her. Utestenging frå arbeidsplassen er også som nemnd eit svært inngripande tiltak. Dette vaksinasjonskravet vil derfor på skjæringstidspunktet ikkje vere lovleg for arbeidsgivar på vanlege kontorarbeidsplassar.

Med ein auke i smitte i samfunnet vil det bli større behov for og større rom for kontroll av vaksinasjonsstatus. Dette vil vidare gi eit større rom for å setje i verk inngripande tiltak. Dersom covid-19 situasjonen utviklar seg slik at helsemyndigheitene igjen innføra eit pålegg om heimekontor, vil vurderingane kunne bli annleis. I slike tilfelle har kompetente myndigheiter vurdert smittesituasjonen slik at heimekontor vil vere nødvendig for å hindre smitte i samfunnet. Då kan utestenging frå arbeidsplassen vere lovleg, og det vil vere i tråd med formålet med koronasertifikat å opne for at vaksinererte likevel kan kome på arbeidsplassen.¹⁴²

3.5.5 Kontroll av vaksinasjonsstatus for å gjennomføre omplassering av uvaksinerte

Omplassering av arbeidstakarar basert på vaksinasjonsstatus vil innebere at arbeidstakaren kan få endra arbeidsoppgåver og arbeidsstad. Omplassering kan vere grunnleggjande i omsyn til arbeidstakaren sjølv eller omsyn til tredjepersonar. Kor inngripande ei omplassering er vil avhenge av omplasseringa sin art. Dersom det skjer ei endring av arbeidsoppgåver til anna likeverdig arbeid, vil det vere eit lite inngripande tiltak. Ei endring av arbeidsoppgåver til likeverdig arbeid i ei krisetid er nok heller ikkje særleg kontroversielt.¹⁴³ Etter mitt syn vil dette gjelde likt for alle bransjar, slik at endring til anna likeverdig arbeid ikkje har noko særleg innverknad på forholdsmessigheitsvurderinga etter arbeidsmiljølova § 9-1. Dersom omplasseringa i realiteten betyr at ein blir degradert til å gjere mindre kvalifisert arbeid eller at ein tapar lønn, lønnstillegg eller vakttillegg, vil dette vere eit meir inngripande tiltak. Slik degradering er i utgangspunktet ikkje lovleg.¹⁴⁴ Ei omplassering som inneber endring av arbeidsoppgåver vil etter mitt syn likevel ikkje vere like inngripande som å bli utestengt frå arbeidsplassen. Ein vil fortsatt kunne møte opp på jobb kvar dag og ha det kollegiale miljøet rundt seg. Ei omplassering som inneber ein form for lønnstap vil derimot opplevast som svært inngripande. Ei omplassering sin mellombelse karakter vil gjere det mindre inngripande, men som nemnd i punkt 3.5.4 er det uvisst kor mellombels eit slikt vaksinasjonskrav i realiteten er.

¹⁴² Sjå punkt 2.4.2.

¹⁴³ Skjønberg (2021) s. 594.

¹⁴⁴ Fougner (2019) s. 116.

I helsesektoren er det stort høve til å setje i verk kontroll av tilsette sin vaksinasjonsstatus. Etter mitt syn er det klart at arbeidsgivar kan omplassere arbeidstakarane til anna likeverdige arbeid basert på dei tungtvegande omsyna som er på arbeidsgivar si side, heldt opp mot kor lite inngripande slik omplassering er. Dersom helsearbeidarane blir omplassert til mindre kvalifisert arbeid, vil dette som utgangspunkt påverke forholdsmessigheitsvurderinga. I helsesektoren er det likevel svært tungtvegande omsyn på arbeidsgivar si side, som veg tyngre enn arbeidstakar sitt behov for vern. Ei mellombels omplassering som inneber ei degradering vil vere inngripande, men det er ikkje så inngripande at det vil endre avveginga slik at den endar i arbeidstakar sin favør. Ei mellombels omplassering som inneber eit lønnsstap, vil vere særleg inngripande. Under noko tvil er likevel mitt syn at dei tungtvegande omsyna på arbeidsgivar si side at kontrolltiltaket er forholdsmessig.

Når det gjeld kontorbransjen vil det som tidlegare nemnd ikkje vere særleg stort høve til å kontrollere vaksinasjonsstatus. At kontrollen skjer for å gjennomføre ei omplassering til anna likeverdige arbeid kan tenkast å redusere arbeidstakarane sitt behov for vern mot inngrep. Etter mitt syn er likevel det inngrepet sjølve kontrollen av vaksinasjonsstatus inneber, tilstrekkeleg til at avveginga her vil slå ut i arbeidstakar sin favør. Dersom smittesituasjonen utvikla seg negativt kan det tenkast at arbeidsgivar sitt behov auka tilstrekkeleg til at omplasseringa som ikkje inneber degradering blir lovleg. På skjæringstidspunktet er slik omplassering etter mitt syn likevel ikkje lovleg, noko som også naturleg inneber at omplassering som inneber ei degradering heller ikkje vil vere lovleg.

Ut frå dagens smittesituasjon har arbeidsgivar på cruiseskip i nokon tilfelle høve til å setje i verk kontroll av vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Omplassering til likeverdige arbeid er som nemnd lite inngripande. Dersom ein tilsett har arbeidsoppgåver som inneber ein større risiko for smittespreiing enn andre arbeidsoppgåver, som til dømes matlaging eller servering av mat, kan ei omplassering til anna likeverdige arbeid vere ønskeleg. Etter mitt syn er dette vaksinasjonskravet så lite inngripande at arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk tiltaket på skjæringstidspunktet vil vere tyngre enn arbeidstakar sitt behov for vern. Dersom omplasseringa inneber at den tilsette blir degradert eller opplev lønnsstap, vil vaksinasjonskravet vere så inngripande at arbeidsgivar sitt behov for å innføre det ikkje veg tyngre enn arbeidstakar sitt behov for vern.

4 Avslutning

Denne oppgåva har vist at dei gjeldande regelverka som avgjer om arbeidsgivar kan kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav i stor grad legg opp til skjønnsmessige vurderingar. Arbeidsgivar må gjere ei konkret vurdering av om kontrollen vil vere lovleg ut frå tilhøva på det aktuelle tidspunktet og tilhøva i den aktuelle verksemda. Slike skjønnsmessige vurderingstema kan skape utfordringar for arbeidsgivar då det er mange ulike forhold som vil spele inn i vurderingane som må gjerast. Vurderingstemaet etter dei ulike reglane er likevel likearta og mange av dei avgjerande forholda vil kunne spele inn i vurderingane etter alle regelverka.

Når dagens reglar legg opp til skjønnsmessige vurderingar ut frå konkrete tilhøve, er det klart at dei vil ha eit dynamisk element. Situasjonen kan raskt endre seg, og dermed kan arbeidsgivar sin moglegheit til å kontrollere vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav tilsvarande raskt endre seg. Etter det valde skjæringstidspunktet har det skjedd betydelege forverringar i smittesituasjonen, og vi har fleire gangar nådd nye smittetoppar. Dette vil kunne påverke alle vurderingane som arbeidsgivarar må gjere, og vil generelt gi alle arbeidsgivarar større rom for å kontrollere tilsette sin vaksinasjonsstatus og innføre vaksinasjonskrav. Vi har også sett at det rundt og etter skjæringstidspunktet fleire stadar blei innført nye lokale koronarestriksjonar, som til dømes krav om munnbind på kollektivtrafikk både i Trondheim, Bergen og Tromsø. Ei innføring av lokale forskrifter vil som vist i oppgåva også kunne påverke arbeidsgivar sine vurderingar av om kontroll er lovleg. At endringar skjer så fort, og at desse endringane påverkar både arbeidsgivar sitt behov for å setje i verk kontrolltiltaket og arbeidstakar sitt behov for vern mot det inngrep som tiltaket representera, tyder på at det er behov for eit klarare og meir føresjåeleg regelverk. Eit regelverk som ikkje er like sårbart for endringar, vil kunne vere ein fordel både for arbeidsgivar og arbeidstakar.

På Regjeringa sin pressekonferanse 12. november 2021 blei det presentert at det skal lagast ei forskrift som skal opne opp for bruk av koronasertifikatet lokalt. Det skal vere opp til kvar enkelt kommune om ein vil ta i bruk ordninga, men sertifikatet skal berre nyttast for å lette på smitteverntiltak som allereie eksistera i den aktuelle kommunen. Regjeringa uttalte på same pressekonferanse at dei skal sjå på moglegheita for å nytte koronasertifikatet nasjonalt.¹⁴⁵ Dette er ei utvikling som det blir spennande å følgje med på, og som kan tenkast å få betyding for både arbeidsgivar og arbeidstakar.

¹⁴⁵ SMK (2021).

Kjeldeliste

Litteratur:

- Arbeidstilsynet (u.å.a) Arbeidstilsynet. "Arbeidstilsynet skal kontrollere at krav i covid-19-forskriften overholdes." (u.å.) <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/biologiske-faktorer/coronavirus-tiltak-i-arbeidslivet-mot-smitte/arbeidstilsynet-skal-kontrollere-at-krav-i-covid-19-forskriften-overholdes/> henta 31.10.2021.
- Arbeidstilsynet (u.å.b) Arbeidstilsynet. "Kan arbeidsgivere krevje vaksinasjonsstatus eller koronatesting av arbeidstakere." (u.å) <https://www.arbeidstilsynet.no/tema/biologiske-faktorer/coronavirus-tiltak-i-arbeidslivet-mot-smitte/kan-arbeidsgiver-sporre-om-arbeidstaker-er-vaksinert/> henta 16.11.2021.
- Bjørge (2017) Bjørge, Erik mfl. "Kommentar til menneskerettsloven." i Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2017) henta 11.11.2021. [Ved Erik Møse og Jørgen Aall t.o.m. 2005, Ragnar Nordeide f.o.m. 2006, Eirik Bjørge f.o.m. 2015].
- EDPB (2020) EDPB v/ The Chair Andrea Jelinek. "Statement on the processing of personal data in the context og the COVID-19 outbreak." *EDPB*, Adopted on 18 March 2020, https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/other-guidance/statement-processing-personal-data-context-covid-19_en henta 10.09.2021.
- Evju (2010) Evju, Stein. *Arbeidsrett – utvalgte artikler 2001-2010*, Oslo: Universitetsforlaget. 2010.
- FHI (2021a) FHI. "Covid-19 Ukerapport – Uke 43." Oslo: 3. november 2021. <https://www.fhi.no/contentassets/8a971e7b0a3c4a06bdbf381ab52e6157/vedlegg/2021/ukerapport-uke-43-25.10---31.10.21.pdf> henta 05.11.2021.
- FHI (2021b) FHI. "Koronavaksine – informasjon til befolkningen." (10.11.2021) <https://www.fhi.no/sv/vaksine/koronavaksinasjonsprogrammet/koronavaksine/> henta 01.11.2021.

- FHI (2021c) FHI. "Om koronasertifikat." (10.11.2021)
<https://www.fhi.no/om/koronasertifikat/om-koronasertifikatet/>
henta 11.11.2021.
- FHI (2021d) FHI. "Personvernerklæring – koronasertifikat." (07.10.2021)
<https://www.fhi.no/om/koronasertifikat/personvern/> henta
20.10.2021.
- FHI (2021e) FHI. "Statistikk om koronavirus og covid-19." (11.11.2021)
<https://www.fhi.no/sv/smittestomme-sykdommer/corona/dags--og-ukerapporter/dags--og-ukerapporter-om-koronavirus/> henta
01.11.2021.
- Fougner (2019) Fougner, Jan. *Norsk arbeidsrett – Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Fougner (2018) Fougner, Jan, mfl. *Arbeidsmiljøloven – Lovkommentar*. 3 utgåve, Oslo: Universitetsforlaget. 2018.
- Føllesdal (2017) Føllesdal, Andreas, Morten Ruud og Geir Ulfstein (red.) *Menneskerettighetene og Norge – rettsutvikling, rettsliggjøring og demokrati*. Oslo: Universitetsforlaget, 2017.
- Harris (2014) Harris, David mfl. *Law of the European Convention on Human Rights*. Third edition, Oxford: Oxford University Press, 2014.
- Helsedirektoratet (2021) Helsedirektoratet ved Christian Borgen Lindstad. "Brev om arbeidsgiveres ansvar og mulighetsrom overfor ansatte som ikke ønsker å la seg vaksiner.e", Oslo: 21.10.2021 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 henta 01.11.2021. [Henta frå statsforvaltaren sine nettsider].
- Høstmælingen (2012) Høstmælingen, Njål. *Internasjonale menneskerettigheter*. 2 utgåve, Oslo: Universitetsforlaget, 2012.

- Høgberg (2019) Høgberg, Alf Petter og Jørn Øyrehagen Sunde. *Juridisk metode og tenkemåte*. Oslo: Universitetsforlaget, 2019.
- Jarbekk (2019) Jarbekk, Eva (red.). *Personopplysningsloven og personvernforordningen (GDPR) med kommentarer*. Oslo: Gyldendal, 2019.
- Jakhelln (2006) Jakhelln, Henning. *Oversikt over arbeidsretten*. 4 utgåve, Oslo: N.W Damm & Søn, 2006.
- Kuner (2020) Kuner, Christopher, Lee a. Bygrave, Christopher Docksey. *The EU General Data Protection (GDPR) – A Commentary*. Oxford: Oxford University Press, 2020.
- Malmo (2020) Malmo, Vilde Kristine og Aslaud Aarsæther. "71 smittet etter utbruddet på Hurtigruten." *NRK*, 20. august 2020
<https://www.nrk.no/tromsogfinnmark/71-smittet-etter-utbruddet-pa-hurtigruten-1.15129095> henta 25.10.2021.
- Mjelde (2021) Mjelde, Katrine Nordanger, Ingeborg Løkling og Bente Bjørndal. "Arbeidsgivere i utlandet krever vaksinepass for å gå på kontoret – NHO ønsker debatt også i Norge." *Dagens Næringsliv*, 1. august 2021 <https://www.dn.no/helse/koronaviruset/koronavaksine/koronadebatt/arbeidsgivere-i-utlandet-krever-vaksinepass-for-a-ga-pa-kontoret-nho-onsker-debatt-ogsaa-i-norge/2-1-1045393> henta 31.08.2021.
- NHO (2021) NHO. "Kan arbeidsgiver kartlegge kven som er vaksinert eller krevje at arbeidstaker tar koronatest eller koronavaksine?" *NHO*, [Publisert hausten 2021, men ingen publiseringsdato] <https://arbinn.nho.no/korona-aktuelt-innhold/artikler/kartlegge-vaksinerte-kreve-koronatest-eller-koronavaksine/> henta 31.10.2021.
- NiM (2021) Norges institutt for menneskerettigheter. "Vaksinasjon og menneskerettigheter – en menneskerettslig analyse." Oslo: 11.03.2021 <https://www.nhri.no/rapport/vaksinasjon-og-menneskerettigheter/> henta 18.08.2021.

- NRK (2021) NRK. "Domstol stanser Bidens vaksinekrav." *NRK*, 6.11.2021, <https://www.nrk.no/nyheter/domstol-stanser-bidens-vaksinekrav-1.15720338> henta 31.10.2021.
- Remen (2021) Anne Cecilie Remen. "Fagforening: Ansatte opplever at sjefer krever koronainformasjon.", *NRK*, 13.09.2021 https://www.nrk.no/norge/fagforening_-ansatte-opplever-at-sjefer-krever-koronainformasjon-1.15629904?fbclid=IwAR0jmQz2c41pobGCoJL1EexytcT1id-kj9LL0Vn2rLIVtdirQU8rWurwM6Y henta 21.09.2021.
- Rett24 (2021) Rett24. "EMD slipper inn sak om obligatorisk koronasvaksine." *Rett24*, 11.10.2021 <https://rett24.no/notis/emd-slipper-inn-sak-om-obligatorisk-koronasvaksine> henta 11.10.2021.
- Skjønberg (2021) Skjønberg, Alexander S., mfl. *Styringsretten – prinsipielt, komparativt og aktuelt*. Oslo: Gyldendal, 2021.
- SMK (2021) Statsministerens kontor v/ statsminister Jonas Gahr Støre og Helse- og Omsorgsdepartementet v/ helse- og omsorgsminister Ingvild Kjerkol. "Pressekonferanse om koronasituasjonen." nr. 146/21, [Pressekonferanse] 12.11.2021. <https://www.regjeringen.no/no/aktuelt/korona/id2886083/> henta 15.11.2021.
- Storeng (2020) Storeng, Nils H. mfl. *Arbeidslivets spilleregler*. 5 utgåve, Oslo: Universitetsforlaget, 2020.
- Tveitan (2020) Tveitan, Kjell. "Kommentar til smittevernloven." i Norsk lovkommentar, Gyldendal Rettsdata (2020) henta 01.10.2021
- Vevang (2021) Vevang, Maria Kristina, Halldor Asvall, Malin Kjellstadli Korsnes, Rune Hustad. "Eg hadde aldri trudd at uvaksinerte kunne få ta seg av pappa." *NRK*, 4.10.2021 <https://www.nrk.no/mr/parorande-i-molde-er-kritisk-til-at-uvaksinerte-helsearbeidarar-far-jobbe-med-eldre-1.15676888> henta 06.10.2021.
- Wessel-Aas mfl. (2018) Wessel-Aas, Jon, Magnus Ødegaard. *Personvern – Publisering og behandling av personopplysninger*. Oslo: Gyldendal, 2018.

Lover og forskrifter:

1814	Lov av 17. mai 1814 Kongeriket Noregs Grunnlov (Grunnlova).
1994	Lov av 8. mai 1994 nr. 55 om vern mot smittsomme sykdommer (smittevernlova).
1999	Lov av 21. mai 1999 nr. 30 om styring av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettsloven).
1999	Lov av 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven).
2000	Lov av 23. juni 2000 nr. 56 om helsemessig og sosial beredskap (helseberedskapsloven).
2005	Lov av 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljølova).
2018	Lov av 15. juni 2018 om behandling av personopplysninger (personopplysingslova).
1996	Forskrift av 6. desember 1996 nr. 1127 om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (Internkontrollforskriften).
2020	Forskrift av 27. mars 2020 om smitteverntiltak mv. ved koro- nautbruddet (Covid-19-forskrifta).

Forarbeid (alle henvisingar til sidetall er basert på sidetall på lovdata.no):

NOU 1990:2	Lov om vern mot smittsomme sykdommer (Smitteloven).
NOU 2001:4	Helseopplysninger i arbeidslivet. Om innhenting bruk og oppbe- varing av helseopplysninger i arbeidslivet.

NOU 2004:5	Arbeidslivslovutvalget – Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.
NOU 2018:6	Varsling – verdier og vern. Varslingsutvalgets utredning om varsling i arbeidslivet.
Ot.prp.nr.49 (2004-2005)	Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).
Prop.91 L (2018-2019)	Endringer i smittevernloven (lovrevisjon).
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.

Rettspraksis:

Rt-1988-959	Henki-dommen
Rt-2000-1602	Nøkk-dommen
Rt-2001-418	Kårstø-dommen
Rt-2008-856	
Rt-2010-291	Vangen-dommen
Rt-2013-588	
Rt-2015-93	Maria-dommen
LB-2007-121782	Datalogg-dommen

Anna praksis:

PVN-2005-6	Securitas
------------	-----------

EU-kjelder:

EUs Charter om grunnleggende rettigheter (C 326/02)	<i>Den Europæiske Unions Charter om Grundlæggende Rettigheder</i> , EU C 326/02 av 26. oktober 2012.
---	--

Forordning 2016/679 (GDPR) *Europaparlamentets- 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 oppheving av direktiv 95/46/EF (generell personvernforordning) [GDPR, offisiell norsk oversettelse].*

Konvensjonar:

EMK *Konvensjon om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende friheter, Roma, 4. november 1950 [Offisiell norsk oversettelse].*

SP *De forente nasjoners internasjonale konvensjon om sivile og politiske rettigheter, 23. mars 1976 [Offisiell norsk oversettelse].*

Rettspraksis frå EMD:

Olsson v. Sweeden Case of Olsson v. Sweeden (no. 1), no. 104665/83, 24 March 1988.

Kokkinakis v. Greece Case of Kokkinakis v. Greece, no. 14307/88, 25 May 1993.

Marper v. The United Kingdom Case of Marper v. The United Kingdom, no. 30562/04 and 30566/04, 4 December 2008.

Jehovas Witness v. Russia Case of Jehovas Witness v. Russia, no. 302/02, 10 June 2010.

Palomo Sanchez and others v. Spain Case of Palomo Sanchez and others v. Spain, no. 28955/06 and 3 others, 12. September 2011.

Solomakhin v. Ukraina Case of Solomakhin v. Ukraina, no. 24429/03, 15 March 2012.

Eweida v. The United Kingdom Case of Eweida and others v. The United Kingdom no 48420/10, 59842/10, 51671/10 and 36516/10, 15 January 2013.

Vavříčka and others v. Czech Republic Case of Vavříčka and others v. Czech Republic, no. 47621/13 and 5 others, 8 April 2021.