



ØSTRE INNLANDET TINGRETT

DOM

Avsagt: 07.02.2023 i Østre Innlandet tingrett,

Saksnr.: 22-104814TVI-TOIN/THAM

Dommer: Tingrettsdommer Marie Nyhus

Meddommere: Distriktssjef Ole Martin Jordtveit
Trevare- og møbelsnekker Stein Rud

Saken gjelder: Arbeidsrett - krav om erstatning etter oppsigelser

Iris Mariska Frohe

Advokat Barbro Paulsen

mot

Hamar kommune

Advokat Signe Louise Berthelsen
v/advokatfullmektig Mette Braathen

Saken gjelder krav om erstatning/oppreisning etter oppsigelser som følge av at arbeidstaker ikke ville følge pålegg om covid 19-test.

Sakens bakgrunn i hovedtrekk

Iris Mariska Frohe ble med virkning fra 01.02.2021 ansatt som sykepleier i et 50 % vikariat ved Hedmarken interkommunale legevakt. Da vikariatet utløp, ble hun med virkning fra 01.12.2021 tilsatt i et nytt vikariat i 50 % stilling med utløp 31.08.2022. I tillegg var Frohe med virkning fra 01.11.2021 ansatt i en 23 % fast stilling som sykepleier ved legevakten. Det er enighet om at hun aldri tiltrådte den faste stillingen.

Hedmarken legevakt er et interkommunalt samarbeid om legevakttjenester for kommunene Hamar, Stange, Løten og Ringsaker, som til sammen har ca. 85 000 innbyggere. Hamar kommune har arbeidsgiveransvaret for virksomhetens ansatte.

I perioden 12.03.2020 til 12.02.2022 ble det i Norge innført en rekke til dels inngripende nasjonale og lokale smitteverntiltak som skulle redusere smitte og dødsfall som følge av covid 19- pandemien, herunder karanteneplikt, nedstengninger av bl.a. skoler og barnehager, antallsbegrensninger i hjemmet, digital undervisning, pålegg om hjemmekontor og bruk av munnbind.

Nasjonale myndigheter kom gjennom hele pandemien med en rekke føringer om smitteverntiltak for ansatte i helsetjenesten. Blant annet var testing av helsepersonell og bruk av munnbind mye brukt som smitteverntiltak.

Helsedirektoratet fastsatte den 22.11.2021 en ny covid-19 retningslinje om jevnlig testing og bruk av munnbind for ansatte i helse- og omsorgstjenesten som ikke var fullvaksinerte. Retningslinjen var forankret i smittevernloven § 7-10. Fra retningslinjen hitsettes:

Hensikten med å lage en retningslinje for ansatte som ikke er fullvaksinerte er at disse har en større relativ risiko for å være bærere av virus og dermed kan smitte andre sammenlignet med fullvaksinerte. Det anbefales derfor at ikke-fullvaksinerte ansatte testes to ganger i uken. Ansatte som ikke er fullvaksinert anbefales også bruk av munnbind hvis man er å definere som en nærkontakt til pasienter, brukere og andre ansatte uavhengig av lokalt smittetrykk.

Smittetrykket var høyt i Hamar-regionen i desember 2021. Det var stort press på helsetjenesten, herunder legevakten. Situasjonen lokalt er beskrevet slik i kommunelegens begrunnelse av 14.12.2021 for å innføre lokal forskrift om smittekarantene for husstandsmedlemmer:

Vi forventer at smittetrykket vil holde seg vedvarende høyt. Vi er bekymret for den kraftige økningen i smitte, og ser betydelige kapasitetsutfordringer ved spredning av omikron som tilleggsfaktor.

Det er knyttet bekymring til flere forhold i nåværende situasjon: To av våre kommuner beskriver kritisk kapasitet på personell i helse- og omsorgstjenesten grunnet høyt sykefravær. Sykehuset Innlandet divisjon Hamar/Elverum beskriver presset kapasitet, som legger ytterligere press på våre helsetjenester. Smittesporingskapasiteten er betydelig presset. Det er krevende å skaffe ressurser til smittesporing, som ikke samtidig går utover andre lovpålagte tjenester. Ved vedvarende økende smitte er risikoen høy for at man ikke får gjort nødvendig smittesporing. Nivået på tilgjengelige hurtigtester er lavt, og det er blitt innført restriksjoner på utdeling av tester. Kommuneoverlegekapasiteten er under press.

Fra og med 07.12.2021 innførte Hamar kommune følgende kontrolltiltak i helse- og omsorgssektoren:

Ansatte som ikke har oppgitt vaksinestatus vil bli behandlet som uvaksinerte. De skal bruke munnbind på jobb, og må teste seg to ganger i uken. Testresultatet må fremlegges for arbeidsgiver. Ved positiv test, gjøres det en individuell vurdering. Bakgrunnen for dette, handler om de sentrale retningslinjene for karantene – type covid virus. Dette er å betrakte som en instruks for ansatte i Helse og omsorgstjenesten, og vil gjelde inntil videre.

Kommunen hadde på forhånd gjennomført drøftingsmøte med tillitsvalgte fra Sykepleierforbundet og Fagforbundet. Begge fagforeningene hadde sluttet seg til kontrolltiltakene.

Den 08.12.2021 ble det avholdt allmøte på Hedmarken legevakt hvor de ansatte ble informert om de kontrolltiltakene kommunen hadde fastsatt dagen før, jf. ovenfor. De ansatte ble også informert om at tiltakene var gjennomført etter drøftinger, jf. arbeidsmiljøloven § 9-2, og at partene var enige om at det var nødvendig med kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven § 9-1 og § 9-4.

I SMS av 10.12.2021 påla Atle Rørbakk, daglig leder av Hedmarken legevakt, alle ansatte å oppgi vaksinasjonsstatus. De som ikke ønsket å oppgi status, skulle gi beskjed om dette.

Frohe opplyste i brev av 12.12.2021 at hun ikke samtykket til regelmessig testing. Hun stilte seg uforstående til om forholdsmessigheten av tiltaket var vurdert og mente tiltaket kunne være diskriminerende, uforsvarlig og i strid med menneskerettighetene.

Frohe ble innkalt til drøftingsmøte 15.12.2021. Drøftingsmøtet ble gjennomført 21.12.2021. Frohe opprettholdt sitt standpunkt om at hun ikke ville teste seg to ganger pr. uke. Fra referatet til drøftingsmøtet hitsettes:

Frohe sa at hun ikke kunne svare på hvorvidt hun ønsker omplassering til annet passende arbeid (i sin faste stilling) i møtet da hun ønsket å tenke på dette og konsultere andre. Hun spurte hvor lang tid hun kan få på å vurdere dette. Arbeidsgiver sa de skulle komme tilbake til dette.

Frohe ble med virkning fra den 21.12.2021 sagt opp som vikar av Hamar kommune i 50 % stilling. Samme dato ble hun suspendert fra både vikariatet og den faste stillingen, dvs at hun ble fritatt fra arbeidsplikt og nektet adgang til arbeidsplassen. Den 07.01.2021 ble Frohe sagt opp fra sin 23 % faste stilling som sykepleier ved Hedmarken interkommunale legevakt. Kommunens begrunnelse for oppsigelsene var at saksøker ikke ville følge kommunens smitteverntiltak i form av koronatesting to ganger pr. uke.

I brev av 03.01.2021 krevde Frohe forhandlinger, jf. arbeidsmiljøloven § 17-3. Det fremgår av brevet at hun takket nei til tilbud om annen stilling i kommunen.

Det ble gjennomført forhandlingsmøte 14.01.2022 der Frohe fastholdt sitt standpunkt mot jevnlig testing. Partene kom ikke til enighet. Frohe ønsket tilbakemelding på forespørsel om sluttpakke. Det ble avtalt at partene skulle fortsette forhandlingene onsdag 19.01.2022 kl. 12. I e-post til saksøker fra kommunen v/advokat Signe Louise Berthelsen av 18.01.2022, fremgår at spørsmålet om sluttpakke hadde vært drøftet og at kommunen ikke ønsket å tilby sluttpakke ut over at det allerede var gitt tilbud om fritak for arbeidsplikt i oppsigelsestiden. Avslutningsvis i samme e-post heter det:

Kommunen opprettholder imidlertid sitt tilbud om annet passende arbeid i kommunen, i samarbeid med arbeidstakers evt. ønsker. Dette vil dog ikke kunne være pasientrettet arbeid da instruks om munnbind og testing to ganger pr. uke gjelder for hele enheten helse- og omsorg i kommunen. Hamar kommune er en stor arbeidsgiver, og kommunen anser at det i dialog med arbeidsgiver vil være mulig å finne annet passende arbeid.

Frohe og hennes advokat Paulsen møtte ikke til forhandlingsmøte 19.01.2022. I e-post samme dag kl. 12.02 opplyste advokaten at det ikke var hensiktsmessig å avholde nytt forhandlingsmøte. Det fremgår av kommunes protokoll at forhandlingene ble avsluttet 21.01.2022.

Advokat Paulsen fremmet i brev av 22.03.2022 varsel om rettslig prøving av oppsigelsene. Kommunen viste i e-post av 23.03.2022 til at forhandlingene ble avsluttet 21.01.2022, og at søksmålsfristen for å bestride oppsigelsenes gyldighet var utløpt.

Iris Frohe ved advokat Paulsen varslet erstatningssøksmål av 24.06.2022. Brevet ble besvart av kommunen 05.07.2022.

I stevning av 18.07.2022 ble det nedlagt påstand om at oppsigelsene kjennes ugyldige og at Hamar kommune dømmes til å betale erstatning etter rettens skjønn, samt at Iris Frohe tilkjennes sakens omkostninger.

I tilsvar fra kommunen av 12.09.2022 ble det nedlagt påstand om at søksmålet hva gjelder gyldigheten av Hamar kommunes innsigelser bestrides, at kommunen frifinnes for kravet om erstatning/oppreisning og tilkjennes sakens omkostninger.

Hovedforhandling ble avholdt 16. og 17. januar 2023 i Hamar tinghus. Retten ble satt med arbeidslivskyndige meddommere. Det ble foretatt slik bevisførsel som rettsboka viser.

Iris Mariska Frohes påstand og vesentligste påstandsgrunnlag

Iris Mariska Frohe har nedlagt slik

påstand

- 1) Hamar kommune dømmes til å betale Iris Mariska Frohe erstatning pålydende kr 479 816 og oppreisning etter rettens skjønn.
- 2) Hamar kommune dømmes til å betale Iris Mariska Frohes saksomkostninger tillagt lovens forsinkelsesrente fra forfall til betaling skjer.

Påstandsgrunnlag

Oppsigelsene er i strid med arbeidsmiljøloven § 15-7 (1) og gir rett til erstatning etter § 15-12. Det var ikke faglig grunnlag for å innføre testing av uvaksinerte som kontrolltiltak. Kontrolltiltak krever saklig grunn og må være forholdsmessige. Dette må også vurderes opp mot integriteten til saksøker. Kommunen har ikke vurdert forholdsmessigheten i dette tilfellet. For å oppnå proporsjonalitet må kommunen gjøre egne lokale vurderinger.

Kommunen hadde ikke saklig grunn til å si opp Frohe. Kommunen har heller ikke foretatt noen etterprøvbar vurdering. Kommunen har ikke fremmet et reelt tilbud om omplassering, og oppsigelsene er av den grunn ugyldige. Dersom retten kommer til at kommunen har tilbudt saksøker annet arbeid, er oppsigelsene uansett ugyldige pga. manglende saklighetsbegrunnelse.

Det er svært bekymringsverdig at kommunen ikke har fremlagt noen fagmessig nødvendighetsvurdering av hvorfor man skulle ha egne kontrolltiltak mot uvaksinerte. Det var ikke fagmessig grunnlag for testkravet, og det var uansett ikke grunnlag for differensierte tiltak. Vaksinene forhindrer ikke videresmitte, noe Frohe visste. Oppsigelsene handlet i realiteten om at Frohe ikke ville vaksinere seg. Hun følte hun ble utsatt for indirekte tvang om å vaksinere seg.

Indirekte krav om vaksinering må ha en klar begrunnelse og være tjenlig etter en helhetsvurdering, jf. smittevernloven § 1-5. Injeksjonene er inngripende. Frohe ville ikke være med på det store vaksine-eksperimentet.

En lovpålagt oppfordring om testing forankret i smittevernloven er juridisk svært vagt. Smittevernhjemmel er ikke gitt gjennom forskrift. Kontrolltiltaket er ulovlig fordi det mangler hjemmel.

Frohe har ikke gitt skriftlig samtykke til innhenting av personopplysningene om hvorvidt hun var vaksinert, jf. forvaltningsloven § 13 nr. 1 og personvernforordningen § 9 nr. 1. Kommunen hadde ikke adgang til å innhente slike opplysninger.

Kommunen har ikke dokumentert at oppsigelsene var nødvendige, og de er derfor ugyldige.

Arbeidsgiver har bevisbyrden for de forhold som påberopes i forbindelse med en oppsigelse, jf. LB-2009-12878. Dersom retten er i tvil, skal kommunen dømmes. Arbeidsgiver må bære risikoen for at det ikke fantes andre arbeidsoppgaver for arbeidstaker i kommunen. Det er selvmotsigende at hun ble tilbudt stilling som vaksinatør. Det er ikke bevist at Frohe var mer smittsom enn vaksinerte kolleger. Det skal mye til for å fravike at helsehjelp skal være frivillig, jf. helsepersonelloven kap. 5.

Kravet til minste inngreps prinsipp er ikke oppfylt her. Her hadde kommunen mange valg, og har ikke hatt fokus på sikkerheten til ansatte. Kommunen gikk raskt til suspensjon og oppsigelse i stedet for dialog. Frohe har ikke utgjort noen større fare enn andre på arbeidsplassen. Testkravet er ikke forholdsmessig.

Vilkårene for erstatning og oppreisning er oppfylt fordi oppsigelsene av Frohe var ugyldig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-12 (2). I erstatningen skal det ikke gjøres fradrag for inntekter. Frohe har mistet lønn og fremtidig arbeidsinntekt. Hun har vært sykemeldt som en følge av prosessen. Summen av tapt arbeidsinntekt er kr 479 816. Frohe har forsøkt å komme fram til en minnelig løsning med kommunen. I spørsmålet om sakskostnader må det hensyntas at kommunen er den sterke part og har vist manglende vilje til løsning.

Hamar kommunes påstand og vesentligste påstandsgrunnlag

Hamar kommune har nedlagt slik

påstand

- 1) Hamar kommune frifinnes i kravet om erstatning og oppreisning.
- 2) Hamar kommune tilkjennes sakens omkostninger.

Påstandsgrunnlag

Saken gjelder spørsmålet om oppsigelsene var saklig begrunnet, herunder om kommunen hadde rettslig adgang til å pålegge uvaksinerte helsearbeidere å teste seg to ganger pr. uke.

Oppsigelsen var saklig, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7, og var begrunnet i at Frohe ikke ønsket å følge iverksatte kontrolltiltak i virksomheten. Kartlegging av vaksinestatus og etterfølgende krav om testing to ganger pr. uke for ansatte som ikke var vaksinert, eller

som ikke ønsket å oppgi vaksinestatus, var saklig begrunnet i virksomhetens forhold og innebar ingen uforholdsmessig belastning for arbeidstakeren, jf. arbeidsmiljøloven § 9-1 (1). Tiltaket ble gjennomført på bakgrunn av Helsedirektoratets sterke anbefaling i retningslinje av 22.11.2021

Frohe kom gjennom sin stilling som sykepleier i kontakt med svært sårbare pasientgrupper. I en situasjon med høyt smittetrykk i regionen og lokalt, og stort press på helsetjenesten, var det saklig begrunnet i virksomhetens forhold å etablere nevnte tiltak. Det kan ikke kreves at det foreligger en vitenskapelig bevist effekt for å kunne gjennomføre kontrolltiltak etter arbeidsmiljøloven. Det er tilstrekkelig at tiltaket er saklig begrunnet i virksomhetens forhold og ikke innebærer en uforholdsmessig belastning for arbeidstaker.

Frohe fikk tilbud om annen stilling, men ønsket ikke dette. Arbeidsgivers behov innebar at hensynet til sårbare pasienter, og hensynet til kolleger, var viktigere enn belastningen om testing to ganger pr. uke.

I vurderingen av om oppsigelsene var saklige, skal det tas utgangspunkt i forholdene på oppsigelsestiden. Bakteppet for saken er hvilke utfordringer landet og lokale og nasjonale helsemyndigheter sto i da kontrolltiltaket ble innført. Det var en ny smittebølge med nye strenge nasjonale tiltak.

Kartlegging og krav om testing var tiltak etter arbeidsmiljøloven kap. 9. Tiltakene skulle sikre kapasitet i helsetjenesten og skulle hindre sykdom og død. I vurderingen av om det var saklig og forholdsmessig, jf. § 9-1, er det foretatt en bred og skjønnsmessig avveining.

Avveiningen må gå i virksomhetens favør. Det forelå saklig grunn for kontrolltiltakene.

Faren for videresmitte var stor på legevakten der det var mange pasienter med alvorlig sykdomshistorikk. Det kan ikke kreves at Hamar kommune skulle overprøve nasjonale vurderinger om at smitterisikoen var større for uvaksinerte. Testing for uvaksinerte var et egnet tiltak for å redusere smitte. Sårbarheten var stor på legevakta. Vilårene for å iverksette tiltak etter kap. 9 var oppfylt.

Frohe ble tilbudt annet passende arbeid. Hun er tilbudt stilling som vaksinatør, og det ble gjort klart for henne at det også var andre stillinger tilgjengelig. Dette ble gjentatt i dialog etter drøftingsmøte.

Oppsigelsene ble gjennomført i den femte store smittebølgen. Det var uklart hvor lenge smitteverntiltakene ville vare. Det var ikke grunnlag for permisjon. Oppsigelsene var ikke i strid med EMK art. 8 eller grunnloven § 102.

Oppsigelsene var saklig begrunnet i arbeidstakers forhold, jf. arbeidsmiljøloven § 15-7. Vilårene for å kreve erstatning etter § 15-2 er ikke oppfylt.

Subsidiært må en eventuell erstatning avgrenses til økonomisk tap, jf. HR 2005-1028 A. Det er sikker lære at sykepenger skal gå til fradrag. I erstatningsutmålingen må det hensyntas at Frohe ikke har søkt på nye jobber, at hun ikke hadde tiltrådt fast stilling på oppsigelsestidspunktet, og at hun kun hadde vært ansatt i kort tid.

Retten vurdering

Spørsmålet i saken er om saksøker har krav på erstatning/oppreisning etter oppsigelsene. Det er enighet om at saksøker har overholdt søksmålsfristen på 6 måneder for å kreve erstatning, jf. arbeidsmiljøloven § 17-4 (1). Saksøker har endret påstand slik at hun ikke lenger krever dom på at oppsigelsene var ugyldige. Retten viser til at det ved tvist om oppsigelse gjelder en søksmålsfrist på 8 uker fra forhandlingenes avslutning jf. § 17-4, og at denne søksmålsfristen er utløpt. For å ta stilling til saksøkers erstatningskrav, må retten uansett ta stilling til gyldigheten av oppsigelsene.

Rettslige utgangspunkt for spørsmålet om oppsigelsenes gyldighet

Arbeidsmiljøloven § 15-7 slår fast at en arbeidsgivers oppsigelse av arbeidstakerens arbeidsforhold krever saklig grunn. Hva som er saklig grunn, kan variere etter saksforholdet og de individuelle forholdene i den konkrete saken. Fra Høyesteretts dom i Rt 2009-685 hitsettes følgende om terskelen:

Med utgangspunkt i oppsigelsesgrunnlaget og arbeidsavtalen gir bestemmelsen anvisning på en konkret skjønnsmessig avveiing av virksomhetens og den ansattes interesser. Spørsmålet er om det etter en samlet avveiing av begge parters behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.

Når det gjelder domstolenes prøvingsrett hitsettes følgende fra Norsk Lovkommentars note 644 til § 15-7 (1):

Ved anvendelse av saklighetskriteriet kan domstolene prøve om oppsigelsen bygger på et riktig og fyllestgjørende faktisk grunnlag, om den begrunnelse som ligger til grunn bygger på relevante argumenter, om vurderingen har tilstrekkelig bredde, således også om avveiningen omfattet de rimelighetshensyn som her gjør seg gjeldende i forhold til arbeidstakeren, jf. Rt. 1984 side 1058.

Spørsmålet om kommunen hadde adgang til å pålegge testing som kontrolltiltak

I vurderingen av om oppsigelsene var saklige, må retten ta stilling til om kommunen hadde rettslig adgang til å pålegge koronatesting som kontrolltiltak, jf. arbeidsmiljøloven kap 9.

De generelle vilkårene for kontrolltiltak fremgår av arbeidsmiljøloven § 9-1. Etter § 9-1 (1) kan arbeidsgiver iverksette kontrolltiltak overfor arbeidstaker når tiltaket har «saklig

grunn» i virksomhetens forhold og det ikke innebærer en «uforholdsmessig belastning» for arbeidstakeren.

Etter § 9-4 (1) c) kan medisinske undersøkelser foretas når «arbeidsgiver finner det nødvendig for å verne liv eller helse».

Covid-19 var av helsemyndighetene klassifisert som en allmenfarlig smittsom sykdom når Hamar kommune innførte kontrolltiltaket om testing. Sykepleierforbundet og Fagforbundet hadde på forhånd gitt sin godkjenning, og var enige om at risikoen for smitte var så stor at det var nødvendig å sette inn kontrolltiltak.

Spørsmålet om hvorvidt det var grunnlag for å sette inn kontrolltiltaket om testing skal vurderes ut fra forholdene på det aktuelle tidspunktet. Om situasjonen hitsettes følgende fra pressemelding fra Helse- og omsorgsdepartementet datert 13.12.2021:

Regjeringen innfører nye nasjonale smitteverntiltak for ikke å overbelaste helse- og omsorgstjenesten og beskytte kritiske samfunnsfunksjoner. Det blir strengere regler for arrangementer og uteliv for voksne, i kulturlivet og på organiserte fritidsaktiviteter. Det innføres skjenkestopp over hele landet.

[...]

Den store utfordringen er at omikron er mer smittsom. Det fører til at flere vil bli smittet. Flere av disse vil bli alvorlig syke, selv om virusvarianten skulle vise seg å gi lavere risiko for alvorlig sykdom. Sykehus, sykehjem, fastleger og legevakter opplever økende belastning som følge av syke pasienter, økt sykefravær blant helsepersonellet og mindre tilgang på vikarer fra utlandet.

Retten finner etter dette at det fremsto nødvendig for kommunen i den aktuelle situasjonen å pålegge testing to ganger pr. uke som kontrolltiltak, jf. arbeidsmiljøloven § 9-4 (1) c), for uvaksinerte helse- og omsorgsarbeidere og for de som ikke ville oppgi vaksinestatus. Tiltaket var begrunnet med den svært utfordrende smittesituasjonen landet og regionen stod i og hadde saklig grunn i virksomhetens forhold. Retten kan ikke se at tiltaket var uforholdsmessig, jf. § 9-1 (1).

I vurderingen har retten vektlagt at kontrolltiltaket var i tråd med de nasjonale retningslinjene av 22.11.2021. Videre hadde kommunen foretatt en individuell vurdering av det lokale behovet for å innføre kontrolltiltaket. Retten viser her til partsforklaringen fra kommunalsjef Vigdis Galaaen om at kommunen hadde foretatt en forholdsmessighetsvurdering før tiltaket ble innført. Hun viste bl.a. til at det var en sterk smittevekst i området, og at omikron smittet raskere selv om den ga mindre infeksjon enn tidligere virus. Det var stor bekymring for kapasiteten i helsetjenesten, blant annet på grunn av stor arbeidsbelastning og mange sykemeldte.

I vurderingen har retten også hensyntatt at drøftingsmøte med tillitsvalgte ble holdt i medhold av arbeidsmiljøloven § 9-2 før kontrolltiltaket ble iverksatt. Vitnet Mette

Bergland, tidligere hovedtillitsvalgt for sykepleierforbundet i Hamar kommune, forklarte at forbundet hele tiden var informert om prosessen fra kommunen, at de fryktet for kapasiteten i helsetjenesten og valgte å følge retningslinjen fra Helsedirektoratet. Hun hadde ikke fått henvendelser fra andre berørte medlemmer før den aktuelle saken med Frohe.

Når det gjelder spørsmålet om forholdsmessighet, viser retten til at kontrolltiltaket gikk ut på å ta en selvtest (antigen hurtigtest i nese og svelg) to ganger pr uke, og at dette testkravet ikke innebar noe indirekte krav om vaksinerings slik saksøker har anført. Retten er ikke i tvil om at tiltaket var forholdsmessig.

Retten er etter dette kommet til at kommunen hadde rettslig adgang til å pålegge testing som kontrolltiltak.

Den konkrete vurderingen av om kommunens oppsigelser av Frohe var saklige og gyldige

Frohe ble oppsagt fra sine stillinger på legevakta fordi hun ikke ville følge pålagte kontrolltiltak om korona-testing to ganger pr. uke.

Retten har kommet til at kommunen hadde rettslig adgang til å innføre kontrolltiltaket av uvaksinerte/de som ikke ønsket å oppgi vaksinestatus. Retten må derfor ta stilling til om det var usaklig av kommunen å si opp Frohe fra stillingene fordi hun ikke ville etterkomme testkravet.

Fra oppsigelsene av Frohe datert hhv. 21.12.2021 og 07.01.2022 hitsettes:

Det er besluttet både nasjonalt (sterk anbefaling i den nasjonale covid-veilederen pkt.12 forankret i smittevernloven § 7-10) og lokalt (jf. informasjon om instruks utsendt fra arbeidsgiver) at ansatte som er uvaksinerte (eller som ikke oppgir sin vaksinestatus) og som jobber med sårbare brukere skal benytte munnbind og ta en covid-test minimum to ganger pr. uke. Dette er å anse som en instruks og et påbud fra arbeidsgivers side.

Det framkommer videre i den nasjonale covid-veilederen at ansatte som ikke ønsker å oppgi vaksinasjonsstatus bør anses som uvaksinert, og følge denne retningslinjen (dvs. covid-veilederen). Videre at arbeidsgiver må gjøre lokale vurderinger for hvordan man kan beskytte sårbare pasienter/brukere. I situasjoner der bruk av munnbind og øvrige smitteverntiltak ikke anses tilstrekkelige, må arbeidsgiver vurdere omplassering av ansatte som ikke ønsker å vaksinere seg eller opplyse om vaksinasjonsstatus. Ved omplassering må prosedyre for omplasseringstiltak følges.

Arbeidsgiver har gjort lokale vurderinger for hvordan best beskytte sårbare pasienter/brukere og har med bakgrunn i en helhetlig smittevernfaglig vurdering vektet risikoen for smitte og hensynet til sårbare pasienter/brukere tyngre enn den inngripen det kan oppleves som å måtte ta en covid-test to ganger pr. uke. Du kommer i din jobb som sykepleier ved Hedmarken legevakt i kontakt med sårbare pasienter.

Du har i dialogen med din leder oppgitt at du anser din helse og din vaksinasjonsstatus for å være en privatsak, samt at du ikke ønsker å teste deg minimum to ganger pr. uke. Du forklarte i drøftingsmøte at du opprettholder ditt standpunkt om å ikke teste deg så lenge du er symptomfri og ikke har vært i kontakt med smittede, og begrunner dette i diskrimineringshensyn og hensynet til dine menneskerettigheter.

I oppsigelsen av den faste stillingen heter det videre:

Du har i dialogen med din leder oppgitt at du anser din helse og din vaksinasjonsstatus for å være en privatsak, samt at du bruker munnbind men du ønsker ikke å teste deg minimum to ganger pr. uke. Du forklarte i drøftingsmøtet at du opprettholder ditt standpunkt om å ikke teste deg så lenge du er symptomfri og ikke har vært i kontakt med smittede, og begrunner dette i diskrimineringshensyn og hensynet til dine menneskerettigheter.

I drøftingsmøtet ble du spurt om du ønsket annet passende arbeid i kommunen. Arbeidsgiver redegjorde for at dette (type annet passende arbeid) kunne skje i samarbeid med deg, men at det i alle tilfelle ikke vil være snakk om pasienttett arbeid, da gjeldende instruks vedr. krav om testing gjelder hele enheten helse- og omsorg i kommunen. Du ba om betenkningstid for om du kunne tenke deg annet passende arbeid, og fikk frist til 3.1.2022 for å gi tilbakemelding om dette. Du har siden skriftlig gitt tilbakemelding om at du ikke ønsker annet passende arbeid i kommunen.

Retten mener kommunen har gitt Frohe en tilfredstillende skriftlig begrunnelse for begge oppsigelsene.

Når det gjelder den aktuelle testmetoden, var det snakk om bruk av antigen hurtigtest på valgfritt sted, jf. vitneforklaringen til overlege Bent Lindberg og daglig leder Atle Rørbak på legevakten. Testen skulle utføres ved å rotere en vattpinne i svelg og deretter i fremre del av nesen. Overlege Lindberg forklarte at det ikke var noen skadevirkninger eller ubehag av testen. Testen var tillitsbasert; den skulle ikke utføres under oppsyn og det ble ikke ført skjemaer e.l. Vitnet Ingebjørg Skrindo fra Helsedirektoratet har forklart at det er dokumentert at det er helt ufarlig å ta testen.

Frohe har begrunnet sin motstand mot å ta testen med diskrimineringshensyn og hensynet til sine menneskerettigheter. Saksøker har særlig anført at testkravet var diskriminerende da det ikke kunne legges til grunn at hun var mer smittsom enn andre som var vaksinert. Retten er ikke enig i dette og viser til brev fra Helsedirektoratet av 21.10.2021 der det bl.a. heter:

Det er et arbeidsgiveransvar å sørge for at helsetjenester gis på forsvarlig vis, herunder å beskytte pasienter og ansatte mot smittefare. Helsedirektoratet legger til grunn at uvaksinerte ansatte i helse- og omsorgstjenesten utgjør en større fare for pasienter enn de som er vaksinert.

Retten legger Helsedirektoratets vurdering til grunn, se også direktoratets retningslinjer av 22.11.2021 som nevnt innledningsvis. At saksøker og flere av hennes vitner mener at det ikke var grunnlag for å hevde at uvaksinerte innebar en større smittefare enn vaksinerte, endrer ikke rettens oppfatning. Retten mener også at kommunen måtte kunne legge til grunn Helsedirektoratets uttalelser vedrørende at uvaksinerte lettere smittet andre. Det vises i den forbindelse til at Helsedirektoratet har et helhetlig ansvar for helseberedskapen i landet, og at en enkelt kommune ikke kan overprøve direktoratets helsefaglige anbefalinger/retningslinjer.

Vitnet Ingebjørg Skrindo forklarte at Helsedirektoratets anbefaling var laget fordi man ville at de tilgjengelige testene skulle brukes overfor de personene som var mest smittebærende videre, slik at sårbare grupper ble best mulig ivaretatt. På det aktuelle tidspunktet var det mangel på hurtigtester. Daglig leder Rørbak på Hedmarken legevakt forklarte at i en periode fra januar 2022, hvor det var flere tester tilgjengelig, ble alle ansatte ved legevakta anbefalt å teste seg jevnlig med hurtigtest uavhengig av vaksinestatus.

Retten er ikke enig med saksøker i at pålegget om testing to ganger pr. uke var en indirekte tvang om å vaksinere seg, og kan ikke se at det er grunnlag for en slik oppfatning.

Retten er videre enig med kommunen i at hensynet til sårbare pasienter ved legevakta måtte veie tyngre enn Frohes motstand mot å teste seg. Det var en situasjon hvor helsetjenesten var under et stort press og hvor situasjonen var uoversiktlig, bl.a. fordi den nye omikron-varianten var mer smittsom enn tidligere virus. Overlege Lindberg og daglig leder Rørbak uttalte at det var stort press på legevakta, der det bl.a. var pasienter med alvorlig immunsvikt, samt pasienter der man ikke kjente deres grunnlidelse. Smitte i personalgruppa ville også lett smitte andre ansatte, noe man ville unngå da arbeidsplassen var sårbar for sykefravær.

Retten kan ikke se at testing to ganger i uka ville være diskriminerende overfor Frohe, utgjøre noe menneskerettighetsbrudd eller være et uforholdsmessig tiltak. Retten kan heller ikke se at testing på annen måte skulle være integritetskrenkende eller påføre Frohe noe særlig ubehag utover det å måtte gjøre noe hun selv mente var formålsløst og noe hun var motstander av. Det var generelt en utstrakt bruk av lignende hurtigtester i befolkningen i det aktuelle tidsrommet. Situasjonen var uvis, og det er forståelig at kommunen ville være «føre var» og gjøre tiltak for å beskytte sårbare pasienter. I den konkrete interesseavveiningen har kommunen vektet helsa til sårbare pasienter på legevakta tyngre enn Frohes subjektive motvilje mot å teste seg. Retten mener at kommunen har foretatt en tilstrekkelig bred vurdering basert på relevante argumenter, og finner at oppsigelsene var saklige. Retten finner at kommunen har tatt tilstrekkelig hensyn til Frohe i prosessen og viser til at de også ønsket også å tilby henne annet arbeid, noe Frohe formidlet at hun ikke var interessert i. HR-rådgiver i Hamar kommune Siw Bjørgeli forklarte i retten at det var

mange ledige stillinger som kunne være aktuelle å tilby Frohe dersom hun hadde vært åpen for dette. Retten har forståelse for at Frohe avslo tilbudet om å være vaksinatør, men skjønner ikke hvorfor hun ikke var interessert i annet relevant arbeid i kommunen.

Saksøkers anførsel om at kommunen manglet hjemmel til å innhente opplysninger om hvorvidt hun var vaksinert, finner retten ikke grunn til å gå nærmere inn på. Retten viser til at det var frivillig å svare på spørsmålet om vaksinestatus.

Retten har kommet til at kommunen hadde rettslig adgang til å si opp Frohe etter arbeidsmiljøloven § 15-7 både når det gjelder vikariatet og den faste deltidsstillingen. Frohe har dermed ikke krav på erstatning eller oppreisning etter § 15-2.

Kommunen frifinnes.

Sakskostnader

Hamar kommune har vunnet saken, jf. tvisteloven § 20-2 andre ledd. Etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 første ledd har kommunen da krav på full erstatning for sine sakskostnader fra saksøker. Advokat Paulsen har anført at det i kostnadsavgjørelsen må hensyntas at kommunen er den sterke part og har vist manglende vilje til løsning. Retten er ikke enig i at kommunen har vist manglende vilje til å løse saken, og viser til at kommunen har ønsket å tilby Frohe annet arbeid.

Etter tvisteloven § 20-2 tredje ledd kan retten fritta den tapende part for å erstatte den vinnende parts sakskostnader dersom «tungtveiende grunner gjør det rimelig». Etter bokstav a) skal det særlig legges vekt på «om det var god grunn til å få saken prøvd fordi den var tvilsom eller først ble bevismessig klarlagt fra saksanlegget». Etter bokstav c) skal det særlig vektlegges om «saken er av velferdsmessig betydning, og styrkeforholdet partene imellom tilsier fritak.»

Retten kan ikke se at det foreligger forhold som nevnt i bokstav a) og viser til at saken ikke har vært tvilsom. Kommunen kan derfor ikke bebreides for at partene ikke kom til noen minnelig løsning i saken. Når det gjelder forhold som nevnt i bokstav c), viser retten til at slike forhold ikke er en tilstrekkelig begrunnelse for å fritta den tapende part for kostnadsansvar, men vil være støtteargumenter for å lempe kostnadsansvaret, se Rt. 2012 side 209 og Tore Schei m.fl. «Tvisteloven kommentarutgave» 2. utg. side 708-709. Retten kan ikke se at det foreligger andre tungtveiende grunner i denne saken som taler for å fritta Frohe for kostnadsansvar. Retten bemerker at saksøker har vidløftiggjort saken med mye bevisførsel som ikke har vært relevant for saken. Hamar kommune har etter dette rett til full erstatning for sine nødvendige utgifter ved saken, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd.

Advokatfullmektig Mette Braathen har fremlagt en kostnadsoppgave der salæret, som det ikke skal beregnes merverdiavgift av, beløper seg til kr 162 750. Det er ikke fremkommet innsigelser mot salærkravet, og kostnadene legges til grunn som nødvendige, jf. tvisteloven § 20-5 første ledd. Iris Frohe dømmes til å erstatte Hamar kommunes sakskostnader med kr 162 750.

Dommen er enstemmig.

DOMSSLUTNING

1. Hamar kommune frifinnes.
2. Iris Mariska Frøhe dømmes til å betale sakskostnader til Hamar kommune med 162 750 – etthundreogsekstittotusensyvhundreogfemti – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Retten hevet

Marie Nyhus

Ole Martin Jortveit

Stein Rud

Veiledning om anke i sivile saker vedlegges.

Dokument i samsvar med original.

*Mona Kristiansen
Rådgiver*

Veiledning om anke i sivile saker

I sivile saker er det reglene i tvisteloven kapitler 29 og 30 som gjelder for anke. Reglene for anke over dommer, anke over kjennelser og anke over beslutninger er litt ulike. Nedenfor finner du mer informasjon og veiledning om reglene.

Ankefrist og gebyr

Fristen for å anke er én måned fra den dagen avgjørelsen ble gjort kjent for deg, hvis ikke retten har fastsatt en annen frist. Disse periodene tas ikke med når fristen beregnes (rettsferie):

- fra og med siste lørdag før palmesøndag til og med annen påskedag
- fra og med 1. juli til og med 15. august
- fra og med 24. desember til og med 3. januar

Den som anker, må betale behandlingsgebyr. Du kan få mer informasjon om gebyret fra den domstolen som har behandlet saken.

Hva må ankeerklæringen inneholde?

I ankeerklæringen må du nevne

- hvilken avgjørelse du anker
- hvilken domstol du anker til
- navn og adresse på parter, stedfortredere og prosessfullmektiger
- hva du mener er feil med den avgjørelsen som er tatt
- den faktiske og rettslige begrunnelsen for at det foreligger feil
- hvilke nye fakta, bevis eller rettslige begrunnelser du vil legge fram
- om anken gjelder hele avgjørelsen eller bare deler av den
- det kravet ankesaken gjelder, og hvilket resultat du krever
- grunnlaget for at retten kan behandle anken, dersom det har vært tvil om det
- hvordan du mener at anken skal behandles videre

Hvis du vil anke en tingrettsdom til lagmannsretten

Dommer fra tingretten kan ankes til lagmannsretten. Du kan anke en dom hvis du mener det er

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i dommen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Hvis du ønsker å anke, må du sende en skriftlig ankeerklæring til den tingretten som har behandlet saken. Hvis du fører saken selv uten advokat, kan du møte opp i tingretten og anke muntlig. Retten kan tillate at også prosessfullmektiger som ikke er advokater, anker muntlig.

Det er vanligvis en muntlig forhandling i lagmannsretten som avgjør en anke over en dom. I ankebehandlingen skal lagmannsretten konsentrere seg om de delene av tingrettens avgjørelse som er omtvistet, og som det er knyttet tvil til.

Lagmannsretten kan nekte å behandle en anke hvis den kommer til at det er klart at dommen fra tingretten ikke vil bli endret. I tillegg kan retten nekte å behandle noen krav eller ankegrunner, selv om resten av anken blir behandlet.

Retten til å anke er begrenset i saker som gjelder formuesverdi under 250 000 kroner

Hvis anken gjelder en formuesverdi under 250 000 kroner, kreves det samtykke fra lagmannsretten for at anken skal kunne bli behandlet.

Når lagmannsretten vurderer om den skal gi samtykke, legger den vekt på

- sakens karakter
- partenes behov for å få saken prøvd på nytt
- om det ser ut til å være svakheter ved den avgjørelsen som er anket, eller ved behandlingen av saken

Hvis du vil anke en tingretts kjennelse eller beslutning til lagmannsretten

En *kjennelse* kan du som hovedregel anke på grunn av

- feil i de faktiske forholdene som retten har beskrevet i kjennelsen
- feil i rettsanvendelsen (at loven er tolket feil)
- feil i saksbehandlingen

Kjennelser som gjelder saksbehandlingen, og som er tatt på bakgrunn av skjønn, kan bare ankes dersom du mener at skjønnsutøvelsen er uforsvarlig eller klart urimelig.

En *beslutning* kan du bare anke hvis du mener

- at retten ikke hadde rett til å ta denne typen avgjørelse på det lovgrunnlaget, eller
- at avgjørelsen åpenbart er uforsvarlig eller urimelig

Hvis tingretten har avsagt dom i saken, kan tingrettens avgjørelser om saksbehandlingen ikke ankes særskilt. Da kan dommen isteden ankes på grunnlag av feil i saksbehandlingen.

Kjennelser og beslutninger anker du til den tingretten som har avsagt avgjørelsen. Anken avgjøres normalt ved kjennelse etter skriftlig behandling i lagmannsretten.

Hvis du vil anke lagmannsrettens avgjørelse til Høyesterett

Høyesterett er ankeinstans for lagmannsrettens avgjørelser.

Anke til Høyesterett over *dommer* krever alltid samtykke fra Høyesteretts ankeutvalg. Samtykke gis bare når anken gjelder spørsmål som har betydning utover den aktuelle saken, eller det av andre grunner er særlig viktig å få saken behandlet av Høyesterett. Anke over dommer avgjøres normalt etter muntlig forhandling.

Høyesteretts ankeutvalg kan nekte å ta anker over *kjennelser* og *beslutninger* til behandling dersom anken ikke reiser spørsmål av betydning utover den aktuelle saken, og heller ikke andre hensyn taler for at anken bør prøves. Anken kan også nektes fremmet dersom den reiser omfattende bevisspørsmål.

Når en anke over kjennelser og beslutninger i tingretten er avgjort ved kjennelse i lagmannsretten, kan avgjørelsen som hovedregel ikke ankes videre til Høyesterett.

Anke over lagmannsrettens kjennelser og beslutninger avgjøres normalt etter skriftlig behandling i Høyesteretts ankeutvalg.