

Kommunstyrelsen**Yttrande till förvaltningsrätten angående
laglighetsprövning enligt kommunallagen (mål 2198-22)**

Dnr KS21/356

Beslut

Ekerö kommun kommunstyrelse överlämnar bifogat yttrande till förvaltningsrätten och yrkar att överklagandet samt yrkandet om inhibition avslås.

Ärendet

Ekerö kommun har av förvaltningsrätten den 25 februari 2022 förelagts att yttra sig över överklagan från Sandra Berglund m.fl. Överklagande som avser laglighetsprövning enligt kommunallagen.

Coronaviruset med sjukdomen covid-19 klassades den 11 mars 2020 som en pandemi av Världshälsoorganisationen, WHO. Regeringen träffade den 8 december 2020 en överenskommelse med Sveriges kommuner och regioner (SKR) om genomförande av vaccinering mot covid-19. Alla personer över 12 år och som bor i Sverige erbjuds gratis vaccin. Äldre personer med funktionsnedsättning i Ekerö kommun ska erbjudas trygg och säker vård och omsorg med hög kvalitet. Utifrån rådande pandemi framstår det som en självklarhet att de som arbetar inom vård och omsorg, i verksamheter som är riktade till personer i riskgrupp och de som är äldre än 70 år, ska vara vaccinerade mot covid-19. De som söker en anställning med omvårdsnära arbetsuppgifter inom vård och omsorg i kommunens egenregiverksamheter och i upphandlade verksamheter måste kunna uppvisa vaccinationsintyg.

Den 20 januari 2022 beslutade kommunstyrelsens ordförande följande.

1. Nyrekrytering av personal inom vård och omsorg med omvårdnadsnära arbetsuppgifter ska omfattas av vaccinationskrav mot covid-19 innan anställning sker. Detta omfattar samtliga yrkeskategorier och såväl tidsbegränsade anställningar som tillsvidareanställda.

Vaccinationsintyget ska styrka det antal vaccinationer som Folkhälsomyndigheten rekommenderar för respektive åldersgrupp vid anställningstillfället. 2. Särskild prövning avseende eventuellt undantag från ovan ska göras av personer som inte kan vaccinera sig av medicinska eller andra skäl som definieras i grundlag. 3. Tilläggsavtal ska tecknas med upphandlade utförare med entreprenadavtal samt avtal enligt LOV om att följa detta beslut. Socialchefen får i uppdrag att teckna tilläggsavtal med upphandlade utförare.

Beslutsdatum

2022-03-18

Enligt punkt i nämndens delegationsordning

A7

Adam Reuterskiöld

Ordförande i kommunstyrelsen

Yttrande i mål 2198-22 Sandra Berglund m.fl. ./ Ekerö kommun angående laglighetsprövning enligt kommunallagen

Ekerö kommun (kommunen) har förelagts att yttra sig över Sandra Berglund m.fl. (klagandena) överklaganden (aktbilaga 3 och 7).

Kommunen bestrider bifall till överklagandena och anser att förvaltningsrätten ska avslå yrkandet om inhibition.

Beslutet är överklagbart med laglighetsprövning enligt 13 kap. kommunallagen (2017:725), KL. Enligt 13 kap. 8 § kommunallagen (2017:725), KL, ska ett överklagat beslut upphävas om

1. det inte har kommit till på lagligt sätt,
2. beslutet rör något som inte är en angelägenhet för kommunen
3. det organ som har fattat beslutet inte har haft rätt att göra det, eller
4. beslutet annars strider mot lag eller annan författning.

Det är de klagande som i första hand måste visa att det överklagade beslutet är olagligt enligt någon av grunderna i 13 kap. 8 § KL för att beslutet ska kunna upphävas (se rättsfallet RÅ 2010 ref. 119).

Kommunen menar att klagandena till stor del bygger sin argumentation på oförenligheten mellan regeringsformen och lagen (2021:4) om särskilda begränsningar för att förhindra spridning av sjukdomen covid-19, begränsningslagen. Kommunen tolkar detta som att klagandena begär lagprövning enligt 11 kap. 14 § regeringsformen.

Lagprövning kan endast ske inom ramen för det sedvanliga domstolsförfarandet och det är endast parterna i det aktuella målet som omfattas av lagprövningsbeslutet (Eka m.fl., Regeringsformen med kommentarer, 2012 s. 463). En s.k. abstrakt normkontroll är inte möjlig utan prövningen måste ta sin utgångspunkt i en tillämpning i ett konkret fall (se RÅ 1989 not. 42, NJA 2005 s. 764 och NJA 2007 S.718). Huruvida regeringsformen och den s.k. begränsningslagen generellt är förenliga med varandra måste anses utgöra abstrakt normkontroll eftersom kommunens beslut inte i sig är grundat på begränsningslagen.

Utöver detta har klagandena, så som kommunen förstår det, gjort gällande att det överklagade beslutet strider mot ett antal bestämmelser i olika rättsakter. Kommunen kommer nedan att bemöta dessa påståenden i relevanta delar.

Strider beslutet mot 2 kap. 6, 19, 20, 21 §, 12 kap. 5 § RF eller 4 § LOA?

Av det överklagade beslutet framgår att nyrekrytering av personal inom vård och omsorg med omvårdnadsnära arbetsuppgifter ska omfattas av vaccinationskrav mot covid-19 innan anställning sker.

Detta omfattar samtliga yrkeskategorier och såväl tidsbegränsade anställningar som tillsvidareanställda. Vaccinationsintyget ska styrka det antal vaccinationer som Folkhälsomyndigheten rekommenderar för respektive åldersgrupp vid anställningstillfället. Regleringen gällande tillsättning av kommunala och regionala tjänster är begränsad. Förutom bundenheten till kravet i 1 kap. 9 § RF om saklighet och opartiskhet i offentlig förvaltning har kommunen stor frihet att utse den person kommunen finner mest lämplig för en tjänst, efter bedömning av varje sökandes kvalifikationer och personliga egenskaper. Kommunala och regionala tjänstetillsättningar anses inte som myndighetsutövning utan är i princip av civilrättslig karaktär. Erbjudande om anställning, praktik eller tagande av uppdrag som i förevarande fall kan därmed inte ses som en lagstadgad rättighet, utan snarare som ett erbjudande där det är möjligt för den enskilde att tacka nej (jfr Europadomstolens dom i mål nr 62309/17, Steen mot Sverige, punkt 17). Förvaltningsrätten kan vid en laglighetsprövning inte närmare pröva lämpligheten av olika kriterier vid en nyanställning. Detta är förhållanden som får prövas genom en arbetsrättslig prövning. Kravet i det överklagade beslutet att vid nyrekrytering uppvisa gällande vaccinationsintyg kan inte anses strida mot 2 kap. 6, 20 och 21 §§ RF (se Förvaltningsrätten i Faluns dom 2022-03-01 i mål nr 5826-21).

En av de klagande har anfört att man kan anta att kommunen skulle vilja ställa krav på vaccination även hos redan anställd personal. Detta är inte något som omfattas av det överklagade beslutet och faller därmed utanför den nu aktuella prövningen.

Kommunen menar vidare att det inte har förts fram något som tyder på att det överklagade beslutet skulle strida mot 2 kap. 19 § RF, EKMR eller FN:s allmänna förklaration om de mänskliga rättigheterna. Vad särskilt gäller FN:s allmänna förklaration om de mänskliga rättigheterna kan följande tilläggas. Denna allmänna förklaration gäller inte som lag i Sverige och är därför inte heller direkt återoppar hos varken myndigheter eller domstolar.

Klagandena menar vidare att beslutet strider mot 4 § lagen (1994:260) om offentlig anställning, LOA. Av 1 och 2 §§ LOA följer att bestämmelserna i 4 § samma lag om bedömningsgrunder vid anställning över huvud taget inte är tillämpliga vid anställning i kommunen. Eftersom kommunen inte är en myndighet under regeringen gäller inte heller 4 § anställningsförordningen om bedömningsgrunder vid anställning. Vad klagandena har anfört i denna del kan därmed inte anses visa att det överklagade beslutet ska upphävas på den grunden att det strider mot lag eller annan författning enligt 13 kap. 8 § KL. På samma grunder kan beslutet inte heller anses strida mot 12 kap. 5 § RF eftersom bestämmelsen inte är tillämplig på kommuner utan enbart myndigheter under regeringen.

Strider beslutet mot hälso- och sjukvårdslagen (2017:30), HSL?

Klagandena anför, så som det får förstås, att det överklagade beslutet kan likställas med ett beslut om tvångsvaccinering. Så är naturligtvis inte fallet. Vaccinering mot covid-19 kan anses vara ett kroppsligt ingrepp enligt 2 kap. 6 § RF och lagstöd för att tvinga någon att vaccinera sig mot covid-19 finns inte (jfr Förvaltningsrätten i Faluns dom 2022-03-01 i mål nr 5826-21). Kommunen har dock inte tvingat någon att vaccinera sig. Som anförts ovan är kommunala tjänstetillsättningar inte att anse som myndighetsutövning utan är i princip av civilrättslig karaktär. Erbjudande om anställning eller tagande av uppdrag kan inte heller ses som en lagstadgad rättighet, utan snarare som ett erbjudande där det är möjligt för den enskilde att tacka nej (jfr Europadomstolens dom i mål nr 62309/17, Steen mot Sverige, punkt 17). Det står naturligtvis den enskilde fritt att inte vaccinera sig. Att uppvisa ett vaccinationsbevis kan inte jämföras med att någon, av det allmänna, påtvingas ett kroppsligt ingrepp. Detta oaktat att en vägran att uppvisa vaccinationsbevis kan påverka den enskildes möjlighet att erhålla anställning.

Hur själva vaccinet administreras är inget som kommunen beslutar om och frågan om detta skulle strida mot HSL är därför irrelevant i nu aktuella mål.

Strider beslutet mot 1 kap. 2 § RF eller diskrimineringslagen (2008:567)?

Enligt förarbetena (jfr prop. 1975/76:209 s. 136 f) är denna paragraf inte en rättsligt bindande regel per se utan paragrafen ska ses som ett program- och målsättningsstadgande som ger uttryck för vissa särskilt

viktiga principer för samhällsverksamhetens inriktning. Stadgandets främsta funktion är att ålägga det allmänna att positivt verka för att de ifrågasatt målsättningarna i största möjliga utsträckning förverkligas. 1 kap. 2 § RF ger, till skillnad från reglerna i 2 kap. RF om de grundläggande fri- och rättigheterna, inte upphov till några rättigheter för den enskilde. Den enskilde kan alltså inte med stöd av 1 kap. 2 § RF påkalla domstols ingripande mot det allmänna. I vilken utsträckning det allmänna lever upp till målsättningarna kan enbart bli föremål för politisk kontroll. Av det ovan anförda framgår att det överklagade beslutet inte kan upphävas på denna grund (se Förvaltningsrätten i Faluns dom 2022-03-01 i mål nr 5826-21).

Enligt 6 kap. 1 § första stycket diskrimineringslagen ska mål om tillämpningen av 2 kap. 1, 2, 3 eller 18 § handläggas enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister. Enligt 1 § lagen (1987:439) om inskränkning i rätten att överklaga får under sådana förhållanden en arbetstagare inte överklaga beslutet hos regeringen, en förvaltningsdomstol eller en förvaltningsmyndighet. Därigenom undviks att beslut av en arbetsgivare med offentlig ställning överprövas av såväl allmän domstol enligt arbetstvistlagen som av andra överprövningsinstanser genom överklagande (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 mars 2017 i mål nr 1171-16). Vidare ska enligt 6 kap. 1 § andra stycket diskrimineringslagen mål om tillämpningen av 2 kap. 5, 6, 7, 9, 10, 11, 12, 12 a, 12 b, 12 c, 13, 13 a, 13 b, 14, 14 a, 14 b, 15, 16, 17 eller 19 § prövas av allmän domstol och handläggas enligt bestämmelserna i rättegångsbalken om rättegången i tvistemål när förlikning om saken är tillåten. Klagandenas påstående om att kommunens beslut strider mot diskrimineringslagen kan därmed inte medföra att beslutet av den anledningen ska upphävas enligt 13 kap. 8 § KL (se Förvaltningsrätten i Faluns dom 2022-03-01 i mål nr 5826-21).

Strider beslutet mot 25 kap. 1 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL, 4 kap. 1 § patientlagen (2014:821), PL, eller GDPR?

Det är riktigt att en persons journal omfattas av hälso- och sjukvårdssekretessen enligt 25 kap. 1 § OSL. Bestämmelsen är utformad med ett omvänt skaderekvisit och det råder därför en presumtion för sekretess. Detta innebär att de som förfogar över uppgifterna, dvs. hälso- och sjukvården i detta fall, skulle behöva komma fram till att det står klart att uppgifterna kan röjas utan att den enskilde eller någon närstående skulle lida men för att efter en begäran kunna lämna ut dem, förutsatt att det inte finns någon sekretessbrytande bestämmelse. Denna prövning måste naturligtvis göras i varje enskilt fall efter varje begäran. Kommunen begär dock inte ut några handlingar från hälso- och sjukvården. Inte heller innebär kommunens beslut att en begäran om handlingar har gjorts. Enligt beslutet ska vaccinationsstatus styrkas vid nyrekrytering. Detta ska göras genom att den tilltänkte arbetstagaren visar upp ett giltigt vaccinationsintyg. Sekretess gäller inte, som huvudregel, gentemot den enskilde själv (12 kap. 1 § OSL). Det står alltså den enskilde fritt att förfoga över sina egna uppgifter genom att t.ex. lämna in eller visa upp vaccinationsintyg vid nyrekrytering. Att en uppgift är sekretessreglerad och sekretessbelagd inom en viss verksamhet förhindrar inte en annan verksamhet eller myndighet från att handha den sekretessbelagda uppgiften. Dessutom omfattas uppgifter om anställdas hälsotillstånd av sekretess enligt 39 kap. OSL om personalsocial och personaladministrativ verksamhet. Som nämnts tidigare står det den enskilde fritt att inte vaccinera sig och även att inte visa upp vaccinationsintyg. Även om detta dock kan påverka den enskildes möjlighet att erhålla anställning innebär det inte att det överklagade beslutet kan anses stå i strid med 25 kap. OSL.

Klagandena anför att kommunens beslut står i strid med 4 kap. 2 § PL. Av 4 kap. 2 § PL framgår att hälso- och sjukvård inte får ges utan patientens samtycke om inte annat följer av denna eller någon annan lag. Kommunens beslut innebär inte att någon ska ges hälso- och sjukvård och kan därför inte anses stå i strid med 4 kap. 2 § PL.

Klagandena har vidare anförts att beslutet strider mot artikel 7 GDPR punkt 1 och 3. I bestämmelsen framgår följande. Om behandlingen grundar sig på samtycke, ska den personuppgiftsansvarige kunna visa att den registrerade har samtyckt till behandling av sina personuppgifter. De registrerade ska ha rätt att när som helst återkalla sitt samtycke. Återkallandet av samtycket ska inte påverka lagligheten av behandling som grundar sig på samtycke, innan detta återkallas. Innan samtycke lämnas ska den registrerade

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

informerar om detta. Det ska vara lika lätt att återkalla som att ge sitt samtycke. Kommunen kan inte se hur det överklagade beslutet kan anses strida mot artikel 7 i GDPR. Det står den enskilde fritt att inte visa upp vaccinationsintyg. Att detta kan inverka på den enskildes möjligheter att erhålla anställning påverkar inte detta.

PCR-testerna tillförlitlighet

Graden av tillförlitlighet till PCR-testerna faller utanför prövningen av den nu överklagade beslutet.

Inhibition

En av de klagande har i aktbilaga 13 yrkat på vad kommunen tolkar som inhibition av det överklagade beslutet. Kommunen bestrider bifall till yrkandet om inhibition. I von Essen, Förvaltningsprocesslagen m.m. (2020-12-01, JUNO) kommentar till 28 § går det att läsa bl.a. följande.

Det anges inga materiella förutsättningar för att domstolen ska få besluta om olika interimistiska åtgärder. Vad som krävs för inhibition har emellertid varit föremål för ett flertal avgöranden och kan sammanfattas så, att för inhibition krävs dels att det är sannolikt att talan kommer att bifallas, dels att verkställighetsförbudet är ägnat att förhindra att ett allmänt eller enskilt intresse åsamkas beaktansvärd skada. När det gäller det första ledet av prövningen – sannolikhetsbedömningen – har i praxis i allmänhet uppställts ett krav på en hög grad av sannolikhet för ett slutligt bifall till själva sakfrågan i målet (RÅ 2009 ref. 51, RÅ 1986 ref. 7, RÅ81 2:33, RÅ 1990 ref. 82 och RÅ 1991 ref. 109, jfr även HFD 2014 ref. 13). Vidare anges att inhibition självklart endast ska meddelas i sådana fall då åtgärden fyller ett praktiskt behov och inte framstå som överflödigt eller meningslös. Emellertid är det inte tillräckligt att ett behov kan identifieras. Den skadebedömning som ska göras kan formuleras så att inhibition, liksom andra interimistiska beslut, syftar till att förhindra en verkställighet i fall då det är av stor betydelse för klaganden att ett överklagat beslut inte blir gällande innan saken slutligt prövats. Man måste alltså upp på en viss nivå av skada.

Kommunen menar att det dels inte är hög grad av sannolikhet att överklagandet kommer att bifallas, dels att vad klaganden uppgivit inte innebär att klaganden löper "en omedelbar risk att skadas" om inhibition inte meddelades (jfr RÅ 2007 ref. 22). Yrkandet om inhibition ska därför avslås.

Sammanfattningsvis menar kommunen att klagandena inte har visat att det överklagade beslutet strider mot lag eller annan författning. Klagandena har inte heller i övrigt anfört någon omständighet som medför att beslutet är olagligt i något av de hänseenden som anges i 13 kap. 8 § KL. Överklagandena ska därmed avslås.

För Ekerö kommun, dag som ovan

Adam Reuterskiöld

Ordförande i kommunstyrelsen