



NORGES HØYESTERETT

Den 11. oktober 2018 avsa Høyesterett dom i

sak nr. HR-2018-1958-A, (sak nr. 2018/199), sivil sak, anke over dom,

I.

Sauherad kommune

(advokat Frode Lauareid – til prøve)

mot

Katarzyna Jachimowicz
Norges Kristelige Legeforening
(partshjelper)

(advokat Håkon H. Bleken)

II.

Katarzyna Jachimowicz
Norges Kristelige Legeforening
(partshjelper)

(advokat Håkon H. Bleken)

mot

Sauherad kommune

(advokat Frode Lauareid – til prøve)

STEMMEGIVNING:

- (1) Dommer **Møse**: Saken gjelder oppsigelse av en fastlegeavtale fordi legen av samvittighetsgrunner ikke ønsker å sette inn spiral som prevensjonsmiddel.
- (2) Katarzyna Jachimowicz vokste opp i Polen og er spesialist i allmenntilleggsmedisin. Hun kom til Norge i 2008 fordi hennes mann hadde fått arbeid her. Etter norsk kurs og hospitering på sykehus søkte hun i 2009 stilling som fastlege i Sauherad kommune. I intervjuet gjorde hun oppmerksom på at hun av samvittighetsgrunner ikke ønsket å sette inn spiral. Hun fikk ikke stillingen, etter det opplyste fordi hun snakket dårligere norsk enn den søkeren som ble ansatt.

- (3) Jachimowicz fikk senere et vikariat som fastlege i kommunen, og hun søkte så igjen om fastlegestilling. Denne gang ble hun ansatt og undertegnet en avtale om allmennpraksis i fastlegeordningen 16. mai 2011. Forut for ansettelsen ble hun igjen intervjuet av ansettelsesrådet og sa da at hun ikke ønsket å sette inn spiral. Deretter arbeidet hun som fastlege på Sauherad legekontor. De ganger pasienter anmodet om innsetting av spiral, overlot hun oppgaven til en av sine kolleger uten å opplyse om sitt forbehold. Det innkomen ingen klager på hennes virksomhet.
- (4) I februar 2014 opprettet fylkesmannen i Telemark tilsynssak mot Jachimowicz, etter at han var blitt gjort oppmerksom på at en lege i Sauherad kommune hadde samvittighetsforbehold. Han henvendte seg til Statens helsetilsyn, som i brev til kommunen 26. januar 2015 uttalte at vurderingstemaet var om kommunens aksept av at hun reserverte seg mot å utføre visse former for helsehjelp, var i strid med kommunens plikt til å sørge for å tilby allmennlegetjenester som er i samsvar med krav fastsatt i regelverket. Helsetilsynets konklusjon var at hun ikke hadde adgang til å reservere seg mot å sette inn spiral, og kommunen ble bedt om å redegjøre for hvordan den fremover ville sikre at "fastlegeordningen/allmennlegetjenesten er i samsvar med krav fastsatt i regelverket".
- (5) Kommunen innkalte Jachimowicz til drøftingsmøte 6. mars 2015 og varslet om at de mulige bruddene hadde en alvorlighetsgrad som kunne medføre at driftsavtalen ble sagt opp med umiddelbar virkning. I brevet uttalte kommunen at hun ikke hadde anledning til å reservere seg mot å sette inn spiral som prevensjon. Kommunen ønsket en avklaring på om hun ville innrette sin fremtidige praksis i tråd med gjeldende regelverk.
- (6) Etter avtale med kommunen gikk Jachimowicz ut i permisjon 1. april 2015 og har siden arbeidet som lege ved Notodden sykehus med sikte på spesialisering i psykiatri. Etter et nytt drøftingsmøte 31. august 2015 traff kommunen 3. desember 2015 vedtak om å si opp hennes individuelle avtale om allmennpraksis i fastlegeordningen.
- (7) Jachimowicz tok ut stevning for Aust-Telemark tingrett, som 9. februar 2017 avsa dom med slik domsslutning:
1. Sauherad kommune frifinnes.
 2. Partene bærer egne sakskostnader."
- (8) Jachimowicz anket til Agder lagmannsrett, som 24. november 2017 avsa dom med slik domsslutning:
1. Oppsigelse av fastlegeavtale med Katarzyna Jachimowicz av 3. desember 2015 kjennes ugyldig. Sauherad kommune tilpliktet å gjeninnta Katarzyna Jachimowicz som fastlege og kommunalt ansatt lege i 20 % stilling.
 2. Sauherad kommune frifinnes for krav om erstatning.
 3. Partene dekker egne sakskostnader for tingretten.
 4. Sauherad kommune dømmes til innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av dommen å betale Katarzyna Jachimowicz' sakskostnader med kr. 600 000 – sekshundretusen – for lagmannsretten."
- (9) Dommen ble avsagt med dissens.

- (10) Sauherad kommune har påanket lagmannsrettens avgjørelse om at oppsigelsen er ugyldig. Katarzyna Jachimowicz har anket over erstatningsspørsmålet. Høyesteretts ankeutvalg tillot 13. mars 2018 ankene fremmet, men slik at det foreløpig ikke skulle forhandles om erstatningsutmåling, jf. tvisteloven § 30-14 tredje ledd.
- (11) *Sauherad kommune* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (12) Det forelå ingen avtale med kommunen om at Jachimowicz skulle ha reservasjonsrett. Kommunen hadde ikke fraskrevet seg sin styringsrett, og kommunestyret hadde ikke avklart de prinsipielle sider ved spørsmålet. Delegeringsreglene åpnet ikke for reservasjonsavtaler. Når Jachimowicz i praksis slapp å sette inn spiral, skyldtes dette en tålt praksis fra kommunens side. Oppsigelsen hadde derfor saklig grunn.
- (13) Reglene om fastlegeordningen gir ikke adgang til å reservere seg mot å sette inn spiral. Ifølge ordlyden og forarbeidene til de relevante lovbestemmelsene har pasientene rett til tjenester og til å stå på fastlegeliste, og kommunen har ansvaret for å gjennomføre dette. Fastlegenes listeanvar omfatter alle allmennlegeoppgaver med mindre annet er presisert, og deres adgang til å fordele oppgaver seg imellom åpner ikke for noen reservasjonsrett. Drøftelser i Stortinget støtter dette syn.
- (14) Myndighetenes krav om at Jachimowicz måtte sette inn spiral, var ikke i strid med Den europeiske menneskerettskonvensjon (EMK) artikkel 9 om samvittighets- og religionsfrihet. Selv om hennes reservasjon er uttrykk for et konsekvent livssyn, har den ikke tilstrekkelig nærhet til livssynet, og den faller derfor utenfor bestemmelsens anvendelsesområde. Etter konvensjonspraksis må den enkelte akseptere lovgivningens generelle krav for vedkommende profesjon. Under enhver omstendighet må oppsigelsen godtas etter artikkel 9 nr. 2. Inngrepet i rettigheten ivaretok legitime hensyn, var i samsvar med lov og var forholdsmessig. Heller ikke artikkel 14 om diskriminering eller den tidligere lov om forbud mot diskriminering på grunn av etnisitet, religion og livssyn av 2013 (diskrimineringsloven) er krenket.
- (15) Til Jachimowicz' anførsler om erstatning anfører kommunen at det ikke foreligger noe erstatningsgrunnlag selv om oppsigelsen kjennes ugyldig. Ansvarsregelen i diskrimineringsloven kommer ikke til anvendelse, siden det kreves uaktsomhet, og kommunen kan ikke lastes. Det kan ikke ilegges ansvar på grunn av uhjemlet myndighetsutøvelse.
- (16) Sauherad kommune har nedlagt slik påstand:
1. **Sauherad kommune vert frifunnen.**
 2. **Sauherad kommune vert tilkjent sakskostnader for alle instanser."**
- (17) *Katarzyna Jachimowicz* har i det vesentlige gjort gjeldende:
- (18) Ved inngåelsen av den skriftlige individuelle fastlegeavtalen mellom Jachimowicz og kommunen ble det samtidig avtalt muntlig at hun skulle ha reservasjonsrett. Dette ble lagt til grunn i praksis og løst ved at andre leger ved legekantoret satte inn spiral når det var aktuelt. På avtaletidspunktet var spørsmålet om en fastlege kunne reservere seg ikke av

prinsipiell art, og det var derfor ikke nødvendig at kommunestyret godtok hennes forbehold. Oppsigelsen mangler saklig grunn og er derfor ugyldig.

- (19) Det rettslige rammeverket for fastlegeordningen forhindrer ikke at det avtales reservasjonsrett. Fastlegeordningen inneholder intet om dette, og det foreligger over 30 års praksis basert på avtaler mellom lege og kommune om samvittighetsforbehold. Ingen fastlege utfører alle oppgaver, og listepasienter har ikke rettskrav på personlig betjening fra sin fastlege innenfor hele ansvarsområdet. Over 30 prosent av fastlegene i Norge setter ikke inn spiral.
- (20) Oppsigelsen er i strid med EMK artikkel 9. Ut fra konvensjonspraksis er det ikke tvilsomt at reservasjonsretten beskyttes av samvittighets- og religionsfriheten. Hva angår vilkårene for inngrep i artikkel 9 nr. 2, aksepterer Jachimowicz at hensynet til helse er et legitimt formål. Men et totalforbud mot samvittighetsforbehold er ikke forholdsmessig, siden bestemmelsen krever en konkret avveining. Hun ble rammet uforholdsmessig hardt av oppsigelsen.
- (21) Det foreligger også indirekte diskriminering på grunn av religion etter EMK artikkel 14 fordi reservasjonsforbudet rammer alle katolske fastleger. Dermed utelukkes en minoritetsgruppe fra fastlegeyrket. Det vises også til diskrimineringsloven § 16, jf. § 4.
- (22) Om erstatningsspørsmålet anføres det at kommunen er ansvarlig på flere grunnlag – objektivt ansvar på grunn av kontraktsbrudd, rettspraksis om ugyldige forvaltningsvedtak, EMK artikkel 13 om effektivt rettsmiddel og diskrimineringsloven § 25 annet ledd om ansettelsesforhold. Subsidiært gjøres det gjeldende at det foreligger skyldansvar, siden kommunens rettsvillfarelse ikke var unnskyldelig.
- (23) Katarzyna Jachimowicz har nedlagt slik påstand:

"Om oppsigelsesspørsmålet:

1. Anken forkastes.
2. Katarzyna Jachimowicz tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett.

Om erstatningskravet:

1. Sauherad kommune er erstatningsansvarlig for tap påført Katarzyna Jachimowicz som følge av oppsigelse datert 3. desember 2015.
2. Katarzyna Jachimowicz tilkjennes sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett."

- (24) *Mitt syn på saken:*
- (25) Jeg er kommet til at kommunens anke vedrørende oppsigelsen ikke kan føre frem og ser først på spørsmålet om det ble inngått en bindende avtale om samvittighetsforbehold da Jachimowicz ble ansatt i 2011.
- (26) *Ansettelsesavtalen i 2011*
- (27) Det er på det rene at den skriftlige avtalen av 16. mai 2011 ikke inneholdt noen bestemmelse om reservasjonsrett. Partene inngikk en standardavtale, kalt "individuell

avtale om allmennpraksis i fastlegeordning". Heller ikke kommunens tilbud tidligere samme dag om at Jachimowicz kunne få stillingen, inneholdt noe om samvittighetsforbeholdet. Det samme gjaldt protokollen fra ansettelsesrådets forutgående møter med søkerne til fastlegestillingen.

- (28) Spørsmålet er dermed om det ble inngått en muntlig avtale mellom ansettelsesrådet og Jachimowicz om å akseptere forbeholdet, slik lagmannsretten har lagt til grunn. De som har forklart seg om intervjuet i bevisopptak for Høyesterett – Jachimowicz, samt den daværende kommuneoverlegen og den tillitsvalgte legen, som begge var medlemmer av ansettelsesrådet – har gitt sammenfallende beskrivelser. Jachimowicz tok opp sitt samvittighetsforbehold og uttalte at hun ikke ville sette inn spiral. I ansettelsesrådet var det enighet om at dette ikke ville utgjøre noe problem, siden andre leger ved legekantoret kunne utføre denne oppgaven for de pasienter hvor dette ble aktuelt. Det ble ikke tatt noe forbehold fra ansettelsesrådets side. De som representerte kommunen, har i bevisopptak forklart at det ble inngått en avtale, noe kommunen også gav uttrykk for utad i forbindelse med tilsynssaken. Etter dette finner jeg det ikke tvilsomt at det ble inngått en muntlig tilleggsavtale som innrømmet Jachimowicz reservasjonsrett.
- (29) Kommunen har gjort gjeldende at ansettelsesrådet ikke hadde myndighet til å inngå en slik avtale. Det er blant annet vist til at det etter kommuneloven § 6 er kommunestyret som er kommunens øverste organ, og at myndighet bare kan delegeres til administrasjonssjefen i enkeltsaker eller typer av saker som ikke er av prinsipiell betydning, jf. § 23 nr. 4.
- (30) Jeg er enig med lagmannsretten i at dette ikke kan føre frem. Ansettelsen av Jachimowicz som fastlege skjedde i samsvar med fast delegasjonspraksis. Kommunens tidligere helse- og sosialsjef, som etter en omorganisering omkring 2009 hadde fått tittelen rådgiver, var leder for ansettelsesrådet. Det er opplyst at han hadde beholdt sin kompetanse på dette området. Han undertegnet både kommunens tilbud om ansettelse, med kopi til rådmannen, og den individuelle ansettelsesavtalen med Jachimowicz. Som jeg straks kommer tilbake til, er det heller ikke grunnlag for å anse hennes samvittighetsforbehold som en sak av prinsipiell betydning etter § 23 nr. 4 på det tidspunkt avtalen ble inngått.
- (31) På denne bakgrunn finner jeg det klart at det i mai 2011 ble inngått en bindende avtale om ansettelse av Jachimowicz som omfattet en aksept av hennes samvittighetsforbehold.
- (32) Spørsmålet er så om denne avtalen likevel var ugyldig fordi den på avtaletidspunktet var i strid med rammeverket for fastlegeordningen eller andre lov- og forskriftsbestemmelser, slik kommunen har anført.
- (33) Fastlegeordningen ble innført på permanent grunnlag i 2000 ved endringer i den daværende kommunehelsetjenesteloven av 1982. Flere av bestemmelsene, blant annet § 1-3, gav hjemmel til å gi nærmere regler ved forskrift. Av særlig betydning var fastlegeforskriften 14. april 2000, som i § 1 fastslo at formålet med ordningen var å bedre kvaliteten i allmennhelsetjenesten ved å sikre at befolkningen skulle få "en fast allmennlege å forholde seg til" og dermed gi større trygghet gjennom bedre tilgjengelighet til allmennhelsetjenesten. Hverken kommunehelsetjenesteloven eller fastlegeforskriften fra 2000, slik den var formulert da Jachimowicz ble ansatt i kommunen i 2011, hadde noen uttrykkelige regler om samvittighetsforbehold.

- (34) Det hadde heller ikke helsepersonelloven av 1999, som også gav hjemmel for fastlegeforskriften av 2000. Lovens formål er ifølge § 1 å "bidra til sikkerhet for pasienter og kvalitet i helse- og omsorgstjenesten samt tillit til helsepersonell og helse- og omsorgstjenesten". Helsepersonell skal ifølge § 4 utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes, og de skal innrette seg etter sine faglige kvalifikasjoner og innhente bistand eller henvise pasienter videre der dette er nødvendig.
- (35) Kommunen har også vist til enkelte bestemmelser i pasient- og brukerrettighetsloven av 1999 og helse- og omsorgstjenesteloven av 2011, som avløste kommunehelsetjenesteloven av 1982 og sosialtjenesteloven av 1991. Dette kommer jeg tilbake til, men bemerker at hverken disse lovene eller forskriftene gitt i medhold av dem hadde regler i 2011 om reservasjonsrett.
- (36) Derimot har abortloven hatt en uttrykkelig bestemmelse om samvittighetsforbehold siden den ble vedtatt i 1975. Etter § 14 skal det ved organiseringen av sykehus-tjenesten "tas hensyn til" helsepersonell som av samvittighetsgrunner ikke ønsker å *utføre eller assistere* ved svangerskapsavbrudd. Og abortforskriften fra 2001 fastslår i § 15 at helsepersonell som av samvittighetsgrunner ønsker det, "skal fritas" fra å utføre eller assistere ved svangerskapsavbrudd, men derimot ikke for så vidt gjelder pleie før, under og etter svangerskapsavbruddet. Disse bestemmelsene viser at lovgiver på et tilstøtende rettsområde har funnet det nødvendig å gi en særskilt bestemmelse om reservasjonsrett, men gir ikke grunnlag for å trekke slutninger til vår sak om innsetting av spiral.
- (37) I et rundskriv 20. juni 1995 til landets fylkesleger og blant annet i en tilsynssak fra 2005 la Statens helsetilsyn til grunn at det var anledning til å reservere seg mot å henvise til abort mv. av samvittighetsgrunner dersom helsetilbudet til pasientene ble tilfredsstillende ivaretatt. Det ble samtidig understreket at kommunene hadde plikt til å yte nødvendig helsehjelp etter kommunehelsetjenesteloven:
- "I små kommuner hvor det er få leger vil det lett medføre uakseptable belastninger for de kvinner det gjelder, dersom det aksepteres at legene tar forbehold mot å yte visse typer helsehjelp. Vi vil understreke at kommunene bør ta hensyn til dette ved ansettelser, slik at de ikke kommer i en situasjon hvor helsetilbudet i kommunen blir utilfredsstillende. ..."**
- (38) Spørsmålet om legers reservasjonsrett kom også opp i forbindelse med assistert befruktning til lesbiske par. I Helse- og omsorgsdepartementets brev 24. februar 2009 om reservasjonsrett for leger heter det blant annet:
- "Hvorvidt en lege som yter helsetjenester i henhold til kommunehelsetjenesteloven skal kunne reservere seg mot å henvise pasienter til spesialisthelsetjenesten for vurdering av tilbud om assistert befruktning, er et spørsmål vedkommende lege må ta opp med kommunen. Etter departementets oppfatning er det intet rettslig i veien for at legen kan gis en reservasjonsrett dersom kommunen legger til rette for at det lesbiske paret kan få samme hjelp av annen lege."**
- (39) Dette førte til reaksjoner, og Helse- og omsorgsdepartementet foretok derfor en fornyet vurdering. I et rundskriv 31. oktober 2011 – omtrent fem måneder etter at Jachimowicz var blitt ansatt – uttalte departementet at det hadde oppstått spørsmål knyttet til hvilken adgang leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten hadde til å reservere seg mot å utføre bestemte oppgaver av samvittighetsgrunner. Dette gjaldt for eksempel å tilby

prevensjon og prevensjonsveiledning, henviser til spesialisttjenesten for utføring av abort, eller henviser lesbiske par til spesialisthelsetjenesten til utredning for assistert befruktning. I rundskrivet ønsket departementet å klargjøre rettstilstanden på området:

"Det må skilles mellom leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten og helsepersonell i spesialisthelsetjenesten. Dette rundskrivet omhandler leger i den kommunale helse- og omsorgstjenesten.

Allmennleger og fastleger tilknyttet den kommunale helse- og omsorgstjenesten har i dag ingen lov- eller forskriftsfestet *rett* til å reservere seg av samvittighetsgrunner. Dette gjelder for eksempel oppgaver knyttet til prevensjon og familieplanlegging samt henvisning til assistert befruktning eller abort.

Når det gjelder spørsmålet om en lege av samvittighetsgrunner skal ha *mulighet* til å reservere seg mot å utføre spesielle oppgaver, må man skille mellom allmennleger og fastleger. Med fastlege menes lege som har inngått avtale med en kommune om deltakelse i en fastlegeordning, jf. fastlegeforskriften § 2.

Når det gjelder fastleger ... er det ikke hjemmel for kommunen til å frita legen for oppgaver som er pålagt ved lov eller forskrift. Fastlegens listeansvar følger av fastlegeforskriften § 7, der det fremgår blant annet at 'fastlegen skal ha ansvaret for allmennelegetilbudet til personer på sin liste innen de rammer som gjelder for fastlegeordningen i lov, forskrift og sentral avtale.' Listeansvaret omfatter også 'henvisning til andre helsetjenester etter behov', jf. merknadene til forskriftsbestemmelsen. Med andre ord, er det pasientens behov for henvisning som er styrende for fastlegen. Bestemmelsen gir ikke en rett for fastlegen til å nekte eller unnlate å henviser pasienten videre av andre grunner enn at pasienten ikke har behov for en videre henvisning.

Videre er det i fastlegeforskriften § 7 ikke gitt en adgang for partene, dvs. kommunen og fastlegen, til å fravike denne bestemmelsen. Det er dermed ikke anledning for kommunen og fastlegen til – gjennom avtale – å bli enige om å innsnevre fastlegens listeansvar, herunder å avtale at fastlegen av samvittighetsgrunner ikke skal utføre visse oppgaver.

Når det gjelder leger som er ansatt i kommunen og som ikke har et listeansvar som fastlege, kan vedkommende lege på gitte vilkår gis mulighet til å reservere seg. ... Kommunen kan enten utføre tjenestene selv eller inngå avtale med andre private- eller offentlige tjenesteytere. Dette innebærer at for leger som utfører oppgaver på vegne av kommunen og som ikke har listeansvar, *kan* kommunen velge å avtale at legen ikke skal utføre bestemte oppgaver. ..."

- (40) Departementets rundskriv illustrerer at på det tidspunkt Jachimowicz inngikk sin individuelle fastlegeavtale med kommunen, var rettstilstanden uklar, og at kommunene hadde fulgt ulik praksis. Også bevisførselen for Høyesterett har vist at enkelte andre kommuner i Telemark hadde akseptert samvittighetsforbehold ved innsettelse av spiral, og at de hadde lagt til rette for at pasienten kunne få bistand av annen lege, eventuelt gynekolog.
- (41) Det følger av rundskrivet fra oktober 2011 at departementet særlig la vekt på listeansvaret i fastlegeforskriften § 7 som begrunnelse for at kommunene ikke hadde hjemmel for å frita fastlegene for enkeltoppgaver. Jeg kan imidlertid ikke se at den generelle ordlyden om fastlegens ansvar for sine pasienter gir særlig støtte for denne tolkningen. Det er nok så at bemerkningene til § 7 om henvisning til andre helsetjenester "etter behov" gir uttrykk for at pasientenes behov skal ansees styrende. Men en slik formulering er ikke tilstrekkelig til å innfortolke et generelt forbud mot samvittighetsforbehold. Det er ikke

uten videre gitt at hensynet til pasientene utelukker samvittighetsforbehold hvis deres behov kan ivaretas fullt ut tilfredsstillende på annen måte, for eksempel fordi kolleger ved samme legekantor utfører oppgaven. Helsetilsynets rundskriv og brev i henholdsvis 1995 og 2005 samt departementets brev om assistert befruktning fra 2009 gav som nevnt anvisning på at det måtte foretas en konkret vurdering, og bevisførselen i saken tyder på at det hadde vært en slik praksis i alle fall i noen kommuner over lang tid. I vår sak la ansettelsesrådet nettopp til grunn at det ikke ville medføre noen ulemper for pasientene om Jachimowicz' kolleger satte inn spiral.

- (42) Basert på den redegjørelsen jeg har gitt om rettstilstanden, kan jeg ikke se at den muntlige avtalen mellom kommunen og Jachimowicz i mai 2011 om hennes samvittighetsforbehold stred mot gjeldende lovgivning eller forskrifter på avtaletidspunktet. Avtalen kan dermed heller ikke settes til side på dette grunnlag.
- (43) Jeg ser så på situasjonen frem til Jachimowicz ble oppsagt i desember 2015.
- (44) *Fastlegeforskriften av 2012*
- (45) Året etter ansettelsen – i august 2012 – ble fastlegeforskriften fra 2000 avløst av en ny fastlegeforskrift, som trådte i kraft 1. januar 2013. Forskriften var gitt med hjemmel i helse- og omsorgstjenesteloven av 2011 § 3-2 tredje ledd, som var en videreføring av kommunehelsetjenesteloven av 1982 § 1-3.
- (46) I den nye lovbestemmelsen var det presisert at forskriftene kunne regulere "kvalitets- og funksjonskrav" i den private helsetjenesten. Dette er en mer presis formulering enn en vanlig hjemmel til å gi forskrifter til gjennomføring av loven. En naturlig tolkning av ordlyden i § 3-2 gir holdepunkter for at departementet kunne regulere betingelsene for både å få stilling som fastlege og hvorledes virksomheten skulle utøves, selv om uttrykket "kvalitets- og funksjonskrav" i § 3-2 primært synes å ta sikte på lovens kapittel 4, jf. Prop. 91 L (2010–2011) side 250.
- (47) Denne proposisjonen om helse- og omsorgstjenesteloven inneholdt flere generelle formuleringer om fastlegenes ansvar for allmennlegetilbudet innen de rammer som gjaldt for ordningen. Men selv om proposisjonen syntes å forutsette at § 3-2 tredje ledd, i likhet med den tidligere kommunehelsetjenesteloven § 1-3, hjemler regulering av fastlegens virksomhet, inneholdt den ingen drøftelse av adgangen til samvittighetsforbehold, hverken i de generelle bemerkningene eller i spesialmotivene til uttrykket "kvalitets- og funksjonskrav" i § 3-2.
- (48) Spørsmålet blir så om den nye fastlegeforskriften regulerte dette spørsmålet. Etter § 10 skulle fastlegens listeansvar dekke alle allmennlegetilbudet for innbyggerne på listen. I sine bemerkninger til denne bestemmelsen fremhevet Helse- og omsorgsdepartementet at det dreide seg om en presisering av § 7 i forskriften av 2000 – en bestemmelse som jeg allerede har vurdert – og fortsatte:

"Listeansvaret innebærer at fastlegen i utgangspunktet er ansvarlig for å tilby alle typer allmennlegetjenester til egne listeinnbyggere. ... En fastlege kan ikke velge bort å tilby allmennlegetjenester til egne listeinnbyggere, med mindre allmennlegetilbudene er positivt unntatt fra listeansvaret. ..."

- (49) Disse formuleringene er generelt utformet. Det samme gjelder de øvrige bestemmelser kommunen har vist til i forskriften av 2012, for eksempel § 24 første ledd om at fastlegen "ved behov" skal henvise listeinnbyggere videre, jf. mine bemerkninger om fastlegeforskriften av 2000, og § 11 annet ledd om at personer som står på fellesliste, skal ha "en ansvarlig lege som har hovedansvaret for journal og oppfølging".
- (50) Ved den nærmere vurdering er det grunn til å ta i betraktning at disse bestemmelsene ikke er blitt praktisert slik at alle fastleger uten videre har plikt til selv å utføre all behandling i allmennlegetjenesten. Bevisførselen har vist at det i praksis ikke stilles krav til alle fastleger om at de til enhver tid behersker alle tjenester det kan bli tale om. Blant annet er det en rekke fastleger som ikke har de nødvendige faglige kvalifikasjoner til å sette inn spiral, for eksempel fordi de ikke har et tilstrekkelig antall pasienter som ønsker innsetting av spiral til at de kan opprettholde denne ferdigheten, selv om de i utgangspunktet skulle ha hatt den. I praksis er det ikke satt spørsmålstegn ved om de oppfyller sitt ansvar som fastlege når de henviser pasienten videre til lege med de nødvendige kvalifikasjoner, så lenge de ikke spesifikt blir bedt om å skaffe seg eller gjenerverve kompetansen. Det siste har visstnok knapt skjedd i praksis.
- (51) Selv om det er forskjell mellom denne situasjonen og en lege med samvittighetsforbehold, som trolig av prinsipielle grunner vil motsette seg å imøtekomme en anmodning fra kommunen om erverv av kompetanse, taler dermed gode grunner for at Helse- og omsorgsdepartementet burde ha uttrykt seg klarere i fastlegeforskriften dersom endringene i 2012 tok sikte på å forby samvittighetsforbehold ut fra den synsvinkel at det ikke var adgang til å overlate enkeltoppgaver til andre leger, for eksempel fordi en slik adgang kan svekke fastlegeordningen. Selv om ordlyden i § 3-2 i og for seg kan sies å gi adgang til et forbud, gav lovforarbeidene og forskriftsendringene ikke tilstrekkelig støtte for det.
- (52) Jeg går så over til å vurdere rettsutviklingen etter at den nye fastlegeforskriften hadde trådt i kraft i januar 2013.
- (53) *Departementets to høringsbrev og Stortingets rolle*
- (54) Ved brev 21. januar 2014 sendte Helse- og omsorgsdepartementet ut på høring forslag til endringer i helse- og omsorgstjenesteloven og pasient- og brukerrettighetsloven, samt blant annet fastlegeforskriften av 2012. Bakgrunnen var samarbeidsavtalen mellom Høyre, Fremskrittspartiet og Kristelig Folkeparti.
- (55) I høringsnotatet som var vedlagt brevet, foreslo departementet å gi helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2 et nytt tredje ledd med hjemmel til å gi forskrifter om mulighet for fastleger til å reservere seg mot henvisning og behandling ved alvorlige samvittighetskonflikter knyttet til liv og død, dvs. abort og aktiv dødshjelp. Det fremgikk av kommentarene at reservasjonsadgangen ikke omfattet forskrivning eller innsetting av prevensjon eller henvisning til assistert befruktning.
- (56) Høringsnotatet fremhevet at kommunene har ansvaret for å organisere fastlegetjenesten. De må sørge for tilbud om allmennlegetjenester og at et tilstrekkelig antall leger deltar i fastlegeordningen. Det skulle derfor være opp til kommunene å vurdere ut fra lokale forhold om de ville inngå avtale med en fastlege om adgang til å reservere seg mot å henvise til abort. Fastlegene ville ikke få en rett til reservasjon, men en mulighet.

- (57) Høringsrunden viste at det var stor motstand mot forslagene i notatet. Departementet sendte derfor 27. juni 2014 ut et nytt høringsbrev med forslag om å endre fastlegeforskriften fra 2012 og abortforskriften fra 2001. Det ble foreslått at fastleger ikke lenger skulle behøve å skrive under på skjemaet der kvinnen begjærer abort, og heller ikke legge ved en skriftlig henvisning. Videre ble det foreslått en tilføyelse i fastlegeforskriften § 11 om fastlegens listeansvar ved fellesliste:

"Fastlegene kan fordele ansvar og arbeidsoppgaver mellom seg i pasientbehandlingen for å dekke opp for ubesatte stillinger eller avtalehjemler, ferie- eller annet fravær eller av hensyn til kvaliteten på helsehjelpen."

- (58) Av bemerkningene fremgikk det at ordningen med felleslister, hvor spørsmålet om fordeling av arbeidsoppgaver særlig kommer på spissen, ikke skulle åpne for at fastleger fordeler oppgaver seg imellom av andre praktiske grunner enn de som var nevnt i forskriftsteksten, og heller ikke av politiske grunner, økonomiske grunner, og samvittighetsgrunner i forbindelse med å sette inn spiral, forskrive prevensjon eller henvise til assistert befruktning.
- (59) Departementet foreslo også å tilføye i fastlegeforskriften § 16 at fastlegen skal drive sin virksomhet i tråd med "krav fastsatt i lov og forskrifter". Ifølge bemerkningene til denne bestemmelsen innebar dette at fastlegen "ikke kan reservere seg av samvittighetsgrunner mot oppgaver som omfattes av listeansvaret, for eksempel mot å sette inn spiral, forskrive prevensjon eller henvise til assistert befruktning".
- (60) Bakgrunnen for forslagene ble sammenfattet slik:

"Grunntanken bak fastlegeordningen er at alle nordmenn skal ha rett til en fastlege med et ansvar for å gi sin pasient helhetlige allmennmedisinske tjenester over tid. Fastlegen bør beherske alle allmennmedisinske problemstillinger, for eksempel innsetting av spiral og oppfølging av og behandling av vanlige sykdommer som type 2 diabetes eller kols. Pasienten skal kunne forvente at fastlegen kan utføre og gjennomføre alle allmennmedisinske oppgaver på en faglig forsvarlig og omsorgsfull måte.

Noen vil mene at ordningen med felleslister kan brukes til å åpne for reservasjon av samvittighetsgrunner, at ønske om reservasjon kan løses i praksis ved at pasienten får time hos en annen av fastlegene fra felleslisten samtidig som pasientens rettigheter blir fullt ut ivaretatt.

Fastlegeordningen er imidlertid ment som et system hvor pasienten skal kunne forholde seg til en fast lege som skal kunne følge opp alle allmennmedisinske tjenester over tid. Ordningen ble etablert for å bedre kvaliteten på tilbudet til den enkelte ved mer kontinuitet i lege-pasientrelasjonen og et mer helhetlig tjenestetilbud. Selv om en pasient som står på en fellesliste må kunne påregne å måtte gå til flere ulike leger, vil pasienten kunne ha behov for å gå til den legen hun kjenner best, særlig ved intime spørsmål som for eksempel prevensjonsveiledning og innsetting av spiral. Dette er også sentrale oppgaver for fastleger som pasienten må kunne forvente at fastlegen kan følge opp."

- (61) Departementet mente også at reservasjon mot å henvise til assistert befruktning, sette inn spiral og forskrive prevensjon ville kunne medføre en svekket tilgang til førstelinjetjenesten og svekke retten til reproduktiv helse. Det kunne dessuten tenkes at fastleger ville ønske å reservere seg også mot andre oppgaver, noe som kunne gjøre det

vanskelig å opprettholde en fastlegeordning dersom man åpnet for reservasjon av samvittighetsgrunner.

- (62) De foreslåtte endringene i fastlegeforskriften §§ 11 og 16 ble vedtatt ved kongelig resolusjon 5. desember 2014 og trådte i kraft 1. januar 2015. Foredraget til statsråd var betydelig kortere enn høringsbrevet, men bygget på de samme hovedsynspunkter.
- (63) I forbindelse med departementets to høringsbrev er det også av interesse å se hen til Stortingets rolle i denne prosessen. Etter reaksjonene på departementets første høringsnotat fra januar 2014 og før den andre høringsrunden i slutten av juni samme år fremmet tre stortingsrepresentanter 18. mars 2014 forslag om effektiv håndhevelse av forbudet mot reservasjon for leger, jf. Dokument 8:37 S (2013–2014). Bakgrunnen var blant annet Regjeringens første høringsbrev. Forslagsstillerne mente det var vesentlig å sikre at forbudet mot reservasjon ble håndhevet effektivt for å sikre innbyggerne likeverdige helsetjenester. De foreslo derfor at Regjeringen skulle gi Helsetilsynet i oppdrag å kartlegge legers reservasjonsrett, presisere overfor tilsynsmyndighetene at regelbrudd knyttet til en slik reservasjon skulle sanksjoneres, samt fremme forslag til nødvendige lovendringer for å effektivisere håndhevelsen av forbudet mot reservasjonsrett.
- (64) Forslaget ble behandlet av Stortingets helse- og omsorgskomiteé 10. juni 2014, jf. Innst. 276 S (2013–2014). I mellomtiden hadde departementet varslet at det ville sende ut det andre høringsbrevet i juni. Det var flere fraksjoner i komiteen. Den tilrådde at forslaget skulle vedlegges protokollen, og det ble også resultatet etter drøftelsen i Stortinget 17. juni 2014, jf. S.tid. (2013–2014) side 3483–3487.
- (65) Debatten i Stortinget viste klart at det var behov for å klargjøre praksis. Blant annet uttalte helse- og sosialminister Bent Høie:

"Regjeringen vil, som kjent, i løpet av juni sende ut et høringsnotat med forslag om å fjerne henvisningen fra fastlegen når kvinner begjærer svangerskapsavbrudd. Dette er en løsning som ivaretar både abortsøkende kvinners rettigheter og leger som av samvittighetsgrunner finner det vanskelig å henvise til abort.

Gjeldende rett om at det ikke er mulig for fastleger å reservere seg mot å sette inn spiral, forskrive p-piller eller henvise til assistert befruktning, vil også bli presisert.

Videre vil høringsnotatet tydeliggjøre kommunenes ansvar for å påse at fastleger ikke reserverer seg i strid med regelverket. Tilsynets adgang til å håndheve regelverket, og at felleslister heller ikke åpner for reservasjon, vil bli klargjort.

...

Dette er tiltak som rydder opp i en praksis som i mange år ikke har fungert tilfredsstillende, og som vil sikre kvinnene rask og tilgjengelig helsehjelp på viktige områder. Etter min mening ivaretar dette også forslagsstillerens ønske om en tydeligere presisering av at loven må håndheves."

- (66) Lignende uttalelser kom både fra flere komiteemedlemmer i komiteinnstillingen og fra representanter i debatten. Gjennomgående ble det uttrykt sterk støtte til at det første høringsbrevet var trukket tilbake, og til behovet for å rydde opp i praktiseringen av reservasjonsadgangen gjennom forskriftsendring.

- (67) Etter mitt syn førte disse endringene i fastlegeforskriften av 2012 til en betydelig avklaring av rettsstillingen. Det er nok så at ordlyden i § 11 var begrenset til fastlegens listeansvar ved fellesliste, hvor fordeling av oppgaver var særlig aktuelt. Men det følger av forskriften, lest i sammenheng, at den omfatter alle fastleger, og at de hensyn den skal ivareta gjelder generelt for fastlegeordningen. Og selv om den endrede ordlyden i forskriften § 16 i seg selv kunne ha vært klarere, fastslår de generelle og spesielle motivene uttrykkelig at det ikke er adgang til å reservere seg mot å sette inn spiral av samvittighetsgrunner. I tillegg kom så synspunktene til et flertall i Stortinget i juni 2014 – etter første og før annet forskriftsutkast – som la klare føringer for den videre prosessen. Det var åpenbart Stortingets forutsetning at departementet skulle endre forskriftene i tråd med den løsning som ble valgt. Etter dette legger jeg til grunn at det var tilstrekkelig klart hvordan fastlegeforskriften av 2012 var ment å skulle forstås etter endringene i desember 2014, som trådte i kraft 1. januar 2015.
- (68) Jeg har tidligere vært inne på at helse- og omsorgstjenesteloven § 3-2, som siden 2011 har vært hjemmel for fastlegeforskriften, var så vidt formulert at den også åpner for å regulere spørsmålet om samvittighetsforbehold, men at forarbeidene – og forskriftene av 2012 – ikke gav støtte for at det var meningen å innføre et forbud. Det kan hevdes at samvittighetsforbehold berører spørsmål av så prinsipiell betydning at de hører hjemme i Stortinget og derfor ikke kan reguleres med hjemmel i en bestemmelse om gjennomføringsforskrifter. I dette tilfellet har imidlertid Stortinget gitt uttrykk for sin mening om spørsmålet og har overlatt til regjeringen å gi reglene i forskrifts form.
- (69) *Oppsigelsen*
- (70) Rammeavtalen om allmennlegepraksis i fastlegeordningen i kommunene (ASA 4310), inngått mellom Kommunenes Sentralforbund og Den norske legeforening, har i punkt 16 regler om oppsigelse av individuelle avtaler om fastlegepraksis. Oppsigelse fra kommunens side må være saklig begrunnet.
- (71) Kommunen sa som nevnt opp Jachimowicz' fastlegeavtale ved brev 3. desember 2015. I vedtaket heter det:
- "Avtale om allmennpraksis i fastlegeordning mellom Sauherad kommune og Katarzyna Jachimowicz sies opp, jf. ASA 4310 punkt 16. Oppsigelsen omfatter også avtale om kommunal deltidsstilling hjemlet i den individuelle avtalen om allmennlegepraksis i fastlegeordning. Oppsigelsen gjøres gjeldende fra 3. desember 2015.**
- Oppsigelsen er begrunnet i at du ikke vil sette inn spiral på pasienter som ønsker dette. Sauherad kommune mener det å sette inn spiral er en del av de pliktene som følger av fastlegeavtalen og at en nektelse fra din side er et brudd på avtalepliktene, jf. også helse- og omsorgstjenesteloven med forskrifter. Bruddet vurderes å være så alvorlig at det kvalifiserer til oppsigelse."**
- (72) Oppsigelsesgrunnen – hennes nektelse av å sette inn spiral – bygger på den forutsetning at dette var i strid med de plikter hun hadde påtatt seg i den individuelle fastlegeavtalen. Slik denne sak ligger an, er dette ikke treffende. Jeg har tidligere lagt til grunn at Jachimowicz, i tillegg til den skriftlige fastlegeavtalen, inngikk en muntlig avtale som godtok hennes samvittighetsforbehold, og at denne avtalen var bindende for kommunen.
- (73) I den utstrekning avtalen også viser til helse- og omsorgstjenesteloven med forskrifter, har jeg allerede funnet at hverken gjeldende lovgivning eller fastlegeforskriften forbød

samvittighetsforbehold da Jachimowicz ble ansatt i 2011, og at forskriftsendringene i 2012 ikke endret dette. På den annen side fastslo § 30 fjerde ledd i forskriftsendringene fra 2012 at en fastlege og kommunen ikke kunne inngå avtale i strid med denne forskriften. Ifølge bemerkningene i 2012 til § 30 fjerde ledd ville avtaler mellom kommunen og en fastlege i strid med ny lov eller revidert forskrift være ugyldige. Uttalelsen synes imidlertid å bygge på den forutsetning at det heller ikke før forskriften fra 2012 var adgang til å inngå avtaler om reservasjonsrett. Som vist foran, var denne forutsetningen ikke korrekt. Det er da ikke grunnlag for å tolke § 30 fjerde ledd slik at den skal anvendes på en fastlege som hadde sin reservasjonsrett forankret i en gyldig avtale, slik som Jachimowicz.

- (74) Den begrunnelse kommunen gav for å si opp Jachimowicz, var dermed ikke saklig. Oppsigelsen må derfor settes til side som ugyldig.
- (75) *EMK*
- (76) Jachimowicz har fått medhold i at oppsigelsen av henne var ugyldig. Det er da ikke nødvendig å ta stilling til om oppsigelsen også var i strid med menneskerettskonvensjonene, særlig EMK artikkel 9 om tanke-, samvittighets- og religionsfrihet. Men på bakgrunn av partenes prosedyrer og at denne siden av saken er blitt viet stor oppmerksomhet, vil jeg likevel si noe om hva som må tillegges vekt ved vurderingen av EMK når en fastlege av samvittighetsgrunner reserverer seg mot innsetting av spiral. Artikkel 9 lyder:
- "1. **Everyone has the right to freedom of thought, conscience and religion; this right includes freedom to change his religion or belief and freedom, either alone or in community with others and in public or private, to manifest his religion or belief, in worship, teaching, practice and observance.**
2. **Freedom to manifest one's religion or beliefs shall be subject only to such limitations as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of public safety, for the protection of public order, health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."**
- (77) Den europeiske menneskerettsdomstol (EMD) har avsagt flere dommer om denne bestemmelsen, blant annet dom 15. januar 2013 *Eweida mfl. mot Storbritannia*. Saken gjaldt fire klagere som på ulikt vis opplevde konflikt mellom sin religiøse overbevisning og sitt ansettelsesforhold. EMD fant krenkelse av artikkel 9 for så vidt gjaldt den første klageren.
- (78) For at en overbevisning skal falle inn under bestemmelsen, oppstilles ifølge konvensjonspraksis to krav. Det må foreligge en viss grad av overbevisning, alvor, sammenheng og viktighet, og utøvelsen av overbevisningen må være nært knyttet til det aktuelle livssynet, jf. *Eweida*-dommen avsnittene 81 og 82.
- (79) I forbindelse med revisjonen av fastlegeforskriften i 2014 la Helse- og omsorgsdepartementet i sitt annet høringsnotat av juni 2014 til grunn at det å nekte en fastlege av samvittighetsgrunner å reservere seg mot innsetting av spiral, vil innebære et inngrep i legens rettigheter etter EMK artikkel 9. Det er jeg enig i.
- (80) Når artikkel 9 kommer til anvendelse, blir spørsmålet om de tre vilkårene i artikkel 9 nr. 2 er oppfylt. Det er ikke tvilsomt at et forbud mot at fastleger reserverer seg mot å innsette

spiral, ivaretar et *legitimt formål*. Som nevnt blant annet i sitatet fra departementets andre høringsnotat i juni 2014 er grunntanken bak fastlegeordningen at alle skal ha rett til helhetlige allmenntjenestiske tjenester over tid. Begrensninger i en leges adgang til å nekte innsetting av spiral ivaretar derfor både hensynet til "helse" og "å beskytte andres rettigheter og friheter".

- (81) Det andre vilkåret – *lovkravet* – innebærer at inngrepet må ha hjemmel i nasjonal rett, og at reglene må være tilgjengelige og forutsigbare. Det er i dag ikke tvilsomt at det lovkrav som følger av EMK, er oppfylt.
- (82) Avgjørende blir dermed det tredje vilkåret etter artikkel 9 nr. 2 – at inngrepet er *nødvendig i et demokratisk samfunn*. Det følger av EMDs praksis at det her kreves en forholdsmessighetsvurdering. Statene gis et visst skjønnsmessig spillerom ("margin of appreciation"), men inngrepet må være rimelig og forholdsmessig, hensett til de formål som skal ivaretas, jf. Eweida-dommen avsnitt 84. Dette vil bero på en konkret vurdering, likevel slik at den overordnede generelle avveining av de motstående hensyn som har ført til den regel som anvendes, vil bli tillagt stor vekt også ved vurderingen av om det foreligger en krenkelse etter EMK. Men særlige omstendigheter i den enkelte sak kan føre til at et inngrep, som gjennomgående fremstår som velbegrunnet, etter en konkret vurdering likevel må anses å utgjøre en krenkelse.
- (83) Ved vurderingen av forskriftsendringen i 2014 og forholdet til artikkel 9 uttalte Helse- og omsorgsdepartementet i det andre høringsnotatet fra juni 2014 blant annet:

"Det kan hevdes at pasienten vil få ivare tatt sine rettigheter ... fordi hun vil kunne få innsatt spiral av en annen lege som deler listeansvar med legen som reserverer seg. Det kan også hevdes at noen leger har innrettet seg slik i flere år og gjort avtaler med kommunen om dette uten at det har skapt problemer. ...

På den annen side er fastlegeordningen ment som et system hvor pasienten skal kunne forholde seg til en fast lege som skal kunne følge opp alle allmenntjenestiske tjenester over tid."

- (84) Departementet mente på denne bakgrunn at en reservasjonsrett ved visse oppgaver, blant annet innsetting av spiral, ville forringe ordningen og gi et dårligere tilbud. Departementet fortsatte:

"En avvisning ved at kvinnen blir henvist til en annen lege på grunn av samvittighetsgrunner vil kunne påvirke tillitsforholdet mellom fastlegen og pasienten. Det kan heller ikke utelukkes at en avvisning vil kunne påvirke kvinnens psykiske helse og at kvinnen senere vegrer seg for å ta opp plager med fastlegen som hun tror kan skyldes for eksempel spiralen eller prevensjonen. Dette kan i seg selv føre til at pasienten ikke får relevant helsehjelp.

Reservasjon kan med andre ord være i strid med kravet til forsvarlig og omsorgsfull hjelp etter helsepersonelloven § 4 første ledd. Reservasjon vil kunne medføre en svekket tilgang til førstelinjetjenesten og svekke kvinners rett til reproduktiv helse."

- (85) Dette er utvilsomt legitime hensyn av vekt. Dersom konsekvensene av at en fastlege reserverer seg mot å sette inn spiral, blir at kvinnen det gjelder ikke får dette utført eller blir stilt overfor urimelige vanskeligheter i denne forbindelse, vil det trolig være vanskelig å komme til et annet resultat enn at de hensyn departementet har fremhevet, må tillegges avgjørende vekt.

- (86) Selv om det kan anføres at departementets vurdering av forholdet til EMK var temmelig generell, anser jeg det klart, og i samsvar med EMDs praksis, at domstolene på dette feltet må være tilbakeholdne med å overprøve de avveininger av legitime hensyn som er foretatt av politiske myndigheter. Stateness skjønsmessige spillerom utvides hvis det må foretas en avveining mot andres rettigheter, blant annet pasienters helse og sikkerhet, jf. blant annet Eweida-dommen avsnittene 99, 106 og 109.
- (87) Når de kvinner det gjelder sikres forsvarlig helsehjelp, her i form av innsetting av spiral, blir avveiningene mer kompliserte. Jeg nevner her at EMD i Eweida-dommen har oppsummert den sentrale betydningen av artikkel 9 slik:

"79. The Court recalls that, as enshrined in Article 9, freedom of thought, conscience and religion is one of the foundations of a 'democratic society' within the meaning of the Convention. In its religious dimension it is one of the most vital elements that go to make up the identity of believers and their conception of life, but it is also a precious asset for atheists, agnostics, sceptics and the unconcerned. The pluralism indissociable from a democratic society, which has been dearly won over the centuries, depends on it (see Kokkinakis v. Greece, 25 May 1993, § 31, Series A no. 260-A)."

- (88) Avveiningene knyttet til reservasjonsretten må foretas på bakgrunn av dette.
- (89) Foruten EMK artikkel 9, er det ved vurderingen av reservasjonsretten av interesse å se hen til den grunnleggende bestemmelsen om kvinners rett til helsehjelp, inntatt i FN-konvensjonen om avskaffelse av alle former for diskriminering av kvinner (kvinnekonvensjonen) artikkel 12. Bestemmelsens første ledd lyder som følger:

"Konvensjonspartene skal treffe alle tiltak som er nødvendige for å avskaffe diskriminering av kvinner på helseområdet, for å sikre tilgang til helsetjenester, herunder hjelp til familieplanlegging, på grunnlag av likestilling mellom menn og kvinner."

- (90) Det jeg har gjengitt av departementets begrunnelse for forskriftsendringen, er etter mitt syn i godt samsvar med de hensyn som begrunner den grunnleggende bestemmelse om kvinners rett til helsehjelp inntatt i kvinnekonvensjonen artikkel 12. Dette innebærer imidlertid ikke at reservasjonsrett for fastleger vil innebære et brudd på kvinnekonvensjonen. Dette kommer klart til uttrykk i kommentar 24 fra 1999 (Women and Health) fra Committee on the Elimination of Discrimination against Women. Det fremheves innledningsvis i uttalelsen at "access to health care, including reproductive health, is a basic right". I punkt 11 i uttalelsen heter det så:

"It is discriminatory for a State party to refuse to provide legally for the performance of certain reproductive health services for women. For instance, if health service providers refuse to perform such services based on conscientious objection, measures should be introduced to ensure that women are referred to alternative health providers."

- (91) Det at kvinnekonvensjonen ikke er til hinder for at reservasjonsrett etter omstendighetene kan aksepteres, innebærer ikke at de hensyn departementet har fremhevet, er uten selvstendig vekt, men den avveining som må gjøres mot vernet om tanke-, samvittighets- og religionsfriheten, får en noe annen karakter.
- (92) De ulike resultater i de fire klagesakene som inngår i Eweida-dommen, illustrerer kompleksiteten i de avveininger som må foretas. Det vil være domstolenes oppgave å ta

stilling til den konkrete avveining av de motstående interesser i eventuelle fremtidige saker.

- (93) *Erstatningsspørsmålet*
- (94) Jachimowicz har krevet erstatning for økonomisk tap som følge av oppsigelsen. Det følger av Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse 13. mars 2018 at Høyesterett nå ikke skal behandle spørsmålet om eventuell erstatningsutmåling.
- (95) Lagmannsretten kom til at det ikke gjorde seg gjeldende slike særlige hensyn at det kunne bli tale om objektivt ansvar for det offentlige på grunn av ulovhjemlet myndighetsutøvelse. Siden kommunen ikke kunne sies å ha opptrådt uaktsomt, ble den frifunnet. For Høyesterett har Jachimowicz gjort gjeldende en rekke ansvarsgrunnlag.
- (96) Jeg tar utgangspunkt i at erstatningskravet bygger på at det foreligger usaklig oppsigelse i en individuell fastlegeavtale, slik at forholdet har et kontraktsrettslig preg. Vilkåret for oppsigelse – at oppsigelsen må være saklig begrunnet – er det samme som i arbeidsmiljøloven § 15-7, hvor en del av oppsigelsesvernet er erstatning ved oppsigelse i strid med lovens bestemmelser, jf. § 15-12.
- (97) I kontraktsforhold er utgangspunktet objektivt ansvar ved rettsvillfarelse, jf. eksempelvis HR-2016-1235-A (Røldal-Suldal) avsnitt 49. I denne saken er kommunens oppsigelse usaklig basert på en uriktig forståelse av reglene om fastlegeordningen. Gode grunner taler dermed for objektivt ansvar.
- (98) Det er nok så at fastlegeordningen også har elementer av offentlig myndighetsutøvelse. I Rt-2010-291 (Vangen), som gjaldt krav om erstatning etter plan- og bygningsloven, uttalte Høyesterett at det ikke gjelder noen generell regel om objektivt ansvar for ulovfestet myndighetsutøvelse, og at slikt ansvar bare er ilagt på enkelte områder hvor særlige hensyn gjør seg gjeldende, jf. avsnitt 33-35. Objektivt ansvar ble blant annet resultatet i Rt-2005-416, hvor Advokatbevillingsnemnda hadde avslått søknad om ny advokatbevilling til tross for at det forhold som begrunnet tilbakekallelser, hadde opphørt. Høyesterett la vekt på at saken dreide seg om en uhjemlet myndighetsutøvelse som fratok advokaten hans mulighet for å utøve sitt yrke, og der avslaget hadde et klart pønalt preg, jf. avsnitt 65.
- (99) Dommen har visse likhetstrekk med vår sak. Riktig nok fikk Jachimowicz en annen legestilling, men hun mistet sin fastlegestilling, og ordlyden i oppsigelsen hadde et pønalt preg. Kombinert med hovedsynspunktet om at kommunens oppsigelse skjedde i et kontraktsforhold hvor partene har risikoen for egen rettsvillfarelse, finner jeg det ubetenkelig å fastslå objektivt ansvar i dette spesielle tilfellet.
- (100) Jachimowicz har fått medhold og skal etter hovedregelen i tvisteloven § 20-2 ha dekket sine sakskostnader. Kommunen har hatt innsigelser til beløpets størrelse. Jeg finner at ankemotpartens krav for arbeid i forbindelse med kommunens anke vedrørende gyldigheten av oppsigelsen bør settes noe ned. Det samme gjelder de sakskostnadene som gjelder erstatningsgrunnlaget for Høyesterett.
- (101) Som følge av Høyesteretts ankeutvalgs avgjørelse om å utsette erstatningsutmålingen, blir erstatningskravet ikke endelig avgjort nå, men det endelige utfall av det kravet vil ikke

påvirke sakskostnadene for de deler av saken som hittil er gjennomført, og det foreligger derfor tilstrekkelig grunnlag til å avgjøre kostnadsspørsmålet nå, jf. tvisteloven § 20-8 tredje ledd og Schei mfl.: Kommentartutgave til tvisteloven, 2013, Bind I side 744–745. Høyesterett kan derfor ta standpunkt til sakskostnadene både for gyldighetsspørsmålet og erstatningsgrunnlaget samlet for alle instanser.

- (102) Jeg er kommet til at samlede nødvendige sakskostnader for alle tre instanser kan settes til 2 500 000 kroner inklusive utgifter.
- (103) Jeg stemmer for denne

D O M :

1. Sauherad kommunes anke forkastes.
2. Sauherad kommune er erstatningsansvarlig for tap påført Katarzyna Jachimowicz som følge av oppsigelse datert 3. desember 2015.
3. I sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler Sauherad kommune til Katarzyna Jachimowicz 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

- (104) Dommer **Bull:** Jeg er i det vesentlige og i resultatet enig med førstvoterende.
- (105) Dommer **Berglund:** Likeså.
- (106) Dommer **Bergsjø:** Likeså.
- (107) Dommer **Endresen:** Likeså.
- (108) Etter stemmegivningen avsa Høyesterett denne

D O M :

1. Sauherad kommunes anke forkastes.
2. Sauherad kommune er erstatningsansvarlig for tap påført Katarzyna Jachimowicz som følge av oppsigelse datert 3. desember 2015.
3. I sakskostnader for tingrett, lagmannsrett og Høyesterett betaler Sauherad kommune til Katarzyna Jachimowicz 2 500 000 – tomillionerfemhundretusen – kroner innen 2 – to – uker fra forkynnelsen av denne dom.

Riktig utskrift bekreftes:

