



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Martina Kallenberg

Drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet i svensk arbetsrätt

En normativ analys utifrån Det
marknadsfunktionella grundmönstret
och Skydd för etablerad position

Examensarbete
30 högskolepoäng

Mia Rönmar, docent i civilrätt

Arbetsrätt

HT 2009

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Syfte och frågeställningar	5
1.2 Teorin om normativa grundmönster och Det marknadsfunktionella grundmönstret och Skydd för etablerad position	6
1.3 Metod och material	9
1.4 Avgränsningar och definitioner	10
1.5 Disposition	11
2 INTRODUKTION TILL FRÅGAN OM DROG- OCH ALKOHOLTESTER OCH ARBETSTAGARES INTEGRITET	13
2.1 En övergripande beskrivning av ämnet	13
2.2 Arbetsledningsrätten	16
2.3 Andra rättskällor	19
2.3.1 Kollektivavtal	19
2.3.2 Personliga avtal	20
2.3.3 Arbetsmiljölagen	21
3 EUROPAKONVENTIONEN (EKMR)	23
3.1 Rättslig verkan av EKMR i svensk rätt	23
3.2 Ett urval av procedurregler	26
3.3 EKMR:s tillämplighet mellan enskilda	27
3.4 Artikel 8 EKMR – allmän beskrivning	31
3.5 Artikel 8 EKMR – särskilt om drog- och alkoholtester	34
4 REGLERING FÖR OFFENTLIG SEKTOR	37
4.1 RF 2 kap 6 §	37
4.2 30 § Lagen om offentlig anställning	42

4.3	Kollektivavtal enligt 30 § LOA	44
4.4	11 § Lagen om fullmaktsanställning	47
5	REGLERING FÖR PRIVAT SEKTOR	49
5.1	Arbetsledningsrätten och betydelsen av kollektivavtal	49
5.2	Arbetsledningsrätten och betydelsen av personliga avtal	52
5.3	Saklig grund för uppsägning och drog- och alkoholtester	54
6	FÖRSLAG TILL FRAMTIDA REGLERING	61
7	ANALYS	67
	BILAGA A	74
	BILAGA B	77
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	81
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	86

Summary

This thesis deals with the Swedish regulation on drug and alcohol testing in the workplace and the employee's right to personal integrity. It also covers the legislative proposal on personal integrity in the worklife in which drug and alcohol tests are mentioned explicitly. This thesis also analyses the undertaking of drug and alcohol tests and its accordance with Swedish labour law and the Swedish regulation on employment protection and the employee's right to personal integrity. This analysis is based on the normative patterns Protection of Established Position and The Market Functional Pattern.

The light which the juridical debate on Swedish labour law sheds upon the issues mentioned above has increased significantly over the past years. One of the more important reasons for this increased attention on these matters is the incorporation of the European Convention on Human Rights. The rulings of the European Court on Article 8 determine that the employee's right to personal integrity is in fact a human right in accordance with the Convention and Article 8.

In the public sector, as regards the functions of the state as a holder of public power, the issues of drug and alcohol tests are regulated both by the Swedish Constitution (Regeringsformen) Chapter 2 section 6 and the Public Employment Act (LOA) section 30. The responsibilities of the state as an employer, beyond the scope of its responsibilities as a holder of public power, are also regulated by the employer's right to direct and allocate work. This is in compliance with the managerial prerogative in the private sector.

There are no explicit regulations on drug and alcohol tests in the Swedish labour law of the private sector. Hence, as previously mentioned, the most important legal maxim dealing with these matters, as regards the private sector, is the managerial prerogative or the employer's right to direct and allocate work. In addition, the case law of the Swedish Labour Court sets forth several important principles on the matter of drug and alcohol tests and its accordance with Swedish law. The rulings on these issues state that the Court considers the employers requisites against the employees right to personal integrity. In these cases the managerial prerogative or the employers right to direct and allocate work has been weighed against the principle of good practice in the worklife. The refusal of an employee to undertake a drug or alcohol test, in accordance with an employer's exhortation to do so, may have the effect of termination of the employment by summary dismissal, in accordance with The Swedish Employment Protection Act (LAS) section 7.

The legislative proposal on personal integrity in the worklife, which constitutes a codification of Swedish case law, holds a common regulation on drug and alcohol tests for both the public and the private sector. Here, the principle of proportionality is constitutive and the legislative proposal gives an increased predictability from both the employer as well as the employee's perspective. The newer regulation is mandatory,

however, the parties may extend the employers right to undertake drug and alcohol tests via a collective agreement.

Regarding the private sector the Market Functional Pattern is prominent in terms of drug and alcohol tests and their compliance with Swedish law. In the public sector the Protection of Established Position has a more distinguished impact due to the applicability of the Public Employment Act (LOA) section 30. The legislative proposal is a result of, and also based on, Swedish case law on drug and alcohol tests in addition with the rulings of the European Court on the right to personal life and personal integrity. This is an indication of an increased influence of the Protection of Established Position. At the same time, a common regulation for both the public and private sector increases the influence of the Market Functional Pattern in relation to the Public Employment Act (LOA) section 30.

Sammanfattning

Uppsatsen behandlar gällande rätt avseende drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet i svensk arbetsrätt samt lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet vari tillåtligheten av drog- och alkoholtester regleras särskilt. Tillåtligheten av drog- och alkoholtester och arbetstagares anställningsskydd och integritet analyseras även utifrån teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position*.

Integritetsfrågor inom arbetsrättens område har under senare år fått ökad aktualitet. En orsak till detta är att Sverige 1995 inkorporerade Europakonventionen såsom lag. Europadomstolen har genom sin praxis i förhållande till artikel 8 EKMR slagit fast att rätten till personlig integritet är en mänsklig rättighet, även på arbetsrättens område.

På den offentliga sektorn utgår frågan om drog- och alkoholtester från regeringsformen 2 kap 6 § och 30 § lagen om offentlig anställning när arbetsgivaren uppträder i egenskap av det allmänna. Då arbetsgivare uppträder såsom enskild aktualiseras arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Detta motsvaras av gällande rättsläge på den privata sektorn.

På den privata sektorn saknas lagregler om drog- och alkoholtester. Här har arbetsledningsrätten såsom en allmän rättsgrundsats betydelse. Arbetsdomstolen har haft en rättsskapande funktion för frågan om tillåtligheten av drog- och alkoholtester. I sina domar rörande testning har Arbetsdomstolen gjort en avvägning mellan arbetsgivarens intresse att företa testning och arbetstagarens intresse att skydda sin personliga integritet. På detta sätt har arbetsledningsrätten prövats mot god sed på arbetsmarknaden. En vägran från arbetstagarens sida att medverka till testning kan aktualisera en uppsägning på grund av personliga skäl i enlighet med 7 § LAS.

I lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet föreslås en gemensam reglering rörande drog- och alkoholtester för offentlig och privat sektor. Lagen innebär att rättspraxis för området kodifieras och att proportionalitetsprincipen för tillåtligheten av drog- och alkoholtester slås fast. På detta sätt ökar förutsebarheten för tillåtligheten av testning. Lagen görs i stort tvingande. Arbetsmarknadens parter ges möjlighet genom kollektivavtal att överenskomma om testning för andra ändamål än de i lagen angivna.

På den privata sektorn av arbetsmarknaden dominerar *Det marknadsfunktionella grundmönstret* i fråga om testning. Inflytandet av *Skydd för etablerad position* är större på den offentliga sektorn genom 30 § LOA. Rättspraxis för privat sektor rörande testning i förening med Europadomstolens domar rörande integritetskänsliga åtgärder på arbetsrättens område har lett till lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet. På detta sätt kan ses att *Skydd för etablerad position* i högre grad tilldrar sig den rättsliga regleringen. Genom en gemensam reglering för privat och offentlig sektor ökar inflytandet av *Det marknadsfunktionella grundmönstret* i förhållande till 30 § LOA.

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
AML	Arbetsmiljölagen (1977:1160)
AFL	Lag (1962:381) om allmän försäkring
EU	Europeiska unionen
EKMR	Den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
FullmL	Lag (1994:261) om fullmaktsanställning
HD	Högsta domstolen
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOA	Lag (1994:260) om offentlig anställning
RF	Regeringsformen

1 Inledning

1.1 Syfte och frågeställningar

Det första syftet med uppsatsen är att presentera gällande rätt (de lege lata) ifråga om drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet i Sverige samt att redogöra för det aktuella lagförslaget¹ och en framtida utveckling för rättsområdet (de lege ferenda). Här är Europakonventionen² en viktig rättskälla tillika praxis från Europadomstolen då denna instans, utöver svenska domstolar, tillämpar konventionen i sin rättsbildning. Ytterligare relevanta rättskällor som påverkar ämnesområdet belyses såsom t.ex. arbetsledningsrätten, anställningsskyddet och arbetsgivarens ansvar för rehabilitering och arbetsmiljö. Arbetsdomstolens praxis har även stor betydelse då användningen av drog- och alkoholtester är oreglerad för den privata sektorn av arbetsmarknaden.

Det andra syftet med uppsatsen är att utifrån teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position* analysera gällande rätt samt rättsutvecklingen rörande drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet i Sverige. Teorin används i analysen för att bidra till en fördjupad diskussion i förhållande till uppsatsens rättsdogmatiska framställning. De frågeställningar jag avser att besvara genom denna uppsats är;

- Vilken är den rättsliga skillnaden avseende tillåtligheten av drog- och alkoholtester på den privata och offentliga sektorn?
- Vilken betydelse har Europakonventionen för tillåtligheten av drog- och alkoholtester?
- Vad har arbetsgivare för möjligheter att genom arbetsledningsrätten använda sig av drog- och alkoholtester i sin verksamhet?
- Hur balanseras användningen av drog- och alkoholtester mot arbetstagares integritetsskydd i rättspraxis från Arbetsdomstolen och Europadomstolen?
- Hur förhåller sig arbetsgivares rehabiliteringsansvar samt arbetsgivares ansvar för arbetsmiljön till användningen av drog- och alkoholtester?
- Hur förhåller sig kravet på saklig grund, 7 § LAS, till en arbetstagares vägran att medverka till drog- och/eller alkoholtest?
- Hur kan en framtida förändring se ut av gällande rätt ifråga om drog- och alkoholtester i enlighet med SOU 2009:44?
- Hur kan drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet analyseras utifrån *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position*?

¹ Lag (2010:00) om integritetsskydd i arbetslivet.

² Är inkorporerad i svensk rätt genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

1.2 Teorin om normativa grundmönster och Det marknadsfunktionella grundmönstret och Skydd för etablerad position

Teorin om normativa grundmönster är en teori som gör anspråk på att förklara rättsliga förändringsprocesser.³ Christensen beskriver rättssystemet såsom ”ett medium där olika moraliska och rättsliga mönster uppstår och upplöser sig, flyter omkring, stöter samman och bildar nya mönster.”⁴

Rätten består av olika typer av normer som har uppstått på olika sätt och vid olika tidpunkter. En stor del av dessa normer såsom exempelvis äganderätten och de centrala principerna inom avtalsrätten tar sin utgångspunkt i sociala normer som vuxit fram på olika livsområden samt i relationer människor emellan. Det finns även normer av mer teknisk natur som skapats av den lagstiftande makten och i detta fall förutsätts att det finns en administration som verkar för att reglerna efterföljs. Det går att urskilja vissa mönster som följer en viss konstans ifråga om rättsregler som bildats genom moraliska sedvänjor och grundhållningar i samhället. Dessa mönster kallas för normativa grundmönster. Ett föregångsbegrepp till normativa grundmönster kan sägas vara principer alternativt grundläggande principer, det är dock inte alla juridiska principer som är normativa. *Pacta sunt servanda*, avtal skall hållas, är en princip som motsvarar och har uppstått ur ett socialt handlingsmönster och som upplevs vara moraliskt bindande. *Preventionsprincipen* är t.ex. av mer teknisk karaktär och är ämnad att ha en yttre påverkan på människor och har på så sätt inte uppkommit genom mänskliga relationer.⁵

Det finns inga uniforma regler att tillgå ifråga om vilka normer som tas upp i den juridiska regelmängden. De regler och principer som ingår i normmängden står ofta i konflikt med varandra och det finns inte heller någon fastställd hierarkisk ordning genom vilka konflikterna kan lösas. De normativa mönstren skiljer sig åt på så vis att de uppkommit vid olika tidpunkter, i olika typer av relationer och i syfte att tillgodose olika typer av behov. Detta gör att de normativa mönstren inte i sig bildar något system som hänger samman. Ett enskilt normativt mönster har ett ursprungsområde men kan också överflyttas till nya situationer som uppstår. På detta sätt kan konflikter uppstå mellan olika mönster. *Skydd för etablerad position* är ett konservativt grundmönster som avser att bevara positioner och sociala sammansättningar som har uppnåtts. *Det marknadsfunktionella mönstret* består av äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten. Det är ett dynamiskt mönster med avsikt att verka för nya verksamheter, en oavbruten omfördelning av värden och en beständig förändring av uppnådda positioner. *Det marknadsfunktionella mönstret* är sammansatt på så vis att det har ett inslag av det konservativa i äganderätten samtidigt som en förening har ingåtts med ägarens fria förfoganderätt och det fria avtalet som

³ Hydén, Håkan, 2000, s 149.

⁴ Christensen, Anna, 1994, s 6.

⁵ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

utgör dynamiska inslag. I de västliga marknadsekonomierna har det konservativa inslaget i äganderätten och det fria avtalet bildat något av en fast förening som gör att det går att tala om ett nytt sammansatt normativt mönster.⁶

Mellan *Skydd för etablerad position* och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* finns en inneboende konflikt. Olika normativa grundmönster kan sägas ha funktioner likt poler vars ambition är att tilldra sig den rättsliga regleringen. Polerna kan även vara politiskt laddade. När man tittar närmare på ett visst normativt mönster avseende rättsregler är det nödvändigt att ta hänsyn till andra normativa mönster som utgör påverkan på samma rättsliga reglering.⁷

Arbetsrätten är ett exempel på ett rättsområde där det bildats en speciell ”rättskultur” som är att särskilja från den vanliga juridiska kulturen, i arbetsrättens fall genom den särskilda relation arbetsmarknadens parter uppstår gentemot varandra. Den svenska arbetsrätten är främst en kodifiering av det system av normer som utvecklats mellan arbetsmarknadens parter i industrisamhället. Utvecklingen av arbetsrätten har under de senaste hundra åren rört sig mellan polerna *Skydd för etablerad position* och *Det marknadsfunktionella grundmönstret*. *Skydd för etablerad position* kommer till uttryck i 7 § lagen om anställningsskydd och kravet på saklig grund för uppsägning av en anställning som gäller tillsvidare.⁸ Kravet på saklig grund i LAS innefattar ett accepterande av ekonomiska orsaker till uppsägning genom återopandet av arbetsbrist. Uppsägning på grund av personliga skäl bygger på grundmönstret *Skydd för etablerad position* sett utifrån det enskilda fallet.⁹ En tillsvidareanställning kan uppfattas vara en social tillgång som har kommit arbetstagaren till godo och som inte bör kunnas tas ifrån denne utan laga skäl. På så sätt är *Skydd för etablerad position* ett mönster som tar sikte på redan uppnådda positioner. Den etablerade position som anställningsförhållandet i detta sammanhang innebär har dock en markerad pliktsida. En arbetstagare som grovt försummar sina förpliktelser kan bli uppsagd på grund av personliga skäl och kan därmed förlora sin position. Anställningsskyddet avser inte att skapa balans eller rättvisa i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare utan istället skall den sociala position som tillkommit arbetstagaren genom anställningen skyddas. Ett uttryck för detta asymmetriska förhållande är att arbetstagaren kan säga upp sitt anställningsavtal.¹⁰

Det marknadsfunktionella grundmönstret framkommer inom arbetsrätten genom arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Arbetsgivarens § 32 befogenheter följer av äganderätten och därmed förfoganderätten över arbetsorganisationen.¹¹ Arbetsgivaren ses som en ägare eller som en representant för verksamheten, här ges uttryck för dynamik och flexibilitet genom arbetsgivarens behov av kontroll och anpassning i sin verksamhet. Den liberala arbetsmarknaden bygger på

⁶ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

⁷ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

⁸ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

⁹ Hydén, Håkan, 2000, s 144.

¹⁰ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

¹¹ Christensen, Anna, 1996, s 519-574.

förevarande förutsättning för arbetsprerogativet. Det är inte bara ekonomiska aspekter som har betydelse för arbetsprerogativet utan här öppnas även en möjlighet för arbetsgivaren att fatta beslut på andra grunder. Beslut som t.ex. grundas i fördomar gentemot människor som avviker från normen.¹² Arbetsgivarens § 32 befogenheter har ur avtalsrättslig synpunkt en annorlunda konstruktion. Vissa förpliktelser och rättigheter i avtalet mellan arbetsgivare och arbetstagare lämnas öppna och fylls ut med arbetsgivarens § 32 befogenheter och följer med en motsvarande lydnessplikt för arbetstagaren. På detta så kallade fria område kan det uppkomma mönster som missgynnar vissa grupper.¹³ Inghammar delar upp *Det marknadsfunktionella mönstret* i undergrupperna *Arbetsprerogativet* och *Konkurrens på lika villkor*. Inghammar menar härvid att *Konkurrens på lika villkor* skiljer sig från *Arbetsprerogativet* på så sätt att det förstnämnda mönstret tar hänsyn till förhållanden hos arbetstagarna. *Konkurrens på lika villkor* uttrycker arbetstagarnas förväntningar på att bli bedömda lika utifrån den för arbetsmarknaden uppställda så kallade referensnormen.¹⁴ Både rättsliga normer och övriga normer bygger på principen att lika fall skall behandlas lika. Ett exempel kan ges gällande diskrimineringsförbud. Ett diskrimineringsförbud beskriver en viss personkrets som skall omfattas av normen, en likabehandlingsregel eller ett diskrimineringsförbud gör gällande att en tidigare särbehandlad grupp skall behandlas på motsvarande vis eller åtminstone inte sämre än den grupp som redan innan omfattades av normen. Referensgruppen är den grupp som redan omfattas av normen och den norm som gäller för referensgruppen är referensnormen.¹⁵

Det marknadsfunktionella grundmönstret påkallar att människor ger upp sina positioner på arbetsmarknaden och säger ja till nya villkor på arbetsmarknaden. Det går att skönja en inneboende konflikt mellan arbetstagarens intresse av att behålla sitt arbete och arbetsgivarens intresse av att ha möjlighet att disponera arbetskraften på det sätt de ekonomiska konjunkturen kräver.¹⁶

Teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position* är enligt mitt tycke en högst användbar teori som analysverktyg och förklaringsmodell i förhållande till gällande rätt och rättsutvecklingen rörande drog- och alkoholtester och arbetstagarens integritet i svensk arbetsrätt. Detta ytterst mot bakgrund av att 7 § LAS kan aktualiseras vid en ordervägran från arbetsgivarens sida att genomgå drog- och/eller alkoholtest. På detta sätt kommer *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och arbetsgivarens arbetsledningsrätt i konflikt med *Skydd för etablerad position* och arbetstagarens anspråk på att behålla sin anställning, härvid inbegrips arbetstagarens rätt till rehabilitering. Det blir på detta sätt intressant att se den rättsliga regleringen, genom lag och rättspraxis, utifrån de nu nämnda normativa mönstren. Vidare är ett lagförslag om integritetsskydd i arbetslivet för handen vilket inbegriper drog- och

¹² Inghammar, Andreas, 2007, s 40.

¹³ Christensen, Anna, 2000, s 42.

¹⁴ Inghammar, Andreas, 2007, s 40.

¹⁵ Christensen, Anna, 2000, s 36.

¹⁶ Hydén, Håkan, 2000, s 127.

alkoholtester och teorin om normativa grundmönster är i sig en teori som avser att förklara rättsliga förändringsprocesser.

1.3 Metod och material

Uppsatsen utgår i huvudsak från den rättsdogmatiska metoden. Rättsdogmatiken syftar till att fastställa vilka rättsregler som finns dvs. de lege lata eller som bör skapas av lagstiftaren dvs. de lege ferenda. Genom denna metod kan t.ex. ett visst avgränsat rättsområde undersökas djupgående från ett visst perspektiv.¹⁷ Jareborg betonar att ”all vetenskaplig verksamhet går ut på att finna nya svar och bättre lösningar. Det är helt legitimt för en rättsdogmatiker att söka efter ideala lösningar.”¹⁸ Inom den juridiska argumentationen har rättskällor såsom lag, praxis och lagens förarbeten en särställning på så vis att de förutsätter den juridiska argumentationen, de tas för självklara. Dessa rättskällor är avsedda att användas för att förklara juridiska avgöranden och det krävs mycket starka skäl för att rättskällornas dignitet skall ifrågasättas.¹⁹ Även doktrin och andra författningar används i den rättsdogmatiska metoden. Sammantaget kan sägas att de olika rättskällorna används på olika sätt och med olika frekvens avhängigt problemformuleringen som sådan.²⁰ Sandgren sammanfattar innebörden av hur dagens rättsdogmatik används såsom metod. Han menar bl.a. att metoden öppnar för den allmänna debatten och samhällsklimatet och vidare att rättskällor såsom avtalspraxis, underrätts- och myndighetspraxis har inkorporerats i metoden samt argument och värderingar som ligger utanför gällande rätt likaså.²¹

Speciellt för arbetsrätten som rättsområde är regleringen genom kollektivavtal. Detta bör framhållas med hänsyn tagen till min redogörelse av rättskällor och mot bakgrund av den rättsdogmatiska metoden. Då tillåtligheten av drog- och alkoholtester saknar lagstöd för den privata arbetsmarknaden får endast doktrin och rättspraxis härvid betydelse. Den rättspraxis som finns för området är mycket sparsam och de rättsfall som finns att tillgå använder jag mig av i uppsatsen. Det bör för tydlighetens skull poängteras att flera utredningar som berör drog- och alkoholtester har färdigställts med slutsatsen att lagreglering för området inte är nödvändig och på så sätt finns inga efterföljande propositioner. För den offentliga sektorn är lagtext och förarbeten av intresse.

När det gäller integritetsfrågor och drog- och alkoholtester aktualiseras Europakonventionen. Detta gör att domar från Europadomstolen som berör skyddet för privatlivet enligt artikel 8 EKMR blir nödvändiga att återge, främst för att utreda konventionens betydelse för drog- och alkoholtester i svensk rätt. Jag kommer även att redogöra för domar som berör artikel 11 EKMR för att ge ett jämförande perspektiv samt för den diskussion som har uppstått ifråga om konventionens tillämplighet

¹⁷ Lehrberg, Bert, 2006, s 178.

¹⁸ Jareborg, Nils, 2004, s 4.

¹⁹ Peczenik, Aleksander, 1995, s 206.

²⁰ Bernitz m.fl., 2008, s 17.

²¹ Sandgren, Claes, 2005, s 655.

mellan enskilda. Europakonventionen anses vara en viktig rättskälla i förhållande till andra konventioner pga. att dess tillämpning bygger på en juridisk grund och med prövning i domstol på talan av enskilda.²²

För uppsatsens analys används, utöver den rättdogmatiska metoden, teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position*. Materialet för teorins beskrivande är uteslutande hämtat från doktrin.

1.4 Avgränsningar och definitioner

Inledningsvis kan sägas att registrering i samband med drog- och alkoholtester inte behandlas i uppsatsen. Vidare har jag inte redogjort för vad som gäller för arbetssökanden och uppdragstagare ifråga om testning. Mina syften och frågeställningar är endast inriktade på arbetstagare med en tillsvidareanställning. Arbetstagarbegreppet definieras inte i den arbetsrättsliga lagstiftningen. Istället får vägledning hämtas i rättspraxis ifråga om begreppets innehåll. Det tillkommer olika prejudikatinstanser att tolka arbetstagarbegreppet utifrån olika lagar. Detta då varje lag har sina särskilda syften och detta kommer till uttryck vid tillämpningen av arbetstagarbegreppet. I den största delen av den arbetsrättsliga lagstiftningen kan sägas att arbetstagarbegreppet rör det s.k. civilrättsliga arbetstagarbegreppet se t.ex. anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen. Teoretiskt sett finns ett samlat arbetstagarbegrepp som gäller inom arbetsrätten dock kan det praktiska utfallet bli föremål för tolkningar beroende på sammanhang.²³

I uppsatsen görs en distinktion mellan drog- och alkoholtester. Begreppet drog används i uppsatsen enligt betydelsen, ”enligt lag otillåtna narkotikaklassade preparat och dopingmedel”. De narkotikapreparat som härför blir aktuella är de substanser som anges i förordningen (1992:1554) om kontroll av narkotika.²⁴

Begreppet integritet beskrivs i Svenska Akademiens ordlista som ett orubbat tillstånd, okränkbarhet och oberoende. Vidare kan i Nationalencyklopedin läsas att ordet integritet ursprungligen kommer från latinets ”integritas” och betyder orörd, hel, fullständig, oförvitlig och hederlig. Ordet ges fyra olika betydelser enligt Nationalencyklopedin. Begreppet används i uppsatsen i enlighet med Nationalencyklopedins definition av personlig integritet i betydelsen ”rätt att få sin personliga egenart och inre sfär respekterad och att inte utsättas för personligen störande ingrepp”. En kränkning av den personliga integriteten kan fysiskt ske genom t.ex. tvång.²⁵ I SOU 2002:18 gjorde Integritetsutredningen en genomgång av svensk och utländsk litteratur för att försöka utröna vad som inbegrips i begreppet personlig integritet. Utredningen fann inte någon koncis beskrivning av begreppets språkliga innebörd dock fann man en

²² Prop.1993/94:117 s 34.

²³ SOU 1993:32 s 216-217.

²⁴ Bilaga A.

²⁵ <http://www.ne.se/lang/integritet/212289>.

genomgående uppfattning att begreppet personlig integritet är av innebörden att ”alla människor har rätt till en personlig sfär där ett oönskat intrång, såväl fysiskt som psykiskt, kan avvisas.”²⁶ Generellt sett ses rätten till personlig integritet som en grundläggande mänsklig fri- och rättighet vilket gör att definitionen av begreppet personlig integritet förutsätter ställningstaganden i grundläggande moralfilosofiska och rättsteoretiska frågor. Detta gör att frågor aktualiseras såsom vad en rättighet är, vad som ger rättigheter en viss giltighet och hur olika rättigheter förhåller sig till varandra vid normkonflikter. På detta sätt blir det i princip en omöjlighet att återge en allmängiltig och vedertagen definition av begreppet personlig integritet.²⁷

Källström menar att det i förhållande till arbetsrättslig reglering finns två former av integritet, dels den personliga integriteten och dels den professionella integriteten. Skyddet för den personliga integriteten avser främst att skapa fria och självständiga medborgare utifrån ett fri- och rättighetsperspektiv. Den professionella integriteten utgörs av en sfär som skyddas i syfte att balans skall uppnås i avtalsförhållandet mellan arbetsmarknadens parter. Den professionella integriteten kan avse information om en arbetstagares yrkesmässiga förhållanden som inte i sig är av strikt personlig karaktär men som arbetstagaren ändå disponerar. Som exempel nämner Källström att en arbetstagare inte anses vara tvungen att avslöja sitt privata kontaktnät även i fall av att detta skulle ha betydelse för dennes sätt att utföra sina arbetsuppgifter. Professionell integritet tar sin utgångspunkt i att skapa balans i avtalsförhållandet och slå vakt om partsautonomin.²⁸

1.5 Disposition

Efter detta inledningskapitel följer i kapitel 2 en introduktion vari jag presenterar ämnet övergripande. Vidare beskriver jag rättskällorna för området generellt genom att redogöra för betydelsen av arbetsledningsrätten, kollektivavtal, personliga avtal samt arbetsmiljölagen och lag om allmän försäkring. EKMR presenteras i kapitel 3, inledningsvis genom en redogörelse för dess inverkan på svensk rätt. Här fungerar artikel 11 som ett jämförande exempel. Vidare i samma kapitel beskrivs konventionens tillämplighet mellan enskilda varpå följer en beskrivning av ett urval av procedurregler. Här efter redogörs för artikel 8 samt praxis som berör artikeln. Sist i kapitel 3 presenteras de två avgöranden som finns från Europadomstolen avseende drog- och alkoholtester. Här görs även en direkt koppling till nationell rätt dvs. hur Arbetsdomstolen i sin praxis har förhållit sig till dessa två avgöranden. I kapitel 4 beskrivs regleringen för offentlig sektor och tar sin utgångspunkt i regeringsformen 2 kap 6 §. Här efter beskrivs 30 § lagen om offentlig anställning och efterföljs av exempel på

²⁶ SOU 2002:18 s 53.

²⁷ SOU 2009:44 s 190.

²⁸ Källström, Kent, 2002, s 88.

hur kollektivavtalsreglering har utfallit i enlighet med paragrafen. Kapitel 4 avslutas med en redogörelse för lagen om fullmaktsanställning och regleringen om påtvingade läkarundersökningar. I Kapitel 5 beskrivs regleringen för den privata sektorn och för detta kapitel är praxis uteslutande av betydelse. Här redogörs för hur Arbetsdomstolen har bedömt arbetsledningsrätten i förhållande till kollektivavtal, personliga avtal samt AML. Vidare beskrivs även hur Arbetsdomstolen resonerat kring frågan om drog- och alkoholtester i förhållande till kravet på saklig grund enligt 7 § LAS och här aktualiseras även AFL. I kapitel 6 beskrivs det lagförslag som har utarbetats genom SOU 2009:44. I kapitel 7 presenteras analysen där jag återkopplar till kapitel 1.4 och teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position* vid besvarande av mina frågeställningar.

2 Introduktion till frågan om drog- och alkoholtester och arbetstagares integritet

2.1 En övergripande beskrivning av ämnet

Fahlbeck skriver i en artikel från början av 1990-talet ”this article deals with employee privacy in working life in Sweden. My impression is that to write about this topic is like entering uncharted land.”²⁹ Utredningar ifråga om lagförslag rörande personlig integritet i arbetslivet, vari drog- och/eller alkoholtester innefattas, har på senare år varit flera.³⁰ Källström menar att integritetsfrågornas framflyttade position i den arbetsrättsliga diskussionen sannolikt bottnar i arbetstagares och fackförbunds oro i förhållande till vad t.ex. ny teknologi kan komma att betyda för gränsdragningen mellan det privata och sociala livet. Denna gränsdragning kan påverka maktförhållandena och innebära en rubbning ifråga om balansen mellan avtalsparterna.³¹ Den senaste i raden av utredningar som rör frågan om drog- och alkoholtester är SOU 2009:44 – Integritetsskydd i arbetslivet. I utredningen beskrivs att användningen av medicinska kontroller i arbetslivet ökar, särskilt bruket av drogtester.³² Det kan konstateras att det saknas lagregler för den enskildes personliga integritet och drog- och alkoholtester på den privata sektorn. För den offentliga sektorn finns regleringar i RF och LOA.³³

Den offentlighetsrättsliga regleringen ifråga om drog- och alkoholtester utgår från grundlagsskyddet i RF. 2 kap 6 § RF stadgar att varje medborgare är skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp gentemot det allmänna. I 30 § LOA stadgas att periodiska hälsoundersökningar får genomföras på arbetstagare som har arbetsuppgifter som kan medföra att brister i hälsotillståndet kan utgöra stora säkerhetsrisker. Detta gäller endast ifall kollektivavtal ifråga om regelns innehåll finns vilket framgår av paragrafens 2st. I 11 § lagen om fullmaktsanställning finns även lagstöd för viss medicinsk undersökning. Den offentlighetsrättsliga regleringen avseende drogtester kan sägas vara inskränkt genom 30 § LOA vid en jämförelse med den privata sektorn där arbetsledningsrätten verkar som gränssättare. Detta gör att offentliga arbetsgivare, enligt lag, har en mindre krets av arbetstagare att använda drog- och alkoholtester på i sin verksamhet. Dessutom innebär regleringen i LOA att om de fackliga organisationerna på en offentlig arbetsplats inte vill träffa kollektivavtal ifråga om drogtester kan sådana inte genomföras.³⁴ Det finns en risk att arbetstagare, särskilt i fall då regler om

²⁹ Fahlbeck, Reinhold, 1991/1992, s 41.

³⁰ Se t.ex. SOU 1996:63, SOU 2002:18, SOU 2007:22.

³¹ Källström, Kent, 2000, s 86.

³² SOU 2009:44 s 297.

³³ SOU 2002:18 s 77.

³⁴ Westregård, Annamaria, 2005, s 654 – 655.

kontroller är föreskrivna i kollektivavtal, underkastar sig kontrollåtgärder på grund av att de tror sig vara förpliktade till detta. Fahlbeck framhåller att parterna på arbetsmarknaden inte har möjlighet att avtala om kontroller som kräver lagstöd.³⁵

EKMR inkorporerades i svensk rätt genom lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Sverige är medlem i Europeiska unionen sedan 1995. EU har formulerat en stadga, Charter of Fundamental Rights of the European Union, om de grundläggande rättigheterna i EU. Genom att Lissabonfördraget trädde ikraft den 1 december 2009 blev denna stadga rättsligt bindande inom EU. På detta sätt har medborgarnas rättigheter inom ramen för unionen tydliggjorts för myndigheter och nationella domstolar.³⁶ Lissabonfördraget innebär även att EU ska ansöka om anslutning till Europakonventionen.³⁷ Högsta Domstolens ledamöter anförde i sitt remissyttrande att detta kan innebära att en konkurrenssituation kan uppstå mellan Europadomstolen och Europeiska unionens domstol när det gäller uttolkningen av EKMR:s fri- och rättighetsskydd.³⁸ På området för mänskliga rättigheter har EKMR kommit att utvecklas till ett av de viktigaste normgivande internationella instrumenten.³⁹ Konventionen intar en speciell ställning gentemot andra konventioner om mänskliga rättigheter som Sverige har ratificerat. EKMR bygger på en utpräglad juridisk grund med möjlighet för enskilda att få sin talan prövad i domstol.⁴⁰ Den enskilde medborgaren kommer i åtnjutande av både det skydd grundlagen ger och det Europakonventionen ger ifråga om fri- och rättigheter. Fri- och rättighetsskyddet blir på detta sätt kumulativt, medborgaren kan åberopa den regel som i varje given situation ger denne det starkaste skyddet. Genom EKMR:s inkorporering i svensk rätt understryks i förarbetena att svenska medborgares rättigheter på detta sätt inte uttömmade har reglerats. Allmänna rättsprinciper som utvecklats i svensk rätt såsom t.ex. proportionalitetsprincipen skall inte påverkas av EKMR:s inkorporering.⁴¹ Proportionalitetsprincipen innebär att ”begränsningar i utövandet av rättigheter av olika slag och i medborgarnas personliga och ekonomiska rörelsefrihet inte får drivas längre än vad som verkligen följer av det bakomliggande ändamålet. Utgångspunkten är alltså att en grundläggande handlingsfrihet tillkommer alla medborgare.”⁴² Sverige inkorporerade EKMR såsom vanlig lag med hänvisning till 2 kap RF för att undvika en dubbelreglering på samma konstitutionella nivå. Det fastställdes att EKMR och grundlagsbestämmelserna i 2 kap RF på detta sätt skulle komplettera varandra.⁴³ Artikel 8 i EKMR har varit föremål för Europadomstolens bedömning i förhållande till drog- och alkoholtester. Artikeln stadgar att var och en har rätt till respekt för sitt privatliv detta

³⁵ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 222.

³⁶ Prop. 2007/08:168 s 76-77.

³⁷ Bergström Carl Fredrik, Hettne, Jörgen, 2008, s 67.

³⁸ Prop. 2007/08:168 s 91-92.

³⁹ Prop. 1993/94:117 s 33.

⁴⁰ Prop. 1993/94:117 s 34.

⁴¹ Prop. 1993/94:117 s 39-40.

⁴² Bernitz, Ulf, 1994/95, s 265.

⁴³ Prop. 1993/94:117 s 36-37.

gäller dock med vissa undantag i förhållande till vad som kan anses nödvändigt i ett demokratiskt samhälle.

För den privata arbetsmarknaden gäller att arbetsmarknadens parter kan genom kollektivavtal, enskilt anställningsavtal eller i någon annan form överenskomma en rätt för arbetsgivaren att genomföra drogtester och ett avtal om detta har i princip giltig verkan.⁴⁴ Avtal om drog- och alkoholtester är sanktionerade så till vida att en arbetstagares vägran att medverka i dessa tester kan utgöra saklig grund för uppsägning.⁴⁵ De arbetsrättsliga reglerna har fått en utformning som påbjuder att frågor rörande arbetstagarens personliga förhållanden är relevanta för anställningen. Ett förstärkt anställningsskydd har medfört ett intresse hos arbetsgivaren att skärpa kontrollen av de anställda.⁴⁶

Då frågan om medicinska undersökningar inte är reglerad i avtal eller i lag kan arbetsgivaren, i egenskap av sin arbetsledningsrätt, ha rätt att kräva att arbetstagaren skall underkasta sig en medicinsk kontroll.⁴⁷ En proportionalitetsbedömning görs av Arbetsdomstolen huruvida arbetsgivarens beslut att införa drog- och alkoholtester strider mot god sed. Främst blir arbetsledningsrättens genomslag aktuellt ifråga om användandet av drog- och alkoholtester i syfte att förebygga och upprätthålla säkerhet på en viss arbetsplats, härför finns lagstöd i arbetsmiljölagens regler.⁴⁸ Arbetsmiljöverket har utgivit föreskrifter som inbegriper medicinska kontroller i arbetslivet (AFS 2005:6). Vissa yrkesgrupper är ställda under speciallagstiftning ifråga om krav på medicinska kontroller se t.ex. livsmedelslagen och järnvägslagen.⁴⁹ I arbetsmiljölagen (1977:1160) återfinns regler om arbetsgivarens ansvar för säkerheten på arbetsplatsen samt regler om arbetstagarens medansvar i förhållande till denna. I Lag (1962:381) om allmän försäkring föreskrivs arbetsgivarens ansvar ifråga om rehabilitering av arbetstagare.

⁴⁴ AD 2009 nr 36.

⁴⁵ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 266-267.

⁴⁶ Källström, Kent, 2000, s 86-87.

⁴⁷ SOU 2009:44 s 302.

⁴⁸ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 266-267.

⁴⁹ SOU 2009:44 s 303.

2.2 Arbetsledningsrätten

Sedan långt tillbaka i historien har tjänaren – arbetstagaren - ansetts vara tvungen att lyda sin husbonde, i annat fall kunde påföljder vara att vänta. 1833 års legostadga gällde till 1926 och föreskrev att husbonden ägde hålla sitt tjänstehjon till skäligen arbete varpå tjänstehjonet skulle lyda och inte undandra sig det arbete som husbonden gav denne.⁵⁰ Arbetsgivarens möjligheter å sin sida var begränsade ifråga om att upplösa anställningsförhållandet.⁵¹ 1898 bildade organisationer från arbetstagsidans, LO, och några år senare bildade organisationer från arbetsgivarsidan, SAF. Det första avtalet mellan LO och SAF slöts 1906 och kallades decemberkompromissen. I detta avtal kom parterna överens om vad som senare kom att kallas arbetsgivarens § 32 befogenheter dvs. arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet samt att fritt anställa och avskeda arbetstagare. Föreningsrätten skulle till följd härav lämnas oinskränkt.⁵² Arbetsdomstolen konstaterade i början av 1930-talet att § 32 befogenheterna utgjorde en allmän rättsgrundssats.⁵³ § 32 befogenheterna ingår även som en dold klausul i kollektivavtal på den svenska arbetsmarknaden dvs. befogenheterna ingår som en del av kollektivavtalet oberoende om det kommer till uttryck i detta.⁵⁴

Under 1900-talet har utvecklingen gått mot en inskränkning av arbetsgivarprerogativet genom lag och avtal. Införandet av krav på saklig grund vid uppsägning, 7 § LAS, utgör ett exempel på att den fria uppsägningsrätten har avskaffats helt.⁵⁵ Arbetsledningsrätten kan sägas ha dubbla funktioner inom arbetsrätten. Arbetsledningsrätten kan ses som en utfyllande rättsregel vilken tillskriver arbetsgivaren en rätt att bestämma om förhållningsregler för arbetstagare. Den arbetsrättsliga regleringen föreskriver dock ett stort antal begränsningar i förhållande till arbetsgivarens utrymme för att utöva arbetsledning. På detta sätt kan arbetsledningsrätten ses som en slags restkompetens då den endast kan utövas utifrån de förutsättningar som ges av lagar, kollektivavtal, personliga avtal m.m.⁵⁶

Det är sedan en lång tid tillbaka gällande att arbetsledningsrätten inte får utövas i strid med god sed på arbetsmarknaden. ”Arbetsgivaren handlar i strid mot god sed om han fattar diskriminerande eller otillbörliga beslut, handlar utifrån slumpmässiga eller ovidkommande syften eller på ett sätt som är rättsstridigt eller strider mot allmän moral. Förbudet träffar sålunda mera undantagssituationer, och begränsar inte på något avsevärt sätt den fria arbetsledningsrätten.”⁵⁷ Begreppet god sed på arbetsmarknaden återger en oskriven rättslig princip. God sed kan vidare

⁵⁰ Eklund, Per, 1974, s 295.

⁵¹ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 189.

⁵² Glavå, Mats, 2001, s 26.

⁵³ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 40.

⁵⁴ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 98.

⁵⁵ Rönnmar, Mia, 2004, s 45.

⁵⁶ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 190.

⁵⁷ Rönnmar, Mia, 2004, s 70-71.

beskrivas motsvara en viss standard – ett allmänt faktiskt praktiserat beteende som t.ex. visar på en viss yrkesetisk nivå.⁵⁸

Rätten att bestämma över arbetet rör i huvudsak rätten att utöva arbetsledning. Hit hör bl.a. arbetstagarens arbetskyldighet och lydnadsplikt, arbetsgivarens utövande av arbetsledning och ordregivning samt utfärdande av ordningsregler.⁵⁹ Vidare omfattar arbetsledningsrätten en rätt för arbetsgivare att omplacera arbetstagare till andra arbetsuppgifter inom ramen för deras arbetskyldighet.⁶⁰ Sådana åtgärder som arbetsgivaren ensam har rätt att besluta om inom ramen för anställningen kallas arbetsledningsbeslut. Som huvudregel gäller att arbetsledningsbeslut inte behöver motiveras sakligt. Då arbetsgivaren tar beslut som anses ligga inom ramen för den fria beslutanderätten aktualiseras därför inte någon rättslig överprövning.⁶¹ Bastubadarprincipen⁶² utgör en begränsning av arbetsledningsrätten ifråga om omplaceringar som görs på grund av förhållanden som är att hänföra personligen till arbetstagaren. Bastubadarprincipen kan aktualisera en rättslig överprövning av arbetsgivarens omplaceringsbeslut trots att arbetskyldighetens gräns inte överskrids. En förutsättning för att bastubadarprincipen skall kunna tillämpas är att en omplacering bedöms vara särskilt ingripande dvs. att utfallet av en omplacering för den enskilde arbetstagaren är att jämställa med en uppsägning. Denna bedömning skall ske på objektiva grunder. Arbetsgivaren har sedan att visa att denne hade godtagbara skäl ifråga om sitt beslut. Det bör dock framhållas att bastubadarprincipen inte verkar som ett förbud mot särskilt ingripande omplaceringar och har tillämpats restriktivt i rättspraxis. Bastubadarprincipen kan ses som ett av de tydligaste exemplen ifråga om Arbetsdomstolens rättsskapande verksamhet.⁶³

I AD 1997 nr 29 var frågan huruvida en arbetsgivare hade haft saklig grund för uppsägning av en arbetstagare som vid en utpasseringskontroll på uppmaning vägrat att öppna sin väska. Arbetsdomstolen uttalar härvid att det enligt rättspraxis inte finns något allmänt stöd för att vidta olika typer av kontrollåtgärder med stöd av arbetsledningsrätten. En rätt att vidta kontrollåtgärder kan tänkas föreligga mot bakgrund av de särskilda omständigheterna i det enskilda fallet.

⁵⁸ SOU 2009:44 s 79.

⁵⁹ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 208.

⁶⁰ Rönnmar, Mia, 2004, s 46.

⁶¹ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 190.

⁶² Principen härleds från AD 1978 nr 89 det s.k. Bastubadarmålet. En arbetstagare, anställd som sulfitorator, blev omplacerad till mindre kvalificerade arbetsuppgifter sedan det upptäcktes att denne badade bastu under arbetstid. Arbetstagaren skulle inom ramen för sina arbetsuppgifter bl.a. övervaka en ångpanna. Genom omplaceringen fick arbetstagaren förändrade och längre arbetstider samt mindre lön. Arbetsdomstolen slog fast att arbetsgivaren inte hade haft godtagbara skäl för att omplacera arbetstagaren. Detta på grund av att arbetstagaren inte kunde hållas ansvarig för arbetsgivarens underlåtenhet att ge denne information och instruktioner ifråga om att ångpannan skulle stå under ständig övervakning. Arbetsdomstolen menade dock att arbetstagaren hade handlat felaktigt när denne lämnade ångpannan utan tillsyn för att bada bastu.

⁶³ Rönnmar, Mia, 2004, s 73-81.

För den offentliga sektorn gäller specifikt att arbetsledningsrätten, i enlighet med RF 1:9, skall utövas med ”saklighet och opartiskhet”.⁶⁴

När det handlar om drog- och alkoholtesters tillåtlighet i förhållande till arbetsledningsrätten görs en god sed bedömning. I AD 2009 nr 36⁶⁵ sammanfattas att Arbetsdomstolen härvid har gjort en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att drogtesta arbetstagaren och arbetstagarens intresse av att slå vakt om sin personliga integritet. Vidare framhålls i rättsfallet att intrånget i arbetstagarens integritet måste stå i rimlig proportion till det intresse arbetsgivaren vill tillgodose. Denna prövning anses i stort vara att jämföra med den Europadomstolen gör i förhållande till artikel 8 EKMR. Oberoende av om arbetsgivarens krav på arbetstagaren att genomgå drog- och/eller alkoholtester är grundade på arbetsledningsrätten eller avtal bör sannolikt prövningen om testerna strider mot god sed vara densamma.⁶⁶

I förhållande till kontrollåtgärder⁶⁷ menar Källström att god sed ”syftar på de restriktioner en arbetsgivare bör ålägga sig med hänsyn till den enskilde arbetstagaren men också till andra intressenter.” Det handlar härvid om en proportionalitetsprincip. Det ställs krav på att en kontrollåtgärd måste ha ett syfte och det arbetsgivaren önskar uppnå med åtgärden ska stå i rimlig proportion till ingreppet i den personliga sfären.⁶⁸ Det krävs vidare att arbetsgivaren väljer den mest ändamålsenliga åtgärden för uppnå syftet med kontrollen.⁶⁹ Westregård⁷⁰ framhåller att Källström verkar likställa rimlig proportion och god sed på arbetsmarknaden. Westregård är av uppfattningen att ”om det vid intresseavvägningen finns en övervikt mot genomförande av en åtgärd, strider det mot god sed på arbetsmarknaden att genomföra den. Det behöver inte föreligga orimlig proportion, eftersom detta är ett starkare begrepp.”⁷¹

I fråga om införandet av drog- och alkoholtester har Arbetsdomstolen prövat huruvida arbetsgivarens arbetsledningsrätt har varit förenlig med god sed på arbetsmarknaden i AD 1991 nr 45, AD 1998 nr 97, AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 36.⁷² I AD 1998 nr 97 bedömdes ett

⁶⁴ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 221.

⁶⁵ Refereras i kapitel 5.

⁶⁶ Källström, Kent, Malmberg, Jonas, 2009, s 266-267.

⁶⁷ Källström delar in kontrollåtgärder, utifrån syftet med åtgärden, som sker inom ramen för arbetsledningsrätten i följande kategorier; säkerhetskontroller, effektivitetskontroller och kontroll av ordningen på arbetsplatsen. Han menar att om medicinska tester och drogtestar syftar till att förebygga skador på personer och egendom kan dessa anses vara säkerhetskontroller. Effektivitetskontroller syftar till att fastställa lönen och kontroll av ordningen på arbetsplatsen syftar till att förhindra stölder och liknande brottslighet. Källström, 2000, s 95-98.

⁶⁸ Källström, Kent, 2000, s 96.

⁶⁹ Källström, Kent, 2000, s 98.

⁷⁰ I sin avhandling från 2002 presenterar Westregård en intressemodell som är anpassad för integritetsfrågor i arbetslivet. Modellen avser att fungera som ett analytiskt verktyg ifråga om förevarande område. Intressemodellen tar sin utgångspunkt i att det finns olika intressenter på arbetsmarknaden med olika intressen av att genomföra eller inte genomföra integritetskänsliga åtgärder och att det på så vis uppstår intressekonflikter. Modellens syfte är att visa på de avvägningar som i dessa fall görs.

⁷¹ Westregård, Annamaria J, 2002, s 191.

⁷² Samtliga rättsfall refereras i sin helhet i kapitel 5.

alkoholtest inte vara tillräckligt tillförlitligt och därför stridande mot kravet på god sed. I de övriga nämnda fallen har Arbetsdomstolen bedömt testerna vara förenliga med arbetsledningsrätten och kravet på god sed. Det kan alltså sägas att Arbetsdomstolen i förhållande till arbetsledningsrätten och kravet på god sed har haft en rättsskapande funktion för frågan om drog- och alkoholtester i avsaknad av tillämplig lagstiftning för området. I kapitel 5 redogörs vidare för denna praxis.

2.3 Andra rättskällor

2.3.1 Kollektivavtal

Den rättsliga grunden för arbetstagares skyldighet att delta i drog- och alkoholtester regleras i det enskilda avtalet som får sitt innehåll från det personliga avtalet mellan arbetstagaren och arbetsgivaren och även från kollektivavtal och lagstiftning.⁷³ I Sverige är kollektivavtal det dominerande instrumentet för att garantera de enskilda arbetstagarna det skydd som andra länder tillerkänner dessa genom lagstiftning.⁷⁴ MBL bygger på tanken att ”arbetstagare och arbetsgivare skall ha rätt att sluta sig samman i organisationer och genom förhandlingar reglera sina förhållanden.” På detta sätt utgörs MBL av bestämmelser om förenings- och förhandlingsrätt och för denna reglering utgör kollektivavtalet det främsta instrumentet. Arbetsgivaren har en s.k. primär förhandlingsskyldighet i förhållande till avtalslutande organisation ifråga om beslut om viktigare förändringar på arbetsplatsen dvs. arbetsgivaren skall initiera förhandlingar gällande sådana frågor. Efter att förhandlingar har fullgjorts har arbetsgivaren slutligen en rätt att ta beslut i frågan.⁷⁵ Införandet av olika kontrollsystem anses utgöra en viktigare förändring av verksamheten alternativt anställningsvillkoren och på så vis är utgångspunkten att 11-13 §§⁷⁶ MBL skall beaktas.⁷⁷ Enligt 4 § 2 st MBL får avvikelser göras i kollektivavtal från 11 och 12 §§ dvs. regeln är s.k. semidispositiv, i detta fall med s.k. EG-spärr då kollektivavtalet avseende dessa bestämmelser inte får göras mindre förmånliga för arbetstagarsidan än vad som framgår av de i paragrafen uppräknade EG-rättsliga direktiven.⁷⁸ Då kollektivavtalet har en bindande verkan har det i jämförelse med ordinära avtal en större räckvidd. 26 § MBL

⁷³ SOU 2009:44 s 302.

⁷⁴ Prop.1990/91:162 s 4.

⁷⁵ Prop. 1975/76:105 s 1-2.

⁷⁶ 11 § stadgar den primära förhandlingsskyldigheten som arbetsgivaren skall fullgöra mot avtalsbärande organisation. 12 § stipulerar att den avtalsbärande organisationen har rätt till förhandling när denna begär det även i annat fall som rör medlem i organisationen. 13 § ger uttryck för att om en fråga särskilt angår arbets- eller anställningsförhållandena för en arbetstagare som inte tillhör avtalslutande organisation är arbetsgivaren skyldig att förhandla enligt 11 och 12 §§ med den organisationen.

⁷⁷ Källström, Kent, 2000, s 93.

⁷⁸ 75/129/EEG av den 17 februari 1975, 77/187/EEG av den 14 februari 1977 och 92/56/EEG av den 24 juni 1992.

föreskriver att ett kollektivavtal binder de avtalsslutande parterna och deras medlemmar och att avtalet är förbindande tills avtalets giltighetstid är slut alternativt till dess att avtalet har sagts upp enligt reglerna för uppsägning i avtalet. 27 § MBL stadgar att överenskommelser som strider mot kollektivavtalet är ogiltiga och på detta sätt kan kollektivavtal göras tvingande dvs. avvikelser i enskilda anställningsavtal förklaras ogiltiga. 27 § MBL stipulerar kollektivavtalets s.k. normativa verkan dvs. kollektivavtalets regler kan normera (bestämma) innehållet i anställningsavtalen. Normativa regler i kollektivavtal kan både vara tvingande och dispositiva. Kollektivavtalet kan vara av innebörden att det helt förbjuder varje avvikelse från detta och på så sätt normerar kollektivavtalet de enskilda anställningsavtalen fullt ut och är tvingande. Kollektivavtalet kan även vara av innebörden att det kan frångås i anställningsavtalen. I detta sista fall normerar kollektivavtalet de enskilda anställningsavtalen i fall av att arbetsmarknadens parter inte har utnyttjat den avtalsfrihet som kollektivavtalet fastställer.⁷⁹ Vid avtalstillfället är det upp till kollektivavtalsparterna att komma överens om huruvida en viss kollektivavtalsbestämmelse skall vara av tvingande eller dispositiv karaktär. För frågan om ett enskilt avtal är oförenligt med ett kollektivavtal blir en tolkning av kollektivavtalet i varje enskilt fall nödvändig. Vid denna tolkning är sedvanliga tolkningsmetoder att tillämpa.⁸⁰ Arbetsdomstolen har konstaterat att den ogiltighet som följer av 27 § MBL är av s.k. nullitetstyp dvs. det krävs inte någon reaktion för att göra ogiltigheten gällande, den är självverkande. Härutöver kan ogiltigheten även göras gällande av en utomstående, den kan inte läkas genom ratihabition eller passivitet, den skall iakttagas ex officio och den är giltig mot part i god tro.⁸¹

2.3.2 Personliga avtal

Avtalsfriheten på den individuella nivån är i svensk arbetsrätt i praktiken begränsad genom kollektivavtalen och deras tvingande verkan i förhållande till anställningsavtalen.⁸² Vad gäller gränsdragningen mellan personliga avtal och andra regler som bestämmer relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare är härför tolkning och utfyllning att tillämpa. Tolkning kan sägas vara inriktad på omständigheter som är speciella för en viss avtalssituation. I detta fall beaktas lydelsen eller andra tolkningsdata som kan klarlägga parternas uppfattning om vad som avses med avtalet. Utfyllning består oftast i tillämpningen av allmänna regler såsom lagar, regler utbildade i praxis eller dispositiva regler. Utfyllning är att tillgripa ifråga om att komplettera ofullständiga avtal eller när underlaget för tolkning är obetydligt.⁸³ Westregård anför att det finns ett visst utrymme för arbetsgivaren att med den enskilde arbetstagaren överenskomma en rätt att

⁷⁹ Fahlbeck, Reinhold, 1989, s 88-94.

⁸⁰ Malmberg, Jonas, 1997, s 125.

⁸¹ Malmberg, Jonas, 1997, s 120.

⁸² Glavå, Mats, 2001, s 393.

⁸³ Malmberg, Jonas, 1997, s 55-57.

genomföra integritetskänsliga åtgärder. Avtalsfriheten i detta fall begränsas genom 27 § MBL och ytterst genom lag.⁸⁴

Sigeman⁸⁵ framhåller att avtalsrättens allmänna ogiltighetsregler i 3 kap avtalslagen i stort är tillämpliga på rättshandlingar inom arbetsrätten. Detta gäller främst i förhållande till personliga avtal då utrymmet är begränsat för en sådan tillämpning ifråga om kollektivavtal.⁸⁶ Mot bakgrund av det anförda torde ett avtalsvillkor, åtminstone i förhållande till det personliga avtalet, om t.ex. drogtester som medför ett oberättigat intrång i den personliga integriteten kunna jämkas med stöd av 36 § AvtL.⁸⁷

2.3.3 Arbetsmiljölagen

I AD 1991 nr 45 och AD 1998 nr 97 anger Arbetsdomstolen uttryckligen att AML:s bestämmelser om arbetsgivarens ansvar för säkerheten på arbetsplatsen samt arbetstagarens medansvar i förhållande till denna har betydelse för frågan om drog- och alkoholtester.⁸⁸ Arbetsmiljölagen är en ramlag och innehåller förutsättningarna för regleringen av arbetsmiljöns utformning. Lagen bygger bl.a. på tanken att samarbete mellan arbetsgivare och arbetstagare är en grundförutsättning i syfte att skapa goda arbetsförhållanden. Lagens övergripande ändamål är att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt i övrigt uppnå en god arbetsmiljö.⁸⁹ Detta uttrycks i 1 kap 1 § AML. Ett huvudansvar för arbetsmiljön åvilar arbetsgivaren, arbetstagarna har emellertid även ett skyddsansvar.⁹⁰ Kapitel 3 AML reglerar parternas skyldigheter i detta fall. I 3 kap 2 § är utgångspunkten när det gäller arbetsgivarens förebyggande åtgärder i förhållande till arbetsmiljöarbetet, att denne skall ändra eller ersätta allt som anses vara farligt på arbetsplatsen t.ex. ämnen, anordningar samt arbetsorganisation. Då det inte alltid bedöms vara möjligt att fullkomligt undanröja risk för ohälsa och olycksfall är arbetsgivaren i vart fall skyldig att vidta åtgärder för att minska denna risk.⁹¹ I kap 3 § 2 a § regleras arbetsgivarens s.k. internkontroll i vilken både den fysiska och psykosociala arbetsmiljön inbegrips. Till detta ansvar hör bl.a. att arbetsgivaren systematiskt skall identifiera och bedöma riskerna och bristerna i verksamheten samt att handlingsplaner skall upprättas i den utsträckning verksamheten kräver som ett led i arbetsgivarens dokumentationsskyldighet.⁹² I förevarande paragraf stadgas vidare att arbetsgivaren skall se till att det finns en på lämpligt sätt organiserad arbetsanpassnings- och rehabiliteringsverksamhet i dennes verksamhet i

⁸⁴ Westregård, Annamaria J, 2002, s 36.

⁸⁵ Har svarat för omarbetning och komplettering för det kapitel vari texten har hämtats ur i löntagarrätt som Schmidt, Folke ursprungligen skrev.

⁸⁶ Schmidt, Folke, 1994, s 28, med hänvisning till SOU 1993:32 s 406 ff.

⁸⁷ SOU 1996:63 s 140.

⁸⁸ AML:s betydelse för frågan om drog- och alkoholtester utvecklas i kapitel 5 där rättsfallen refereras och kommenteras.

⁸⁹ Prop. 1993/94:186 s 22-25.

⁹⁰ Prop. 1976/77:149 s 2.

⁹¹ Prop. 2001/02:145 s 14.

⁹² Prop. 1990/91:140 s 39- 41.

enlighet med AML samt 22 kap lagen om allmän försäkring.⁹³ Detta innebär att arbetsgivaren även har en skyldighet att vidta åtgärder för att ”stärka den enskilde arbetstagaren och öka hennes eller hans förutsättningar att arbeta.” Vidare anförs att arbetsgivarens ansvar i enlighet med AML ifråga om t.ex. god arbetsorganisation, arbetsanpassning och rehabilitering påverkar arbetsgivarens omplaceringsskyldighet. På detta sätt kan bedömningen av vad som anses vara saklig grund för uppsägning påverkas.⁹⁴ Enligt 3 kap 3 § AML framgår vidare att arbetsgivaren genom att anpassa arbetsförhållandena eller vidta annan lämplig åtgärd ta hänsyn till arbetstagarens särskilda förutsättningar för arbetet. På detta sätt har arbetsgivaren en skyldighet att kontinuerligt undersöka vilka behov av anpassnings- och rehabiliteringsåtgärder som finns i förhållande till arbetstagarna. Inom ramen för denna individuella arbetsanpassning kan det för arbetsgivaren bli aktuellt med bl.a. förändringar av den fysiska arbetsmiljön, anskaffning av tekniska hjälpmedel, förändring av arbetstider, arbetsträning och arbetsprövning. Det kan även bli aktuellt att arbetstagaren tilldelas andra arbetsuppgifter inom ramen för anställningen. Avseende individuella anpassningsåtgärder blir det fråga om en prövning av omständigheterna i det enskilda fallet för att avgöra vilka krav som kan ställas. I denna bedömning vägs både arbetstagarens och arbetsgivarens förhållanden och förutsättningar in.⁹⁵ Arbetstagarens eget ansvar ifråga om rehabilitering bör även framhållas t.ex. i enlighet med 22 kap 4 § AFL vari stadgas att arbetstagaren efter bästa förmåga aktivt skall medverka i rehabiliteringen. Arbetstagarens skyldighet att medverka i arbetsmiljöarbetet stadgas i 3 kap 4 § AML. Med detta skall förstås att arbetstagaren har skyldighet att bl.a. använda skyddsanordningar, följa givna föreskrifter och iakttä den försiktighet som i övrigt erfordras av denne i syfte att förebygga ohälsa och olycksfall. Om en arbetstagare inte rättar sig efter skyddsföreskrifter kan ett skiljande från anställningen aktualiseras. I detta fall skall frågan om saklig grund för uppsägning föreligger bedömas enligt LAS och de skyddsskäl som kan tala mot fortsatt anställning skall härvid beaktas.⁹⁶ Källström anför följande ifråga om AML ”de ändamål som anges i lagen bör tjäna som utgångspunkt för tolkningen av kollektivavtalen på arbetsmarknaden och som utfyllnad av de enskilda anställningsavtalen.”⁹⁷ Härvid uttrycks i prop. 1990/91:140 att AML:s syfte bl.a. är att ge riktlinjer för ”arbetsmarknadens parter, inte minst när det gäller att sluta kollektivavtal som berör arbetsförhållandena av betydelse för arbetsmiljön och arbetstagarnas hälsa.”⁹⁸

⁹³ AFL:s betydelse ifråga om rehabilitering kommer vidare att redogöras för i 5.3.

⁹⁴ Prop. 1990/91:140 s 52.

⁹⁵ Prop. 2006/07:59 s 15-16.

⁹⁶ Prop. 1976/77:149 s 258-259.

⁹⁷ Källström, Kent, 1993, s 55.

⁹⁸ Prop. 1990/91:140 s 36.

3 Europakonventionen⁹⁹ (EKMR)

3.1 Rättslig verkan av EKMR i svensk rätt

I RF 2 kap 3 § framkommer att lag eller annan föreskrift inte får meddelas i strid med Sveriges åligganden enligt EKMR. Med bestämmelsen avsågs att skapa en garanti för att EKMR:s regler inte skall åsidosättas genom inhemska föreskrifter. Genom RF 11 kap 14 §¹⁰⁰ kan domstolar och andra rättstillämpande myndigheter genom denna bestämmelse underlåta att tillämpa en inhemska föreskrift om den skulle anses vara oförenlig med EKMR.¹⁰¹ Om EKMR står i konflikt med annan lag och då uppenbarhetsrekvisitet i RF 11 kap 14 inte är uppfyllt skall konflikten lösas genom lagtolkning eller med hjälp av rättstillämpningsmetoder. Här kan framhållas att en allmän tolkningsprincip är s.k. fördragskonform tolkning då svenska författningar skall vara förenliga med internationella åtaganden. I fall av konflikt kan även EKMR få genomslag i rättstillämpningen på grund av att lagtillämparen kommer fram till förevarande resultat med hjälp av redan gällande principer.¹⁰² Slutligen blir det en fråga för domstolar och förvaltningsmyndigheter att avgöra hur eventuella lagkonflikter skall lösas. Det är lagstiftarens uppgift att säkerställa att nationell rätt står i överensstämmelse med EKMR.¹⁰³ Om EKMR inte efterföljs kan Europadomstolen ådöma en stat att betala skadestånd i enlighet med artikel 41 i konventionen. Högsta domstolen har sammanfattningsvis uttryckt att ”europakonventionens innehåll har i väsentliga delar skapats genom Europadomstolens praxis. Europadomstolens tolkning är dynamisk och konventionen tolkas i ljuset av den allmänna utvecklingen och rådande samhällsförhållanden.”¹⁰⁴

Bruun framhåller att det finns ett gammalt argument i svensk arbetsrätt mot grundrättigheter som bottnar i en ovilja att låta domstolarna bestämma i arbetslivsfrågor. Bruun påpekar att detta argument inte längre är hållbart i ljuset av utvecklingen rörande t.ex. inkorporering av regler som

⁹⁹ Ifråga om arbetsgivare tillhörande offentlig sektor gör inte Europadomstolen någon skillnad ifråga om när staten uppträder som det allmänna eller då staten uppträder i rollen som enskild vilket t.ex. uttrycks i Case of Schmidt and Dahlström v. Sweden p.33 genom följande citat. ”The Convention nowhere makes an express distinction between the functions of a Contracting State as holder of public power and its responsibilities as employer.” Se vidare kapitel 4.

¹⁰⁰ Grundlagsbestämmelsen stadgar: ”Finner domstol eller annat offentligt organ att en föreskrift står i strid med bestämmelse i grundlag eller annan överordnad författning eller att stadgad ordning i något väsentligt hänseende har åsidosatts vid dess tillkomst, får föreskriften icke tillämpas. Har riksdagen eller regeringen beslutat föreskriften, skall tillämpning dock underlåtas endast om felet är uppenbart.”

¹⁰¹ Prop. 1993/94:117 s 53-54.

¹⁰² Prop. 1993/94:117 s 37.

¹⁰³ Prop. 1993/94:117 s 38.

¹⁰⁴ NJA 2007 s 747, citatet är hämtat från s 749.

svenska domstolar har rätt att tillämpa. Artikel 11 EKMR¹⁰⁵ utgör ett exempel på en artikel som varit föremål för internationell rättsutveckling på arbetsrättens område.¹⁰⁶ I svensk rätt har det alltså inte funnits något civilrättsligt skydd för den negativa föreningsrätten i arbetslivet.¹⁰⁷ Den negativa föreningsfriheten, gentemot det allmänna, skyddas i RF 2:2.¹⁰⁸ Avsaknaden av lagstiftning på den privata sektorn i detta fall kan ses mot bakgrund av den svenska kollektivavtalsmodellen och uppfattningen att det endast är den positiva föreningsrätten som skyddas genom MBL i syfte att främja den kollektiva regleringen.¹⁰⁹ Europadomstolen har i sin praxis tagit ställning till huruvida artikel 11 skyddar den negativa föreningsfriheten på arbetsrättens område. Här följer ett urval av Europadomstolens och Arbetsdomstolens domar i förhållande till detta spørsmål.

Jag ställer artikel 11 och den internationella rättsutveckling artikeln genomgått i relation till artikel 8 och frågan om drog- och alkoholtester. Detta för att visa på skillnaden av EKMR:s påverkan i svensk arbetsrätt i förhållande till de båda artiklarna.

*Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom*¹¹⁰ handlade om tre arbetstagare som var anställda vid den brittiska järnvägen. Arbetsgivaren förband sig till en överenskommelse som gav denne rätt att avskeda arbetstagarna då de vägrat att ansluta sig till vissa anvisade fackföreningar. Trots artikel 11 i dess ordalydelse menade Europadomstolen att artikeln inte kan tolkas på så vis att den tillåter alla former av påtvingat medlemskap i fackföreningar. I detta fall påpekades att det var fråga om ett tvång förbundet med avsked vilket domstolen ansåg var en allvarlig form av tvång. Europadomstolen fastställde att konventionsbrott i enlighet med artikel 11 var för handen. I *Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland*¹¹¹ var frågan huruvida en taxichaufför för att få taxilicens kunde tvingas att vara medlem i en viss fackförening i enlighet med en nationell bestämmelse. Domstolen framhöll att ett sådant tvång stod i strid med de kärnvärden artikel 11 avsåg att skydda. Vidare konstaterades att EKMR är ett levande dokument och måste tolkas i ljuset av samtida förhållanden och att artikel

¹⁰⁵ Artikeln lyder: ”1. Var och en har rätt till frihet att delta i fredliga sammankomster samt till föreningsfrihet, inbegripet rätten att bilda och ansluta sig till fackföreningar för att skydda sina intressen.

2. Utövandet av dessa rättigheter får inte underkastas andra inskränkningar än sådana som är föreskrivna i lag och som i ett demokratiskt samhälle är nödvändiga med hänsyn till statens säkerhet eller den allmänna säkerheten, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter. Denna artikel hindrar inte att det för medlemmar av de väpnade styrkorna, polisen eller den statliga förvaltningen görs lagliga inskränkningar i utövandet av de nämnda rättigheterna.”

¹⁰⁶ Bruun, Niklas, 1997, s 103-104.

¹⁰⁷ Herzfeld, Olsson, Petra, 2003, s 541.

¹⁰⁸ Grundlagsbestämmelsen föreskriver: ”Varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot tvång att giva till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. Han är därjämte gentemot det allmänna skyddad mot tvång att delta i sammankomst för opinionsbildning eller i demonstration eller annan meningsyttring eller att tillhöra politisk sammanslutning, trossamfund eller annan sammanslutning för åskådning som avses i första meningen.” Enligt RF 2 kap 12 § är RF 2 kap 2 § absolut dvs. rättigheten kan inte inskränkas genom lag.

¹⁰⁹ Glavå, Mats, 2001, s 110-114.

¹¹⁰ Dom 1981.

¹¹¹ Dom 1993.

11 på så vis har kommit att omfatta en negativ föreningsrätt. *Case of Gustafsson v. Sweden*¹¹² handlade om en oorganiserad arbetsgivare som då han vägrat teckna ett hängavtal¹¹³ med berörd facklig organisation fått sin verksamhet satt i blockad av det ifrågavarande fackförbundet. Arbetsgivaren menade att hans negativa föreningsfrihet hade kränkts genom de av facket vidtagna stridsåtgärderna. Domstolen konstaterade att ”it follows that national authorities may, in certain circumstances, be obliged to intervene in the relationships between private individuals by taking reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of the negative right to freedom of association”.¹¹⁴ Utifrån omständigheterna i fallet uttalades vidare att artikel 11 inte stipulerar en rätt att inte ingå kollektivavtal. Domstolen framhöll att artikel 11 omfattade både en positiv och en negativ föreningsfrihet. Domstolen ansåg inte att det i förevarande fall förelåg konventionsbrott i förhållande till artikel 11 och framhöll betydelsen av kollektivavtalsreglering för svensk arbetsrätt.¹¹⁵ Kellerman-domen, AD 1998 nr 17¹¹⁶, handlade även den om en oorganiserad arbetsgivare som blev uppmanad av berörd facklig organisation att teckna ett kollektivavtal. Efter att förhandlingar parterna emellan hade strandat svarade fackförbundet med stridsåtgärder i form av arbetsnedläggelse och blockad. Arbetsdomstolen framhöll i målet att artikel 11 EKMR genom Europadomstolens praxis kommit att omfatta även den negativa föreningsrätten. Arbetsdomstolen fann dock inte att något rättsligt hinder var för handen ifråga om stridsåtgärderna i detta fall och hänvisade till *Case of Gustafsson v. Sweden*. Vidare har Arbetsdomstolen haft att ta ställning till huruvida artikel 11 påverkar möjligheten att utkräva s.k. granskningsarvodet.¹¹⁷ Ett sådant fall är AD 2001 nr 20 vari domstolen uttalar att det skydd som finns för den negativa föreningsrätten i nationell rätt uteslutande grundas på EKMR. I målet slog Arbetsdomstolen fast att löneavdragen för de ifrågavarande granskningsarvodena inte var att jämföras med facklig tvångsanslutning och ansågs inte heller utgöra påverkan på de oorganiserade arbetstagarna. Målet togs sedermera upp av Europadomstolen i *Case of Evaldsson and Others v.*

¹¹² Dom 1996.

¹¹³ Genom ett hängavtal blir MBL:s regler om förhandling och information tillämpliga utan att arbetsgivaren inträder ett kollektivavtal och i en arbetsgivarorganisation.

¹¹⁴ *Gustafsson v. Sweden*, p 45.3.

¹¹⁵ Arbetsgivaren ansökte sedermera om resning till Europadomstolen, *Case of Gustafsson v. Sweden* dom 30 juli 1998, och hänvisade bl.a. till omständigheten att regeringen hade lämnat missvisande eller felaktiga uppgifter rörande de arbetsvillkor som arbetsgivaren hade tillämpat i sin verksamhet. Domstolen ansåg inte att det förelåg någon grund för omprövning.

¹¹⁶ Arbetsgivaren överklagade till Europadomstolen, *Case of AB Kurt Kellerman v. Sweden*. Ansökan kom endast att gälla artikel 6 då arbetsgivaren anförde att rättegången i Sverige inte hade varit objektiv beroende på Arbetsdomstolens sammansättning av partiska intresseledamöter. Artikel 6 stadgar rätt till en rättvis rättegång. Europadomstolen framhöll att liknande system med intresseledamöter förekom i andra länder och att det inte kunde anses riktigt att utgå från att ledamöternas åsikter i detta fall kunde anses påverkas av deras organisationstillhörighet.

¹¹⁷ En avgift som i normalfallet fastställs i kollektivavtal och som ålägger arbetstagare att betala till den lokala avtalsbärande fackföreningen för visst utfört arbete. Det blir fråga om ett löneavdrag som även sker för arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalsbärande organisationen.

Sweden.¹¹⁸ De klagande anförde även i denna instans att bl.a. deras negativa föreningsfrihet hade kränkts enligt artikel 11.¹¹⁹ Då domstolen fann att granskningsarvodena stod i strid med egendomsskyddet¹²⁰ gjordes ingen prövning i detta fall mot artikel 11. Sverige ansågs ha brutit mot den positiva skyldigheten att skydda de klagandes intressen i detta fall. En svensk ledamot av Europadomstolen var dock skiljaktig och anförde att artikel 11 istället skulle tillämpas. Detta på grund av ledamotens uppfattning att arbetstagarna hade fog för sina misstankar att avgifterna kunde ha använts till allmänna aktiviteter som inte arbetstagarna avsåg att stödja. Detta då avgifterna inte hade specificerats av fackförbundet. Vidare ansåg ledamoten, med tanke på avgifternas ringa summor, att artikel 11 skulle utgjort en mer tillfredsställande rättstillämpning.

Då Sverige har inkorporerat EKMR som lag har, enligt min uppfattning, skyddet för den negativa föreningsfriheten stärkts i svensk arbetsrätt sett mot bakgrund av Europadomstolens praxis och den svenska arbetsrättsmodellen. Detta genom att Europadomstolen uttryckligen angivit att artikel 11, trots sin ordalydelse som endast stipulerar ett skydd för den positiva föreningsfriheten, även omfattar en negativ föreningsfrihet.¹²¹ Det bör dock framhållas att den positiva föreningsfriheten, mot bakgrund av ordalydelsen av artikel 11, torde ge ett starkare skydd. Arbetsdomstolen uttalar i AD 2001 nr 20 att den negativa föreningsfriheten i svensk arbetsrätt endast skyddas av artikel 11. Detta gör att frågan om den negativa föreningsfriheten i svensk arbetsrätt är föremål för direkt påverkan av den praxis som har utvecklats rörande artikel 11. Detta kan jämföras med att det i förhållande till artikel 8 och drog- och alkoholtester saknas domar som utgör direkt påverkan på nationell rätt.¹²²

3.2 Ett urval av procedurregler

Enligt art 34 EKMR tillkommer klagorätt en person, en privat organisation eller en grupp av individer. Myndigheter och andra offentliga organ har inte möjlighet att klaga inför Europadomstolen. För klagorätt krävs vidare att den som klagar skall vara utsatt för en kränkning i förhållande till EKMR, den som klagar skall i konventionens mening vara offer ("victim"). Det skall finnas, grundat på hur klagomålet är framställt, ett sådant förhållande

¹¹⁸ Dom 2007.

¹¹⁹ Även artikel 9, 10 och 14 åberopades i målet. Rätt till tankefrihet, samvetsfrihet och religionsfrihet, yttrandefrihet och förbud mot diskriminering.

¹²⁰ Artikel 1 tilläggsprotokoll 1: "Envar fysisk eller juridisk persons rätt till sin egendom skall lämnas okränkta. Ingen må berövas sin egendom annat än i det allmännas intresse och under de förutsättningar som angivits i lag och av folkrättens allmänna grundsatser. Ovanstående bestämmelser inskränka likväl icke en stats rätt att genomföra sådan lagstiftning som staten finner erforderlig för att reglera nyttjandet av viss egendom i överensstämmelse med det allmännas intresse eller för att säkerställa betalning av skatter och andra pålagor eller av böter och viten."

¹²¹ Härutöver vill jag hänvisa till Europadomstolens resonemang kring att artikel 11 kan ha betydelse för relationen mellan enskilda, vilket jag anser än mer förstärker artikelns betydelse för svensk arbetsrätt.

¹²² Se vidare 3.2, 3.4 och 3.5.

mellan klaganden och det påstådda konventionsbrottet att den klagande på rimliga grunder kan påstå sig ha blivit drabbad av detta. Det är inte självklart hur betydelsen av ”offer” skall tolkas. Europadomstolen har som första uppgift att pröva om ett mål skall avvisas (förklaras ”inadmissible”) eller om det efter inhämtande av yttrande från den anklagades regering skall tas upp till sakbehandling (förklaras ”admissible”). För att Europadomstolen överhuvud skall ta upp ett ärende till prövning skall alla inhemska rättsmedel vara uttömda, artikel 35:1 EKMR.¹²³ Artikel 35:2 föreskriver att domstolen inte får ta upp ett enskilt klagomål enligt artikel 34 som är anonymt eller ”väsentligen innefattar samma omständigheter som redan prövats av domstolen eller redan hänskjutits till annan internationell undersökning eller reglering i annan form och som inte innehåller nya relevanta upplysningar”. Artikel 35:3 EMKR stadgar; ”domstolen skall avvisa varje enskilt klagomål enligt artikel 34, som domstolen anser vara oförenligt med bestämmelserna i denna konvention och i protokollen till denna, eller uppenbart ogrundat eller utgöra ett missbruk av rätten att klaga. Vidare stipuleras i artikel 35:4 ”domstolen skall avvisa varje klagomål som den inte anser sig behörig att pröva enligt denna artikel. Den får göra detta på vilket stadium som helst av förfarandet.”

Artikel 35:3 förutsätter att Europadomstolen gör en viss, summarisk sakprövning. Detta gäller endast enskilda klagomål. Artikel 80 möjliggör resning när en ny faktisk omständighet har framkommit som skulle kunna vara av avgörande betydelse för utgången i målet. Omständigheten skall ha varit okänd för domstolen när dom meddelades och den skall heller inte rimligen varit känd för berörd part.¹²⁴

3.3 EKMR:s tillämplighet mellan enskilda

När det gäller internationell rätt är utgångspunkten att individer inte kan hållas ansvariga för internationella åtaganden då det är staten som åtar sig en internationell förpliktelse. Ifråga om mänskliga rättigheter är dock staten även ansvarig i förhållande till individer. Det har diskuterats huruvida en stat kan ställas till svars för att enskilda och andra icke-statliga aktörer kränker andra enskildas mänskliga rättigheter och om så är fallet hur långt denna skyldighet sträcker sig. I detta fall handlar det om mänskliga rättigheters horisontella effekt s.k. Drittwirkung. I förhållande till internationell rätt handlar denna fråga främst om i vilken omfattning staten är ansvarig för relationerna mellan enskilda. En grundförutsättning för att en rättighet skall kunna beröra relationen mellan enskilda är att positiva skyldigheter slås fast för att på detta sätt fastställa att staten har ett ansvar för att säkerställa funktionen för ett visst område.¹²⁵ Europadomstolen har fastslagit staters positiva skyldigheter gällande en rad artiklar för att säkerställa att mänskliga rättigheter är praktiska och effektiva i dess

¹²³ Danelius, Hans, 2007, s 17-32.

¹²⁴ Danelius, Hans, 2007, s 17-32.

¹²⁵ Herzfeld, Olsson, Petra, 2003, s 110-111.

tillämpning.¹²⁶ Europadomstolen har givit vissa artiklar i EKMR ytterligare en dimension genom att uttala att dessa kan ha betydelse för relationen mellan enskilda. Som exempel på sådana artiklar anger Herzfeld, Olsson i förhållande till artikel 11 t.ex. *Case of Young, James and Webster v. The United Kingdom* och *Case of Gustafsson v. Sweden* och i förhållande till artikel 8 ges *Case of X and Y v. The Netherlands*.¹²⁷ I förhållande till artikel 8 kan i denna betydelse även *Case of Von Hannover v. Germany*¹²⁸ nämnas. Denna betydelse av Drittwirkung handlar alltså om hur långt statens skyldigheter att vidtaga positiva skyldigheter sträcker sig för att skydda medborgarnas mänskliga rättigheter. Europadomstolen avvisar klagomål, direkt riktade mot enskilda, med hänvisning till *ratione personae* vilket följer av artiklarna 19, 32, 33, 34 samt Europadomstolens praxis.¹²⁹ På internationell nivå är det alltså uteslutet att EKMR direkt kan tillämpas mellan enskilda. Sveriges arbetstagare inom den privata sektorn kan på detta sätt inte framföra klagomål mot en privat arbetsgivare ifråga om efterlevnaden av EKMR. Det är dock möjligt att en arbetstagare på den privata sektorn i förevarande fall riktar sitt klagomål mot staten inför Europadomstolen.¹³⁰

I nationell rätt kan frågan om Drittwirkung utvidgas till att även gälla i vilken utsträckning enskilda kan göras ansvariga för kränkningar av konstitutionella rättigheter eller av internationella mänskliga rättigheter som blivit en del av den nationella rätten.¹³¹ Begreppet Drittwirkung kan ursprungligen härledas från ett avgörande från den tyska författningsdomstolen den 15 januari 1958.¹³² I doktrin som utbildats gällande detta begrepp görs en skillnad mellan indirekt och direkt Drittwirkung. Med indirekt Drittwirkung skall förstås att de värderingar och principer som omringgärdar konstitutionella grundläggande rättigheter beaktas av domstolar när de dömer i civilrättsliga tvister. Direkt Drittwirkung innebär att mänskliga rättigheter kan tillämpas direkt mellan enskilda i nationella domstolar.¹³³ Vidare kan direkt Drittwirkung ges innebörden att enskilda har en möjlighet att framtinga bestämmelser ifråga om mänskliga rättigheter gentemot andra enskilda. De som förespråkar denna innebörd menar att Drittwirkung endast är gällande om en enskild i sitt rättsliga förhållande med andra enskilda har möjlighet att framtinga efterlevnaden av bestämmelserna genom någon form av process. I svensk rätt är regeringsformens fri- och rättigheter endast tillämpliga i förhållandet mellan det enskilda och det allmänna. Denna konstruktion kan jämföras med de länder som har erkänt konstitutionella rättigheter Drittwirkung på sätt att de kan åberopas direkt mellan enskilda.¹³⁴ I Tyskland är förhållandet så att

¹²⁶ Mowbray, Alastair, 2004, s 221.

¹²⁷ Herzfeld, Olsson, 2003, s 112 not 156 och 158. *Case of X and Y v. The Netherlands* refereras i 3.4.

¹²⁸ Refereras i 3.4.

¹²⁹ Van Dijk, Pieter m.fl., 2006, s 29.

¹³⁰ Westregård, Annamaria J, 2002, s 290.

¹³¹ Herzfeld, Olsson, Petra, 2003, s 110-112.

¹³² Cameron, Iain, 2006, s 45 not 34 se även

<http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v580115.htm> för engelsk översättning.

¹³³ Clapham, Andrew, 2006, s 521.

¹³⁴ Cameron, Iain, 2006, s 45.

privata arbetsgivare skall respektera den enskildes grundläggande rättigheter enligt konstitutionen.¹³⁵ Nergelius menar att den tyska rätten endast erkänt en indirekt Drittwirkung dvs. den tyska grundlagens rättighetsregler kan, sett utifrån rättspraxis, influera domstolar i rättstillämpningen ifråga om andra rättsområden.¹³⁶ Det är möjligt att EKMR, som en del av svensk rätt, görs tillämplig i förhållandet mellan enskilda inför svensk domstol dvs. ges direkt Drittwirkung.¹³⁷ I SOU 2009:44 uttrycks att Arbetsdomstolen har tillerkänt EKMR tillämplighet mellan enskilda.¹³⁸ Källström framhåller att domstolen i Kellerman-domen, AD 1998 nr 17, konstaterar att avsikten med inkorporeringen av EKMR i svensk rätt måste ha varit att konventionens bestämmelser även skulle kunna åberopas i förhållandet mellan enskilda.¹³⁹ I domen kan läsas ”enligt arbetsdomstolens mening följer det också av inkorporeringen av konventionen att sådana artiklar i konventionen som kan vara av betydelse i förhållandet mellan enskilda också skall kunna tillämpas i tvister mellan dem (jfr SOU 1993:40 Del B s.107).” Sigeman är av uppfattningen att det i Kellerman-domen kan utläsas att den negativa föreningsrätten kan åberopas i tvister mellan enskilda parter på den svenska arbetsmarknaden.¹⁴⁰ Vidare menar Källström att mot bakgrund av Oskarshamnsmålet AD 1998 nr 97, där frågan var huruvida en arbetsgivare vid ett kärnkraftverk med stöd av arbetsledningsrätten kunde genomföra drog- och alkoholtester, kan fastställas att artikel 8 i EKMR kan tillämpas i förhållandet mellan enskilda i svensk rätt.¹⁴¹ Westregård är av uppfattningen att både Kellerman-domen och Oskarshamnsmålet utgör banbrytande mål i förhållande till EKMR:s tillämpning mellan enskilda, detta då artikel 11 respektive artikel 8 bedömdes vara tillämpliga i målen. Dock menar Westregård att det är oklart om Arbetsdomstolen i praktiken verkligen tillämpat artikel 8 mellan enskilda eller om endast statens positiva skyldighet att vidta åtgärder har framhållits.¹⁴² Vidare anför Westregård att om artikel 8 EKMR överhuvud kan tillerkännas Drittwirkung så borde det bl.a. vara i anställningsförhållanden. Detta med hänsyn tagen till arbetstagarens och arbetsgivarens ojämna styrkeförhållande t.ex. med tanke på arbetsgivarens införande av medicinska kontroller. På detta sätt kan arbetsgivarens makt och möjlighet liknas vid statens möjlighet att agera på motsvarande vis.¹⁴³ Källström är av uppfattningen att EKMR som utgångspunkt borde ha en begränsad betydelse i anställningsförhållandet eftersom det vilar på avtalsrättslig grund. Dock framhåller Källström i förhållande till artikel 8 att Europadomstolen ”synes utgå ifrån att staten har ett visst ansvar för att rättsreglerna mellan enskilda grundas på respekt för den privata sfären och avsaknad av sådant skydd kan konventionen tillämpas även i förhållandet mellan enskilda.” Källström menar att det

¹³⁵ Johansson (senare Westregård), Annamaria, 1998.

¹³⁶ Nergelius, Joakim, 1996, s 261-262.

¹³⁷ Johansson (senare Westregård), Annamaria, 1998.

¹³⁸ SOU 2009:44 s 303 här hänvisas till Källström; Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet (2000).

¹³⁹ Källström, Kent, 2000, s 90.

¹⁴⁰ Sigeman, Tore, 1998, s 21.

¹⁴¹ Källström, Kent, 1998/99 s 384.

¹⁴² Westregård, Annamaria J, 2002, s 298-300.

¹⁴³ Westregård, Annamaria J, 2002, s 293.

endast torde vara grövre kränkningar enskilda emellan som Europadomstolen skulle ingripa mot.¹⁴⁴ Detta resonemang är att återknyta till Herzfeld- Olssons ifråga om en ytterligare dimension gällande statens ansvar för att säkerställa positiva skyldigheter inför sina medborgare. När det gäller svensk rätt synes det vara svårt att skilja frågan om nationell och internationell Drittwirkung åt. Detta då RF inte ger ett direkt nationellt skydd ifråga om fri- och rättigheter i civilrättsliga spörsmål medan EKMR kan ge ett sådant skydd mellan enskilda utifrån de fri- och rättigheter som i konventionen stipuleras. Europadomstolen har alltså även konstaterat att EKMR kan ha betydelse mellan enskilda. Jag avser inte att utreda den egentliga betydelsen av detta. Jag är dock av uppfattningen att artikel 11 tillämpades mellan enskilda i svensk rätt i Kellerman-domen och att en förutsättning för denna tillämpning är att Europadomstolen genom sin praxis har fastslagit den negativa föreningsfriheten. På detta sätt har statens positiva skyldigheter fastslagits för detta område och då Sverige saknar skydd för detta område gällande civilrättsliga spörsmål i förening med att EKMR har lagstatus ser jag direkt Drittwirkung vara för handen.

NJA 2007 s 747 rörde frågan huruvida ett försäkringsbolag kunde anses skyldig att betala ut skadestånd till en försäkringstagare som påstod sig vara föremål för spaning från bolagets sida efter att försäkringstagaren anmält ett försäkringsfall. Målet gällde således två enskilda och försäkringstagaren åberopade artikel 8 och 13¹⁴⁵ till stöd för sin talan. HD uttalar sig härvid enligt följande. ”Ändamålet med Europakonventionen, det vill säga att garantera individers grundläggande fri- och rättigheter, är sådant att det med styrka talar för att konventionen borde kunna åberopas fristående även i tvister mellan enskilda rättssubjekt inför en nationell domstol. Det kan framstå som svårbegripligt om individer skulle ha ett bättre skydd mot kränkningar av staten än mot andra enskilda rättssubjekt.”¹⁴⁶ HD anförde även att förutsebarhet är ett viktigt rättstatligt värde. För enskilda rättssubjekt är det därför sannolikt förenat med svårigheter att förutse vilka krav EKMR ställer, i detta fall enligt artikel 8. Detta även mot bakgrund av att EKMR i stort utvecklas genom Europadomstolens praxis. HD fastställde att skadestånd, i en talan som riktas mot ett enskilt rättssubjekt, inte kan utdömas direkt på grund av brott mot artikel 8 EKMR utan stöd i svensk lag eller praxis. HD framhöll att det inte allra minst skulle te sig överraskande för en enskild att bli skadeståndsskyldig i förhållande till att det i EKMR inte direkt framgår att en sådan skyldighet kan åläggas en enskild samt att inte heller Europadomstolens praxis talar härför. Vidare konstaterade HD att Europadomstolen ”förklarat att den inte anser det önskvärt, eller nödvändigt, att utveckla en allmän teori om hur långt konventionens garantier bör utsträckas när det gäller förhållandet mellan enskilda (VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland, no. 24699/94, ECHR 2001-VI).”¹⁴⁷

¹⁴⁴ Källström, Kent, 2000, 89.

¹⁴⁵ Artikeln föreskriver: ”Var och en, vars i denna konvention angivna fri- och rättigheter kränkts, skall ha tillgång till ett effektivt rättsmedel inför nationell myndighet och detta även om kränkningen förövats av någon under utövning av offentlig myndighet.”

¹⁴⁶ NJA 2007 s 747, s 749.

¹⁴⁷ NJA 2007 s 747, s 751.

Rättsfallet torde innebära att HD är av uppfattningen att artikel 8 inte tillerkänns *Drittwirkung* ifråga om nationell rätt, i vart fall i betydelsen av att enskilda genom rättsligt förfarande gentemot andra enskilda inte kan framtvunga efterlevnaden av artikel 8 processuellt. Motsvarande gäller sannolikt ifråga om en fastställsetalan eller en annan typ av fullgörelsetalan grundad på EKMR i nationell rätt. Detta då varken EKMR eller Europadomstolens praxis uttryckligen föreskriver att enskilda gentemot andra enskilda processuellt kan framtvunga en sådan efterlevnad.

3.4 Artikel 8 EKMR – allmän beskrivning

Artikel 8 EKMR stipulerar; ”1. Var och en har rätt till respekt för privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.

2. Offentlig myndighet får inte inskränka åtnjutande av denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till statens säkerhet, den allmänna säkerheten, landets ekonomiska välbefinnande eller till förebyggande av oordning eller brott eller till skydd för hälsa eller moral eller för andra personers fri- och rättigheter.”

RF 2 kap 6 § och regleringen av kroppsligt ingrepp uppställer ett krav på tvångsmässighet vilket inte artikel 8 EKMR föreskriver utan i detta fall skall den privata sfären respekteras oberoende av sammanhang.¹⁴⁸ Artikel 8 har en förhållandevis vag utformning vilket medför att olika typer av kränkningar av varierande slag kan tänkas falla inom artikelns tillämpningsområde.¹⁴⁹ De flesta klagomål till Europadomstolen ifråga om obligatoriska medicinska eller psykologiska undersökningar grundas på artikel 3, 5 och 6.¹⁵⁰ Dessa artiklar rör förbud mot tortyr, rätt till frihet och säkerhet och rätt till en rättvis rättegång. Generellt sett är det svårt att i fall av mindre allvarliga kränkningar finna att ett konventionsbrott pga. artikel 8 vara för handen.¹⁵¹ Begreppet privatliv (”private life”) är ett vitt begrepp som inte kan ges en uttömmande definition.¹⁵² Begreppet omfattar moralisk¹⁵³ och fysisk integritet.¹⁵⁴ Europakommissionen har uttalat att medicinska ingrepp, även av mindre betydelse, måste anses stå i strid med artikel 8.¹⁵⁵ I *Case of X and Y v. The Netherlands*¹⁵⁶ konstaterade Europadomstolen att det föreligger en skyldighet för stater att avhålla sig från att intervensera i det området artikel 8 skyddar. Härvid föreligger även en positiv förpliktelse om vilken domstolen uttalar att ”these obligations may involve the adoption of measures designed to secure respect for private life even in the sphere of the relations of individuals between

¹⁴⁸ Källström, Kent, 2000, s 89.

¹⁴⁹ SOU 2005:89 s 52.

¹⁵⁰ Van Dijk, Pieter m.fl., 2006, s 675.

¹⁵¹ Danelius, Hans, 2007, s 306.

¹⁵² *Pretty v. the United Kingdom*, 2002, s 34.

¹⁵³ *Pretty v. the United Kingdom* översatt såsom ”psychological integrity” s 34.

¹⁵⁴ *X and Y v. the Netherlands*, 1985, s 7.

¹⁵⁵ *X v. Austria*, 1979, s 156.

¹⁵⁶ Dom 1985.

themselves”.¹⁵⁷ Detta fall handlade om en förståndshandikappad flicka som blivit sexuellt utnyttjad. På grund av nationell lag kunde ingen annan person anmäla brottet i flickans ställe då hon själv inte hade förmågan att göra detta. Europadomstolen fann att ett brott mot artikel 8 förelåg då staten inte tillhandahöll ett rättsligt skydd i detta fall. Även i *Case of Von Hannover v. Germany* uttrycker domstolen staters skyldighet att säkerställa rätten till privatliv även i relationen mellan enskilda. Fallet handlade om Prinsessan av Monacos utsatthet ifråga om bilder som tagits på henne av paparazzifotografer i hennes privatliv och som publicerats i tyska tidningar. Den tyska rätten gav skydd för privatlivet då prinsessan vistades på avskilda platser. Europadomstolen bedömde att det skett ett ingrepp i klagandes rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR genom hänvisning till att det inte fanns något allmänt intresse att ta del av prinsessans privatliv även om hon inte alltid befann sig på platser som kunde anses vara avskilda. Artikel 8 EKMR ålägger alltså staten, förutom en negativ skyldighet att avhålla sig från ingrepp, en positiv skyldighet i syfte att skydda den enskildes privata sfär, detta kan ske genom t.ex. lagstiftning. En stat kan bedömas bryta mot artikel 8 genom att acceptera en viss situation eller genom att inte se till att det finns ett tillräckligt rättsligt skydd. På så sätt kan en stat ställas till ansvar för sin underlåtenhet att handla även om ett visst faktiskt handlande som utgjort konventionsbrott har utförts av en enskild person.¹⁵⁸ Undantaget i 8:2 är tillämpligt när ett ingrepp är lagligt, är ägnat att tillgodose de i artikeln uppräknade allmänna eller enskilda intressena, härutöver måste ingreppet vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Inskränkningen måste stå i rimlig proportion till det syfte som skall uppnås genom inskränkningen av artikeln (proportionalitetsprincipen). I detta fall har varje konventionsstat en viss frihet (”margin of appreciation”) att bedöma om en inskränkning är att anse som nödvändig. Dock förbehåller sig Europadomstolen rätten att övervaka om friheten utnyttjas på ett befogat sätt.¹⁵⁹ Enligt Europadomstolens rättspraxis innebär begreppet med nödvändighet i detta sammanhang att ett visst intrång skall motsvara ett visst trängande socialt behov. I förhållande till vad som anses vara ”nödvändigt i ett demokratiskt samhälle” kommer utrymmet för bedömningen av de nationella myndigheterna variera beroende på vilken typ av frågor och vilka intressen som härvid står på spel.¹⁶⁰ I förhållande till 8:2 och att en inskränkning endast får göras med stöd av lag framhåller domstolen att EKMR kräver att åtgärden ifråga bör ha någon grund i nationell rätt, att den ifrågavarande lagen bör vara tillgänglig för personer som berörs av denna samt att rättsstatsprincipen är uppfylld dvs. att följderna av bestämmelsen skall vara förutsägbara.¹⁶¹ Domstolen uttalar följande om vilka krav som ställs på den inhemska lagstiftningen. ”The Court reiterates that the level of precision required of domestic legislation - which cannot in any case provide for every eventuality - depends to a

¹⁵⁷ X and Y v. The Netherlands, p. 23, motsvarande formulering återfinns i Von Hannover v. Germany p. 57.

¹⁵⁸ Danelius, Hans, 2007, s 302.

¹⁵⁹ Danelius, Hans, 2007, s 302-306.

¹⁶⁰ Pretty v. the United Kingdom, 2002, s 36.

¹⁶¹ Camenzind v. Switzerland, 1997, s 10.

considerable degree on the content of the instrument in question, the field it is designed to cover and the number and status of those to whom it is addressed. It is moreover primarily for the national authorities to interpret and apply domestic law.”¹⁶²

Här följer ett urval av domar från Europadomstolen där brott mot artikel 8 bedömts vara för handen i arbetsrättsliga spörsmål. Jag vill härigenom visa på när integritetskänsliga åtgärder i arbetslivet varit föremål för tillämpning av Europadomstolen. *Case of Niemietz v. Germany*¹⁶³ handlade om en advokat som fått sitt kontor genomsökt på grund av ett beslut fattat av en domstol gällande misstankar om brottsligt förfarande. Den genomförda sökningen ansågs innefatta ett oproportionerligt intrång för advokaten i förhållande till dokument som var att hänföra till omfattningen av dennes yrkesmässiga sekretess. Europadomstolen menade att det förelåg ett brott mot artikel 8 och anförde att det inte fanns några principiella skäl att exkludera yrkes- eller affärsmässig verksamhet i förhållande till begreppet ”private life”. Vidare menade domstolen att det inte alltid är möjligt att göra en klar distinktion mellan en verksamhet som tillhör en persons arbetsliv och sådan som inte gör det. *Case of Halford v. the United Kingdom*¹⁶⁴ handlade om en anställd inom polisväsendet som fått sin kontorstelefon avlyssnad. Domstolen konstaterade att det utifrån praxis står klart att telefonsamtal både från arbetsplatsen och hemmet kan omfattas av ”private life” och ”correspondence” i den mening som artikel 8 avser. Domstolen framhåller att det i förevarande fall inte fanns några bevis för att arbetstagaren i detta fall, som användare av telefonsystemet, hade blivit förvarnad att samtal härvid kunde avlyssnas. Domstolen menade att arbetstagaren i detta fall rimligen kunde förvänta sig att samtalen skulle omfatta skydd för privatlivet. Domstolen fastställde att det förelåg brott mot artikel 8 gällande de avlyssnade telefonsamtalen från arbetstagarens arbetsplats. *Case of Copland v. the United Kingdom*¹⁶⁵ handlade om en arbetstagare anställd vid en skola som övervakats av sin arbetsgivare genom att information sparats ifråga om dennes användning av telefon, e-mail och internetanvändning på arbetsplatsen. Domstolen fastställde att e-mail skickade från arbetsplatsen samt information från personlig internetanvändning föll under artikel 8 och ”private life” och ”correspondence”. Domstolen underströk i detta fall att arbetstagaren inte hade blivit varnad ifråga om att arbetsgivaren övervakade denne gällande ifrågavarande kommunikationsmedier vilket gjorde att arbetstagaren rimligen kunde förvänta sig skydd för sitt privatliv jmf. *Case of Halford v. the United Kingdom*. Domstolen konstaterade att det i Storbritannien inte fanns någon lag som reglerade övervakning vid den för fallet relevanta tidpunkten ifråga om övervakningen av arbetstagaren. Domstolen fastställde att det i enlighet med det ovan anförda förelåg brott mot artikel 8.

¹⁶² Vogt v. Germany, 1995, p. 48.

¹⁶³ Dom 1992.

¹⁶⁴ Dom 1997.

¹⁶⁵ Dom 2007.

3.5 Artikel 8 EKMR – särskilt om drog- och alkoholtester

I svensk arbetsrätt har främst artikel 8 aktualiserats i samband med frågan om drog- och alkoholtester. Europadomstolen har uttalat sig ifråga om två ansökningar gällande drog- och alkoholtester, båda förklarades vara ”inadmissible” med hänvisning till artikel 35:3 och 4. Den första ansökan Europadomstolen tog upp var *Madsen against Denmark*.¹⁶⁶ Den sökande i detta klagomål var anställd, i huvudsak, som passagerar-assistent vid ett danskt rederi. En fackförening hade, innan målet nådde Europadomstolen, gjort gällande inför nationell domstol att de ifrågavarande alkohol- och drogtesterna stred mot artikel 8 EKMR. Den danska domstolen ansåg inte att testerna hade utgjort ett intrång i arbetstagarnas privatliv.

Rederiet hade ensidigt upprättat en personalpolicy ifråga om alkohol och droger vilken nedtecknades i ett internt reglemente. Till stöd för genomförandet fanns varken lag eller kollektivavtal. Det fastställdes en tillåten mängd om 0,2 promille alkohol i blodet när arbetstagarna var i tjänst och en mängd om 0,4 promille alkohol i blodet när arbetstagarna var friställda men ändå ombord på fartyget. När de anställda var ombord var det överhuvud inte tillåtet att använda narkotika eller därmed jämställda preparat. Det var heller inte tillåtet att ha några spår av sådana preparat i kroppen vilket skulle kontrolleras genom urintestning. Formen för alkoholtestning var utandningsprov. Arbetstagarna hade att förvänta sig att genomgå alkohol- och drogtest utan förvarning åtminstone en gång om året. En kopia av policyn skickades ut till arbetstagarna och dessa uppmanades att skriva under denna för att visa på att de hade läst och förstått innebörden av den kommande åtgärden. Den sökande uppmanades sedermera att lämna ett urinprov bakom en skärm i ett visst rum, resultatet visade inte på någon droganvändning.

Europadomstolen redovisade en genomgång av dansk arbetsrätt allt sedan septemberavtalet från 1899 då arbetsgivarens rätt att övervaka och kontrollera arbetet erkändes. Utmärkande för dansk rätt är att förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare främst styrs av en kombination av avtal (kollektivavtal och individuella avtal), arbetsrättsliga principer, allmänna stadgar och regler som fastställs i enlighet med stadgarna. Enligt den ”danska modellen” blir därför omfattningen av arbetsgivarens ledningsrätt och dennes rätt att utföra kontroller beroende av arbetsrättens principer i den mån det inte finns några avtal, stadgar eller regler för området. Kontrollåtgärder har varit en fråga för rättspraxis och vissa riktlinjer har framtecknats. Mot bakgrund av den ”danska modellen” menade domstolen att kravet för 8:2 är uppfyllt med hänsyn tagen till att 8:1 inte får inskränkas utan stöd av lag. Europadomstolen konstaterade att åtgärden hade beslutats med stöd av arbetsledningsrätten och att denna med hänsyn tagen till kontrollåtgärder kan vara begränsad. Då arbetstagarna i förväg blivit informerade om åtgärden samt att åtgärden omfattat alla arbetstagare

¹⁶⁶ Ansökan från 2002.

ombord gjorde detta att domstolen fann att det interna reglementet stod i överensstämmelse med lag. Vidare framhöll domstolen att det är allmänt känt att droger och alkohol påverkar personers hälsa menligt. Då alla i den aktuella besättningen och anställda av företaget var en del av säkerhetsarbetet ombord, även på sin fritid på fartyget, menade domstolen att det var en nödvändighet att arbetstagarna ifall av katastrof eller liknande var kapabla att agera i enlighet med instruktioner. På detta sätt stod inte rederiets införande av alkohol- och drogtester i strid med EKMR. Domstolen tog hänsyn till den allmänna säkerheten, skyddet för andra personers fri- och rättigheter (både passagerare och anställdas) när den bedömde testerna mot bakgrund av artikel 8 EKMR. Domstolen uttalade att åtgärden inte var oproportionerlig mot bakgrund av det förda resonemanget och åtgärden var att anse som ”nödvändig i ett demokratiskt samhälle”.

Den andra ansökan rörande drog- och alkoholtester är *Wretlund against Sweden*.¹⁶⁷ En arbetstagare, anställd som lokalvårdare, vid kärnkraftverket i Oskarshamn ansökte om att få sitt mål prövat av Europadomstolen sedan det tagits upp av AD.¹⁶⁸ Arbetstagaren menade att dennes skyldighet att genomgå drogtest stred mot artikel 8 EKMR. Med hänsyn tagen till 8:2 EKMR framhöll domstolen att även om skyldigheten för en arbetstagare att genomgå drogtester inte är lagreglerad har Sverige en arbetsrättsmodell som i stort vilar på statlig non-intervention samt erkänner arbetsledningsrätten som en allmän rättsprincip. Härutöver finns praxis från Arbetsdomstolen som visar på att arbetsgivarens kontrollåtgärder kan innebära förekomsten av drog- och alkoholtest. Domstolen framhöll i enlighet med Arbetsdomstolens dom i målet att drogtesterna förekom inom arbetsgivarens verksamhet och rätten att beordra arbetstagare att genomgå dessa kunde ses som en del av arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet enligt det centrala kollektivavtalet. På detta sätt fann Europadomstolen åtgärden i detta fall vara tillräckligt grundad i svensk lagstiftning och därför förenlig med EKMR 8:2. Åtgärden tillgodosåg den allmänna säkerheten och skyddet för andras fri- och rättigheter, särskilt i förhållande till andra arbetstagare. Domstolen undersökte härvid om åtgärden kunde anses vara nödvändig i ett demokratiskt samhälle och framhöll betydelsen av ”margin of appreciation”. Vidare konstaterades att vid ett kärnkraftverk krävs en hög säkerhet och i detta möjliggör kontrollåtgärder i förhållande till arbetstagare vid en sådan arbetsplats. Användandet av droger bland arbetstagare i detta fall menade domstolen kunde äventyra säkerheten. Domstolen uttalade att en skyldighet att underkasta sig drogtester kan vara obekvämt för enskilda arbetstagare och verka besvärande för arbetstagarens integritet. Dock påpekades att testerna hade utförts enskilt och att resultaten använts i syfte att upptäcka de anställdas eventuella konsumtion av alkohol och droger samt att endast personer som var involverade i programmet för drogpolicyn

¹⁶⁷ Ansökan från 2004.

¹⁶⁸ AD 1998 nr 97. Målet handlade om huruvida en arbetsgivares beslut att införa drog- och alkoholtester stod i överensstämmelse med arbetsledningsrätten. Domstolen gjorde en distinktion i förevarande mål ifråga om arbetsgivarens rätt att använda drog- respektive alkoholtest. Arbetstagaren bedömdes inte vara skyldig till medverkan av alkoholtest, dock ansågs denna skyldighet föreligga gällande narkotikatest mot bakgrund av omständigheterna i målet. Se vidare kapitel 5.

fick ta del av testerna. I sökandens fall var, i enlighet med Arbetsdomstolens dom, testerna endast begränsade till att utvärdera förekomsten av cannabis. Testerna hade även utförts på alla arbetstagare och var inte avsedda att skilja ut någon. Domstolen underströk Arbetsdomstolens resonemang, att det inte var någon god praktisk lösning att endast testa vissa kategorier av arbetstagare. Härutöver att arbetstagare kan flyttas för tjänstgöring inom olika säkerhetsklassade områden varför det var viktigt att alla arbetstagare skulle genomgå testerna. Domstolen fann att kontrollåtgärden i detta fall var proportionerlig och åtgärden ansågs nödvändig i ett demokratiskt samhälle.

När det gäller svensk rätt och Arbetsdomstolens prövningar av tillåtligheten av drog- och alkoholtester har domstolen i AD 1998 nr 97, 2001 nr 3 och 2009 nr 36 konstaterat att drogtestning inte generellt anses stå i strid med artikel 8.1 EKMR. Dock konstateras att drogtestning under särskilda omständigheter kan stå i strid med konventionen och på så sätt även svensk lag. För denna fråga är av betydelse under vilka omständigheter testningen sker. I AD 1998 nr 97 uttalas att omständigheter av betydelse för denna bedömning är t.ex. arbetsgivarens intresse av att använda sig av drogtestning, graden av ingrepp i den enskildes integritet i det enskilda fallet samt av vikt är även sättet på vilket testningen utförs. I både *Wretlund mot Sverige* och *Madsen mot Danmark* ansåg Europadomstolen att drogtesterna uppfyllde de krav som uppställs i artikel 8.2 EKMR. Domstolen gjorde inte någon egentlig prövning om huruvida åtgärderna kunde anses vara ett ingrepp i fråga om de rättigheter som artikel 8.1 stipulerar. Domstolen prövade inte heller frågan om EKMR:s tillämplighet mellan enskilda i anställningsförhållanden.¹⁶⁹

Det skall hållas i åtanke att Europadomstolen alltså aldrig tagit upp ett mål ifråga om drog- och alkoholtester till egentlig prövning. Detta kan ställas mot att artikel 8 bedömts innefatta ett skydd för andra integritetskänsliga åtgärder i arbetslivet såsom t.ex. övervakning av privat korrespondens via e-mail, telefon och internet. Europadomstolen har som tidigare nämnts i *Case of X and Y v. The Netherlands* och i *Case of Von Hannover v. Germany* vid tillämpningen av artikel 8 EKMR uttalat att statens positiva skyldigheter kan få betydelse för relationer mellan enskilda. Avsaknaden av domar för frågan om drog- och alkoholtester gör att det saknas principiella uttalanden från Europadomstolen om drog- och alkoholtesters tillåtlighet i förhållande till artikel 8.1. Vid den summariska sakprövning som gjorts i *Madsen against Denmark* och *Wretlund against Sweden* har testning ställts mot 8.2 och åtgärden har, med hänsyn tagen till arbetsledningsrätten, i båda fallen bedömts utgöra en nödvändig inskränkning av privatlivet. Källström är av uppfattningen, mot bakgrund av AD 1998 nr 97, att artikel 8 EKMR kan tillämpas mellan enskilda i svensk rätt. Westregård anför att det inte är klart huruvida Arbetsdomstolen i praktiken tillämpat artikel 8 mellan enskilda eller om endast statens positiva skyldigheter har framhållits. Jag är av uppfattningen att HD i NJA 2007 s 747 slår fast att direkt Drittwirkung inte erkänns i nationell rätt ifråga om enskildas möjligheter att gentemot andra enskilda framtvunga efterlevnaden av artikel 8 processuellt.

¹⁶⁹ SOU 2009:44 s 147.

4 Reglering för offentlig sektor

4.1 RF 2 kap 6 §

I RF 2 kap 6 § står att läsa; ”varje medborgare är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i annat fall än som avses i 4 och 5 §§. Han är därjämte skyddad mot kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande.”

I 4 § stadgas att dödsstraff inte får förekomma och i 5 § fastställer att varje medborgare är skyddad mot kroppsstraff, tortyr och medicinsk påverkan att framtvunga eller hindra yttranden.

Vidare föreskrivs i 2 kap 12 § RF; ”de fri- och rättigheter som avses i 1 § 1-5 samt i 6 och 8 §§ och i 11 § andra stycket får, i den utsträckning som 13-16 §§ medgiver, begränsas genom lag. Efter bemyndigande i lag får de begränsas genom annan författning i de fall som anges i 8 kap. 7 § första stycket 7 och 10 §. I samma ordning får mötesfriheten och demonstrationsfriheten begränsas även i de fall som anges i 14 § första stycket andra meningen.

Begränsning som avses i första stycket får göras endast för att tillgodose ändamål som är godtagbart i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får aldrig gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den och ej heller sträcka sig så långt att den utgör ett hot mot den fria åsiktsbildningen såsom en av folkstyrelsens grundvalar. Begränsning får ej göras enbart på grund av politisk, religiös, kulturell eller annan sådan åskådning.”

13-16 §§ rör 2 kap 6 § på vis att i 15 § stipuleras att diskriminering på grund av ras, hudfärg, etnicitet eller minoritet får förekomma. I 16 § kan vidare läsas ett även diskriminering pga. kön är otillåtet.

RF 2 kap 6 § omfattar enligt 1 § förhållandet mellan den enskilde och det allmänna. Med det allmänna avses huvudsakligen det allmännas verkställande organ; domstolar, myndigheter och ibland även privaträttsligt organiserade subjekt (jmf 11 kap 6 § 3st RF). Här inbegrips även kommuner och landsting.¹⁷⁰ I prop. 1975/76:209 framhålls att det allmänna uppträder då de ”beslutar för enskilda betungande, offentlighetsrättsliga föreskrifter, däremot inte när de beslutar civilrättsliga normer”.¹⁷¹ Detta förtydligas sedermera i prop.1993/94:65; ”det bör noteras att vissa ingrepp från det allmänns sida inte anses utgöra

¹⁷⁰ SOU 1975:75 s 185.

¹⁷¹ Prop. 1975/76:209 s 86.

rättighetsinskränkningar, nämligen sådana som grundar sig på en civilrättslig relation”¹⁷².

RF 2 kap 6 § omfattar alltså inte förhållandet enskilda emellan. Ett rättighetsskydd som skall gälla gentemot lagstiftaren måste ges i en form som binder denna dvs. genom grundlag. För att skydda medborgarnas rättigheter mot angrepp från andra enskilda är det i de flesta fall tillräckligt med vanlig lag. Vidare anses det inte vara praktiskt möjligt att låta rättighetsskyddet generellt vara gällande mellan enskilda. Det skulle kunna tänkas att konflikter skulle kunna uppstå mellan grundlagens rättighetsregler och de civilrättsliga reglerna på avtals- och egendomsrättens områden.¹⁷³ 2 kap 6 § RF kan tillämpas när staten i egenskap av arbetsgivare uppträder som det allmänna dvs. när det gäller frågor som faller utanför kollektivavtalsområdet och då arbetsledningsrätten inte kan åberopas.¹⁷⁴ Ett exempel härför kan ges genom reglerna om allmän inpasseringskontroll i vissa kriminalvårdanstalter. Bakgrunden till förslaget om regleringen¹⁷⁵ var att förekomst av narkotika, vapen och mobiltelefoner ansågs utgöra ett säkerhets- och arbetsmiljöproblem för personalen.¹⁷⁶ Syftet med allmänna inpasseringskontroller angavs generellt vara säkerhetsaspekten.¹⁷⁷ SEKO, Facket för Service och Kommunikation, föreslog att förevarande bestämmelse skulle regleras i kollektivavtal ifråga om t.ex. vilka arbetstagare som skulle omfattas av den allmänna inpasseringskontrollen. Detta avvisades då lagstiftaren ansåg att det saknades utrymme för att genom kollektivavtal reglera dessa frågor då effektivitetsaspekten mot bakgrund av syftet med en allmän inpasseringskontroll bedömdes väga tyngre.¹⁷⁸ Här vilar Kriminalvårdsstyrelsens beslut om inpasseringskontroller på offentligrättsliga regler vars syfte är att tillgodose allmänhetens intresse av att upprätthålla säkerhet i häkten och anstalter samt att förhindra brott.¹⁷⁹ Westregård menar att om syftet med att införa drogtestar är att tillgodose arbetsgivarintressen i form av en säker arbetsmiljö eller för att genomföra rehabiliteringsåtgärder uppträder arbetsgivaren såsom enskild. På detta sätt kan den offentliga arbetsgivaren genomföra åtgärden med stöd av sin arbetsledningsrätt eller kollektivavtal dvs. RF 2 kap 6 § är inte tillämplig.¹⁸⁰ Källström framhåller även att en arbetsgivare inom offentlig sektor inte kan anses utöva offentlig makt gentemot en enskild om arbetsgivaren erbjuder en förmån i syfte att

¹⁷² Prop.1993/94:65 s 108.

¹⁷³ Prop. 1975/76:209 s 85-86.

¹⁷⁴ Westregård, Annamaria, 2005, s 669-670.

¹⁷⁵ 29 a § lagen (1974:203) om kriminalvård i anstalt: ”Om det är nödvändigt för att upprätthålla säkerheten vid en viss sluten anstalt får Kriminalvårdsstyrelsen besluta att samtliga personer som passerar in i anstalten skall kroppsvisiteras (allmän inpasseringskontroll). Syftet med allmän inpasseringskontroll skall vara att söka efter otillåtna föremål. Skriftliga meddelanden får inte granskas.

Beslut om allmän inpasseringskontroll får avse högst tre månader i taget.

Kriminalvårdsstyrelsen får i enskilda fall medge undantag från allmän inpasseringskontroll, om det finns särskilda skäl för det.”

¹⁷⁶ Prop. 2003/04:3 s 18.

¹⁷⁷ Prop. 2003/04:3 s 22.

¹⁷⁸ Prop. 2003/04:3 s 25.

¹⁷⁹ Westregård, Annamaria, 2005, s 670.

¹⁸⁰ Westregård, Annamaria, 2005, s 672-673.

arbetstagaren skall delta i t.ex. en medicinsk undersökning.¹⁸¹ Detta i enlighet med att ett frivilligt medgivande till ett kroppsligt ingrepp gör att RF 2 kap 6 § inte blir tillämplig, ingreppet skall vara påtvingat dvs. det allmänna skall disponera över maktmedel för att framtvunga åtgärden. Det kan handla om direkt våldsanvändning från det allmännas sida men ett ingrepp kan också anses vara påtvingat om den enskilde hotas av någon sanktion om denne skulle motsätta sig en viss åtgärd.¹⁸² Inom arbetsrätten är det främst en fråga om ett relativt tvång så till vida att arbetstagaren i de flesta fall har att välja mellan att underkasta sig ett kroppsligt ingrepp eller att inte göra det. Ifall av att arbetstagaren väljer det senare aktualiseras sanktioner i form av uppsägning eller omplacering.¹⁸³

I begreppet kroppsligt ingrepp innefattas företrädesvis våld mot människokroppen. Härutöver inbegrips läkarundersökningar, mindre ingrepp såsom vaccinering och blodprovstagning samt liknande företeelser som brukar gå under beteckningen kroppsbesiktning¹⁸⁴ exempelvis alkoholutandningsprov.¹⁸⁵ I RB 28 kap 12 § 2st föreskrivs att med kroppsbesiktning avses undersökning av människokroppens yttre och inre samt tagande av prov från människokroppen och undersökning av sådana prov. Exempel på detta är urin-, saliv-, hår-, sekret- och hudprov samt utandningsprov.¹⁸⁶ Generellt kan inte psykiskt påverkan anses vara ett kroppsligt ingrepp om den inte innefattar misshandel i enlighet med brottsbalken. Det skall även handla om en faktiskt vidtagen åtgärd för att ett kroppsligt ingrepp skall anses föreligga, en ren underlåtenhet anses inte falla under begreppets bestämning.¹⁸⁷

Beslut av JO 2006/07 s 97 rörde frågan om utförandet av ett alkoholutandningsprov inom kriminalvården. En arbetstagare blev tillfrågad av två kriminalvårdsinspektörer om denne ville göra ett alkoholutandningsprov, bakgrunden till detta var att arbetstagaren ansågs lukta alkohol. Kriminalvårdsmyndigheten motiverade sitt beslut genom att hänvisa till att anstaltsledningen hade en skyldighet att upprätthålla säkerhet och ordning samt att verka för en god arbetsmiljö. Kriminalvårdsmyndigheten gjorde inte gällande att det skulle föreligga någon på anställningsavtalet direkt grundad förpliktelse för arbetstagaren att underkasta sig alkoholutandningsprovet. JO framhöll i detta beslut att alkoholutandningsprovet ansågs ha förekommit med anledning av det allmännas intresse av säkerhet i anstalten varför RF 2 kap 6 § ansågs vara tillämplig. Vidare ansåg JO att det måste ställas höga krav ifråga om förvisningen att en frivillighet från arbetstagarens sida är för handen speciellt i situationer där en arbetstagare får antas befinna sig underläge i förhållande till sina chefer. Ifråga om sanktioner menar JO att även om en anställd skulle vägra att avstå från att utföra ett alkoholutandningsprov och inte riskerar att drabbas av någon sanktion härför finns alltid risken att

¹⁸¹ Källström, Kent, 2000, s 89.

¹⁸² Petrén, Gustaf, Ragnemalm, Hans, 1980, s 54-55.

¹⁸³ Westregård, Annamaria, 2002, s 245.

¹⁸⁴ SOU 1975:75 s 199, Prop. 1975/76:209 s 147.

¹⁸⁵ SOU 1975:75 s 358.

¹⁸⁶ Prop. 1993/94:24 s 45.

¹⁸⁷ SOU 1975:75 s 199, Prop. 1975/76:209 s 147.

denne inte uppfattar möjligheterna i ett avstående från åtgärden som ett verkligt alternativ. JO gav i detta fall Kriminalvården kritik för att inte på ett tillfredsställande sätt förvissat sig om att arbetstagaren inte hade några invändningar mot att underkasta sig alkoholutandningsprovet.

Wennergren flaggade på ett tidigt stadium för oklarheten i RF 2 kap 6 § ifråga om innebörden av bestämmelsen. Han framhöll dock att ändamålet med regeln utan tvivel är att ge medborgaren skydd mot allt slags våld mot människokroppen samt mot varje typ av kränkning av den kroppsliga integriteten från det allmännas sida.¹⁸⁸ JO har flera gånger uttalat sig om huruvida tagande av urinprov utgör ett kroppsligt ingrepp. I en sammanställning av ett antal JO-fall konstaterar Warnling-Nerep att urinprovstagning inte anses omfattas av RF 2 kap 6 § med hänsyn tagen till att detta ”1) inte ”uttryckligen nämns” i RF eller dess förarbeten – eller ens i lagkommentarerna – samt att 2) det i ”allmänt språkbruk” inte skulle vara naturligt att beteckna urinprovstagning som ett kroppsligt ingrepp och därför bör det uteslutas från grundlagsskyddet”.¹⁸⁹ Det finns även JO-fall som talar i motsatt riktning.¹⁹⁰ I ett JO-fall från 2009 är JO av uppfattningen att i förhållande till graden av integritetsintrång kan tagande av urinprov jämföras med tagande av blodprov och utandningsprov, två företeelser som utan tvivel faller inom RF 2 kap 6 §. Då det är fastställt att tagande av urinprov är en slags form av kroppsbesiktning är detta att hänföra till den kategori av mindre ingrepp som av motiven till RF 2 kap 6 § anses falla under begreppet kroppsbesiktning. JO menar att tagande av urinprov är ett sådant kroppsligt ingrepp som stipuleras i 2 kap 6 § RF och när en urinprovstagning är att se som påtvingad kräver åtgärden lagstöd enligt 2 kap 12 § RF.¹⁹¹ Genom RF 2 kap 12 § bestäms RF 2 kap 6 § vara en icke-absolut rättighet dvs. denna rättighet kan i enlighet med vad som föreskrivs i 2 kap 12 begränsas. Regleringen avser att understryka kravet på att lagstiftaren noga skall redovisa sina syften när en fri- och rättighetsinskränkande lag beslutas.¹⁹²

Om en viss företeelse inte anses falla inom RF 2 kap 6 § föreligger andra grundlagsbestämmelser till skydd för den enskilde medborgaren.¹⁹³ Härutöver aktualiseras RF 8 kap 3 § vari stadgas att ”föreskrifter om förhållandet mellan enskilda och det allmänna, som gäller åligganden för enskilda eller i övrigt avser ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden, meddelas genom lag.” I detta fall finns stora möjligheter till delegation av normgivningsmakt till regeringen samt till subdelegation dvs. att förvaltningsmyndigheter och kommuner ges möjlighet att meddela egna föreskrifter. Här bli således inte RF 2 kap 12 § tillämplig och kravet på att lagstiftning skall vara ”godtagbart i ett demokratiskt samhälle”.¹⁹⁴ Ifråga om åligganden som följer av

¹⁸⁸ Wennergren, Bertil, 1981, s 136.

¹⁸⁹ Warnling-Nerep, Wiweka, 2002, s 35, se t.ex. JO 1984/85 s 343, 1988/89 s 350, 1992/93 s 495, 1993/94 s 230, 283 och 302.

¹⁹⁰ Se t.ex. JO 1984/85 s 227, JO dnr. 3700-2002, JO dnr. 2461-2003.

¹⁹¹ JO 2009-03-27, dnr 5978-2006.

¹⁹² SOU 1975:75 s 202, Prop.1975/76:209 s 152.

¹⁹³ Legalitetsprincipen RF 1 kap 1§ och Objektivitets- samt likhetsprincipen RF 1 kap 9 §.

¹⁹⁴ Warnling-Nerep, Wiweka, 2002, s 27.

anställningen för tjänstemän inom stat och kommun är inte RF 8 kap 3 § tillämplig.¹⁹⁵

En specifik bestämmelse för statstjänstemän återfinns i RF 11 kap 10 § vari föreskrivs att ”grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning i andra hänseenden än som beröres i denna regeringsform meddelas i lag”. Regleringen begränsar regeringens möjligheter till normgivning och begränsar parternas möjligheter att sluta enskilda avtal samt kollektivavtal. På detta sätt är det riksdagen som har beslutanderätten rörande viktigare frågor om statstjänstemännens rättsställning vilket skall främja en självständig statstjänstemannakår i förhållande till regeringen. Här betonas statens intressen framför att trygga statstjänstemännens anställningsförhållanden. Då RF 11 kap 10 § endast rör grundläggande bestämmelser är utrymmet relativt stort att detaljföreskrifter kan utfärdas genom regeringens restkompetens enligt 8 kap 13 RF.¹⁹⁶

AD 1984 nr 94 är det enda fall där tillåtligheten av påtvingade läkarundersökningar på den offentliga sektorn har behandlats. Det finns härutöver inga domar som rör tillåtligheten av drog- och alkoholtester på den offentliga sektorn. En arbetstagare vid statens järnvägar genomgick fyra olika läkarundersökningar vid fyra olika tillfällen. Undersökningstillfällena utgjordes av kortare samtal med läkare. Läkarundersökningarna stöddes av interna föreskrifter vid SJ med innebörden att arbetstagare skulle ”beordras” till undersökning. På detta sätt menade domstolen att utrymme inte kunde lämnas för att undersökningarna ansågs vara frivilliga eller att arbetstagarens inställning i frågan skulle undersökas. Arbetstagaren hade rent faktiskt inte vid något av tillfällena för undersökning givits möjlighet att lämna sitt medgivande till åtgärderna. Arbetsdomstolen bedömde att arbetsgivarens föreskrifter var av den innebörden att en underlåtenhet av arbetstagaren att genomgå undersökningarna skulle betyda ett åsidosättande av dennes lydnessplikt och disciplinansvar skulle kunna aktualiseras. Arbetstagaren ansågs ha fog för sin uppfattning att denne inte gavs något alternativ till att genomgå undersökningarna. Domstolen fastställde att läkarundersökningarna i samtalsform med hänsyn till omständigheterna var att betrakta som medicinska undersökningar och på så vis kunde dessa inordnas under RF 2 kap 6 §. Undersökningarna ansågs vara påtvingade då SJ utan förbehåll beordrat arbetstagaren till undersökningarna. De interna föreskrifterna avseende läkarundersökningarna avsågs främst tillgodose intresset av att offentliga funktioner fullgjordes på ett korrekt vis och därför ansågs läkarundersökningarna vara grundade på regler av offentlighetsrättslig natur. Arbetsdomstolen framhöll att ett karakteristiskt drag för myndighetsutövning är att ett beslut eller en åtgärd får rättsverkningar för den enskilde på grund av innehållet i offentlighetsrättslig reglering och inte på grund av avtal eller i övrigt regler av privaträttslig natur. Detta även om anställda inom offentlig sektor i allmänhet anses beröras av frågor av privaträttslig natur. Arbetsdomstolen fastställde tingsrättens dom att läkarundersökningarna ansågs strida mot 2 kap 6 § RF. En ledamot av domstolen var dock skiljaktig och framförde följande. För att en bestämmelse ska kunna falla under 2 kap 6 § krävs att den är av det slag

¹⁹⁵ Prop. 1973:90 s 302.

¹⁹⁶ Westregård, Annamaria, 2005, s 658.

som anges i RF 8 kap 3 §. Den sistnämnda bestämmelsen är i princip inte tillämplig för en tjänsteman hos staten eller kommun i enlighet med prop.1973:90 s 302. Därför kan det bara i undantagsfall bli aktuellt att inordna en föreskrift om ett tjänsteåliggande till RF kap 2. I arbetstagarens tjänsteåliggande ansåg ledamoten ingå att arbetstagaren var tvungen att uppfylla de uppställda hälsokraven för att kunna behålla sina arbetsuppgifter. Ledamoten ansåg att åliggandet att arbetstagaren skulle underkasta sig läkarundersökning inte kunde skiljas från andra tjänsteåligganden på vis att det borde hänföras till 8 kap 3 § RF dvs. i strid med vad som gäller för statstjänstemännens rättsställning. Därför ansåg Ledamoten att RF 2 kap 6 § inte var tillämplig i detta fall. Vidare menade ledamoten att SJ:s interna föreskrifter om läkarundersökningarna var en fråga för detaljreglering enligt RF 8 kap 13 § och därför inte föremål för lagreglering i enlighet med RF 11 kap 10 §.

Kortfattat kan sägas att Arbetsdomstolen i rättsfallet gör bedömningen att SJ som arbetsgivare uppträtt i rollen som det allmänna och på så sätt aktualiserades RF 2 kap 6 §. Detta på grund av att arbetsgivaren främst beordrade läkarundersökningarna i syfte att säkerställa offentligrättslig reglering och att bestämmelsen på så vis fick rättsverkningar för arbetstagaren såsom en enskilt betungande offentligrättslig föreskrift. Denna situation är alltså att skilja från när arbetsgivaren utfärdar beslut som grundar sig på en civilrättslig relation t.ex. på avtalsmässig grund. Arbetsdomstolen gör härvid denna distinktion. Arbetsdomstolen understryker även att arbetstagaren hade fog för sin uppfattning att denne uppfattade läkarundersökningarna som en order varvid en vägran skulle utgöra ett brott mot lydnadsplikten och eventuellt aktualisera disciplinpåföljd inom ramen för anställningsavtalet. Detta ger en arbetsrättslig innebörd av begreppet påtvingat i detta sammanhang.

4.2 30 § Lagen om offentlig anställning

30 § LOA stadgar; ”om en arbetstagare har arbetsuppgifter där brister i arbetstagarens hälsotillstånd medför risk för människors liv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljö eller egendom, är arbetstagaren efter en särskild uppmaning av arbetsgivaren skyldig att regelbundet genomgå hälsoundersökningar som är nödvändiga för bedömning av huruvida arbetstagaren har sådana brister i sitt hälsotillstånd. Första stycket gäller bara för arbetstagare som enligt kollektivavtal eller föreskrifter av regeringen är skyldiga att genomgå hälsoundersökningarna. Kollektivavtalet får tillämpas också på arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalslutande arbetstagarorganisationen, om de sysselsätts i ett sådant arbete som avses med avtalet. Föreskrifterna får bara avse arbetstagare hos myndigheterna under regeringen.

Om det i en annan lag eller i en förordning, som har meddelats med stöd av en lag, finns föreskrifter som avviker från första eller andra stycket gäller de föreskrifterna.”

I enlighet med 1 § och 2 § 2st gäller 30 § LOA anställda inom stat, kommun och landsting. Exempel på arbetstagargrupper som faller inom regleringen är bussförare, flygledare i operativ funktion, helikopterförare och viss annan polispersonal.¹⁹⁷

Genom AD 1984 nr 94 förändrades rättsläget på så vis att för det offentliga anställningsförhållandet krävs lagstöd ifråga om en skyldighet för arbetstagare att genomgå hälsoundersökningar. Utfallet av rättsfallet torde omfatta alla slags påtvingande hälsoundersökningar.¹⁹⁸ Före införandet av 30 § LOA saknades således stöd i lag för att ålägga anställda vid staten att genomgå periodiska hälsoundersökningar. När det gällde kommunal- och landstingsanställda reglerades skyldigheten för dessa arbetstagare att genomgå hälsoundersökningar genom allmänna bestämmelser i kollektivavtal. Om denna konstruktion var förenlig med RF 2 kap 6 § prövades aldrig i domstol.¹⁹⁹

I motiven till 30 § LOA uttalas att det måste kunna ställas höga hälsokrav på arbetstagare med särskilt ansvarsfulla arbetsuppgifter. I detta fall kan det handla om att syn, hörsel eller andra sinnen bör kontrolleras med viss regelbundenhet vilket kan ske genom återkommande hälsoundersökningar. Syftet med periodiska hälsoundersökningar kunde förväntas vara att försöka förebygga risken för allvarliga olyckor i allmän verksamhet som typiskt sett kan inträffa ifall av ohälsa hos dem som utöva sådan verksamhet. Skyddsintressena bakom hälsoundersökningar skulle vara liv, personlig säkerhet och hälsa samt egendom och miljö.²⁰⁰ I prop. 1993/94:65 anförs att det i praktiken saknas behov ”av att på förekommen anledning – alltså vid sidan av de periodiska hälsoundersökningarna – tvinga en arbetstagare till hälsoundersökning. Sådana s.k. extraordinära undersökningar torde kunna anordnas i samförstånd med arbetstagaren.”²⁰¹ I enlighet med vad domstolen påpekade i AD 1984 nr 94 är det väsentligt att inte någon arbetstagare blir tvungen att underkasta sig en hälsoundersökning i större utsträckning än vad som motiveras av skyddsintressena. På detta sätt skall en regel om hälsoundersökningar tillämpas med urskillning och återhållsamhet samt med respekt för den enskildes integritet.²⁰² En förutsättning för att offentliga arbetsgivare får genomföra periodiska hälsoundersökningar är alltså att detta skall vara motiverat av säkerhetsskäl samt att arbetstagaren omfattas av kollektivavtal eller gällande arbetstagare hos myndigheter under regeringen att dessa omfattas en förordning²⁰³ ifråga om en motsvarande skyldighet.²⁰⁴ Om det vid en hälsoundersökning uppdragas att arbetstagaren har någon brist i sin hälsa som t.ex. kan medföra risk för andras personliga säkerhet kan det beroende på bristens art bli fråga om sjukvårdsbehandling eller någon annan form av rehabilitering med stöd av lagen om allmän försäkring.²⁰⁵ Om en arbetstagare vägrar att underkasta

¹⁹⁷ SOU 1991:29 s 28-29.

¹⁹⁸ Prop. 1993/94:65 s 111.

¹⁹⁹ Westregård, Annamaria J, 2002, s 333-334.

²⁰⁰ Prop. 1993/94:65 s 112.

²⁰¹ Prop. 1993/94:65 s 112.

²⁰² Prop. 1993/94: 65 s 114.

²⁰³ I SOU 2009:44 s 330 anges att inga föreskrifter med stöd härför har utfärdats.

²⁰⁴ Prop. 1993/94: 65 s 111.

²⁰⁵ Prop. 1993/94: 65 s 115.

sig en periodisk hälsoundersökning får myndigheten i egenskap av sin arbetsledningsrätt uppmana denne att utföra andra arbetsuppgifter som inte omfattas av skyldigheten att genomgå periodiska hälsoundersökningar. Enligt allmänna principer måste de nya arbetsuppgifterna ligga inom ramen för arbetstagarens arbetsskyldighet. Det kan också tänkas att arbetstagaren kan få en disciplinpåföljd för sin vägran att genomgå hälsoundersökning. Om en omplacering av arbetstagaren visar sig omöjlig återstår uppsägning som sista utväg. Flertalet av de arbetstagare som skall genomgå periodiska hälsoundersökningar är sådana som innan anställning var skyldiga att lämna läkarintyg.²⁰⁶

I förarbetena till 30 § LOA omnämns inte drogtester. Det är inte givet att spår av narkotika har betydelse för bedömningen av arbetstagares hälsotillstånd. Om detta inte har betydelse omfattas inte 30 § LOA av en reglering av användande av drogtest. Situationen kan vara en annan i fall av att det handlar om ett drogmisshandling i en sådan omfattning att det påverkar arbetstagarens hälsa.²⁰⁷ I SOU 2002:18 framhålls även att drogtester inte uttryckligen nämns i motiven. Detta ger stöd åt tolkningen att 30 § LOA endast omfattar periodiska hälsoundersökningar samt att det i flera JO-uttalanden framhållits att urinprov inte är att anse som ett kroppsligt ingrepp i enlighet med RF 2 kap 6 §. Om drogtester baserade på urinprov inte omfattas av RF 2 kap 6 § omfattas sådana tester inte av 30 § LOA heller. I detta fall skulle tillåtligheten av drogtester istället bli en fråga om arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Om det är drogtestet i sig som utgör själva kränkningen av integritetsskyddet skulle detta, oberoende av vilken metod som används, anses omfattas av RF 2 kap 6 §. I fall denna tolkning skulle göras gällande skulle det betyda ett absolut förbud för offentliga arbetsgivare att utföra drogtester då dessa inte uttryckligen nämns som en tillåten åtgärd i enlighet med 30 § LOA.²⁰⁸

4.3 Kollektivavtal enligt 30 § LOA

AD 2001 nr 26 rörde hälsoundersökningar i förhållande till kollektivavtalet AB 98²⁰⁹ (allmänna bestämmelser). I de ifrågakvarande bestämmelserna har

²⁰⁶ Prop. 1993/94: 65 s 116.

²⁰⁷ Westregård, Annamaria J, 2002, s 341.

²⁰⁸ SOU 2002:18 s 190-191.

²⁰⁹ Idag AB 07 dock med motsvarande innehåll i detta fall:

”§ 9 Hälsoundersökningar

Periodiska hälsoundersökningar

Mom. 1 Om en arbetstagare har arbetsuppgifter där brister i arbetstagarens hälsotillstånd medför risk för människors liv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljö eller egendom, är arbetstagaren efter särskild uppmaning av arbetsgivaren skyldig att regelbundet genomgå hälsoundersökningar som är nödvändiga för bedömning av om arbetstagaren har sådana brister i sitt hälsotillstånd.

Anmärkning

Arbetsgivaren ska upprätta en förteckning över de anställningar/arbetsuppgifter som är av sådan natur som anges ovan. Arbetsgivaren ska även informera arbetstagarorganisation, som begär det, när ändringar eller tillägg sker i redan upprättad förteckning.

Övriga hälsoundersökningar

Mom. 2 Övriga hälsoundersökningar ska genomföras i nära samförstånd med

ett tillägg gjorts för den kommunala sektorn, i jämförelse med Arbetsgivarverkets cirkulär som berör den statliga sektorn, om övriga hälsoundersökningar.²¹⁰ Det var tolkningen av detta tillägg som en av rättsfrågorna i AD 2001 nr 26 handlade om - huruvida en lärare hade undertecknat en överenskommelse om alkoholtester under sådana förhållanden att åtgärden inte kunde anses ha genomförts i nära samförstånd med denne. Upprinnelsen till tvisten var att det uppdagades att arbetstagaren förvarade en flaska sprit i ett skåp som denne disponerade på arbetsplatsen. Händelsen ledde till ett möte vilket resulterade i att arbetstagaren och kommunchefen undertecknade en överenskommelse med innebörden att arbetstagaren skulle genomgå slumpmässiga alkoholtester under arbetstid. Ett av dessa tester visade sedermera ett positivt utslag dvs. arbetstagaren visade sig vara alkoholpåverkad i sin tjänst vilket resulterade i ett nytt möte och en ny överenskommelse. Denna överenskommelse gick ut på att arbetstagaren skulle genomgå alkoholtest varje morgon under resterande del av innevarande termin och detta tre gånger i veckan. AB 98 föreskriver att hälsoundersökningar skall genomföras i nära samförstånd med arbetstagaren. I den första av de båda överenskommelserna angavs att arbetstagaren omedelbart skulle stängas av från arbetsplatsen om testet var positivt eller om han vägrade att underkasta sig testet. Arbetsgivarsidan framhöll att det inte uttalats något hot om avstängning och att arbetstagaren tillfrågades om denne var nöjd med villkoren i överenskommelsen varpå arbetstagaren svarat jakande. Vid mötena deltog bl.a. förbundets lokala företrädare. Arbetstagersidan var av uppfattningen att arbetstagaren hade att välja mellan att genomgå testerna eller att bli avstängd från arbetet. Arbetsdomstolen framhåller att det ligger i sakens natur att arbetstagaren befann sig i ett visst underläge och att arbetstagaren hade en negativ inställning till testerna. Sammantaget menar domstolen att arbetsgivarsidan hade fog för sin uppfattning att arbetstagaren var införstådd med att denne skulle genomgå alkoholtesterna. På detta sätt ansågs inte kollektivavtalsbrott i enlighet med AB 98 föreligga, testerna hade genomförts i nära samförstånd med arbetstagaren. I målet var ostridigt att tvisten enligt kollektivavtalet gällde övriga hälsoundersökningar och på så sätt inte periodiska. Med anledning av detta skriver Westregård att denna uppdelning i AB 98 kan indikera att parterna på den kommunala sektorn inte anser sig omfattas av RF 2 kap 6 §. Med detta menar hon att stöd i lag krävs även för övriga hälsoundersökningar i likhet med periodiska, om parterna omfattas av RF 2 kap 6 §. Westregård anför att detta kan gälla oberoende av om en hälsoundersökning endast kan genomföras med den enskildes godkännande. Detta i tanke på vad som i AD 1984 nr 94 stipuleras dvs. om det föreligger ett hot om att en vägran att delta i en hälsoundersökning kan leda till omplacering eller uppsägning bör ingreppet anses vara påtvingat. Vidare framhåller Westregård att det kan tänkas att denna reglering i kollektivavtalet endast omfattar sådana åtgärder som inte aktualiserar arbetsgivarens roll som allmän. Europakonventionens artikel 8 kan dock göras gällande i detta fall då den har generell tillämplighet om skyddet för privatlivet anses sträcka sig till övriga hälsoundersökningar. På så sätt skulle

arbetstagaren.”

²¹⁰ Se not 212.

även en kommunal myndighet vara underkastade kravet på lagstöd i artikel 8:2 EKMR.²¹¹

Ett centralt kollektivavtal, ett ramavtal, har ingåtts mellan Arbetsgivarverket och fackförbunden SACO-S, SEKO, TCO-OF/S, P och O sammantagna ifråga om hälsoundersökningar, som publicerats i Arbetsgivarverkets cirkulär 1995: A6.²¹² Ett JO-fall från 2006²¹³ rör frågan om drogtesters regelbundenhet i enlighet med 30 § LOA. En arbetstagare anmälde Luftfartsverket (numera Luftfartsstyrelsen) för att ha tvingat denne att genomgå ett drogtest, utifrån arbetstagarens uppfattning, utformat som en stickprovskontroll. Arbetstagaren hade en skyldighet genom luftfartslagen dvs. genom speciallagstiftning att underkasta sig hälsoundersökning. Enligt 36 § luftfartsförordningen (1986:171) har Luftfartsstyrelsen rätt att förelägga den som har luftfartscertifikat att lämna intyg gällande dennes fysiska och psykiska lämplighet som certifikationsinnehavare. I enlighet med 30 § LOA och Arbetsgivarverkets cirkulär hade ett lokalt kollektivavtal slutits ifråga om narkotikatestning av anställda inom Luftfartsverkskoncernen. I detta beslut yttrar JO att för icke regelbundna tester krävs lagreglering dock menar JO att det i detta fall inte kunde anses klarlagt med vilken regelbundenhet de förevarande testerna avsåg genomföras. JO framhöll vidare att klagande lagstiftning var påkallad.

Gällande AD 2001 nr 26 är jag av uppfattningen att arbetsgivaren uppträdde i egenskap av enskild på så sätt att alkoholtesterna tycks ha föregåtts av ett uppdagat missbruk och torde på så vis kunna ses som ett led i en rehabilitering. Detta gör att RF 2 kap 6 § inte blir tillämplig och på så vis får kollektivavtalsregleringen betydelse för frågan. Både Westregård och JO, i beslutet från 2006, menar att det för hälsoundersökningar som faller utanför begreppet periodiska krävs lagstöd då arbetsgivaren uppträder som allmän. Jag vill dock framhålla att det i förarbetena till LOA uttrycks att så kallade extraordinära hälsoundersökningar torde kunna anordnas i samförstånd med arbetstagaren. Detta torde alltså gälla då arbetstagaren uppträder som det allmänna. Mot bakgrund av speciallagstiftning står det genom JO-fallet från 2006 klart att kollektivavtal träffats om narkotikatester i enlighet med 30 § LOA på den statliga sektorn. Vidare torde det inte råda någon större oklarhet ifråga om att alkoholutandningsprov omfattas av RF 2 kap 6 § med hänsyn tagen till bl.a. förarbeten och JO 2006/07 s 97. När det gäller urinprovstagning har JO i ett flertal beslut visat sig vara av uppfattningen att sådan provtagning inte

²¹¹ Westregård, Annamaria J, 2005, s 338.

²¹² ”2 § Arbetsgivaren och lokal arbetstagarorganisation får sluta lokalt kollektivavtal om skyldighet för vissa arbetstagare att regelbundet efter särskild uppmaning av arbetsgivaren genomgå hälsoundersökningar. Sådant avtal får endast avse arbetstagare som har arbetsuppgifter där brister i arbetstagarens hälsotillstånd medför risk för människors liv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljön eller egendom och där hälsoundersökningar är nödvändiga för bedömning om arbetstagaren har sådana brister i sitt hälsotillstånd.

Om en förhandling inte leder till något lokalt kollektivavtal får arbetsgivaren (myndigheten) besluta att en arbetstagare efter särskild uppmaning skall genomgå regelbundna hälsoundersökningar under de förutsättningar som anges i 30 § LOA. Beslut i en fråga som varit föremål för förhandling enligt bestämmelserna i föregående två stycken behöver inte föregås av samverkansförhandling enligt 11 § MBL.”

²¹³ JO dnr. 2461-2003, beslut 2006-03-07.

är grundlagsskyddad enligt 2 kap 6 §. Detta skall dock ställas mot att JO i ett relativt nytt beslut (2009-03-27) menar att urinprov kan jämföras med tagande av blodprov och utandningsprov med hänsyn tagen till graden av integritetsintrång. Wennergren menar att avsikten med RF 2 kap 6 § är att skydda varje typ av kränkning av den kroppsliga integriteten från det allmännas sida. Jag är av uppfattningen att en ändamålstolkning bör göras och att både drog- och alkoholtester på detta sätt faller under RF 2 kap 6 § med utgångspunkt i själva testmetoden. Jag anser dock att det inte är ett tillfredsställande rättsläge att en grundlagsbestämmelse är föremål för varierande tolkningar ifråga om detta område.

4.4 11 § Lagen om fullmaktsanställning

I 11 § lag (1994:261) om fullmaktsanställning föreskrivs; ”om en arbetstagare inte fullgör sina arbetsuppgifter tillfredsställande och det är sannolikt att den bristande arbetsförmågan beror på sjukdom eller något jämförligt förhållande, får beslutas att arbetstagaren skall undersökas av en läkare som anvisas honom.”

Enligt 1 § FullmL anges tillämpningsområdet för lagen vara arbetstagare hos myndigheter under regeringen som är anställda med fullmakt. I 3 § anges att det är regeringen som bestämmer vilka arbetstagare som, utöver ordinarie domare, skall anställas med fullmakt. I enlighet med 10 § FullmL p.4 kan en arbetstagare stängas av från arbetet om han inte följer ett beslut om läkarundersökning enligt 11 §.

Allmänt sett har det ansetts vara ett samhällsintresse att ordinarie domare och vissa förvaltningstjänstemän har ett särskilt anställningsskydd. Detta anställningsskydd går längre än det LAS ger.²¹⁴ En fullmaktsanställning, till skillnad från en tillsvidareanställning, kan inte sägas upp enligt 7 § LAS. En fullmaktsanställd kan entledigas med stöd av 7 kap 3 eller 4 och 5 §§. Enligt 7 kap 8 § LOA kan en fullmaktshavare förflyttas till en annan statlig tjänst med fullmakt. Detta förekommer både vid situationer av arbetsbrist samt på grund av skäl som är att hänföra till arbetstagaren personligen t.ex. vid samarbetsproblem.²¹⁵ FullmL omfattar arbetstagare som har arbetsuppgifter av rättsvårdande karaktär eller annars med rättslig eller liknande anknytning.²¹⁶ Anställningsformen fullmakt har t.ex. justitiekanslern, samtliga överåklagare och vissa chefsåklagare.²¹⁷ Med uttrycket ”jämförligt förhållande” i paragrafen skall förstås t.ex. ett menligt alkoholmissbruk som inte är att anse som sjukdom.²¹⁸ 11 § FullmL avser påtvingade läkarundersökningar till skillnad från 30 § LOA som avser hälsoundersökningar som är menade att genomföras med regelbundenhet.²¹⁹

²¹⁴ Prop. 1975/76:105 s 210 bilaga 2.

²¹⁵ Prop. 1993/94:65 s 50.

²¹⁶ Prop. 1975/76:105 s 210 bilaga 2.

²¹⁷ Prop. 1993/94:65 s 50.

²¹⁸ Prop. 1965:60 s 194.

²¹⁹ Hinn, Eskil, Aspegren, Lennart, 2009, s 122.

I förarbetena nämns inget om vilka typer av undersökningar som är att hänföra till läkarundersökningar enligt bestämmelsens mening. Syftet med läkarundersökning enligt FullmL är alltså att utröna om arbetstagarens bristande arbetsförmåga beror på sjukdom. Syftet med bestämmelsen är att tillgodose det allmännas intresse och arbetsgivaren uppträder på så sätt i egenskap av det allmänna och skyddet i RF 2 kap 6 § är tillämpligt. Om det i vissa fall endast skulle vara arbetsgivarintressen som tillgodoses genom en läkarundersökning uppträder arbetsgivaren såsom enskild och RF 2 kap 6 § blir således inte tillämplig.²²⁰

²²⁰ Westregård, Annamaria J, 2005, s 339.

5 Reglering för privat sektor²²¹

5.1 Arbetsledningsrätten och betydelsen av kollektivavtal

En proportionalitetsbedömning görs av Arbetsdomstolen vid bedömningen av om en arbetsgivares beslut att införa drog- och/eller alkoholtester strider mot god sed på arbetsmarknaden. På detta sätt ställs arbetsgivarens intresse av att testa arbetstagaren mot arbetstagarens skydd för sin personliga integritet.

I AD 1998 nr 97 gällde tvisten huruvida en arbetstagare som arbetade som lokalvårdare vid ett kärnkraftverk kunde anses skyldig att genomgå alkohol- och drogtester vart tredje år. Arbetsgivaren hade träffat ett lokalt kollektivavtal med ett av de avtalsslutande fackförbunden om en drogpolicy som innefattade obligatoriska drogtester i arbetsgivarens verksamhet. Ett annat avtalsslutande fackförbund motsatte sig dock kollektivavtal med förevarande innebörd varpå arbetsgivaren ändå beslutade att medlemmar av detta fackförbund skulle drogtestas på arbetsplatsen. Domstolen menade att frågan om genomförandet av drogtester vid kärnkraftverket fick anses vara reglerad som en arbetsledningsfråga i det ordinarie kollektivavtalet mellan arbetsgivaren och det fackförbund som motsatte sig drogtesterna. Detta på grund av att drogtesterna ansågs ha en sådan naturlig anknytning till den verksamhet som arbetsgivaren bedrev. De arbetstagare som inte var bundna av kollektivavtalet ansågs inte, under alla omständigheter, vara tvungna att underkasta sig drogtestning. Arbetsdomstolen menade härvid att situationer kan uppstå då en arbetsgivares uppmaning till en arbetstagare att genomgå testning inte står i överensstämmelse med utövandet av arbetsledningsrätten.

Testerna i detta fall avsåg både att utreda förekomsten av alkohol- och narkotikamissbruk. Narkotikatestet var endast inriktat på förekomst av cannabis. Det fanns en instruktion om skyldigheten för arbetstagarna att underkasta sig testerna samt hur testförfarandet gick till. Domstolen hänvisade till 3 kap 2 och 4 §§ arbetsmiljölagen och slog fast att det inte fanns något tvivel om att arbetsgivaren, i tanke på kärnkraftverket som verksamhet och dess samhällsviktiga funktion, hade ett starkt intresse av att genomföra drogtester på arbetstagarna. Domstolen menade att det fanns särskilda risker förenade med denna typ av arbetsmiljö och i detta fall hade långtgående säkerhetskrav uppställts från myndigheternas sida. Domstolen framhöll betydelsen av att drogtesta alla typer av arbetstagare

²²¹ ILO – International Labour Organisation är sedan 1946 ett av FN:s fackorgan som Sverige är medlemsstat av. ILO utfärdar konventioner och rekommendationer för vissa delar av arbetsrättens område för vilka Sverige som medlemsstat är skyldig att ratificera. I Sveriges fall tillträds konventioner utan att dessa görs till svensk lag varför dessa förpliktelser endast blir folkrättsligt bindande och på så vis kan inte enskilda medborgare göra anspråk på dessa rättigheter. Gällande drog- och alkoholtester har ILO inte utfärdat några bindande konventioner eller rekommendationer dock har vägledande principer för detta område utfärdats.

oavsett tjänst vid kärnkraftverket. Detta dels av praktiska skäl då det skulle vara svårt att dra en gräns mellan vilka arbetstagare som skulle drogtestas och inte samt att det torde förekomma att arbetstagare flyttas från ett lågarbetsriskområde till ett område där högre säkerhetsrisk föreligger. Arbetsgivaren fick även anses ha ett befogat intresse, med tanke på den verksamhet som bedrivs, att utåt kunna visa på en fullkomligt drogfri miljö och att det härför fick anses följa att drogtesterna skulle omfatta alla arbetstagare vid kärnkraftverket. Även kollektivavtalet ifråga om antidrogprogrammet stipulerade att alla arbetstagare skulle drogtestas. Arbetsdomstolen framhöll även att drogtestar förekom vid landets övriga kärnkraftverk. Drogtesterna i förevarande fall hade företagits inom ramen för företagshälsovården och proverna hade vidaresänts till ett ackrediterat laboratorium. På detta sätt ansåg domstolen att provtagningen för den enskilde kunde anses vara ringa integritetskränkande och inte förnedrande för den enskilde. Arbetstagaren bedömdes skyldig att genomgå narkotikatestet enligt instruktionen hos arbetsgivaren. Domstolen gjorde dock en distinktion mellan narkotikatestet och alkoholtestet och det konstaterades att befattning med narkotika är straffbart medan bruk av alkohol är både socialt accepterat och tillåtet. Ifråga om alkoholtesterna ansåg domstolen inte att dessa var tillförlitliga då det i målet ansågs visat att i det övervägande antalet av positiva testfall var orsaken till resultatet annat än alkoholbruk. Det uttalades att enskilda människors bruk av alkohol i hög grad är en integritetskänslig fråga för vilken det i detta fall måste beaktas att en utredning kunde startas på felaktiga grunder på grund av en otillförlitlig testmetod. Mot bakgrund av förevarande resonemang ansågs inte arbetstagaren vara skyldig att genomgå alkoholtestet. Domstolens intresseavvägning visade i detta fall att alkoholtesterna som ett utfall av arbetsledningsrätten ansågs strida mot god sed och arbetstagarnas integritet ansågs på så vis väga tyngre än arbetsgivarens intresse av att genomföra alkoholtesterna. På så sätt bedömdes åtgärdens syfte inte stå i rimlig proportion till ingreppet i arbetstagarens personliga sfär.²²² I enlighet med detta menar Källström att det är värt att framhålla att denna bedömning gjordes trots att det för denna fråga fanns ett godkänt kollektivavtal på arbetsplatsen. Han menar härför att det är sannolikt att kollektivavtalet ansågs vara ogiltigt i denna del och att ett fall av kollektivavtalsjämknings var för handen. Enligt rådande uppfattning skall kollektivavtal endast kunna jämkas i undantagsfall. Detta på grund av att ”de kollektiva parterna anses garantera balans mellan parternas intressen.” Endast i fall av att väsentliga och grundläggande rättigheter för enskilda arbetstagare har kränkts bedöms det vara aktuellt med jämkning. Källström menar att domstolen i AD 1998

²²² Tre ledamöter var i detta mål av skiljaktig mening. En av dessa menade att arbetstagaren också var tvungen att genomgå alkoholtest med hänvisning till att tillförlitligheten av testen inte hade satts i samband med vad som bedömts utgöra missbruk. Vidare menar ledamöten att ”träffsäkerheten” ifråga om testmetoden måste anses vara underordnad intresset av att finna fall av alkoholmissbruk och då arbetstagaren härför utgör en säkerhetsrisk. Två ledamöter framhöll att arbetstagaren inte var skyldig att genomgå alkohol- och narkotikatester med hänsyn tagen till arbetsgivarens arbetsledningsrätt på grund av det kollektivavtalslösa förhållandet mellan arbetstagarens fackförbund och arbetsgivaren gällande denna fråga, oaktat arbetsgivarens typ av verksamhet.

nr 97 visar en större villighet att jämka kollektivavtal än vad som tidigare ansetts gälla.²²³

Rättsfallet torde befästa § 32 befogenheterna som en allmän rättslig princip såsom en dold klausul i det ordinarie kollektivavtalet i förhållande till, i detta fall, drogtesterna. Frågan huruvida arbetstagaren var tvungen att underkasta sig drogtesterna ansågs därmed inte vara oreglerad. Det borde vara möjligt att även se saken så att det för arbetsplatsen befintliga kollektivavtalet ifråga om drogtesterna i detta fall normerade arbetstagarens anställningsavtal då det inte förelåg någon överenskommelse som uttryckligen stod i strid med drogtesterna. Av detta rättsfall framgår även att arbetsgivarens och arbetstagarens arbetsmiljöansvar i förhållande till AML fylldes ut i kollektivavtalet alternativt det enskilda anställningsavtalet till stöd för arbetsgivarens arbetsledningsrätt och beslut att drogtesta personalen.

I AD 2009 nr 36 hade arbetsgivaren installerat ett alkoskåp på arbetsplatsen. För åtkomst till nycklar för de fordon som användes i tjänsten krävdes att arbetstagaren blåste i ett munstycke med godkänt resultat. Två arbetstagare vägrade att använda sig av alkoskåpet. Detta bl.a. med hänsyn tagen till alkoskåpets placering i en korridor utanför ett omklädningsrum och att testet på så sätt skedde inför kollegorna. En av tvistefrågorna var hur det tillämpliga kollektivavtalet skulle tolkas ifråga om en överenskommelse gällande alkoholkontroll på arbetsplatsen. Arbetstagarparten menade att arbetsgivaren genom kollektivavtalet endast hade rätt att använda sig av alkohol i företagens fordon och på så vis inte rätt att använda alkoskåp. Arbetsdomstolen bedömde att kollektivavtalet inte innebar en exklusiv reglering av alkohol. Vidare framhöll även Arbetsdomstolen att åtgärden inte kunde anses stå i strid med de enskilda anställningsavtalen. Berörd facklig organisation lämnade tolkningsföreträde enligt 34 § § MBL²²⁴ ifråga om arbetstagarpartens arbetskyldighet. Arbetsdomstolen konstaterade att förevarande bestämmelse inte är tillämplig vad gäller alkoholkontroll då detta är en av arbetsgivaren ensidigt beslutad kontrollåtgärd och inte en tvist om medlems arbetskyldighet enligt avtal. Tvisten gällde istället arbetstagarpartens skyldighet att följa en av arbetsgivaren ensidigt beslutad föreskrift. Vidare framhöll arbetstagarparten att testmetoden alkoskåp innebar ett mycket större ingrepp i den personliga integriteten i jämförelse med alkohol och att arbetsgivaren på så vis inte hade rätt att använda den förstnämnda metoden. Ifråga om tillåtligheten av alkoholtestet framhöll Arbetsdomstolen bolagets verksamhet som till stor del utgjordes av transporter med tunga fordon och att alkoholtestet införts i syfte att förhindra att arbetstagarparten skulle framföra fordon under alkoholpåverkan. På detta sätt menade Arbetsdomstolen att det förelåg ett starkt säkerhets- och skyddsintresse i förhållande till alkoskåpet. Domstolen fastslog även att alkoholskåp ansågs vara en adekvat och säker metod i syfte att utvärdera förekomsten av alkoholpåverkan även om det framhölls att det kunde finnas

²²³ Källström, Kent, 1998/99, s 385-386.

²²⁴ Paragrafens första stycke stadgar: ”Uppkommer mellan arbetsgivare och arbetstagarorganisation, som är bundna av samma kollektivavtal, tvist om medlems arbetskyldighet enligt avtal, gäller organisationens mening till dess tvisten har slutligt prövats.”

andra kontrollmetoder som också skulle kunna anses vara lämpliga. Vidare menade Arbetsdomstolen att alkoskåp anses vara en vedertagen kontrollmetod som även används inom andra transportverksamheter. Arbetsdomstolen menade att genomförandet ansågs ha skett på ett sätt som från den enskilde arbetstagarens perspektiv rimligen borde vara godtagbart. Härvid understryker Arbetsdomstolen att ifrågavarande fackförbund haft rätt att påverka skåpets placering. Arbetsdomstolen kom på detta sätt fram till att arbetstagarnas integritet inte kränktes genom arbetsgivarens åtgärd. Arbetsledningsrätten hade utövats i enlighet med god sed på arbetsmarknaden.²²⁵

I detta rättsfall stärker Arbetsdomstolen än mer arbetsgivarens arbetsledningsrätt i förhållande till kontrollåtgärder då domstolen slog fast att det för denna fråga inte kan lämnas tolkningsföreträde gällande arbetstagares arbetskyldighet. Dessutom gjorde Arbetsdomstolen tolkningen att det ifrågavarande kollektivavtalet inte exklusivt reglerade alkohol som kontrollåtgärd samt att åtgärden inte stred mot de enskilda anställningsavtalen. Härigenom menar jag att det är påkallt för arbetstagarorganisationer att försöka få till stånd tydliga kollektivavtal om avsikten är att skydda arbetstagarna från vissa testmetoder. Det bör även framhållas att Arbetsdomstolen inte uttryckligen refererade till AML:s bestämmelser ifråga om säkerhets- och skyddsintresset rörande testning. För denna fråga hänvisades dock till AD 1991 nr 45 och AD 1998 nr 97 där kopplingen mellan testning och AML:s bestämmelser görs.

5.2 Arbetsledningsrätten och betydelsen av personliga avtal

Arbetsgivare har genom Arbetsdomstolens praxis tillerkänts en rätt att företa drogtestning med stöd av arbetsledningsrätten då en överenskommelse om denna åtgärd saknats i kollektivavtal och personliga avtal.

AD 1991 nr 45 handlade om två arbetstagare anställda som ställningsmontörer som vägrade genomgå urinprovstagning i syfte att spåra cannabis med motiveringen att de ansåg att testet utgjorde ett otillbörligt ingrepp i deras personliga integritet. För åtgärden hade varken kollektivavtal eller personliga avtal ingåtts. Arbetsgivarens verksamhet var inriktad på montage av byggnadsställningar. Efter att det uppkommit misstankar om cannabismissbruk bland ställningsmontörerna beslutades att samtliga anställda vid bolaget skulle genomgå förevarande drogtest. Beslutet om

²²⁵ Två ledamöter angav ett särskilt yttrande ifråga om 34 § MBL. Ledamöterna menade att starka ändamålsskäl talar för att integritetskänsliga åtgärder som arbetsgivaren företar bör falla under förevarande bestämmelse. Detta då utgången av den intresseavvägning som görs mellan arbetsgivaren och arbetstagarens intressen är svårt att förutse. Därför bör 34 § ges tolkningen av att den omfattar den typ av kontrollåtgärder som i detta mål var aktuella. Ledamöterna menade även att då alkoholkontrollen utfördes dagligen och var en förutsättning för utförandet av arbetet samt var grundad på arbetsgivarens arbetsledningsrätt fanns det ingen anledning till varför åtgärden inte skulle utgöra en del av arbetstagarnas arbetskyldighet enligt avtal i enlighet med bestämmelsen mening.

åtgärden fattades i en skyddskommitté och det bestämdes att i syfte av att förhindra manipulation av provtagningarna skulle ingen information lämnas på förhand om åtgärden. Provtagningarna skulle ske via företagshälsovården. Arbetsgivaren hade härutöver antagit ett handlingsprogram för narkotikamissbruk. Domstolen anförde att missbruk av cannabis i det särskilda fallet kan leda till fysiska, psykiska och sociala skadeverkningar för missbrukaren själv. I förhållande till arbetsmiljöer som ställer krav på god reaktionsförmåga och skärpt uppmärksamhet kan påverkan av cannabis ligga till grund för risker för skada som kan drabba både personer och egendom. Domstolen menade att det i förhållande till arbetet med montage av byggnadsställningar stod klart att det var av yttersta vikt att ingen som utförde arbetet missbrukade narkotika. Ifråga om själva urinprovstagningen framhöll domstolen att metoden var adekvat i syfte att spåra cannabismissbruk. Domstolen konstaterade att det inte fanns någon bindande föreskrift till stöd för drogtesternas genomförande. Detta till trots konstaterades att provtagningen i förevarande fall hade beslutats av arbetsgivaren i syfte att värna om säkerheten på arbetsplatsen och att åtgärden på så vis stod i överensstämmelse med arbetsmiljölagens bestämmelser. På detta sätt ansågs arbetstagarna vara skyldiga att underkasta sig narkotikatestet enligt de enskilda anställningsavtalen. Arbetsdomstolen kom på detta sätt fram till att åtgärden stod i överensstämmelse med arbetsgivarens arbetsledningsrätt och god sed på arbetsmarknaden. Åtgärden ansågs därför inte vara integritetskränkande för den enskilde arbetstagaren. Vidare uttalar domstolen att frågan om drogtester inte skall bedömas utifrån en enskild tvist utan att det naturliga är att denna fråga regleras i kollektivavtal eller genom lagstiftning.

I detta rättsfall gjorde Arbetsdomstolen en utfyllnad av de personliga avtalen genom AML:s bestämmelser i förening med arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

I AD 2001 nr 3 var drogtest i form av urinprovstagning i syfte att spåra cannabis inte reglerat i varken kollektivavtal eller direkt i det personliga avtalet. I detta fall var arbetsgivaren en stiftelse som drev projekt i förevarande fall under namnet Lugna gatan. Genom att utstationera skolvårdar på skolor syftade projektet till att få elever att avhålla sig från droger och kriminalitet. Den för tvisten aktuella arbetstagaren var före detta narkoman och hade suttit i fängelse för narkotikabrott. Arbetsgivaren började misstänka att arbetstagaren hade återfallit i narkotikamissbruk och uppmanade därför arbetstagaren att lämna urinprov. Arbetstagaren vägrade att delta i åtgärden med hänsyn tagen till dennes personliga integritet. Arbetsgivaren hade utfört drogtester på arbetstagare inom Lugna gatan i några år innan den uppkomna situationen. Det var av betydelse i verksamheten att arbetstagarna verkade som förebilder för ungdomarna samt att de, genom sina personliga egenskaper och sin bakgrund, kunde vinna ungdomarnas förtroende. Arbetsdomstolen gjorde bedömningen i förevarande fall att det mot bakgrund av arten av arbetsgivarens verksamhet inte var förenligt att ha skolvårdar som missbrukade narkotika och inte heller att det förekom misstankar härom. Domstolen menade att arbetsgivaren i detta fall hade ett mycket starkt allmänt intresse av att använda sig av drogtester i sin verksamhet, även i förhållande till

utomstående, för att visa på en verksamhet fri från narkotika. Med tanke på arbetstagarens tidigare missbruk av narkotika menade domstolen att det inte torde kunna uppställas något krav på att misstankarna om narkotikamissbruk måste vara särskilt välgrundade i ett fall som detta. Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren i detta fall kunde anses ha fog för sin oro för att arbetstagaren hade återfallit i drogmissbruk och på detta sätt fick det anses förelegat ett starkt intresse av att drogtesta denne. Domstolen framhöll att metoden för testningen var adekvat och tillräckligt säker.

Detta fall skiljer sig från AD 1991 nr 45, AD 1998 nr 97 och AD 2009 nr 36 på så vis att Arbetsdomstolen inte hänvisade till säkerhets- och skyddsaspekten vilket gör att AML:s bestämmelser inte stödjer arbetsgivarens rätt att företa i detta fall, drogtest. Här blir det snarare fråga om någon typ av förtroenderesonemang i relation till arbetsgivarens verksamhet där utomstående intressen får betydelse för arbetsgivarens beslut. Arbetsgivarens intresse av att utåt säkerställa en drogfri miljö med hänsyn tagen till arten av verksamheten framhölls dock även i AD 1998 nr 97. I AD 2001 nr 3 anförde Arbetsdomstolen att arbetsgivaren hade ett berättigat intresse av att drogtesta arbetstagaren mot bakgrund av dennes tidigare missbruksproblematik. Vid en jämförelse med den summariska sakprövning Europadomstolen gjorde i Madsen mot Danmark och Wretlund mot Sverige kan sägas att i dessa två klagomål framhölls betydelsen av; arbetsgivarens syfte med testerna mot bakgrund av säkerheten, på vilket sätt testerna utförts, skyddet för andra personers fri- och rättigheter samt att testerna omfattat all personal. Det bör även framhållas att arbetsledningsrätten, utifrån den svenska modellen, i detta fall bedömdes uppfylla det krav på lagstiftning som uppställs i 8:2 EKMR.

5.3 Saklig grund för uppsägning och drog- och alkoholtester²²⁶

I detta avsnitt redogör jag för anställningsskyddet enligt 7 § LAS i förhållande till drog- och alkoholtester. I den rättspraxis jag härvid återger framkommer vissa typfall när det gäller saklig grund bedömningen. Här framtecknas arbetstagarens ordervägran, sjukdomstillstånd och missbruksproblematik, arbetsgivarens rehabiliteringsansvar och arbetsmiljöansvar enligt AML samt arbetstagarens medverkansansvar enligt AML.

7 § LAS stadgar att ”uppsägning från arbetsgivarens sida skall vara sakligt grundad. En uppsägning är inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig.” Vidare stadgas följande i paragrafens tredje stycke. ”Om uppsägningen beror på förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen, får den inte grundas enbart på omständigheter som arbetsgivaren har känt till antingen mer än två månader innan underrättelse lämnades enligt 30 § eller,

²²⁶ Kravet på saklig grund gäller även för uppsägningar på den offentliga sektorn men då detta krav i samband med drog- och alkoholtester aldrig har prövats i praxis låter jag härför en redogörelse av 7 § LAS få utrymme i kapitlet för privat sektor.

om någon sådan underrättelse inte lämnats, två månader före tidpunkten för uppsägningen. Arbetsgivaren får dock grunda uppsägningen enbart på omständigheter som han har känt till mer än två månader, om tidsöverdraget berott på att han på arbetstagarens begäran eller med dennes medgivande dröjt med underrättelsen eller uppsägningen eller om det finns synnerliga skäl för att omständigheterna får åberopas.”

Det finns ett stort antal mål som rör kravet på saklig grund för uppsägning på grund av personliga skäl. Förklaringar till den omfattande praxis som har skapats är att bl.a. att frågan i det enskilda fallet har stor betydelse för de berörda parterna och på så vis är de beredda att driva frågan så långt som möjligt. En annan förklaring är att regeln till sin utformning bygger på en avvägningsnorm.²²⁷ Huvudregeln är att en anställning alltid skall anses gälla tillsvidare om parterna inte har avtalat om annat.²²⁸ 7 § LAS rör tillsvidareanställningen som anställningsform vilken kan upphöra genom att antingen arbetsgivaren eller arbetstagaren säger upp densamma. Det krävs saklig grund från arbetsgivarens sida för att en anställning skall kunna upphöra. Innebörden av detta begrepp har inte bestämts generellt då olika uppsägningsfall har olika karaktär. Omständigheter som kan utgöra saklig grund för uppsägning och som är att hänföra till arbetstagaren personligen är t.ex. stadigvarande nedsättning av arbetsförmågan på grund av sjukdom, misskötsamhet eller ordervägran. I dessa fall bör saklig grund bedömningen utgå från vilka slutsatser ifråga om arbetstagarens lämplighet som kan dras av det som inträffat och på så vis får det som faktiskt förekommit i det enskilda fallet underordnad betydelse. Arbetstagarens olämplighet bör vara klart dokumenterad för att kravet för saklig grund skall var uppfyllt. Mot bakgrund av detta utgör i normalfallet inte enstaka fall av misskötsamhet eller olämpligt uppträdande saklig grund för uppsägning om inte en viss förseelse är att anse som så allvarlig att arbetstagaren genom denna har visat sig klart olämplig för sitt arbete. Då arbetstagaren misskött sig eller visat bristande lämplighet är det vid saklig grund bedömningen påkallat att ta hänsyn till omständigheter såsom att arbetstagarens anställningstid, tidigare misskötsamhet och om det inträffade framstår som en tillfällig förseelse från arbetstagarens sida.²²⁹ I förarbetena framhålls att ”en ordervägran bör inte utan vidare anses utgöra grund för uppsägning. Omständigheterna i det enskilda fallet kan ha varit sådana att arbetstagaren har haft skäl för sin vägran som det kan vara riktigt att ta hänsyn till. Om arbetstagarens ordervägran framstår som ett uttryck för en allmän ovillighet att rätta sig efter arbetsgivarens anvisningar, torde saklig grund få anses föreligga.”²³⁰ Vidare anförs ”en typ av förseelser som bör kunna medföra uppsägning utgörs av onykterhet i tjänsten. Det är emellertid ingalunda givet, att enstaka förseelse av det slaget skall kunna utgöra grund för uppsägning. Som regel torde tvärtom som förutsättning för uppsägning böra gälla, att förseelsen upprepats.”²³¹ Uttalandet bygger på en allvarlig syn på brukande av alkohol i arbetet i tanke på säkerheten och ordningen på

²²⁷ Glavå, Mats, 2001, s 303.

²²⁸ Prop. 1973:129 s 145.

²²⁹ Prop. 1973:129 s 117-126.

²³⁰ Prop. 1973:129 s 124.

²³¹ Prop. 1973:129 s 125.

arbetsplatsen samt kravet på en fullgod arbetsinsats från arbetstagarens sida. Dock gäller att då ett alkoholmissbruk antagit karaktären av ett sjukdomstillstånd begränsas möjligheterna till uppsägning från arbetsgivarens sida.²³² Vidare gäller att omständigheter som dateras långt tillbaka i tiden generellt inte bör läggas till grund för uppsägning, inte heller tillsammans med nya händelser. Om arbetstagaren gör sig skyldig till förseelser inom ramen för anställningen anses det naturligt att arbetsgivaren påtalar försummelsen alternativt varnar arbetstagaren för att vidare förseelser kan föranleda uppsägning.²³³ Om en arbetsgivare inte uttryckligen genom varningar eller liknande visar på sitt avståndstagande när det gäller misskötsamhet och andra liknande förhållanden kan detta hållas emot denne vid en bedömning huruvida ett visst fall utgör saklig grund för uppsägning.²³⁴ Sammantaget kan framhållas att det alltid blir nödvändigt att mot bakgrund av omständigheterna i det enskilda fallet bedöma om en viss uppsägning är sakligt grundad. En uppsägning bör vara den yttersta åtgärd som verkställs först när alla andra möjligheter till en lösning har uttömts. En förutsättning för arbetsgivarens omplaceringsskyldighet är att det finns en ledig tjänst hos denne. Vidare blir en omplacering endast aktuell i förhållande till sådant arbete som arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för att utföra. Med detta skall förstås att arbetstagaren har rätt till en viss upplärningstid när det rör sig om nya arbetsuppgifter. Vidare nämns i förarbetena att det är naturligt att omplaceringsskyldigheten främst sträcker sig till samma arbetsplats eller samma företagsenhet där arbetstagaren tidigare varit verksam. Om företaget har flera driftsenheter bör arbetsgivaren undersöka möjligheten till omplacering på alla företagets driftsenheter. Omplacering till andra företag inom samma koncern anses dock inte praktiskt möjligt. När det handlar om offentlig verksamhet bör omplaceringsskyldigheten gälla inom anställningsmyndighetens verksamhetsområde.²³⁵

Arbetsgivarens rehabiliteringsansvar följer indirekt av reglerna för saklig grund för uppsägning enligt 7 § LAS. Här är utgångspunkten som huvudregel att sjukdom och härav efterföljande nedsatt prestationsförmåga inte i sig utgör saklig grund för uppsägning. I undantagsfall kan saklig grund aktualiseras då en nedsättning av arbetsförmågan till följd av sjukdom är stadigvarande och så pass väsentlig att arbetstagaren inte kan utföra något arbete av betydelse för arbetsgivaren. I detta fall gäller även att arbetsgivaren skall ha uppfyllt sitt rehabiliteringsansvar i vilket inbegrips att arbetsgivaren ”gör allt som är möjligt för att anställningen skall bestå och överväger alla möjligheter att omplacera arbetstagaren till någon uppgift på arbetsplatsen som han eller hon klarar av”.²³⁶ Rehabiliteringsansvaret i förhållande till saklig grund bedömningen hämtar i viss utsträckning sitt innehåll från arbetsgivarens skyldigheter enligt AML.²³⁷ 3 kap 2 a § AML hänvisar, som tidigare nämnts, till 22 kap AFL. I prop.1981/82:71 anförs att

²³² Prop. 1981/82:71 s 71.

²³³ Prop. 1973:129 s 117-126.

²³⁴ Glavå, Mats, 2001, s 313.

²³⁵ Prop. 1973:129 s 117-126.

²³⁶ Prop. 2006/07:59 s 16.

²³⁷ Prop. 2006/07:59 s 16.

ifråga om sjukdom gäller att arbetsgivaren som regel skall vidta särskilda åtgärder för att underlätta arbetstagarens arbete.²³⁸ Vidare anføres i motiven ”när det gäller sjukdom bör arbetsförhållandet normalt inte kunna bringas att upphöra förrän arbetstagaren får rätt till sjukbidrag eller förtidspension enligt lagen om allmän försäkring. I varje fall bör uppsägning inte kunna komma i fråga så länge den sjuke arbetstagaren uppbär sjukpenning från försäkringskassa.”²³⁹

I AD 1991 nr 45 var även en av rättsfrågorna huruvida arbetsgivaren haft saklig grund för uppsägning p.g.a. arbetstagarnas vägran att underkasta sig den av Arbetsdomstolen godkända urinprovstagningen. Efter förhandlingar sades arbetstagarna upp mot bakgrund av deras vägran. För saklig grund bedömningen hänvisade domstolen till arbetstagarens medverkansansvar enligt 3 kap 4 § AML och möjligheten att skilja arbetstagaren från anställningen om denne inte rättar sig efter skyddsföreskrifter. Vidare framhölls att det inte fanns något inslag av tvång i förhållande till testerna utan intresset av säkerhet på arbetsplatsen ställdes mot den enskilde arbetstagarens krav att få behålla sitt arbete hos arbetsgivaren. I detta fall menade dock domstolen att, mot bakgrund av att arbetstagarna varit oförberedda på provtagningen, avsaknaden av avtal för åtgärden samt att provtagning av detta slag inte hade förekommit på arbetsplatsen tidigare skulle arbetstagarna ha tillerkänts rådrum för att överväga situationen och utrymme för skälig betänketid. Arbetstagarna hade uppmanats att delta i åtgärden på förmiddagen den 26 mars 1990 och dagen efter sades de upp då de vidhållit sin vägran att underkasta sig provtagningen. Arbetsdomstolen gjorde bedömningen att arbetsgivaren inte haft saklig grund för att säga upp arbetstagarna i detta fall.²⁴⁰

Då Arbetsdomstolen bedömer urinprovstagningen som ett rättsligt godkänt arbetsledningsbeslut ligger det närmast till hands att se arbetstagarnas vägran som ett brott mot lydnessplikten dvs. en ordervägran. I detta fall fanns ingen genom avtal grundad förpliktelse för arbetstagarnas del att delta i testningen, saklig grund bedömningen torde aktualiserats genom arbetstagarens medverkansansvar i arbetsmiljöarbetet genom AML och arbetstagarnas ordervägran.

I AD 2001 nr 3 var en av tvistefrågorna även om arbetsgivaren haft saklig grund för uppsägning av en arbetstagare på grund av dennes vägran att underkasta sig drogtestet. Trots flera uppmaningar vägrade arbetstagaren provtagning ett flertal gånger. I detta fall hade arbetstagaren

²³⁸ Prop.1981/82:71 s 66.

²³⁹ Prop. 1973:129 s 126. 2003 ersattes bestämmelserna om sjukbidrag och förtidspension med aktivitetsersättning och sjukersättning.

²⁴⁰ En ledamot var av skiljaktig mening ifråga om vissa allmänna uttalanden i domskälen. Ledamoten ansåg att anställningsskyddslagen inte har den innebörden ifråga om domstolens uttalanden att avtal kan träffas ifråga om åtgärder av detta slag och att arbetstagare på denna grund kan skiljas från sin anställning. Ledamoten anförde vidare att domstolens uttalande, e contrario, att ett nytt villkor kan tolkas in i det enskilda anställningsavtalet och utgöra utgångspunkt för av domstolen allmänna uttalanden om anställningsskyddslagens innebörd. Ledamoten ansåg att arbetstagarna inte kunde anses ha en rättslig grundad skyldighet att underkasta sig provtagningen och därför förelåg inte saklig grund för uppsägning.

även informerats i fråga om att hans vägran att lämna urinprov kunde föranleda uppsägning. Domstolen slog därför fast att uppsägningen å arbetsgivarens sida var sakligt grundad och hade på grund av stämningsansökan inte anledning att gå in på huruvida arbetsgivarens omplaceringskyldighet ansågs vara fullgjord.

I detta fall fanns inte heller någon genom avtal grundad förpliktelse ifråga om arbetstagarens skyldighet att genomgå förevarande drogtest. Dessutom fanns inte heller något säkerhets- och skyddsintresse att beakta genom AML. Här blir det enkom fråga om upprepad ordervägran från arbetstagarens sida.

Även AD 2009 nr 36 handlade om huruvida arbetsgivaren kunde anses haft saklig grund för uppsägning av de två arbetstagarna som vägrat underkasta sig kontrollåtgärd i form av användningen av alkoholskåp. Arbetstagarna hade vägrat att underkasta sig provtagningar vid upprepade tillfällen även efter att de varnats härom. Arbetsdomstolen slog fast att då arbetstagarna brutit mot en viktig säkerhetsföreskrift var det inte skäligt att kräva att bolaget skulle ha omplacerat arbetstagarna till annan anställning som innebar framförande av fordon. Arbetsdomstolen kom fram till att det förelegat saklig grund för uppsägning av arbetstagarna.

I både AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 36 var det frågan om upprepad ordervägran. I dessa fall ansågs kravet på dokumentation vara uppfyllt och härigenom bedömde domstolen i båda fallen arbetstagarna vara olämpliga för vidare arbete hos arbetsgivaren. Dessa två fall är utifrån min uppfattning intressanta ur två olika perspektiv. I AD 2001 nr 3 var vid anställningsavtalets ingående arbetstagarens tidigare missbruksproblem kända för arbetsgivaren. Enligt min uppfattning ökar härigenom kraven på att arbetsgivaren skall ha företagit rehabiliteringsinsatser när det gäller saklig grund bedömningen. Istället menar Arbetsdomstolen att arbetstagarens tidigare missbruksproblem ligger till grund för arbetsgivarens befogade misstankar om att arbetstagaren hade återfallit i missbruk. På detta sätt kommer Arbetsdomstolen fram till att det förelegat ett starkt intresse av att drogtesta arbetstagaren och då arbetstagaren vägrar att medverka till åtgärden förlorar denne sin anställning. Detta skall ses mot bakgrund av att avtal saknades för åtgärden samt att inga säkerhets- och skyddsintressen fanns att ta hänsyn till enligt AML:s bestämmelser. I AD 1991 nr 45 saknades även avtal för testning, i det rättsfallet utfördes drogtestning på hela personalen. Detta kan ställas mot att arbetsgivarens enskilda misstankar om arbetstagarens återfall i missbruk i AD 2001 nr 3 lades till grund för arbetsgivarens intresse att drogtesta denne. Vidare anser jag att AD 2009 nr 36 är intressant på grund av att Arbetsdomstolen gjorde bedömningen att tolkningsföreträde inte kan läggas i en tvist gällande testning och på så vis förlorade arbetstagarna sina anställningar. Som jag tidigare nämnt ställer detta krav på tydliga kollektivavtal om en arbetstagarorganisation avser att skydda arbetstagare från vissa testmetoder. Det blir särskilt tydligt i detta rättsfall då oklarheten kring kollektivavtalets betydelse för vilken testmetod som skulle användas ledde till att arbetstagarna förlorade sina anställningar.

I AD 2002 nr 51 var frågan huruvida det förelegat saklig grund för uppsägning av en busschaufför som vägrat underkasta sig ett oannonserat drogtest. I målet var ostridigt att arbetstagaren hade en

skyldighet att underkasta sig testet. För arbetsplatsen fanns en drogpolicy som föreskrev att om någon vägrade drogtestning skulle detta betraktas som ett positivt svar dvs. att personen var drogpåverkad och arbetstagaren skulle stängas av från sin tjänst. Om arbetstagaren herefter inte vill genomgå rehabilitering skulle anställningen upphöra. Det uppkom misstankar om att arbetstagaren missbrukade droger i någon form varpå ett drogtest utfördes på denne och positivt resultat visades gällande amfetamin. Detta ledde till att arbetstagaren stängdes av från sin tjänst och det beslutades att denne skulle genomgå ett antal vidare drogtester. Arbetstagaren genomgick fyra tester och alla visade negativt resultat. Han uteblev sedermera från två testtillfällen. Arbetstagaren återgick i tjänst med förbehållet att denne även i fortsättningen skulle underkasta sig tester. Arbetstagaren signerade ett s.k. återgångskontrakt genom vilket han förband sig att under en period av ett år lämna oannonserade drogtester. Arbetstagaren fullföljde kontraktet. Efter denna period uppmanades arbetstagaren att återigen lämna ett slumpmässigt drogtest vilket denne vägrade och stängdes återigen av från sin tjänst. Efter denna händelse lämnade arbetstagaren ytterligare ett drogtest vilket visade negativt resultat. Några månader efter detta sades arbetstagaren upp på grund av personliga skäl. Domstolen anförde att det var av yttersta vikt att arbetsgivaren i tanke på verksamhetens art hade ett starkt intresse av att inga busschaufförer var påverkade av narkotika eller andra droger samt att arbetstagarna skulle underkasta sig testerna i enlighet med drogpolicyn. Mot bakgrund av detta såg domstolen allvarligt på händelsen att arbetstagaren vägrade att genomgå drogtest. Dock framhölls att det positiva testsvaret i sammanhanget inte skulle tillmätas allt för stor betydelse då arbetstagaren därefter under två års tid skött sina åtaganden utan anmärkningar. Det konstaterades att arbetstagaren inte vägrat att delta i någon utredning eller rehabilitering. Då arbetstagaren vägrade genomgå drogtestning visades inget narkotikabruk föreligga och domstolen menade att det kunde vara så att arbetstagarens agerande berodde på stundens ingivelse. Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren, utöver att stänga av arbetstagare, skulle ha företett ytterligare utredning innan ett uppsägningsförfarande inleddes. Domstolen menade härvid att uppsägningen inte var sakligt grundad i detta fall.

AD 2009 nr 53 handlade om en arbetstagare med missbruksproblem som arbetade vid ett smältverk. Vid arbetsplatsen fanns en drogpolicy utarbetad tillsammans med berörda arbetstagarorganisationer vari föreskrevs att slumpvisa drogtester tilläts vid arbetsplatsen. Arbetstagaren genomgick ett drogtest som visade positivt resultat ifråga om amfetamin vilket ledde till en skriftlig varning och en påbörjad rehabilitering. Några månader senare genomgick arbetstagaren ytterligare ett drogtest vilket även det var positivt ifråga om amfetamin varpå arbetstagaren fick en ny skriftlig varning. Arbetstagaren genomgick rehabilitering vid ett behandlingshem och genomgick sedermera flera drogtester som visade negativt resultat. Ungefär ett och ett halvt år efter de positiva testerna uppträdde arbetstagaren på ett sätt som var att jämföras med att arbetstagaren vägrade att lämna urinprov vid två tillfällen. Arbetsgivaren kunde på grund av arbetstagarens vägran inte veta om denne kunde tas i anspråk vid arbetsplatsen. Arbetsgivaren sade sedermera upp arbetstagaren på grund av drogrelaterade problem. Herefter visade en

provtagning att arbetstagaren hade alkohol i blodet. Arbetsdomstolen menade att de positiva testerna, med hänsyn till tidsaspekten måste tillmätas mindre betydelse ifråga om uppsägningen. Arbetstagarens vägran att delta i testerna betraktades som en allvarlig förseelse då denne var medveten om arbetsgivarens provtagningar. Att arbetstagaren slutligen inställde sig för arbete med alkohol i kroppen menade Arbetsdomstolen är en situation som framstår som allvarligare med hänsyn tagen till att arbetstagaren knappt en vecka innan hade underättats om uppsägning. Detta menar domstolen visar på att arbetstagaren var beredd att utföra sitt riskfyllda arbete under direkt påverkan av alkohol. I detta fall menade domstolen att det för frågan om uppsägning måste tas hänsyn till att arbetsgivarens verksamhet var förenad med stora risker. En arbetstagare, påverkad av droger eller alkohol, skulle kunna utgöra en stor riskfaktor ifråga om att skada sig själv eller andra på arbetsplatsen. Domstolen menade att arbetsgivaren hade rätt att anta att arbetstagaren, i varje fall efter att denne inställt sig med alkohol i kroppen, inte kunde tas i anspråk i den farliga verksamhet som arbetsgivaren bedrev. Domstolen kommer vidare fram till att det inte fanns någon möjlighet för arbetsgivaren att omplacera arbetstagaren och slog fast att uppsägningen var sakligt grundad.²⁴¹

I både AD 2002 nr 51 och AD 2009 nr 53 kan ses att drogtester användes som en rehabiliteringsinsats varom i båda fallen var en överenskommen ordning. I AD 2009 nr 53 menar jag att utfallet av denna tillämpning blir paradoxal för arbetstagaren med dokumenterade missbruksproblem. Detta mot bakgrund av att arbetstagarens positiva test aktualiserade vidare rehabiliteringsåtgärder medan arbetstagarens vägran att genomgå testning sedermera ledde till en uppsägning på grund av drogrelaterade problem. Här menar jag att en för strikt tillämpning av arbetsledningsrätten är för handen sett mot bakgrund av arbetstagarens ordervägran och sjukdomsbild. Omständigheten att arbetstagaren sedermera uppträdde onycter i tjänsten kan förstås inte bortses ifrån vid saklig grund bedömningen för vidare arbete hos arbetsgivaren. Det fanns även stöd för åtgärden i kollektivavtal.

²⁴¹ En ledamot var av skiljaktig mening och anförde vad som följer. Arbetstagarens uppgivna anledningar till varför denne inte kunde lämna urinprov vid de två tillfällena menar ledamoten skall ses i ljuset av att arbetstagaren dessförinnan lämnat urinprov samt att han mellan de två tillfällena för vägran lämnat ett prov med negativt resultat. På detta sätt menade ledamoten att det i målet inte var styrkt att arbetstagaren avsiktligt inte underkastat sig drogtest. Att arbetstagaren slutligen inställde sig alkoholpåverkad får enligt ledamoten ses som en engångsföreteelse som föranleddes av att arbetstagaren mottagit besked om uppsägning. Ledamoten menar att det inte förelegat saklig grund för uppsägning.

6 Förslag till framtida reglering²⁴²

I SOU 2009:44 föreslås att en ny lag skall stiftas till skydd för arbetstagarens personliga integritet i arbetslivet.

Med medicinska undersökningar avses i lagförslaget åtgärder som innebär att medicinsk information hämtas. Sådana åtgärder bestäms i 7 § vara en hälsoundersökning eller ett alkohol-, narkotika eller annat drogtest. Alkoholtest som sker genom användande av alkolås i fordon inbegrips inte i begreppet. I utredningen uttrycks att muntliga upplysningar och hälsodeklarationer även faller utanför begreppsbestämningen. Det gör även psykologiska undersökningar och fysiska tester som inte är ett led i en medicinsk behandling. Vidare anges att metoder för genomförandet av medicinska undersökningar skall vara kvalitetssäkrade. Med uttrycket ”andra drogtester” skall förstås substanser som omfattas av lag (1991:1969) om förbud mot vissa dopningsmedel och lag (1999:42) om förbud mot vissa hälsofarliga varor. Vad som avses med narkotika framgår av narkotikalagstiftningen och vad som avses med alkohol kräver ingen förklaring. Alkolås undantas från begreppet medicinsk undersökning bl.a. då den information som vid ett sådant förfarande sker i normalfallet inte kan hänföras till en viss identifierbar individ.²⁴³ Lagen skall endast omfatta medicinska undersökningar som från arbetsgivarens sida utgör en kontrollåtgärd på så sätt att undersökningen syftar till att arbetsgivaren skall få information som är hänförlig till en enskild arbetstagare. Detta gör att medicinska undersökningar som arbetsgivaren erbjuder utan återrapportering till individen inte omfattas av regleringen. Den föreslagna regleringen skall inte hindra arbetsgivaren att genom överenskommelse med arbetstagaren erhålla medicinsk information om denne som kan utgöra ett led i en mer effektiv rehabilitering. Dock gäller att om en arbetsgivare tar initiativ till en medicinsk undersökning faller denna begäran under den föreslagna bestämmelsen. I jämförelse med 30 § LOA omfattar regleringen även medicinska undersökningar som anordnas i samförstånd med en arbetstagare under förutsättning att det handlar om en kontrollåtgärd. Detta då det i många fall kan vara oklart om ett samtycke har lämnats till en medicinsk undersökning.²⁴⁴

När det gäller medicinska undersökningar skall skyddsintressena vara avgörande för arbetsgivarens rätt att företa sådana undersökningar. Lagförslaget skall därför gälla både privat och offentlig sektor. Detta gör att medicinska undersökningar regleras särskilt i den föreslagna lagen och på så sätt upphävs 30 § LOA.²⁴⁵ Lagen föreslås ge stöd för medicinska undersökningar som är regelbundna, slumpmässiga

²⁴² Förslag till lag (2010:00) om integritetsskydd i arbetslivet kan läsas i Bilaga B.

²⁴³ SOU 2009:44 s 316- 326.

²⁴⁴ SOU 2009:44 s 314-316.

²⁴⁵ SOU 2009:44 s 312- 313.

(stickprovskontroller inräknade) och som utförs på förekommen anledning.²⁴⁶

Avseende vilka intressen som bör beaktas nämns arbetsgivarens intresse av att kontrollera arbetstagares hälsa eller bruk av droger, arbetsmiljöskäl och samhällets och tredje mans intressen av att en kontrollåtgärd vidtas. Arbetsgivaren kan även ha företagsekonomiska skäl för att använda sig av medicinska undersökningar t.ex. som ett sållningsinstrument vid befordran. Vidare kan det ligga i arbetsgivarens intresse att skydda sin egendom alternativt skydda sig mot skador samt även skydda sig mot ”badwill”. För arbetstagarens del lyfts fram att medicinska undersökningar kan komma i konflikt med arbetstagarens intresse av att underkasta sig sådana. Detta kan bero på att arbetstagaren vill hemlighålla brister i sitt hälsotillstånd samt missbruk av alkohol eller andra droger. Det finns även en risk för att överskottsinformation kan framkomma vid medicinska undersökningar vilket gör att kontrollåtgärden kan upplevas vara särskilt känslig ur integritetssynpunkt för arbetstagaren. Dock skall utgångspunkten för arbetsgivarens möjlighet till medicinska undersökningar i sin verksamhet begränsas till vad som anses vara nödvändigt. Det anses vara en förutsättning att genom lag förtydliga för vilka ändamål en arbetsgivare kan använda sig av medicinska undersökningar i tanke på åtgärden såsom särskilt integritetskänslig.²⁴⁷

Kraven ställs högt för att en avvägning skall utfalla till fördel för en arbetsgivare. I lagens 9 § anges vilka ändamål som berättigar en medicinsk undersökning. Sådana ändamål är t.ex. säkerhetsskäl och avser i första hand de skyddsintressen som omfattas av 30 § LOA. Det kan t.ex. bli aktuellt med en medicinsk undersökning på en riskfylld arbetsplats där felhandlingar av en arbetstagare kan leda till livsfara eller annan väsentlig skada för hälsan. I detta fall måste det handla om en konkret fara av inte obetydligt slag. Förevarande bestämmelse bör inte kunna tillämpas ifråga om drogtest som rent allmänt har som syfte att förebygga skador på hälsan som ett missbruk av alkohol eller narkotika kan medföra. Med hänsyn tagen till främst allmänhetens säkerhet bör inte en reglering av medicinska undersökningar göras beroende av kollektivavtal såsom 30 § LOA. Vidare anges att en medicinsk undersökning skall kunna användas som ett led i rehabilitering. Här anges bl.a. att en avsaknad av en uttrycklig överenskommelse om förevarande åtgärd inte direkt leder till att åtgärden inte skall anses vara godtagbar. Det blir istället fråga om en sammanställning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att avgöra denna fråga. Härvid bör beaktas att det i normalfallet inte krävs att en arbetsgivare behöver närmare uppgifter om arbetstagarens sjukdomsförhållanden ur rehabiliteringssynpunkt, oftast är uppgifter om arbetstagarens arbetsförmåga tillräckliga. Vidare föreslås medicinska undersökningar kunna användas i verksamheter av speciell karaktär, här nämns AD 2001 nr 3 som exempel. Det anförs att skälen för medicinsk undersökning ifråga om denna punkt skall vara väldigt starka, det skall handla om att undersökningar är en förutsättning för att verksamheten eller en stor del av denna skall kunna bedrivas. Det är förekommande att en

²⁴⁶ SOU 2009:44 s 327.

²⁴⁷ SOU 2009:44 s 310-313.

utländsk avtalspart uppställer som krav att drogtest skall genomföras i syfte att säkerställa att arbetsgivarens personal är drogfri. I dessa fall torde det oftast handla om säkerhetskänsliga arbeten. Det framhålls dock att det inte skall vara möjligt för en arbetsgivare att lägga ut en uppgift på entreprenad och såsom ett villkor uppställa att entreprenören skall drogtesta sin personal då arbetsgivaren själv inte kan företa medicinska undersökningar ifråga om sin egen personal. Ytterligare uttrycks att specialförfattningar som reglerar medicinska undersökningar gäller framför den föreslagna lagen. Till dessa författningar hör inte AML:s bestämmelser; 3 kap 2 §, 3 kap 2 a §, 3 kap 4 § samt inte heller 22 kap AFL. Utredningen menar att dessa bestämmelser inte kan anses innefatta föreskrifter om medicinska undersökningar. I 8 § stadgas att en medicinsk undersökning endast skall kunna begäras om den sker för ett berättigat ändamål och utgör ett godtagbart ingrepp i arbetstagarens personliga integritet i förhållande till undersökningens ändamål. Innebörden av detta anges vara att ”samma principer bör gälla för att få begära medicinska undersökningar som när man från det allmännas sida vidtar ingripande åtgärder mot enskilda.”²⁴⁸ Detta innebär att proportionalitetsprincipen, behovsprincipen och ändamålsprincipen aktualiseras. Proportionalitetsprincipen innebär att åtgärden gällande art, styrka, räckvidd och varaktighet skall stå i rimlig proportion till vad som kan vinnas med åtgärden. Innebörden av behovsprincipen är att en åtgärd endast är påkallad när det finns ett påtagligt behov och att mindre ingripande åtgärder inte anses tillräckliga för att tillgodose det aktuella behovet. Dessa principer återknyter till 2 kap 12 § RF dvs. att skyddet mot påtvingat kroppsligt ingrepp endast får begränsas för ändamål som är godtagbara i ett demokratiskt samhälle. Begränsningen får vidare inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till det ändamål som har föranlett den. Motsvarande krav återfinns i 8:2 EKMR. I 10 § uppställas krav på att hälso- och sjukvårdspersonal skall genomföra den medicinska undersökningen, provtagning av utandningsluft undantaget, samt att prover skall analyseras på ackrediterade laboratorier.²⁴⁹

I huvudsak föreslås att lagens regler skall vara tvingande dvs. avtal som rör spörsmål som faller under lagen är utan verkan om det inskränker arbetstagarens skydd, detta uttrycks i 3 §. I 3 § anges vidare att avvikelser genom kollektivavtal får göras från 14 § dvs. förhandlingsskyldighet enligt MBL ifråga om införandet av en kontrollåtgärd. I 3 § tillika i 11 § nämns även att 9 § bestäms vara semidispositiv dvs. genom kollektivavtal får även avvikelser göras när det gäller en begäran om medicinsk undersökning enligt 8 § för andra ändamål än de som anges i 9 §. I 11 § framkommer att en förutsättning för att avvikelser på detta sätt skall kunna göras är att kollektivavtalet har slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation. I utredningen kan läsas att det finns flera exempel i den arbetsrättsliga lagstiftningen där rätten att göra avvikelser i kollektivavtal lagts på antingen lokal eller central nivå. Det framhålls att det för medicinska undersökningar rör sig om integritetskänsliga åtgärder varför det finns ett intresse av att frågor härom lyfts till central nivå. Mot detta förslag talar att parterna på lokal nivå dvs.

²⁴⁸ SOU 2009:44 s 337.

²⁴⁹ SOU 2009:44 s 328- 345.

på avdelnings- eller arbetsplatsnivå har bäst kännedom när det gäller att avgöra behovet av medicinska undersökningar.²⁵⁰ En generell bestämmelse föreslås i 13 § som förbjuder integritetskränkande kontrollåtgärder. Paragrafen avses komplettera övriga bestämmelser i lagen och är subsidiär i relation till dessa. Bestämmelsen är endast tillämplig rörande kontrollåtgärder som en arbetsgivare företar. För bestämmelsens tillämplighet är det tillräckligt att åtgärden som arbetsgivaren genomför innebär att denne kontrollerar eller kan kontrollera en arbetstagarare. Vidare krävs att kontrollåtgärden på ett påtagligt sätt utgör påverkan på en eller flera arbetstagarares personliga integritet. När det gäller bedömningen av huruvida en kontrollåtgärd har en påtaglig integritetspåverkan får detta ytterst avgöras i rättstillämpningen genom en helhetsbedömning. Bedömningen skall ske på objektiva grunder.²⁵¹

Svenskt Näringsliv²⁵² anger i sitt remissyttrande gällande utredningen om integritetsskydd i arbetslivet att lagförslaget inte bör genomföras. Detta bl.a. med hänsyn tagen till att förslaget är komplicerat till sin utformning. Vidare framhålls att kravet på att arbetsledningsrätten skall utövas i enlighet med god sed i förening med Arbetsdomstolens praxis för området ger ett tillräckligt skydd. Lagförslaget innebär att arbetsledningsrätten på ett oacceptabelt sätt ytterligare begränsas. På den svenska arbetsmarknaden råder inte sådana missförhållanden ifråga om arbetstagararens integritet att lagstiftning för området behöver införas. Svenskt Näringsliv anser att ett av de allvarligaste problemen med lagförslaget är att avvikelser gällande medicinska undersökningar för andra ändamål än de i lagen angivna har gjorts beroende av centralt träffade eller godkända kollektivavtal enligt 11 §. Organisationen menar att det är de lokala parterna och arbetsgivaren som bäst känner till förutsättningarna för kontrollåtgärder på den enskilda arbetsplatsen.

LO²⁵³ anger i sitt yttrande angående utredningen att organisationen generellt är positiv till lagförslaget. Organisationen menar att det är påkallat att skyddsnivån höjs i förhållande till vad Arbetsdomstolens praxis visar och detta även med hänsyn tagen till EKMR. Vidare anför LO att rehabilitering av arbetstagarare enligt 9 § 2 p inte skall regleras i lagen gällande medicinska undersökningar då det härför finns bestämmelser i andra regelverk. LO uttrycker även att medicinska undersökningar inte skall få företas p.g.a. verksamhetens speciella karaktär enligt 9 § 3 p. Detta då denna bestämmelse kan leda till kränkningar av arbetstagararens integritet

²⁵⁰ SOU 2009:44 s 348-349.

²⁵¹ SOU 2009:44 s 429-431.

²⁵² Huvudorganisationen för företagsamheten i Sverige. Medlemmar är bransch- och arbetsgivarförbund samt andra sammanslutningar av företag. Organisationens remissyttrande refereras i stycket som följer. Hämtat från: http://www.svensktnaringsliv.se/multimedia/archive/00019/Remissvar_2009-108_19103a.pdf.

²⁵³ Landsorganisationen i Sverige, en sammanslutning av arbetstagarorganisationer. Samverkar med socialdemokraterna. Organisationens remissyttrande refereras i stycket som följer. Hämtat från: [http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/28BCB5CA7A2529B9C1257635004CDB76/\\$file/Yttrande_remiss.SOU2009.44.pdf](http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/28BCB5CA7A2529B9C1257635004CDB76/$file/Yttrande_remiss.SOU2009.44.pdf).

som både strider mot grundlagen och EKMR.²⁵⁴ LO är även av uppfattningen att medicinska undersökningar i förhållande till skyddsintressen enligt 9 § 1 p skall göras beroende av kollektivavtal i likhet med 30 § LOA, alternativt att regleringen på det statliga området skall kvarstå. Vidare kräver LO att det i lagen införs en bestämmelse om en rätt för arbetstagarorganisationer att utöva tolkningsföreträde.

TCO²⁵⁵ anger i sitt remissyttrande att organisationen i stort ställer sig bakom lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet. TCO framhåller dock att organisationen anser att det är oklart vad lagens 9 § 3 p innebär dvs. vad som skall förstås med ”avgörande betydelse” och ”verksamhetens speciella karaktär”. Organisationens menar att det inte skall kunna vara möjligt för en arbetsgivare att vid behov beordra en arbetstagarare att underkasta sig en medicinsk undersökning.²⁵⁶ Vidare anför TCO att förslaget bör kompletteras med en rätt för arbetstagarorganisationer att lägga tolkningsföreträde. Detta mot bakgrund av att avsaknaden av en sådan rätt kan leda till att arbetstagarare tvingas att i princip underkasta sig varje integritetskränkning alternativt vägra detta och riskera att förlora sin anställning.²⁵⁷

SACO²⁵⁸ menar i sitt remissyttrande att det finns ett stort behov av ett stärkt integritetsskydd i lagform. Detta bl.a. mot bakgrund av ett rättsläge som kännetecknas av brist på förutsägbarhet. SACO ställer sig dock inte bakom medicinska undersökningar som ett led i rehabilitering enligt 9 § 2 p. Organisationens anser inte att utredningen vidare har redogjort för förslagets effekter samt inte heller angett hur förslaget förhåller sig till andra regelverk rörande rehabilitering. Ytterligare anger SACO att syftet med en rehabilitering i sig främst inte är övervakning eller kontroll. SACO framhåller ifråga om 13 §, avvikelser genom kollektivavtal, att lokala avtal även skall kunna slutas eventuellt efter godkännande av en central arbetstagarorganisation. SACO är även av uppfattningen att lagen bör kompletteras med en rätt för arbetstagarorganisationer att kunna lägga tolkningsföreträde när det gäller kontrollåtgärder.²⁵⁹ SACO anför ytterligare

²⁵⁴ LO anger att det finns fog för uppfattningen att utgången av AD 2001 nr 3 strider mot EKMR. Till grund för detta påstående hänvisar LO till Wretlund mot Sverige och Madsen mot Danmark Europadomstolen har på så vis inte prövat huruvida artikel 8 förhåller sig till en inskränkning som endast är motiverad av verksamhetens speciella karaktär då inte starka säkerhets- eller skyddsintressen är för handen.

²⁵⁵ Tjänstemännens Centralorganisation, en obunden partipolitisk sammanslutning av arbetstagarorganisationer. Organisationens remissyttrande refereras i stycket som följer. Hämtat från: [Http://www.tco.se/Templates/Page2_419.aspx?DataID=9071](http://www.tco.se/Templates/Page2_419.aspx?DataID=9071).

²⁵⁶ Härvid hänvisas till AD 2001 nr 3. Vidare hänvisar organisationen till RF och EKMR som en yttre gräns för de ändamål som kan anses motivera en medicinsk undersökning. Här nämns även Wretlund mot Sverige och Madsen mot Danmark och påpekandet att Europadomstolen aldrig prövat huruvida artikel 8 förhåller sig till en inskränkning i lag som endast är berättigad med hänsyn tagen till verksamhetens speciella karaktär utan att starka säkerhets- eller skyddsintressen finns.

²⁵⁷ LO uttrycker motsvarande uppfattning ifråga om tolkningsföreträdet.

²⁵⁸ Sveriges Akademiernas Centralorganisation, en partipolitisk obunden sammanslutning av arbetstagarorganisationer. Organisationens remissyttrande refereras i stycket som följer. Hämtat från: [Http://www.saco.se/templates/Article.aspx?id=6443&epslanguage=SV](http://www.saco.se/templates/Article.aspx?id=6443&epslanguage=SV).

²⁵⁹ I annat fall anges att arbetstagararen i praktiken, om denne inte vill riskera sin anställning, tvingas tillmötesgå arbetsgivarens åtgärder oberoende av förenlighet med lagen.

att den generella bestämmelsen i 13 § kan komma att leda till tvister om vilka kontrollåtgärder som bedöms ha en påtaglig integritetspåverkan.²⁶⁰

²⁶⁰ Här nämns AD 2009 nr 36 som ett tänkbart gränsfall rörande arbetsgivarens installation av alkoskåp.

7 Analys

Uppsatsens första syfte är att presentera gällande rätt rörande drog- och alkoholtester och arbetstagarens integritet i Sverige samt att beskriva det aktuella lagförslaget och en framtida utveckling för rättsområdet.

Uppsatsens andra syfte är att utifrån teorin om normativa grundmönster och *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position* analysera gällande rätt, lagförslaget och rättsutvecklingen ifråga om drog- och alkoholtester.

Det marknadsfunktionella grundmönstret är ett dynamiskt mönster som består av äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten och som verkar för en ständig omfördelning av verksamheter, värden och uppnådda positioner. Inom arbetsrätten framkommer *Det marknadsfunktionella grundmönstret* genom arbetsgivarens § 32 befogenheter. *Skydd för etablerad position* är ett konservativt grundmönster som uttrycks genom 7 § LAS och kravet på saklig grund. Här är utgångspunkten att arbetstagarens anställning skall skyddas och bevaras, inte att balans mellan arbetstagaren och arbetsgivaren skall uppnås genom anställningsavtalet. Mellan *Det marknadsfunktionella grundmönstret* och *Skydd för etablerad position* finns en konflikt som utgör en utgångspunkt för min analys.

Det står klart att en arbetsgivare har primär förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL gentemot avtalsbärande arbetstagarorganisation när det gäller genomförandet av drog- och/eller alkoholtester under förutsättning att denna skyldighet inte har avtalats bort. Av 13 § MBL följer även att en sådan skyldighet gäller gentemot icke avtalsslutande arbetstagarorganisation om frågan särskilt angår arbets- eller anställningsförhållandena. Detta gör alltså att arbetstagare som tillhör en arbetstagarorganisation ges rätt till information om genomförande av drog- och/eller alkoholtester från arbetsgivarens sida medan oorganiserade arbetstagare inte ges en sådan rätt. För frågan om förhandlingsskyldighet finns ingen rättslig skillnad för offentlig och privat sektor ifråga om drog- och/eller alkoholtester.

Arbetsledningsrätten är en allmän rättsgrundsats som utgör en dold klausul i kollektivavtal och kan verka såsom en utfyllande rättsregel i förhållande till personliga avtal. När det gäller tillåtligheten av drog- och alkoholtester betonas avtalsfriheten och dynamiken i *Det marknadsfunktionella grundmönstret* på den privata sektorn av arbetsmarknaden då det i praxis slås fast att förevarande kontrollåtgärd kan överenskommas genom kollektivavtal, personliga avtal eller i någon annan form. Avtalsfriheten begränsas dock genom kollektivavtalets normerande verkan enligt 27 § MBL i förhållande till det personliga anställningsavtalet. Detta försvårar arbetstagares enskilda möjlighet att genom personliga avtal skydda sin personliga integritet och undslippa testning.

Enligt min uppfattning krävs det en exklusiv reglering om en begränsning av tillåtligheten av testning, i kollektivavtal eller personliga avtal, för att arbetstagarens integritet och anställning säkert skall vinna

skydd. Detta då Arbetsdomstolen tillerkänt arbetsgivaren en rätt, enkom genom arbetsledningsrätten, att företa testning vid avsaknad av en sådan överenskommelse.²⁶¹ På detta sätt har arbetsgivaren givits goda möjligheter att företa testning. Arbetsdomstolen har dessutom slagit fast att arbetstagarorganisationer saknar en rätt att lägga tolkningsföreträde när det gäller en tvist om drog- och/eller alkoholtester. Detta då testning inte är en tvist om medlems arbetskyldighet enligt avtal utan en av arbetsgivaren ensidigt beslutad kontrollåtgärd.²⁶² I tvister om tillåtligheten av testning har arbetstagare förlorat sina anställningar genom saklig grund bedömningen enligt 7 § LAS, med hänsyn tagen till ordervägran.²⁶³ I enlighet med det nu anförda kan ses att äganderätten såsom ett konservativt inslag i *Det marknadsfunktionella grundmönstret* står i direkt konflikt med *Skydd för etablerad position* och arbetstagarens skydd för sin anställning och personliga integritet. Då lagreglering saknas i nuläget för frågan om tillåtligheten av drog- och alkoholtester stärks arbetsgivarens § 32 befogenheter än mer gentemot arbetstagarens anställningsskydd mot bakgrund av den praxis som skapats på den privata sektorn av arbetsmarknaden. Detta då det inte finns någon på förhand given ram för intresseavvägningen och på så vis god sed bedömningen.

Säkerhets- och skyddsintresset enligt AML:s bestämmelser har av Arbetsdomstolen ansetts vara ett tungt vägande skäl å arbetsgivarens sida att företa testning ifråga om intresseavvägningen och god sed bedömningen.²⁶⁴ I SOU 2009:44 nämns att 3 kap 2 §, 3 kap 2 a §, 3 kap 4 § samt 22 kap AFL inte kan anses innefatta föreskrifter om medicinska undersökningar. Förarbetena till AML anger inte heller något om testning. Detta kan indikera att Arbetsdomstolen i sin rättstillämpning gjort en extensiv tolkning av AML:s bestämmelser rörande testning. I Madsen mot Danmark och Wretlund mot Sverige betonade även Europadomstolen vikten av att testningen utfördes i enlighet med ett säkerhetsintresse. På detta sätt konstaterade Europadomstolen genom en proportionalitetsbedömning att arbetsledningsrätten uppfyllde kravet på lagstöd i 8:2 EKMR. I Madsen mot Danmark var det fråga om en ensidigt upprättad drogpolicy från arbetsgivarens sida. Genom Europadomstolens summariska sakprövning i Wretlund mot Sverige och Madsen mot Danmark bekräftas dominansen av *Det marknadsfunktionella grundmönstret* i förhållande till *Skydd för etablerad position* mot bakgrund av testning i enlighet med ett säkerhetssyfte.

Alkoholtestet i AD 1998 nr 97 är det enda exemplet på en intresseavvägning i Arbetsdomstolens praxis gällande testning som utfallit till fördel för arbetstagarens integritet och på så vis bedömts strida mot god sed på arbetsmarknaden. Här betonades betydelsen av kravet på testers tillförlitlighet då det ifrågavarande alkoholtestet rättsligt underkändes tillika

²⁶¹ AD 1991 nr 45 och AD 2001 nr 3, se kapitel 5.2. I AD 2009 nr 36 bestämde Arbetsdomstolen efter en tolkning av kollektivavtalet att detta inte reglerade att arbetsgivaren exklusivt fick använda sig av alkohol se kapitel 5.1.

²⁶² AD 2009 nr 36, två ledamöter angav särskilt yttrande ifråga om 34 § MBL se kapitel 5.2 not 225.

²⁶³ AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 36, se kapitel 5.3.

²⁶⁴ AD 1991 nr 45, 1998 nr 97 och 2009 nr 36, se kapitel 5.1 och 5.2.

kollektivavtalet som reglerade detta. Härvid kan ses att avtalsfriheten i *Det marknadsfunktionella grundmönstret* begränsas av Arbetsdomstolen till fördel för arbetstagarens integritet. Domstolen konstaterar vidare att bruk av alkohol är socialt accepterat i förhållande till bruk av narkotika som är straffbart. Mot bakgrund av detta är jag av uppfattningen att en arbetstagares intag av alkohol i högre grad tillerkänns en rättmätig integritetsaspekt i jämförelse med bruk av narkotika.

När det gäller diskussionen om Drittwirkung är Källström av uppfattningen att artikel 8 EKMR kan tillämpas mellan enskilda i nationell rätt mot bakgrund av AD 1998 nr 97. Westregård menar att samma rättsfall är banbrytande i nationell rätt på så sätt att artikel 8 bedömdes vara tillämplig i målet. Dock anför Westregård att det inte är klart om Arbetsdomstolen i praktiken har tillämpat artikel 8 mellan enskilda eller om domstolen endast har framhållit statens positiva skyldigheter att vidta åtgärder i förhållande till EKMR. Arbetsdomstolen har även omnämnt artikel 8 i andra rättsfall för testning.²⁶⁵ Min uppfattning är att HD i NJA 2007 s 747 slår fast att enskilda genom rättsligt förfarande gentemot andra enskilda inte kan framtvinga efterlevnaden av artikel 8 processuellt. Detta torde innebära att Drittwirkung härom är utesluten. Även då inte några positiva skyldigheter för testning har slagits fast genom domar från Europadomstolen har den personliga integriteten i andra arbetsrättsliga sammanhang bedömts vara en mänsklig rättighet.²⁶⁶ Detta kan vara en bidragande orsak, i förening med Arbetsdomstolens rättsskapande funktion för frågan, till att ett lagförslag om medicinska undersökningar är för handen. På så vis kan det åtminstone talas om en slags indirekt Drittwirkung för frågan om drog- och/eller alkoholtester. Ytterst kan framhållas att en förutsättning för att relationen mellan enskilda skall beröras är att positiva skyldigheter enligt EKMR slås fast. När det gäller påverkan på nationell rätt härvid har jag givit artikel 11 och den negativa föreningsfriheten som exempel. Det kan konstateras att frågan om drog- och alkoholtester genom Europadomstolens praxis inte är föremål för en sådan direkt påverkan på nationell rätt. På detta sätt kan sägas att arbetstagare på den privata och offentliga sektorn av arbetsmarknaden inte direkt kan anses komma i åtnjutande av skydd för sin integritet ifråga om testning genom artikel 8 och EKMR. På grund av andra domar från Europadomstolen för arbetsrättsens område ifråga om integritetskänsliga åtgärder är jag av uppfattningen att rättsutvecklingen nu kan komma att röra sig mer åt polen *Skydd för etablerad position* och dvs. längre bort från *Det marknadsfunktionella grundmönstret*.

Jag menar att *Det marknadsfunktionella grundmönstret* har fått för stort inflytande ifråga om rättstillämpningen när det gäller saklig grund bedömningen i enlighet med 7 § LAS och vägran att genomgå drog- och alkoholtester såsom en ordervägran. Jag menar att detta tydliggörs när det har gällt arbetstagare med dokumenterad missbruksproblematik.²⁶⁷ Jag anser härvid att äganderättens konservativa inslag i *Det*

²⁶⁵ AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 36, se kapitel 3.5.

²⁶⁶ Case of Niemietz v. Germany, Case of Halford v. the United Kingdom och Case of Copland v. the United Kingdom, se kapitel 3.4.

²⁶⁷ AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 53, se kapitel 5.3.

marknadsfunktionella grundmönstret och arbetsgivarens ensidiga rätt att besluta om testning står i konflikt med *Skydd för etablerad position* och arbetstagarens anställningsskydd. Närmare bestämt hävdar jag att *Det marknadsfunktionella grundmönstret* står i konflikt med *Konkurrens på lika villkor* och att det här föreligger ett ”fritt område” varvid arbetstagare med dokumenterade missbruksproblem dvs. sjuka arbetstagare inte kan förväntas bli bedömda lika utifrån referensnormen dvs. i jämförelse med friska arbetstagare. I AD 2001 nr 3 anställdes arbetstagaren med arbetsgivarens vetskap om dennes tidigare missbruksproblem. Enligt mig talar detta för att kraven avseende rehabiliteringsåtgärder ifråga om saklig grund bedömningen direkt ställs högre då denna omständighet på förhand är känd för arbetsgivaren. Arbetsdomstolen menar istället att arbetsgivaren hade en befogad rätt att utföra testning på arbetstagaren med hänsyn tagen till dennes tidigare missbruk. Arbetsdomstolen gjorde bedömningen att arbetstagarens upprepade vägran att medverka till drogtestet utgjorde saklig grund för uppsägning. Mot detta skall ställas att det saknades avtal för åtgärden och att det inte ansågs föreligga något säkerhets- eller skyddsintresse enligt AML till stöd för arbetsgivarens syfte att företa testning. Här ställs arbetsgivarens intresse av att företa drogtestning mot bakgrund av verksamhetens speciella karaktär direkt mot arbetstagarens intresse att skydda sin personliga integritet och behålla sin anställning sett utifrån sin dokumenterade missbruksproblematik samt avsaknaden av en överenskommelse för åtgärden. Jag menar att utfallet av denna rättstillämpning blir paradoxal och stelbent då Arbetsdomstolen väljer att se arbetstagarens vägran att medverka till testningen strikt såsom en ordervägran och bortser från arbetsgivarens rehabiliteringsansvar. I AD 2009 nr 53 kan även detta ses då en uppsägning av arbetstagaren aktualiserades då denne vägrade testning ställt mot att arbetstagaren kom i åtnjutande av ytterligare rehabiliteringsåtgärder då denne testade positivt. Det bör dock framhållas att det fanns en överenskommelse för åtgärden genom kollektivavtal och att det slutligen var arbetstagarens onykterhet i tjänsten som ledde till en uppsägning i enlighet med 7 § LAS.

När offentliga arbetsgivare uppträder i egenskap av enskild²⁶⁸ gäller även för frågan om drog- och alkoholtester att arbetsledningsrätten skall utövas i enlighet med god sed på arbetsmarknaden. Dock med tillägget att arbetsgivaren i enlighet med RF 1:9 skall utöva arbetsledningsrätten med saklighet och opartiskhet. På detta sätt är det gällande rättsläget att drog- och alkoholtestning kan företas av en offentlig arbetsgivare med hänsyn tagen till t.ex. arbetsmiljön i enlighet med AML eller i rehabiliteringssyfte i enlighet med AFL, i likhet med vad som gäller för arbetsgivare på den privata sektorn. Jag anser att AD 2001 nr 26 ger uttryck för en sådan tillämpning där alkoholtest användes som ett led i en rehabilitering av en arbetstagare. Annorlunda förhåller det sig då en arbetsgivare på den offentliga sektorn uppträder såsom allmän.²⁶⁹ Här är jag av uppfattningen

²⁶⁸ När den offentliga arbetsgivaren beslutar om frågor som faller inom ramen för enskilda arbetstagarers anställningsavtal och därmed även överenskommelser genom kollektivavtal. Se kapitel 4.

²⁶⁹ När den offentliga arbetsgivaren tar beslut som är att hänföra till statens intresse av att t.ex. säkerhet upprätthålls eller för att säkerställa offentligrättslig reglering. Se kapitel 4.

att både drog- och alkoholtester faller under RF 2 kap 6 § då arbetsgivaren uppträder såsom allmän och åtgärden kan anses vara påtvingad dvs. om det föreligger ett hot om att en vägran att delta i en sådan åtgärd kan leda till omplacering eller uppsägning. Jag menar att det är själva testmetoderna som gör att RF 2 kap 6 § i detta hänseende aktualiseras i enlighet med en ändamålstolkning av förarbetena samt mot bakgrund av att vissa JO-beslut talar härför.²⁷⁰

Efter AD 1984 nr 94 begränsades RF 2 kap 6 § i enlighet med RF 2 kap 12 § och 30 § LOA utformades. I motiven till 30 § LOA uttrycks att bestämmelsen skall tillämpas med urskillning och återhållsamhet samt med respekt för den enskildes integritet. Vidare uttrycks med anledning av AD 1984 nr 94 att det är väsentligt att en arbetstagare inte tvingas underkasta sig en hälsoundersökning i större utsträckning än vad som kan anses vara motiverat av skyddsintressena i enlighet med 30 § LOA. Vidare krävs för bestämmelsens tillämplighet att kollektivavtal har träffats eller ifråga om myndigheterna under regeringen att förordning har utfärdats. Denna reglering medför alltså att endast en viss krets av arbetstagare omfattas då arbetsgivaren uppträder såsom allmän. Vidare ges arbetstagarorganisationer inflytande genom att bestämmelsen har gjorts beroende av kollektivavtal. Härvid betonas avtalsfriheten i *Det marknadsfunktionella grundmönstret*. Dock bör framhållas att denna avtalsfrihet endast gäller mot bakgrund av de uppräknade skyddsintressena i 30 § LOA. På detta sätt ställs arbetstagare på den offentliga sektorn i lägre grad inför situationer då arbetstagarens integritet och dennes anspråk på att behålla sin anställning ställs mot arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Detta gäller även med hänsyn tagen till att drog- och alkoholtest dvs. hälsoundersökningar som följer av arbetsgivarens ordregivning endast, i enlighet med 30 § LOA, får företas med viss regelbundenhet. På detta sätt minskar inflytandet av *Det marknadsfunktionella grundmönstret* gentemot *Skydd för etablerad position*. Detta betyder att det främst är en begränsad tillåtlighet å arbetsgivarens sida att få använda sig av drog- och alkoholtester i sin verksamhet som ger skydd för arbetstagarens integritet och anställningsskydd då arbetsgivaren uppträder såsom allmän.

Det marknadsfunktionella grundmönstret blir mer påtagligt i förhållande till *Skydd för etablerad position* då en arbetstagare vägrar att underkasta sig ett drog- och/eller alkoholtest då arbetsgivaren i egenskap av sin arbetsledningsrätt får omplacera arbetstagaren till andra arbetsuppgifter, inom ramen för arbetstagarens arbetsskyldighet. I motiven anges även att disciplinpåföljd kan utdelas för en arbetstagares vägran att genomgå hälsoundersökning och som sista utväg kan arbetstagaren bli uppsagd i enlighet med 7 § LAS. Detta motsvaras alltså av den rättsliga situation som är för handen på den privata sektorn samt då den offentliga arbetsgivaren uppträder såsom enskild. Det bör framhållas att en vägran från arbetstagarens sida att genomgå drog- och/eller alkoholtest då arbetsgivaren uppträder såsom allmän alltid innebär ett avtalsbrott då 30 § LOA görs beroende av kollektivavtal.

²⁷⁰ JO 2006/07 s 97, JO 2009-03-07 samt JO 2006-03-07, se kapitel 4.1. och 4.3.

Gällande arbetstagare som faller under 11 § FullmL så kan dessa endast komma ifråga för påtvingade läkarundersökningar då arbetstagaren inte utför sina arbetsuppgifter tillfredsställande och då det är sannolikt att en bristande arbetsförmåga beror på sjukdom eller jämförligt förhållande. En arbetstagare med fullmaktsanställning kan inte sägas upp i enlighet med 7 § LAS. Här är arbetstagarens integritet väl skyddad i enlighet med *Skydd för etablerad position* och det blir svårt att se att *Det marknadsfunktionella grundmönstret* överhuvud har någon verkan här.

Europadomstolen tar inte hänsyn till om en arbetsgivare uppträder i egenskap av enskild eller allmän i sin tolkning av EKMR vilket jag anser försvagar den praktiska betydelsen av denna uppdelade reglering på den offentliga sektorn. I lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet föreslås en gemensam reglering för drog- och alkoholtester för den offentliga och privata sektorn, på detta sätt avses att 30 § LOA skall upphöra att gälla. Jag ser stora fördelar med en gemensam rättslig reglering utifrån det gemensamma arbetstagarbegreppet och i enlighet med att lika fall skall behandlas lika. En gemensam reglering kommer att leda till ett större inflytande av *Det marknadsfunktionella grundmönstret* gentemot *Skydd för etablerad position* i relation till 30 § LOA.

Det anges att samma principer bör gälla för att få begära drog- och alkoholtester som när man från det allmännas sida vidtar ingripande åtgärder mot enskilda. Detta gör att proportionalitetsprincipen för tillåtligheten av drog- och alkoholtester lagfästs. På detta sätt blir inte tillåtligheten en fråga enkom för domstolarna att avgöra genom arbetsledningsrättens gränser och god sed bedömningen. Jag ser att lagförslaget härigenom klargör rättstillämpningen och ökar rättssäkerheten genom att förutsebarheten ökar för arbetstagare och arbetstagarorganisationer. Lagförslaget kodifierar rättspraxis för området.²⁷¹ Härvid menar jag att det som framförs i remissvaren²⁷² i fråga om utgången av AD 2001 nr 3 är intressant.²⁷³ Härigenom ifrågasätts om proportionalitetsprincipen enligt RF och EKMR är förenlig med lagförslagets 9 § p 3 dvs. att arbetsgivare har rätt att företa testning för att bedöma tillståndet hos en arbetstagare och detta är av avgörande betydelse för verksamheten på grund av dess speciella karaktär. Detta kan bli en fråga ytterst för Europadomstolen att avgöra. Genom reglering i lag ser jag dock övergripande att inflytandet av *Det marknadsfunktionella grundmönstret* minskar i förhållande till *Skydd för etablerad position* och arbetstagarens integritet samt anställningsskydd. Detta i relation till dagens rättsläge på den privata sektorn samt då arbetsgivare på den offentliga sektorn uppträder såsom enskild.

I stort anges att den nya integritetslagen skall vara tvingande. Arbetsmarknadens parter ges möjlighet genom centralt kollektivavtal att

²⁷¹ I lagförslaget anges att arbetsgivare med hänsyn tagen till säkerhetsskäl, främst i tanke på de skyddsintressen som omfattas av 30 § LOA, skall kunna företa testning. Vidare anges att verksamhetens speciella karaktär, härvid nämns AD 2001 nr 3 såsom exempel, skall kunna föranleda drog- och/eller alkoholtest. Även testning som ett led i rehabilitering av arbetstagare föreskrivs som ett godtagbart användningsområde i enlighet med lagförslaget.

²⁷² LO och TCO se kapitel 6.

²⁷³ Kapitel 6 se not 254 och 256.

överenskomma om testning för andra ändamål än de i lagen angivna. Härigenom regleras avtalsfriheten i *Det marknadsfunktionella grundmönstret*. I utredningen framhålls att testning är en integritetskänslig åtgärd varför överenskommelse genom lokala kollektivavtal inte föreslås. Härvid kan ses att avtalsfriheten i *Det marknadsfunktionella grundmönstret* begränsas. Jag kan tänka mig att frågan om tillåtligheten av drog- och alkoholtester genom en lagreglering i än mindre omfattning kommer att bli föremål för domstolars bedömning. Jag tror istället att rättsutvecklingen kommer att handla om testning i förhållande till saklig grund bedömningen och då främst i förhållande till rehabiliteringsfallen. Detta då det anges i lagförslaget att en avsaknad av en uttrycklig överenskommelse om testning såsom rehabiliteringsåtgärd inte omedelbart leder till att åtgärden inte skall anses vara godtagbar. Härvid öppnas en möjlighet för arbetsgivaren, oberoende av vilken verksamhet denne bedriver, att ensidigt besluta om testning. På så sätt är jag av uppfattningen att detta ”fria” område och äganderätten i *Det marknadsfunktionella grundmönstret* kommer i konflikt med *Konkurrens på lika villkor* och *Skydd för etablerad position* vilket kan komma att aktualisera domstolsprövningar.

Sett på lagförslaget i stort kvarstår alltså problematiken att arbetstagare som vägrar testning har sin anställning att förlora genom saklig grund bedömningen. LO, TCO och SACO menar därför att lagförslaget skall kompletteras med en rätt för arbetstagarorganisationer att kunna lägga tolkningsföretråde. Att inte lagförslaget omfattar tolkningsföretråde är naturligt med hänsyn tagen till utgången av AD 2009 nr 36 då Arbetsdomstolen bedömde att testning inte är en tvist om medlems arbetskyldighet enligt avtal. Då jag är av uppfattningen att lagförslaget ökar förutsebarheten och klargör rättstillämpningen för tillåtligheten av testning menar jag att detta i sig är tillräckligt. Detta då arbetstagarorganisationer genom lagen ges större möjlighet att överblicka en eventuell utgång av en tvist ifråga om tillåtligheten av testning.

Sammantaget anser jag att lagen är påkallad så tillvida att den balanserar upp styrkeförhållandet mellan arbetstagare och arbetsgivare, låt vara till nackdel för det integritetsskydd arbetstagare åtnjuter i enlighet med 30 § LOA.

Bilaga A

Bilaga 1 till förordning (1992:1554) om kontroll av narkotika

Förteckning över substanser som ska anses som narkotika enligt Narkotikastrafflagen

Centralstimulerande medel

etylaminfetamin (2-etylamin-1-fenylpropan)

fenetylin

[1-fenyl-1-piperidyl-(2)-metyl]acetat

1-fenyl-2-butylamin

N-hydroxiamfetamin

Propylhexedrin

4-metyltioamfetamin (4-MTA)

modafinil

4-metoxi-N-metylamfetamin (PMMA, 4-MMA)

2,5-dimetoxi-4-etyltiofenetylamin (2C-T-2)

2,5-dimetoxi-4-(n)-propyltiofenetylamin (2C-T-7)

4-jodo-2,5-dimetoxifenetylamin (2C-I)

2,4,5-trimetoxiamfetamin (TMA-2)

4-metylmekatinon (mefedron)

4-fluoramfetamin

Hallucinogener

2-amino-1-(4-brom-2,5-dimetoxifenyl)propan (brom-STP)

hydroxi-3-pentyl-6,6,9-trimetyl-6a,7,10,10a-tetrahydro-6H-dibenso[b,d]

pyranol-(1) (hydroxitetrahydrocannabinoler)

ibogain

levonantradol

nabilon

4-jod-2,5-dimetoxiamfetamin (DOI)

4-klor-2,5-dimetoxiamfetamin (DOC)

brombensodifuranylisopropylamin (Bromo-Dragonfly)

dextrometorfan med undantag för beredningar för medicinskt eller

vetenskapligt bruk i form av lösningar som inte innehåller mer än 3 mg/ml

5-(1,1-Dimethylhexyl)-2-((1R,3S)-3-hydroxycyclohexyl)-phenol

(CP47,497-C6)

5-(1,1-Dimethylheptyl)-2-((1R,3S)-3-hydroxycyclohexyl)-phenol

(CP47,497-C7)

5-(1,1-Dimethyloctyl)-2-((1R,3S)-3-hydroxycyclohexyl)-phenol (CP47,497-

C8)

5-(1,1-Dimethylnonyl)-2-((1R,3S)-3-hydroxycyclohexyl)-phenol

(CP47,497-C9)

Naphthalene-1-yl-(1-pentylindol-3-yl)methanon (JWH-018)

Naphthalene-1-yl-(1-butylindol-3-yl)methanon (JWH-073)

(6aR,10aR)-9-(Hydroxymethyl)-6,6-dimethyl-3-(2-methyloctan-2-yl)

-6a,7,10,10a,tetrahydrobenzo[c]chromen-1-ol) (HU-210)

Smärtstillande medel

karfentanil

karisoprodol

remifentanil

gamma-hydroxi-butyrat (GHB)

ketamin

tramadol med undantag för beredningar för medicinskt eller vetenskapligt bruk som innehåller högst 400 mg tramadol per avdelad dos i blandning med en eller flera andra ingredienser eller som innehåller högst 10 procent tramadol om beredningarna inte är avdelade i doser

Sömnmedel och lugnande medel

allobarbital

aprobarbital

brallobarbital

brotizolam

butalbarbital

pyrityldion (3,3-dietyl-2,4-dioxotetrahydropyridin)

heptabarbital

hexapropymat

hexobarbital

klometiazol

kloralhydrat

kloralodol

metohexital

metylpentynol

midazolam

tybamat

vinbarbital

zolpidem

zopiclone

fenazepam

Som narkotika enligt *narkotikastrafflagen* ska även anses de ovanjordiska delarna av växten kat (*Catha edulis*) samt svamparna *Psilocybe semilanceata* (toppslätskivling) och *Psilocybe cubensis*. Detsamma ska gälla andra svampar som innehåller ämnena psilocybin eller psilocin, om svamparna är framodlade eller om de har torkats eller på annat sätt beretts.

Vidare ska vid tillämpning av lagen med cannabis förstås de ovanjordiska delarna av varje växt av släktet *Cannabis* (med undantag av frön), från vilka hartset icke blivit extraherat och oavsett under vilka benämningar de förekommer. Med cannabis ska dock inte förstås hampa som 1. är av sort som kan berättiga till stöd enligt rådets förordning (EG) nr 1782/2003 av den 29 september 2003 om upprättande av gemensamma bestämmelser för system för direktstöd inom den gemensamma jordbrukspolitiken och om upprättande av vissa stödsystem för jordbrukare och om ändring av förordningarna (EEG) nr 2019/93, (EG) nr 1452/2001, (EG) nr 1453/2001, (EG) nr 1454/2001, (EG) nr 1868/94, (EG) nr 1251/1999, (EG) nr 1254/1999, (EG) nr 1673/2000, (EEG) nr 2358/71 och (EG) nr 2529/2001 och rådets förordning (EG) nr 1673/2000 av den 27 juli

2000 om den gemensamma organisationen av marknaderna för lin och hampa som odlas för fiberproduktion och

2. odlas efter det att ansökan om direktstöd för sådan odling enligt rådets förordning (EG) nr 1782/2003 eller rådets förordning (EG) nr 73/2009 givits in till behörig myndighet. Förordning (2009:1269).

Bilaga B

Förslag till lag (2010:00) om integritetsskydd i arbetslivet

Härigenom föreskrivs följande.

Inledande bestämmelser

Lagens ändamål

1 § Denna lag har till ändamål att skydda arbetstagares personliga integritet i arbetslivet.

Lagens tillämpningsområde

2 § Som arbetstagare anses i lagen, utom vid tillämpning av 14 §, även den som

1. söker arbete,
2. söker eller fullgör praktik, eller
3. utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft.

Den hos vilken arbetet eller praktiken söks eller utförs anses som arbetsgivare.

Lagen är tvingande

3 § Ett avtal som inskränker en arbetstagares skydd enligt denna lag är utan verkan i den delen.

Genom ett kollektivavtal får dock avvikelser göras från 14 §. På sätt som anges i 11 § får även genom kollektivavtal bestämmas om annat berättigat ändamål än som anges i 9 §.

Förhållandet till personuppgiftslagen

4 § Personuppgiftslagen (1998:204) gäller vid arbetsgivares behandling av personuppgifter, om inte annat följer av 5 §.

Övervaknings- och kontrollåtgärder

Behandling av personuppgifter

5 § Om ändamålet med en arbetsgivares behandling av en arbetstagares personuppgifter är att övervaka eller kontrollera,

1. gäller inte 5 a § personuppgiftslagen (1998:204), och
2. är behandlingen inte tillåten enligt personuppgiftslagen enbart med stöd av arbetstagarens samtycke.

En arbetsgivares behandling av en arbetstagares personuppgifter för att övervaka eller kontrollera arbetstagaren är tillåten enligt personuppgiftslagen bara om det i samband med att personuppgifterna samlades in har angetts att ändamålet med behandlingen är att övervaka eller kontrollera arbetstagaren i något visst avseende.

En arbetsgivare får, trots vad som anges i andra stycket, behandla personuppgifter för att övervaka eller kontrollera även om de samlats in för annat ändamål, om det finns synnerliga skäl och om arbetsgivaren så snart det kan ske informerar berörd arbetstagare om det nya

ändamålet med behandlingen.

Förbud mot att begära registerutdrag

6 § En arbetsgivare får inte utan stöd i lag eller med stöd av lag meddelad författning begära att en arbetstagare uppvisar ett utdrag enligt lagen (1998:620) om belastningsregister eller lagen (1998:621) om misstankeregister.

Vad som sägs i första stycket gäller även ett utdrag från register som förs hos Försäkringskassan enligt lagen (2003:763) om behandling av personuppgifter inom socialförsäkringens administration om utdraget innehåller uppgifter för vilka sekretess gäller gentemot arbetsgivaren.

Medicinska undersökningar

7 § Med medicinsk undersökning förstås i denna lag hälsoundersökning och alkohol-, narkotika- eller annat drogtest.

Som en medicinsk undersökning anses dock inte alkoholtest som sker med användande av alkoholås i fordon.

8 § En arbetsgivare får begära att en arbetstagare ska genomgå en medicinsk undersökning eller delge arbetsgivaren resultatet av en medicinsk undersökning bara om åtgärden sker för ett berättigat ändamål och framstår som ett godtagbart ingrepp i arbetstagarens personliga integritet i förhållande till det ändamål som motiverat åtgärden.

9 § En begäran enligt 8 § får göras bara om ändamålet med åtgärden är

1. att bedöma tillståndet hos en arbetstagare som har eller avses få sådana arbetsuppgifter där brister i arbetstagarens hälsotillstånd eller där alkohol-, narkotika- eller annan drogpåverkan i arbetet medför risk för människors liv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljö och egendom,
2. att utgöra ett led i rehabilitering av en arbetstagare, eller
3. att bedöma tillståndet hos en arbetstagare och detta är av avgörande betydelse för verksamheten på grund av dess speciella karaktär.

10 § En begäran enligt 8 § kan framstå som ett godtagbart ingrepp bara om

– den medicinska undersökningen genomförs av hälso- och sjukvårdspersonal, och om

– prov som tas vid alkohol-, narkotika- eller annat drogtest analyseras av ett laboratorium som är ackrediterat för uppgiften enligt lagen (1992:1119) om teknisk kontroll eller av ett motsvarande laboratorium som är ackrediterat för uppgiften enligt lagstiftning i annat land inom Europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES).

Vad som anges i första stycket gäller dock inte provtagning av utandningsluft.

11 § Genom kollektivavtal som har slutits eller godkänts av en central arbetstagarorganisation får bestämmas att en begäran enligt 8 § får göras även för något annat berättigat ändamål än som anges i 9 §.

Sådana kollektivavtal får tillämpas också på arbetstagare som inte är medlemmar i den avtalsslutande arbetstagarorganisationen, om de sysselsätts i ett sådant arbete som avses med avtalet.

12 § Om det i en annan lag eller författning som meddelats med stöd av lag finns föreskrifter om medicinska undersökningar gäller de föreskrifterna.

Förbud mot integritetskränkande övervaknings- och kontrollåtgärder i övrigt

13 § En arbetsgivare får inte genomföra en övervaknings- eller kontrollåtgärd som på ett påtagligt sätt påverkar en arbetstagares personliga integritet, om inte åtgärden vidtas för ett berättigat ändamål och framstår som ett godtagbart ingrepp i arbetstagarens personliga integritet i förhållande till det ändamål som motiverat åtgärden.

Förhandling

14 § En arbetsgivare som avser att besluta om en övervaknings- eller kontrollåtgärd som är ägnad att på ett påtagligt sätt påverka en eller flera arbetstagares personliga integritet, ska först förhandla med berörd arbetstagarorganisation på det sätt som anges i 11-14 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Skadestånd m.m.

15 § En arbetsgivare som bryter mot lagen, utom såvitt avser 5 §, ska betala skadestånd för den förlust som uppkommer och för den kränkning som har inträffat.

Om det är skäligt kan skadeståndet sättas ned eller helt falla bort.

16 § Vid brott mot 5 § gäller bestämmelserna i personuppgiftslagen (1998:204) om rättelse och skadestånd.

Rättegång

17 § Mål enligt denna lag handläggs enligt lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister. Mål som avser sådana personkategorier som anges i 2 § 1–3 och som rör 5 § ska dock inte handläggas enligt lagen om rättegången i arbetstvister.

I sådana mål som ska handläggas enligt lagen om rättegången i arbetstvister ska som arbetstagare anses också den som söker arbete och den som söker eller fullgör praktik eller utför arbete som inhyrd eller inlånad arbetskraft. Den hos vilken praktiken eller arbetet utförs eller skulle ha utförts ska anses som arbetsgivare. Detta gäller också när reglerna om tvisteförhandling i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

tillämpas.

Preskription

18 § Vid talan enligt denna lag, utom såvitt avser 5 §, ska preskriptionsbestämmelserna i 64–66 §§ och 68 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet tillämpas.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

Käll- och litteraturförteckning

Svenskt offentligt tryck

Dir. 2006:55 – Personlig integritet i arbetslivet

SOU 2005:89 – Bevakning av kollektivavtalets efterlevnad

SOU 1975:75 – Medborgerliga fri- och rättigheter

SOU 1991:29 – Periodiska hälsoundersökningar i vissa statliga, kommunala och landstingskommunala anställningar

SOU 1993:32 – Ny anställningsskyddslag

SOU 1996:63 – Medicinska undersökningar i arbetslivet

SOU 2002:18 – Personlig integritet i arbetslivet.

SOU 2007:22 – Skyddet för den personliga integriteten

SOU 2009:44 – Integritetsskydd i arbetslivet.

Prop. 1965:60 – Förslag till tjänstemannalag

Prop. 1973:90 – Förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m.m.

Prop. 1973:129 – Förslag till lag om anställningsskydd m.m.

Prop. 1975/76: 105 – Med förslag till arbetsrättsreform m.m.

Prop. 1975/76:209 – Om ändring i regeringsformen

Prop. 1976/77:149 – Om arbetsmiljölag m.m.

Prop. 1981/82:71 – Om ny anställningsskyddslag m.m.

Prop. 1990/91:162 – Om vissa fredspliktsregler

Prop. 1993/94:24 – Med förslag till ändrade regler om kroppsvisitation och kroppsbesiktning, m.m.

Prop. 1993/94:65 – En ändrad lagstiftning för statsanställda m.fl.

Prop. 1993/94:117 – Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor

Prop. 1993/94:186 – Ändringar i arbetsmiljölagen

Prop. 2001/02:145 – Ändringar i arbetsmiljölagen

Prop. 2003/04:3 – Allmän inpasseringskontroll i vissa kriminalvårdsanstalter och häkten

Prop. 2006/07:59 – Vissa sjukförsäkringsfrågor m.m.

Prop. 2007/08:168 – Lissabonfördraget

Beslut av JO

JO 1984/85 s 227

JO dnr. 3700-2002, beslut 2004-05-28

JO dnr. 2461-2003, beslut 2006-03-07

JO 2006/07 s 97

JO 2009-03-27, dnr 5978-2006

Litteratur

Bergström, Carl Fredrik, Hettne, Jörgen, *Lissabonfördraget: Hur ändras EU?* Europarättslig Tidskrift 2008:1 s 32-71

Bernitz m.fl., *Finna rätt. Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 10 uppl., Nordstedts Juridik AB, Vällingby, 2008

Bernitz, Ulf, *Europakonventionens införlivande med svensk rätt – en halvmesyra*, Juridisk Tidskrift, nr 2 1994/95 s 259-269

Bruun, Niklas, *Fackliga roller i Europa*, s 91-110, *Fackliga organisationsstrategier*, Anders L Johansson (red), Arbetslivsinstitutet, Solna, 1997

Cameron, Iain, *An Introduction to the European Convention on Human Rights, 5th edition*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2006

Christensen, Anna, *Hemrätt i hyreshuset, En rättsvetenskaplig studie av bostadshyresgästens besittningsskydd*, Juristförlaget, Stockholm 1994

Christensen, Anna, *Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster*, Tidskrift for Rettsvitenskap, Årgång 109, 1996 s 519-574

Christensen, Anna, *Strukturella aspekter på diskrimineringslagstiftning och normativa förändringsprocesser*, Perspektiv på likabehandling och diskriminering. Antologi utgiven av Ann Numhauser-Henning, Juristförlaget i Lund, Lund 2000 s 35-65

Clapham, Andrew, *Human Rights Obligations of Non-State Actors*, Oxford University Press, United States New York, 2006

Danelius, Hans, *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis. En kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*, Nordstedts Juridik, Stockholm 2007

Eklund, Per, *Rätten i klasskampen. En studie i rättens funktioner*, Tidens förlag, Stockholm 1974

Fahlbeck, Reinhold, *Employee Privacy in Sweden*, JT 1991-92 s 41-62

Fahlbeck, Reinhold, *Praktisk arbetsrätt*, 3 uppl., Liber-Hermods AB, Lund 1989

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur, Lund, 2001

Hinn, Eskil, Aspegren, Lennart, *Offentlig arbetsrätt. En kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning*, 2 uppl., Nordstedts Juridik AB, Vällingby 2009

- Herzfeld, Olsson, Petra, *Fackling föreningsfrihet som mänsklig rättighet*, Iustus förlag AB, Uppsala 2003
- Hydén, Håkan, *Normativa grundmönster – mot en teori om rättsliga förändringsprocesser*, Normativa perspektiv festskrift till Anna Christensen, Ann Numhauser-Henning, Juristförlaget i Lund, Lund 2000 s 119-155
- Inghammar, Andreas, *Funktionshindrad – med rätt till arbete? En komparativ studie av arbetsrättsliga regleringar kring arbete och funktionshinder i Sverige, England och Tyskland*, Juristförlaget i Lund, Lund 2007
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, Svensk Juristidning 2004 s 4-10
- Källström, Kent och Malmberg, Jonas, *Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten*, 2 uppl., Iustus förlag, Uppsala 2009
- Källström, Kent, *Alkoholpolitik och arbetsrätt. En komparativ studie av missbrukares anställningsskydd*, 1:a uppl., 2:a reviderade tryckningen, Iustus Förlag AB, Uppsala 1993
- Källström, Kent, *Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet – Sverige*, s. 85- 99, Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet. Rapporter till nordiskt arbetsrättsligt möte 2000, Jonas Malmberg (red), Arbetslivsinstitutet, Stockholm 2000
- Källström, Kent, *Tillåtligheten av drogtestning på arbetsplatser*, JT 1998/99 s 378 – 387
- Lehrberg, Bert, *praktisk juridisk metod*, 5 uppl., Institutet för Bank- och Affärsjuridik, Warsawa 2006
- Malmberg, Jonas, *Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus Förlag AB, Uppsala 1997
- Mowbray, Alastair, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2004
- Nergelius, Joakim, *Konstitutionellt rättighetskydd. Svensk rätt i ett komparativt perspektiv*, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1996
- Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Fritzes Förlag AB, Göteborg, 1995
- Petrén, Gustaf och Ragnemalm, Hans, *Sveriges grundlagar och tillhörande författningar med förklaringar*, 12 uppl., LiberFörlag, Uddevalla 1980

Rönmar, Mia, *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet. En komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004

Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?* Tidsskrift för Rettsvitenskap 4-5/2005 s 648-656

Schmidt, Folke, *Löntagarrätt*, Rev. uppl., ombesörjd av Tore Sigeman m.fl. Stockholm, 1994

Van Dijk, Pieter m.fl., *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*, fourth edition, Intersentia, Antwerpen – Oxford, 2006

Warnling-Nerep, Wiweka, ”Påtvingat kroppsligt ingrepp” (RF 2:6) och JO:s rättsvägledande funktion, Förvaltningsrättslig tidsskrift 2002 s 19-42

Wennergren, Bertil, *Grundlagsskyddet för den kroppsliga integriteten*, SvJT 1981 s 131-136

Westregård, Annamaria J, *Integritetsfrågor i arbetslivet*, Juristförlaget i Lund, Lund 2002

Westregård, Annamaria, *Drogtester på den offentliga sektorn – är de genomförbara med stöd av arbetsledningsrätten?* Liber Amicorum, Nyström, Birgitta, Westregård, Annamaria, Vogel, Hans-Heinrich, Juristförlaget i Lund, Lund 2005, s 653-673

Källor från Internet

[Http://www.ne.se/lang/integritet/212289](http://www.ne.se/lang/integritet/212289), Nationalencyklopedin, hämtad den 22 september 2009 kl 15.05

[Http://www.lag-avtal.se/tidningen/article51317.ece](http://www.lag-avtal.se/tidningen/article51317.ece), Johansson, Annamaria, 1998, Lag & Avtal, hämtad den 2 november 2009 kl.14.15

[Http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v580115.htm](http://www.iuscomp.org/gla/judgments/tgcm/v580115.htm), avgörande från den tyska författningsdomstolen 15 januari 1958, engelsk översättning, hämtad den 6 november 2009 kl 16.40

[Http://www.svensktnaringsliv.se/multimedia/archive/00019/Remissvar_2009-108_19103a.pdf](http://www.svensktnaringsliv.se/multimedia/archive/00019/Remissvar_2009-108_19103a.pdf), remissyttrande av Svenskt Näringsliv gällande SOU 2009:44, hämtad den 6 januari 2010 kl 17.29

[Http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/28BCB5CA7A2529B9C1257635004CDB76/\\$file/Yttrande_remiss.SOU2009.44.pdf](http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/28BCB5CA7A2529B9C1257635004CDB76/$file/Yttrande_remiss.SOU2009.44.pdf), remissyttrande av LO rörande SOU 2009:44, hämtad den 6 januari 2010 kl 19.11

[Http://www.tco.se/Templates/Page2____419.aspx?DataID=9071](http://www.tco.se/Templates/Page2____419.aspx?DataID=9071),
remissyttrande angående SOU 2009:44 av TCO, hämtad den 6 januari 2010
kl 21.27

[Http://www.saco.se/templates/Article.aspx?id=6443&epslanguage=SV](http://www.saco.se/templates/Article.aspx?id=6443&epslanguage=SV),
remissyttrande gällande SOU 2009:44 av SACO, hämtad den 6 januari 2010
kl 22.37

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1978 nr 89
AD 1984 nr 94
AD 1991 nr 45
AD 1997 nr 29
AD 1998 nr 97
AD 2001 nr 3
AD 2001 nr 20
AD 2001 nr 26
AD 2002 nr 51
AD 2009 nr 36
AD 2009 nr 53

Högsta domstolen

NJA 2007 s 747

Europakommissionen

X v. Austria, beslut den 13 december 1979

Europadomstolen

Case of Schmidt and Dahlström v. Sweden, dom 6 februari 1976
Case of Young, James and Webster v. the United Kingdom, dom 13 augusti 1981
Case of X and Y v. the Netherlands, dom 26 mars 1985
Case of Niemietz v. Germany, dom 16 december 1992
Case of Sigurdur A. Sigurjónsson v. Iceland, dom 30 juni 1993
Case of Vogt v. Germany, dom 26 september 1995
Case of Gustafsson v. Sweden, dom 25 april 1996
Case of Halford v. the United Kingdom, dom 25 juni 1997
Case of Camenzind v. Switzerland, dom 16 december 1997
Case of Gustafsson v. Sweden, dom (resning) 30 juli 1998
Case of Pretty v. The United Kingdom, dom 29 april 2002
Application No. 58341/00, Madsen against Denmark, 7 november 2002
Application No. 46210/99, Wretlund against Sweden, 9 mars 2004
Case of Von Hannover v. Germany, dom 24 juni 2004
Case of AB Kurt Kellerman v. Sweden, dom 26 oktober 2004
Case of Evaldsson and Others v. Sweden, dom 13 februari 2007
Case of Copland v. the United Kingdom, dom 3 april 2007