



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Elsa Jönsson

Bli stucken eller stick?

En utredning av arbetsgivarens möjlighet att uppställa krav på
vaccin mot covid-19 i samband med nyanställning samt
under pågående anställning

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Birgitta Nyström

Termin för examen: Period 1 HT2021

Innehåll

| | |
|---|-----------|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 3 |
| FÖRORD | 5 |
| FÖRKORTNINGAR | 6 |
| 1 INLEDNING | 8 |
| 1.1 Bakgrund | 8 |
| 1.2 Syfte och frågeställningar | 10 |
| 1.3 Avgränsningar | 11 |
| 1.4 Metod och material | 13 |
| 1.5 Forskningsläge | 15 |
| 2 ARBETSGIVARPREROGATIVET | 17 |
| 2.1 Introduktion | 17 |
| 2.2 Den fria anställningsrätten | 17 |
| 2.2.1 Faktorer att beakta vid nyanställning | 17 |
| 2.2.2 Arbetsgivarens möjligheter att insamla information | 20 |
| 2.3 Arbetsledningsrätten | 21 |
| 2.3.1 Introduktion | 21 |
| 2.3.2 Arbetsgivarens omplaceringsrätt och arbetstagarens arbetsskyldighet | 22 |
| 2.3.2.1 Omfattning | 22 |
| 2.3.2.2 Bastubadarprincipen | 26 |
| 2.3.3 Rätten att genomföra integritetskränkande åtgärder | 27 |
| 2.3.4 God sed på arbetsmarknaden | 28 |
| 3 SKYDDET FÖR DEN PERSONLIGA INTEGRITETEN | 30 |
| 3.1 Introduktion | 30 |
| 3.2 Skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp | 31 |
| 3.3 Skyddet för privat- och familjelivet | 35 |
| 3.3.1 EKMR:s status i svensk rätt | 35 |
| 3.3.2 Det materiella skyddet | 36 |
| 3.3.3 Artikel 8 EKMR på den offentliga och privata sektorn | 37 |
| 3.3.4 Artikel 8 EKMR i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare | 38 |
| 3.3.4.1 Tillämplighet | 38 |
| 3.3.4.2 Artikel 8 EKMR i rekryteringsförfarandet | 39 |

| | | |
|----------|---|-----------|
| 3.3.4.3 | Europadomstolen om drog- och alkoholtester i arbetslivet | 40 |
| 4 | ARBETSMILJÖANSVARET | 42 |
| 5 | UPPSÄGNING AV ANSTÄLLNING | 45 |
| 5.1 | Introduktion | 45 |
| 5.2 | Arbetsbrist | 46 |
| 5.3 | Personliga skäl | 47 |
| 5.4 | Omplaceringsskyldigheten | 48 |
| 5.5 | Gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl | 49 |
| 5.6 | Begreppet saklig grund förelås ersättas av sakliga skäl | 49 |
| 6 | ARBETSDOMSTOLEN OM DROG- OCH ALKOHOLTESTER I ARBETSLIVET | 51 |
| 7 | ARBETSGIVARENS MÖJLIGHET ATT UPPSTÄLLA KRAV PÅ COVID-19-VACCIN | 55 |
| 7.1 | I samband med nyanställning | 55 |
| 7.2 | Under pågående anställning | 58 |
| 7.2.1 | Omplacering inom ramen för anställningen | 58 |
| 7.2.2 | Uppsägning på grund av personliga skäl | 62 |
| 7.2.3 | Uppsägning på grund av arbetsbrist | 67 |
| 8 | SAMMANFATTANDE SLUTSATSER | 70 |
| 8.1 | Kvalifikationskrav vid nyanställning | 70 |
| 8.2 | Omplacering inom ramen för tjänsten | 70 |
| 8.3 | Uppsägning på grund av personliga skäl | 71 |
| 8.4 | Uppsägning på grund av arbetsbrist | 72 |
| 8.5 | Avslutande reflektioner | 72 |
| | KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 74 |
| | RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 79 |

Summary

The aim of the essay is to examine the relationship between the rights and obligations of employers, employment seekers and employees, in light of an employer's will to demand that an employee undergo vaccination against Covid-19. Through the use of the legal dogmatic method, the essay examines whether an employer can deny an unvaccinated employment seeker employment and whether an employer can reassign or terminate an unvaccinated employee.

The employer's prerogative includes the employer's right of free employment and the right of management. A private employer has a right to decide who to hire and on what grounds of qualification. In the public sector, the right of free employment is limited by chapter 12 section 5 of the 1974 Instrument of Government (sw. regeringsformen (1974:152), hereinafter RF) and section 4 of the Public Employment Act (sw. lag (1994:260) om offentlig anställning) which stipulate that an employment decision must be based solely on objective grounds, such as merit and skill. The principle of objectivity in chapter 1 section 9 RF entails that municipalities and regions must observe objectivity and impartiality when deciding on employment. As a result of the right of management, the employer has the right to reassign an employee within the limits of the employment. Furthermore, the right of management gives an employer certain possibilities to demand that an employee submits to integrity sensitive measures.

However, the employer's prerogative is limited by norms which provide the employee with a protection of personal integrity. The personal integrity is protected by the principle of good practice in the labor market, the sauna bathing principle, the protection against forced physical intervention under chapter 2 section 6 RF and the right to respect for private and family life under article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). While chapter 2 section 6 RF is applicable only on the relationship between the public and the individual, the European Court of Human Rights has ruled that article 8 ECHR also effects the relationship between individuals. The member states have a positive obligation to take measures to ensure the full enjoyment of the right to private life also in the private sphere.

The analysis results in the following conclusions. A private employer can deny an unvaccinated employment seeker employment. However, in the public sector, such act presupposes that a vaccination requirement is motivated and proportionate in relation to the nature of the organization and the employment. Regarding the employer's possibility to require vaccination

during an ongoing employment, it can be concluded that both a private and a public employer as a main rule should be entitled to reassign an unvaccinated employee within the limits of the employment. The analysis further demonstrates that a termination of an unvaccinated employee could be attributed both to termination due to redundancy and personal reasons. Whether a termination is based on legal grounds or not, is determined mainly by a balance of interests, i.e. the employer's interest of the employee being vaccinated must be weighed against the employee's interest in personal integrity. Considering, *inter alia*, that vaccination is a major interference in the personal integrity, the conclusion is that a private employer is only in exceptional cases entitled to terminate an employee who omits vaccination. In contrast, with reference to the protection against physical interventions in chapter 2 section 6 RF, a public employer should without exception be prohibited to terminate an employee on the ground of his or her status of vaccination against Covid-19.

Sammanfattning

Uppsatsen syftar till att undersöka förhållandet mellan arbetsgivares kontra arbetssökandes och arbetstagares rättigheter och skyldigheter i ljuset av de krav på vaccination mot covid-19 som en arbetsgivare kan tänkas vilja uppställa. Genom användandet av den rättsdogmatiska metoden besvarar uppsatsen huruvida en arbetsgivare kan neka en ovaccinerad arbetssökande anställning respektive om en arbetsgivare kan omplacera eller säga upp en ovaccinerad arbetstagare.

Arbetsgivarprerogativet omfattar arbetsgivarens fria anställningsrätt samt arbetsgivarens arbetsledningsrätt. På den statliga sektorn är den fria anställningsrätten begränsad genom 12 kap. 5 § regeringsformen (1974:152) (RF) och 4 § lag (1994:260) om offentlig anställning som stadgar att vid anställning får avseende fästas enbart vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF innebär att kommuner och regioner måste iaktta saklighet och opartiskhet vid beslut om anställning. Till följd av arbetsledningsrätten har arbetsgivaren rätt att omplacera arbetstagaren inom ramen för anställningen. Arbetsledningsrätten innebär vidare att arbetsgivaren kan ha rätt att kräva att arbetstagaren underkastar sig visa integritetskränkande åtgärder.

I kontrast till arbetsgivarprerogativet står arbetstagarens rätt till personlig integritet. Arbetsgivarprerogativet begränsas genom principen om god sed på arbetsmarknaden, bastubadarprincipen, skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF samt rätten till skydd för privat- och familjeliv i artikel 8 i den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR). Medan 2 kap. 6 § RF endast får verkan mellan det allmänna och den enskilda har Europadomstolen fastslagit att artikel 8 EKMR även får verkan mellan enskilda aktörer. Staten har en positiv skyldighet att vidta åtgärder för att enskilda ska komma i fullt åtnjutande av sina rättigheter även i förhållande till andra enskilda rättssubjekt.

Uppsatsen föranleder följande slutsatser. En privat arbetsgivare kan neka en ovaccinerad arbetssökande anställning. För offentliga arbetsgivare förutsätter ett sådant agerande däremot att ett vaccinkrav är motiverat och proportionerligt i förhållande till verksamhetens och tjänstens art. Avseende en arbetsgivares möjlighet att uppställa krav under pågående anställning kan konstateras att både en privat och en offentlig arbetsgivare som utgångspunkt bör vara oförhindrad att omplacera en ovaccinerad arbetstagare inom ramen för arbetstagarens anställning. Analysen visar vidare att en uppsägning av en

arbetstagare som inte vaccinerar kan vara att hänföra både till arbetsbrist och till personliga skäl. Om det finns saklig grund för uppsägning avgörs huvudsakligen genom en intresseavvägning där arbetsgivarens intresse av att arbetstagaren är vaccinerad vägs mot arbetstagarens intresse av personlig integritet. Mot bakgrund av bland annat att vaccination är ett stort ingrepp i den personliga integriteten är slutsatsen att en privat arbetsgivare endast i undantagsfall kan säga upp en arbetstagare som inte vaccinerar sig. Med hänvisning till skyddet mot kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF torde däremot en offentlig arbetsgivare undantagslöst vara förhindrad att säga upp en arbetstagare med anledning av att arbetstagaren inte vaccinerar sig mot covid-19.

Förord

Med detta arbete sätter jag punkt för juristprogrammet. Efter 4,5-års studier finns det några som förtjänar ett extra tack.

Tack till min handledare Birgitta Nyström för värdefulla råd och synpunkter under arbetet med denna uppsats.

Tack till gänget för oändligt med skratt, insikter och kärlek. För er är jag beredd att flytta från Skåne till Stockholm och det förstår ju alla att man inte gör för vem som helst.

Tack till min älskade familj. För att ni alltid peppar, stöttar, lugnar och påminner om vad som faktiskt är viktigt i livet. Ett litet extra tack till er, mormor och morfar. Att få vara någons första och största prioritet så som vi barnbarn alltid är er är för mig definitionen av ett privilegium.

Elsa Jönsson

Ystad den 3 januari 2022.

Förkortningar

| | |
|-----------------|---|
| AFS | Arbetsmiljöverkets författningssamling. |
| AFS 2001:1 | Arbetsmiljöverkets föreskrifter om systematisk arbetsmiljöarbete. |
| AFS 2018:4 | Arbetsmiljöverkets föreskrifter om smittrisker. |
| AFS 2019:3 | Arbetsmiljöverkets föreskrifter om medicinska kontroller i arbetslivet. |
| AMF | Arbetsmiljöförordning (1977:1166) |
| AML | Arbetsmiljölagen (1977:1160). |
| DL | Diskrimineringslag (2008:6567). |
| Ds | Departementsserie. |
| ECHR | European Convention on Human Rights. |
| EKMR | Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. |
| Europadomstolen | Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna. |
| GDPR | Europaparlamentets och rådets förordning (EU) av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG. |

| | |
|---------------------|---|
| Inkorporeringslagen | Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. |
| LAS | Lag (1982:80) om anställningskydd. |
| LOA | Lag (1994:260) om offentlig anställning. |
| Prop. | Proposition. |
| RF | Regeringsformen (1974:152). |
| SOU | Statens offentliga utredningar. |

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Integritetsfrågor i arbetslivet har fått ökad uppmärksamhet under senare år.¹ Att frågan om arbetsgivarens möjligheter att uppställa vaccinkrav på arbetsplatsen skulle hamna i fokus hade dock sannolikt få kunnat förutspå. Så blev emellertid fallet när covid-19-pandemin svepte över världen och förändrade det mesta i tillvaron.

För att minska smittspridningen införde Folkhälsomyndigheten ett allmänt råd om att anställda i största möjliga mån skulle genomföra sitt arbete hemifrån. I samband med detta aktualiserades också frågan om vilka krav arbetsgivaren skulle kunna ställa på att arbetssökande och arbetstagare vaccinerade sig mot covid-19 när rådet i sinom tid skulle komma att lyftas. Att frågan är och har varit högaktuell under hösten blir tydligt genom en enkel sökning på Google.

Efter att Region Dalarna meddelade att regionen skulle utreda om det var möjligt att neka ovaccinerade arbetssökande anställning har frågan om vaccinkrav bland annat varit högaktuell för Sveriges kommuner och regioner som under hösten löpande tagit varierande ställning i frågan. Till exempel har Region Dalarna beslutat att personer som nyanställs ska vara vaccinerade samt att ovaccinerad personal som arbetar nära omsorgstagare och patienter ska kunna förflyttas eller omplaceras.² Region Kronoberg har beslutat att ovaccinerade medarbetare som arbetar nära cancer- och dialyspatienter ska omplaceras eller tillfälligt förflyttas samt att vaccinkrav även ska gälla vid nyanställning till dessa tjänster.³ Hässleholms kommun har gjort den motsatta bedömningen att omplacering inte är tillåtet.⁴ En anmälan har inkommit till Justitieombudsmannen efter att Uddevalla kommun infört krav på att

¹ Källström & Malmberg (2019), s. 274; Rönmar (2004), s. 48.

² Region Dalarna, "Vaccinationsbevis mot covid-19 införs för Region Dalarnas medarbetare", Region Dalarna, <<https://www.regiondalarna.se/press/nyheter-och-pressmeddelanden/vaccinationsbevis-mot-covid-19-infors-for-region-dalarnas-medarbetare/>>, besökt 2021-12-22; Andersson, Madeleine, "Utredningen är klar – Dalarna vill kunna säga upp ovaccinerade", Vårdfokus, <<https://www.vardfokus.se/nyheter/utredningen-ar-klar-dalarna-vill-kunna-saga-upp-ovaccinerade/>>, besökt 2021-11-29.

³ Region Kronoberg, "Endast fullvaccinerade får arbeta patientnära på onkologen och dialysen", <<https://www.regionkronoberg.se/nyheter/endast-fullvaccinerade-far-arbeta-patientnara-pa-onkologen-och-dialysen/>>, besökt 2021-11-29.

⁴ Højendal, Kristina, "Inte möjligt omplacera ovaccinerade", Norra Skåne, <<https://www.nsk.se/2021/11/09/inte-mojligt-omplacera-ovaccinerade/>>, besökt 2021-11-29.

arbetstagare inom vård och omsorg ska vara vaccinerade⁵ och som enda skånska kommun har Båstad infört vaccinkrav vid nyanställning inom vård och omsorg⁶.

Frågan om vilka krav arbetsgivaren kan ställa på att arbetssökande eller arbetstagare vaccinerar sig är komplicerad. Å ena sidan ges arbetsgivaren genom arbetsgivarprerogativet stora befogenheter att bedriva verksamheten på det sätt som denne anser lämpligt. Mot bakgrund av att vaccinet mot covid-19 skyddar vaccintagaren från att bli allvarligt sjuk och minskar risken för att sprida smitta⁷ går det att tänka sig olika anledningar till att arbetsgivaren skulle vilja uppställa vaccinkrav.⁸ En anledning skulle kunna vara att minska ohälsa bland anställda, en annan att arbetsgivaren bedömer att möjligheterna att fullgöra ändamålet med verksamheten påverkas av om arbetstagarna är vaccinerade eller inte.⁹ Å andra sidan anses arbetstagarens personliga integritet vara skyddsvärd. Arbetstagaren har därför genom olika regelverk och principer tillskrivits ett skydd för sitt privatliv. I grund och botten är således frågan hur en arbetsgivarens intresse av att uppställa vaccinkrav ska vägas mot en arbetssökandes eller arbetstagares intresse av sin personliga integritet.

När personlig integritet har diskuterats i förhållande till arbetslivet har diskussionerna bland annat avsett arbetsgivarens möjligheter att övervaka arbetstagarnas aktivitet och beteende på arbetsplatsen och på internet, att genomföra drog- och alkoholtest samt att inhämta information ur olika register såsom belastningsregistret.¹⁰ Mig veterligen har inga diskussioner avsett arbetsgivarens rätt att kräva att en arbetssökande eller arbetstagare vaccinerar sig. Frågan är inte heller rättsligt prövad och saknar huvudsakligen även reglering i författning. För att besvara frågan framstår det därför som nödvändigt att söka ledning i material som behandlar arbetsgivarens rätt att vidta andra former av integritetskränkande åtgärder. Likt drog- och alkoholtest är vaccination kopplat till arbetstagarens hälsotillstånd.

⁵ Gustafsson, Amanda, ”Uddevalla kommun JO-anmäls efter kravet på vaccinerad omsorgspersonal”, SVT Nyheter, <<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/uddevalla-kommun-jo-anmals-efter-kravet-pa-vaccinerad-omsorgspersonal>>, besökt 2021-11-29.

⁶ Larsson, Caroline & Danielsson, Erik Ragnar, ”Nu anställs bara vaccinerade inom omsorgen i Båstad”, SVT Nyheter, <<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/helsingborg/nu-anstalls-bara-fullvaccinerade-inom-omsorgen-i-bastad-kommun>>, besökt 2021-11-29.

⁷ Folkhälsomyndigheten, ”Frågor och svar om vaccination mot covid-19”, <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/vaccination-mot-covid-19/fragor-och-svar-om-vaccination-mot-covid-19/>>, besökt 2021-12-01; Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 18.

⁸ Uppsatsen utgår således från att dessa förutsättningar föreligger. De slutsatser som uppsatsen resulterar i förutsätter därmed att antagandena om vaccinets effekt är korrekta.

⁹ Jfr Westregård (2002), s. 91–92.

¹⁰ SOU 2002:18; SOU 2009:44; SOU 2016:41; Westregård (2002), s. 18.

Gemensamt för åtgärderna är därtill att arbetstagaren utsätts för ett ingrepp i integriteten som kan upplevas som fysiskt obehagligt.¹¹ Mot bakgrund av dessa två faktorer har jag bedömt att den rimligaste jämförelsepunkten för att uppfylla och besvara nedan angivna syfte och frågeställningar är arbetsgivarens möjligheter att beordra arbetssökande och arbetstagare att genomgå drog- och alkoholtest. Denna slutsats får framför allt relevans vid urval av rättspraxis.

Att kommuner och regioner, för samma typ av verksamhet, har gjort skilda bedömningar av vilka krav arbetsgivaren kan uppställa på covid-19-vaccin hos arbetssökande och arbetstagare vittnar om ett oklart rättsläge. Därtill kvarstår frågorna om hur motsvarande möjligheter ser ut för icke vård- och omsorgsrelaterade verksamheter samt för privata arbetsgivare.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mot denna bakgrund ämnar uppsatsen att utreda en aktuell arbetsrättslig fråga som är relevant för både offentliga och privata arbetsgivare och för arbetsgivare inom olika typer av verksamheter. Uppsatsens syfte är att undersöka förhållandet mellan arbetsgivares kontra arbetssökandes och arbetstagares rättigheter och skyldigheter i ljuset av de krav på vaccination mot covid-19 som en arbetsgivare kan tänkas vilja uppställa. Syftet omfattar att utreda hur en önskan från arbetsgivarens sida att uppställa vaccinkrav kan påverka såväl ett rekryteringsförfarande som en pågående anställning.

Uppsatsen två huvudfrågeställningar är följande:

- Kan en arbetsgivare kräva att en arbetssökande är fullvaccinerad mot covid-19?
- Kan en arbetsgivare kräva att en arbetstagare är fullvaccinerad mot covid-19?

Med kräva åsyftar jag att arbetsgivaren nekar en ovaccinerad arbetssökande anställning respektive att arbetsgivaren omplacerar en ovaccinerad arbetstagare eller säger upp arbetstagaren. Det är alltså inte fråga om tvång i bokstavig mening.¹²

För att uppfylla syftet och för att besvara uppsatsens huvudfrågeställningar behöver följande delfrågeställningar besvaras:

¹¹ Jfr SOU 2009:44, s. 311.

¹² Jfr AD 1991 nr 45 och Westregård (2002), s. 245.

- Vad får en arbetsgivare beakta vid ett beslut om nyanställning?
- Hur omfattande är arbetsledningsrätten och arbetskyldigheten?
- Hur skyddas en arbetstagares personliga integritet?
- Vilka skyddsåtgärder behöver en arbetsgivare vidta enligt arbetsmiljölagstiftningen?
- När har en arbetsgivare i praxis haft rätt att kräva att en arbetstagare genomgår ett drog- eller alkoholtest?
- När föreligger saklig grund för uppsägning?

De olika delfrågeställningarna kommer att utgöra utgångspunkt för, och besvaras i, uppsatsens deskriptiva avsnitt. I de analyserande avsnitten 7 och 8 kommer uppsatsens två huvudfrågeställningar att besvaras mot bakgrund av svaren på delfrågeställningarna. Någon analys eller diskussion kommer inte att föras i de deskriptiva avsnitten.

1.3 Avgränsningar

Enligt Integritetsskyddsmyndigheten regleras en arbetsgivares möjlighet att fråga anställda om de är vaccinerade mot covid-19, samt vilka åtgärder arbetsgivaren kan vidta med anledning av svaret, primärt av arbetsrättslig lagstiftning och kollektivavtal. Om personuppgifterna behandlas automatiserat eller i manuella register måste arbetsgivaren även följa Europaparlamentets och rådets förordning (EU) av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (GDPR).¹³ Det saknas utrymme att i uppsatsen utreda de GDPR-rättsliga frågor som uppsatsens syfte och frågeställningar kan aktualisera. Uppsatsen utgår därför från scenariot att arbetsgivaren ställer frågan om vaccinationsstatus, alternativt begär att få se ett vaccinationsintyg, men inte dokumenterar svaret på ett sådant sätt att GDPR blir tillämplig.¹⁴ Uppsatsen utgår vidare från scenariot att en arbetstagare eller arbetssökande som på begäran av arbetsgivaren inte besvarar frågan eller uppvisar intyg kan komma att behandlas som om denne vore ovaccinerad mot covid-19.¹⁵

¹³ Integritetsskyddsmyndigheten, ”Får en arbetsgivare registrera vilka på en arbetsplats som är vaccinerade?”, <<https://www.imy.se/vanliga-fragor-och-svar/far-en-arbetsgivare-registrera-vilka-pa-en-arbetsplats-som-ar-vaccinerade/>>, besökt 2021-10-06.

¹⁴ Jfr Grahn & Kjällström (2017), s. 204 och 208 och SOU 2009:44, s. 248.

¹⁵ Jfr AD 1984 nr 94, AD 1998 nr 97 och Salomonsson, Robin, Steiner, Hamilton & By, Ulrika, ”Det är lätt att tycka att den som jobbar i vården och inte vaccinerar sig är en idiot”, Dagens Nyheter, <<https://www.dn.se/sthlm/det-ar-latt-att-tycka-att-den-som-jobbar-i-varden-och-inte-vaccinerar-sig-ar-en-idiot/>>, besökt 2021-10-16.

Den personliga integriteten skyddas i flera olika internationella överenskommelser.¹⁶ I denna uppsats kommer enbart skyddet enligt den Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) att utredas. Av förarbeten till lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (inkorporeringslagen) framgår att EKMR intar en särställning bland konventionerna då den bygger på en utpräglad juridisk grund med en prövning i domstol på talan av enskilda.¹⁷ Vidare utgör EKMR numera svensk lag och är därmed, till skillnad från andra konventioner, direkt tillämplig.¹⁸ Sveriges medlemskap i Europeiska unionen innebär att även att Europeiska unionens stadga om de grundläggande fri- och rättigheterna är av visst intresse i sammanhanget. I förklaringen till artikel 7, som föreskriver respekt för privatlivet och familjelivet, står emellertid att bestämmelsen ska ges samma innebörd och räckvidd som artikel 8 EKMR.¹⁹ Tillsammans med det faktum att det är avseende artikel 8 EKMR som det finns riklig praxis, samt att det är denna bestämmelse som har haft störst betydelse för utvecklingen av skyddet för den personliga integriteten, framstår en avgränsning till EKMR som rimlig.

Om en arbetssökande eller arbetstagare inte vill vaccinera sig och skälet till detta är relaterat till antingen hälsotillstånd eller religion skulle diskrimineringslag (2008:6567) (DL) kunna bli tillämplig. Eftersom varken hälsotillstånd eller religion verkar vara ett vanligt förekommande skäl till vaccinvägran mot covid-19 kommer frågan om diskriminering inte att utredas. De främsta anledningarna till vaccinvägran synes istället bland annat vara misstro till vaccinet, brist på information och rädsla för biverkningar.²⁰ Av samma anledning avgränsas frågor om religionsfriheten i exempelvis 2 kap. 2 § regeringsformen (1974:152) (RF) bort.

Utanför uppsatsen faller vidare frågor avseende möjligheten att kräva att en ovaccinerad arbetstagare arbetar hemifrån och vad detta i så fall innebär ur ett arbetsmiljörättsligt perspektiv. Inte heller kommer straffrättsliga frågor som

¹⁶ Till exempel i Förenta nationernas allmänna förklaring om de mänskliga rättigheterna samt Förenta nationernas konvention om medborgerliga och politiska rättigheter.

¹⁷ Prop. 1993/94:117, s. 34.

¹⁸ Jfr Prop. 1993/94:117, s. 11.

¹⁹ Europeiska unionens officiella tidning C 303/17, 2007-12-14, förklaringen till artikel 7.

²⁰ Folkhälsomyndigheten, "Undersökning om acceptans för vaccination mot covid-19 – Resultat april–maj 2021", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/statistik-och-analyser/acceptans-for-vaccination-mot-covid-19/resultat-aprilmaj-2021/>>, besökt 2021-10-03; Folkhälsomyndigheten (2021-06-24), *Acceptans för covid-19-vaccination. Invånare i Sverige födda utanför EU/EES och Storbritannien*. Tillgänglig på <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/publicerat-material/publikationsarkiv/a/acceptans-for-covid-19-vaccination/?pub=95540>>, besökt 2021-11-17.

angränsar till ämnet att beröras. Förutsättningarna för att utdöma ansvar enligt 3 kap. brottsbalken (1962:700) berörs således inte. Då syftet med uppsatsen inte är fokuserat till en viss typ av verksamhet har därtill verksamhetsutövarnas ansvar enligt patientsäkerhetslagen (2010:659) avgränsats bort. Den analys som hade kunnat bli aktuellt att föra mot bakgrund av den lagstiftningen kommer istället att föras mot bakgrund av arbetsgivarprerogativet. Ansvar för patientsäkerheten berörs dock kort i samband med redogörelsen för Folkhälsomyndighetens allmänna råd i avsnitt 4. Slutligen avser uppsatsen att utreda vilka vaccinkrav arbetsgivaren kan ställa i samband med tillsvidareanställningar och inte i samband med några andra anställningsformer.

1.4 Metod och material

För att uppfylla syftet och besvara frågeställningarna har den rättsdogmatiska metoden använts. Den rättsdogmatiska metoden kan kortfattat beskrivas som att den avser att analysera vad som är gällande rätt genom att tolka innehållet i de rättskällor som åtnjuter auktoritet.²¹ Fastän kärnan i den rättsdogmatiska metoden är att kartlägga innehållet i gällande rätt kan metoden användas för att kritisera gällande rätt genom att diskutera de brister och förtjänster som finns med nuvarande rättsläge. Metoden kallas då för kritisk rättsdogmatik.²² I syftet med denna uppsats ryms inte att föra någon kritisk diskussion kring den gällande rätt som uppsatsen avser att fastställa. Inte heller ryms att föreslå lösningar på de problem som identifieras. Någon de lege ferenda-argumentation har således inte förts.²³

Vid användande av den rättsdogmatiska metoden undersöks lagar, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.²⁴ Rättskällevärdet avgör rättskällornas inbördes hierarki. Författningar är högst upp i hierarkin och rangordnas inbördes enligt grundlag, lag, förordningar samt myndigheters och kommuners föreskrifter.²⁵ Efter författningar följer rättspraxis och förarbeten.²⁶ Eftersom den lagstiftning som omfattas av uppsatsens syfte till största del är vagt utformad och då flera av de normer som behandlas i uppsatsen inte kommer till uttryck i författning²⁷ har rättspraxis och förarbeten genomgående varit avgörande för att uppfylla uppsatsens syfte. Den praxis som finns att tillgå avseende många

²¹ Hjerstedt (2019), s. 167; Jareborg (2004), s. 4; Kleineman (2018), s. 21; Lehrberg (2021), s. 98.

²² Hjerstedt (2019), s. 167; Kleineman (2018), s. 35–36.

²³ Hjerstedt (2019), s. 167; Kleineman (2018), s. 35–36.

²⁴ Jareborg (2004), s. 8; Kleineman (2018), s. 28; Sandgren (2021), s. 47.

²⁵ Lehrberg (2021), s. 102.

²⁶ Sandgren (2021), s. 48.

²⁷ Jfr Nyström & Erlandsson (2018), s. 451.

av de frågeställningar som berörs i uppsatsen är mycket omfattande. Ett urval har därför varit nödvändigt. Detta urval har till stor del, men inte uteslutande, skett mot bakgrund av vilka rättsfall som finns hänvisade till eller återgivna i doktrin. Vidare har avsikten varit att, där sådan variation av rättsfall finns, hänvisa till både äldre och nyare praxis för att visa på att en sedan länge fastslagen slutsats av Arbetsdomstolen alltjämt har bäring. Underrättsavgöranden har inte beaktats vilket innebär att enbart avgöranden från Arbetsdomstolen²⁸ och Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna (Europadomstolen)²⁹ har utgjort material för uppsatsen. Anledningen är att avgöranden från lägre instans inte har samma prejudikatvärde.³⁰

Frågan om vaccinkrav i arbetsrättsliga sammanhang har som konstaterats inledningsvis inte varit föremål för domstolsprövning. För att uppnå syftet med uppsatsen har en parallell dragits till arbetstagarens skyldighet att underkasta sig drog- och alkoholtest. Därför har avgöranden från Arbetsdomstolen och Europadomstolen avseende denna fråga utgjort en central utgångspunkt för att uppnå syftet med uppsatsen. Vaccinkrav i arbetsrättsliga sammanhang har vidare behandlats mycket sparsamt i förarbeten.³¹ Däremot har andra integritetsfrågor i arbetslivet behandlats i ett antal offentliga utredningar. Framför allt har SOU 2009:44 Integritetsskydd i arbetslivet utgjort en viktig källa för uppsatsen. Eftersom utredningen inte resulterade i någon lagstiftning har den dock snarare använts som doktrin med ett högt rättskällevärde.³²

Doktrinen främsta förtjänst är att den systematiserar rättsligt material vilket bidrar till en överblick av materialet.³³ Vilket rättskällevärde som ska tillmätas doktrin beror på kraften och den inre logiken i de argument som författaren för fram.³⁴ I merparten av fotnoterna i denna uppsats hänvisas till mer än en författare. Eftersom detta tyder på en rådande konsensus har jag bedömt att detta styrker trovärdigheten och tillförlitligheten i de påståenden som författarna för fram.³⁵ Vidare har den senaste upplagan av respektive verk använts för att försäkra att den bild av rättsläget som återges i doktrinen är uppdaterad. Därtill har framför allt verk av välkända professorer inom det arbetsrättsliga området legat till grund för uppsatsen.

²⁸ 2 kap. 4 § lagen (1974:371) om rättegången i arbetstvister.

²⁹ Artikel 44 EKMR.

³⁰ Jfr Lehrberg (2021), s. 165.

³¹ Se dock Prop. 1990/1991:194, s. 94–95 där förhållandet mellan 4 kap. 5 § AML och 2 kap. 6 § RF kort berörs.

³² Jfr Kleineman (2018), s. 28 och Lehrberg (2021), s. 102.

³³ Kleineman (2018), s. 35; Sandgren (2021), s. 19.

³⁴ Kleineman (2018), s. 28 och 33–34.

³⁵ Jfr Lehrberg (2021), s. 205–206.

Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten av Källström och Malmberg innehåller en pedagogisk redogörelse för arbetsrättens samtliga områden och har använts i stor utsträckning. Vidare har *Arbetsledningsrätt och arbetskyldighet: en komparativ studie av kvalitativ flexibilitet i svensk, engelsk och tysk kontext* av Rönmmar utgjort central doktrin för att utreda innebörden av arbetskyldigheten. Westregårds avhandling *Integritetsfrågor i arbetslivet* har varit avgörande för framför allt tolkningen av 2 kap. 6 § RF. Slutligen har *Mänskliga rättigheter i Europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna* bidragit med en god överblick över den allmänna innebörden av artikel 8 EKMR.

I avsnitt 4 om arbetsmiljöansvaret redogörs för Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg. Vägledningen syftar till att hjälpa arbetsgivaren att genomföra de riskbedömningar som denne enligt olika regelverk åläggs att genomföra. Vägledningen benämns inte som allmänna råd men uppvisar likheter med sådana då allmänna råd enligt 1 § Författningssamlingsförordningen (1976:725) definieras som generella rekommendationer om tillämpningen av en författning som anger hur någon kan eller bör handla i ett visst hänseende. En parallell till de allmänna rådens rättskällevärde ter sig därför rimlig. Ett allmänt råd är inte bindande varken för myndigheter eller enskilda men bygger på den samlade expert- och juridiska kunskapen på området.³⁶ Trots att vägledningen inte är bindande har jag därför bedömt att det finns ett värde i att redogöra för och analysera de rekommendationer som framförs i vägledningen.

Avsnitt 1.1 innehåller källhänvisningar till ett antal nyhetsartiklar. Dessa artiklar har enbart använts för att visa på att frågan om vaccinkrav är aktuell samt för att illustrera hur frågan har hanterats i praktiken. Källorna har alltså inte legat till grund för att utreda gällande rätt.

1.5 Forskningsläge

Arbetsgivarprerogativet och integritetsfrågor i arbetslivet har berörts på olika håll i doktrin. Dels har områdena behandlats i framställningar som syftar till att ge en överskådlig bild av den svenska arbetsrätten. Som exempel kan, i tillägg till den tidigare nämnda framställningen av Källström och Malmberg, nämnas *Arbetsrätten: en översikt* av Sigeman och Sjödin samt *Arbetsrätt* av

³⁶ Ds 1998:43, s. 25; Folkhälsomyndigheten, ”Föreskrifter och allmänna råd – covid-19”, <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/foreskrifter-och-allmanna-rad/>>, besökt 2021-11-30.

Glavå och Hansson. Dels har områdena behandlats i framställningar som har ett särskilt fokus på arbetslednings- eller integritetsfrågor, såsom de nämnda verken av Rönmar och Westregård. Även *Anställdas integritetsskydd: och dataskyddsförordningen* av Grahn och Kjällström kan härvid nämnas.

Frågan om vaccinkrav i allmänhet, och krav på covid-19-vaccin i synnerhet, på arbetsmarknaden är emellertid ett i det närmaste outforskat område i den arbetsrättsliga forskningen.³⁷ Det finns således ett forskningsmässigt utrymme för att utreda vilka krav på covid-19-vaccin som arbetsgivaren kan ställa på arbetssökande och arbetstagare. Det utrymmet avser denna uppsats att medverka till att fylla.

³⁷ Ämnet har dock behandlats i två kandidatuppsatser. Se Salehi, Andreas, *Vaccinera dig! En undersökning om huruvida privata arbetsgivare kan kräva att anställda vaccinerar sig mot COVID-19*. Juristprogrammet vid Lunds universitet, 2021 och Bylund, Axel, *Den ovaccinerade arbetstagarens rätt*. Juristprogrammet vid Lunds universitet, 2021.

2 Arbetsgivarprerogativet

2.1 Introduktion

Arbetsgivarprerogativet, eller arbetsgivarens § 32-befogenheter som det även benämns, utgör grunden i den svenska arbetsrätten.³⁸ Av arbetsgivarprerogativet omfattas arbetsgivarens anställningsrätt, arbetsledningsrätt³⁹ och uppsägningsrätt.⁴⁰ Redan 1906 kom arbetsgivarprerogativet till uttryck i den första överenskommelse som slöts mellan Svenska Arbetsgivareföreningen och Landsorganisationen, den så kallade decemberkompromissen. Genom kompromissen accepterade arbetsgivarna att arbetstagarerna organiserade sig i fackföreningar mot att arbetstagarerna skulle låta arbetsgivarna leda och fördela arbetet samt fritt anställa och avskeda arbetstagarer.⁴¹

Arbetsdomstolen har fastslagit att arbetsgivarprerogativet utgör en dold klausul i kollektivavtalet samt en allmän rättsgrundsats som därmed gäller i alla anställningsförhållanden.⁴² Med tiden har arbetsrättslig reglering tillkommit i syfte att inskränka arbetsgivarprerogativet.⁴³ Exempelvis har uppsägningsrätten tappat sin status som arbetsgivarprerogativ genom kravet på saklig grund i 7 § lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Även den fria anställningsrätten har begränsats genom lagstiftning.⁴⁴

2.2 Den fria anställningsrätten

2.2.1 Faktorer att beakta vid nyanställning

Till följd av avtalsrätten har både arbetsgivaren och arbetstagarerna rätt att väja vem de vill ingå avtal med. En *privat arbetsgivare* har därför som utgångspunkt rätt att bestämma vilka anställningskrav som ska uppställas samt vem arbetsgivaren vill anställa.⁴⁵ Den fria antagningsrätten begränsas

³⁸ Rönmar (2004), s. 45.

³⁹ Man brukar skilja mellan arbetsledningsrätten och företagsledningsrätten. Till skillnad från arbetsledningsrätten, som avser åtgärder som mer direkt berör den anställde, avser företagsledningsrätten frågor som rör företaget i stort. Gränsdragningen dessa emellan är flytande och i framställningen kommer företagsledningsrätten behandlas som en del av arbetsledningsrätten. Se Källström & Malmberg (2019), s. 194.

⁴⁰ Glavå & Hansson (2020), s. 48; Rönmar (2004), s. 20.

⁴¹ Adlercreutz & Mulder (2013), s. 28; Glavå & Hansson (2020), s. 26.

⁴² AD 1932 nr 100; AD 1933 nr 159; AD 1934 nr 179; Glavå & Hansson (2020), s. 27; Rönmar (2004), s. 45.

⁴³ Glavå & Hansson (2020), s. 26; Rönmar (2004), s. 45.

⁴⁴ Rönmar (2004), s. 44; Jfr Glavå & Hansson (2020), s. 501.

⁴⁵ AD 1985 nr 129; AD 1996 nr 147; Källström & Malmberg (2019), s. 111–112.

främst av 2 kap. 1 § DL som uppställer ett förbud mot att arbetsgivaren diskriminerar såväl en arbetstagarare som den som gör en förfrågan eller söker arbete hos arbetsgivaren. Arbetsgivarens anställningsrätt begränsas därtill om reglerna till företrädes rätt till återanställning i 25 och 25 a §§ LAS. Den fria anställningsrätten kan även begränsas genom kollektivavtal.⁴⁶

En arbetsgivare får i samband med rekryteringsprocessen vidare inte agera i strid med god sed på arbetsmarknaden.⁴⁷ Fahlbeck och Westregård anser att god sed i rekryteringssammanhang innebär att en avvägning ska göras mellan den arbetssökande och arbetsgivarens intresse. Ett fall som illustrerar intresseavvägningen är enligt Fahlbeck skiljedomen från 1989 som redogörs för i nästa avsnitt.⁴⁸ Eftersom en arbetsgivare inte står i något kontraktsrättsligt förhållande till en arbetssökande kan en arbetssökande emellertid inte göra gällande det kontraktsrättsliga norm- och sanktionssystemet.⁴⁹ En arbetsgivares anställningsbeslut kan därför inte prövas rättsligt annat än om arbetsgivaren kan ha agerat i strid med lagstiftning eller tillämpligt kollektivavtal. Om övertramp konstateras kan arbetsgivarens åläggas skyldighet att betala skadestånd eller diskrimineringsersättning men arbetsgivarens anställningsbeslut kvarstår.⁵⁰

Arbetsgivarens fria anställningsrätt är desto mer begränsad inom *statlig sektor*. Av 12 kap. 5 § RF framgår att vid beslut om statliga anställningar ska avseende fästas endast vid sakliga grunder, såsom förtjänst och skicklighet. Stadgandet har preciserats i 4 § lag (1994:260) om offentlig anställning (LOA) som därtill föreskriver att skickligheten ska sättas först, om det inte finns särskilda skäl för något annat. I förarbeten sägs att reglerna inte primärt syftar till att tillgodose arbetstagarintressen utan till att tillgodose samhällets och de enskilda medborgarnas intresse av en effektiv statlig förvaltning. För att detta intresse ska kunna tillgodoses bör offentliga funktioner utövas av de personer som är bäst lämpade för uppgifterna.⁵¹ Kravet på saklig grund i anställningsbeslutet gäller – till skillnad från förbudet mot kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF⁵² – oberoende av om arbetsgivaren agerar som det allmänna eller som enskild.⁵³ Vidare är det inte möjligt att genom personligt avtal

⁴⁶ SOU 2009:44, s. 79; Westregård (2002), s. 112.

⁴⁷ Fahlbeck (1995), s. 149–50

⁴⁸ Fahlbeck (1995), s. 165–166; Westregård (2002), s. 112.

⁴⁹ Källström (2000), s. 93–94.

⁵⁰ SOU 2009:44, s. 80; Fahlbeck (1995), s. 149–150; Källström & Malmberg (2019), s. 112; Westregård (2002), s. 38 och 112.

⁵¹ Prop. 1984/85:219, s. 18–20.

⁵² Se avsnitt 3.2 om tillämpningen av 2 kap. 6 § RF.

⁵³ Fahlbeck (1995), s. 152–153.

eller kollektivavtal frångå kravet på att ett anställningsbeslut ska fattas på sakliga grunder.⁵⁴

Med förtjänst avses den vana som har förvärvats genom föregående tjänstgöring vilket i praktiken innebär att betydelse tillmäts antal yrkesverksamma år.⁵⁵ Med skicklighet avses den arbetssökandes lämplighet för den aktuella tjänsten. Skickligheten ska avgöras efter en helhetsbedömning varvid till exempel teoretisk och praktisk utbildning, kunskaper och erfarenheter förvärvade i tidigare verksamheter, utlandsvistelser, språkkunskaper och ideellt arbete kan vara relevanta bedömningsfaktorer. Vidare kan personliga egenskaper såsom prestationsförmåga, yrkesskicklighet, ledaregenskaper och samarbetsförmåga tillmätas betydelse vid bedömningen. Vilka faktorer som ska tillmätas betydelse och vilken vikt de ska tillmätas avgörs mot bakgrund av faktorernas relevans för tjänsten.⁵⁶ Det ska vidare betonas att formuleringen ”såsom” i 12 kap. 5 § RF och 4 § LOA ger utrymme för att beakta annat än förtjänst och skicklighet. De grunder som beslutet fattas på måste emellertid alltid vara sakliga.⁵⁷ En arbetssökande kan överklaga en tillsättning enligt 42 § förvaltningslagen (2017:900) samt 21 § 1 st. anställningsförordningen (1994:373). Om den arbetssökande vid prövningen anses vara den mest meriterande är denne berättigad till anställningen. Annars återförvisas ärendet till myndigheten för fortsatt hantering.⁵⁸

Kravet på saklig grund i 12 kap. 5 § 2 st. RF och 4 § LOA är inte tillämpligt på anställningar inom *kommunal och regional sektor*.⁵⁹ Objektivitetsprincipen i 1 kap. 9 § RF innebär dock att kommuner och regioner måste beakta alls likhet inför lagen samt iaktta saklighet och opartiskhet. Förutom att kommuner och regioner ska beakta lagstiftning såsom DL innebär objektivitetsprincipen att inga irrelevanta skäl får ligga till grund för anställningsbeslutet.⁶⁰ Ett kommunalt anställningsbeslut kan överklagas av en kommuninvånare enligt reglerna om kommunalbesvär i 13 kap kommunallagen (2017:725). Om ett anställningsbeslut undanröjs därför att det bedöms vara lagstridigt återförvisas det till kommunen för fortsatt handläggning. Den klagande kan dock inte tilltvinga sig en anställning.⁶¹

⁵⁴ Hinn, Aspegren & Karlson: Offentlig arbetsrätt. En kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning (Version 3, JUNO), kommentaren till 4 §.

⁵⁵ Prop 1973:90, s. 405–406; Pfeifer: Lagen om offentlig anställning. En kommentar (Version 1, JUNO), kommentaren till 4 §, under rubriken ”Sakliga grunder vid anställning”.

⁵⁶ Prop. 1973:90, s. 406; Prop. 1984/85:219, s. 20.

⁵⁷ Pfeifer: Lagen om offentlig anställning. En kommentar (Version 1, JUNO), kommentaren till 4 §, under rubriken ”Sakliga grunder vid anställning”.

⁵⁸ Källström & Malmberg (2019), s. 114; Mulder (2009), s. 474–475.

⁵⁹ Källström & Malmberg (2019), s. 114.

⁶⁰ Mulder (2009), s. 473.

⁶¹ Källström & Malmberg (2019), s. 114; Mulder (2009), s. 474.

2.2.2 Arbetsgivarens möjligheter att insamla information

Det enklaste sättet för arbetsgivaren att ta reda på om den arbetssökande lever upp till arbetsgivarens krav är att ställa frågor.⁶² Arbetsgivaren har en omfattande, om än inte obegränsad, frågerätt.⁶³ Att en statlig arbetsgivare enbart får fatta anställningsbeslut på sakliga grunder har ansetts innebära ett förbud mot att ställa frågor om sådant som inte utgör saklig grund.⁶⁴ För privata arbetsgivare finns ingen motsvarande utgångspunkt. Källström och Malmberg framhåller dock att det sannolikt strider mot god sed att ställa frågor avseende sådant som en arbetstagare normalt sett måste anses ha rätt att hålla hemligt. Som exempel ger författarna att om arbetsgivaren ställer en fråga rörande graviditet kan det få betydelse som bevisning i en eventuell tvist. I övrigt utvecklar författarna inte vad en arbetstagare normalt måste ha rätt att hålla hemligt.⁶⁵

Den arbetssökande är skyldig att svara sanningsenligt på arbetsgivarens frågor men har rätt att lämna vilseledande svar ifall frågan avser sådant som arbetsgivaren inte har rätt att beakta vid anställning. En arbetssökande kan exempelvis hålla en graviditet hemlig då det strider mot DL att neka en arbetssökande jobb med hänvisning till dennes graviditet.⁶⁶

I en skiljedom från 1989 av skiljenämnden för arbetsmiljöavtalet mellan Svenska arbetsgivareföreningen, Landsorganisationen och Förhandlings- och samverksanrådet PTK prövades om Saab-Scania hade haft rätt att genomföra drogtest av arbetssökande. Skiljenämnden ansåg att under de förutsättningar som testerna genomfördes, samt mot bakgrund av möjligheten att hemlighålla resultatet genom att avbryta anställningsförfarandet, hade de arbetssökandes integritet inte kränkts på ett sådant sätt att testerna av den anledningen stred mot god sed. Därtill konstaterades att den fria anställningsrätten i princip innebar att arbetsgivaren var oförhindrad att kräva att den arbetssökande uppvisade olika sorters intyg. Kravet att arbetssökande skulle visa läkarintyg för att styrka att missbruk inte förelåg stred därför inte mot god sed.⁶⁷

⁶² Källström (2000), s. 94.

⁶³ Arbetsgivarens frågerätt begränsas av 2 kap. 1 § lagen (2006:351) om genetisk integritet m.m. som förbjuder arbetsgivaren att som villkor för anställning kräva att motparten lämnar genetisk information om sig själv. Arbetsgivaren är vidare förhindrad att efterforska sådan information. Med genetisk information avses enligt 1 kap. 5 § information om en människas arvs massa. Lagen syftar till att den enskilde själv ska få avgöra om denne vill få information om sin genetiska bakgrund. Se prop. 2005/06:64, s. 200. Av denna anledning bedöms lagen inte ha relevans för uppsatsen.

⁶⁴ SOU 2009:44, s. 387; Fahlbeck (1995), s. 153.

⁶⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 117.

⁶⁶ Källström & Malmberg (2019), s. 117.

⁶⁷ SOU 2009:44, s. 155.

2.3 Arbetsledningsrätten

2.3.1 Introduktion

Arbetsledningsrätten är det tydligaste uttrycket för arbetsgivarens makt på arbetsplatsen och innebär i korthet att det är arbetsgivaren som leder och fördelar arbetet.⁶⁸ Till arbetsledningsrätten hör frågor om vem som ska utföra arbete, vilket arbetet som ska utföras samt var, när och hur arbetet ska utföras.⁶⁹ Arbetsgivaren har bland annat rätt att bestämma över arbetsorganisation, arbetsmetoder, produktionsätt, omplacering av arbetstagare, arbetstidens förläggning och vissa anställningsförmåner. Arbetsgivaren har också rätt fatta beslut kring åtgärder som rör arbetstagarens uppförande och ordning. Hit hör exempelvis rätten att besluta om ordningsföreskrifter, om att arbetstagarna ska bära viss klädsel eller att arbetstagarna ska genomgå tester i form av exempelvis drog- och alkoholtester.⁷⁰

Utmärkande för arbetsledningsrätten är att den ger arbetsgivaren, inom ramen för gällande rätt och kollektivavtal, en ensidigt rätt att fatta beslut avseende arbetstagarens prestationer och skyldigheter utan att avtala härom med arbetstagaren.⁷¹ Arbetsledningsrätten motsvaras av arbetstagarens skyldighet att rätta sig efter arbetsgivarens beslut.⁷² Anställningens ramar avgör arbetsledningsrättens omfattning och inom, men inte utom, ramen för anställningen har arbetsgivaren rätt att ensam fatta beslut. Utgångspunkten är att sådana arbetsledningsbeslut inte behöver motiveras av arbetsgivaren samt att domstolen inte har rätt att pröva om ett beslut borde ha givits ett annat innehåll. Arbetsledningsrätten är emellertid inte oinskränkt utan begränsas av att arbetsledningsbeslut inte får strida mot lag eller god sed på arbetsmarknaden.⁷³ Huruvida ett arbetsledningsbeslut strider mot lag eller god sed kan därför blir föremål för prövning i domstol.⁷⁴

En arbetstagare som inte rättar sig efter ett arbetsledningsbeslut kan göra sig skyldig till arbetsvägran och riskerar att blir uppsagd i enlighet med 7 § LAS.⁷⁵ Om arbetsgivaren däremot beslutar att arbetstagaren ska utföra arbete som ligger utanför anställningen likställs detta med ett skiljande från tjänsten

⁶⁸ Glavå & Hansson (2020), s. 499; Rönnmar (2004), s. 46.

⁶⁹ Glavå & Hansson (2020), s. 499.

⁷⁰ Rönnmar (2004), s. 46–47; Se avsnitt 2.3.3 för utveckling av denna del av arbetsledningsrätten.

⁷¹ AD 1987 nr 35; AD 2015 nr 61; Källström & Malmberg (2019), s. 194.

⁷² SOU 2009:44, s. 78; Rönnmar (2004), s. 281.

⁷³ SOU 2009:44, s. 79; Källström & Malmberg (2019), s. 236.

⁷⁴ AD 1982 nr 112; AD 1983 nr 105.

⁷⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 196–197; Rönnmar (2004), s. 282.

och arbetsgivaren har då att iaktta reglerna kring uppsägning och avskedande i LAS.⁷⁶ En vägran från arbetstagarens sida att följa en order genom vilken arbetsgivaren överskrider sin arbetsledningsrätt anses inte heller utgöra saklig grund för uppsägning.⁷⁷

2.3.2 Arbetsgivarens omplaceringsrätt och arbetstagarens arbetskyldighet

2.3.2.1 Omfattning

Med omplacering avses en varaktig och väsentlig förändring av en arbetstagares arbetsuppgifter eller arbetsplats. Rätten att omplacera en arbetstagare utgör en central del av arbetsledningsrätten och ger arbetsgivaren en omfattande rätt att disponera över arbetskraften.⁷⁸ Omplaceringsrätten korrelerar med arbetstagarens arbetskyldighet. Under förutsättning att arbetsgivarens beslut ligger inom ramen för arbetstagarens arbetskyldighet är arbetsgivaren fri att förändra arbetstagarens arbetsuppgifter.⁷⁹ Rätten att omplacera kan inskränkas genom både kollektivavtal och personliga avtal.⁸⁰ Till exempel framgår av § 6 Allmänna bestämmelser 20⁸¹ att det ska föreligga vägande skäl för att stadigvarande förflytta en arbetstagare. För att ett personligt avtal ska inskränka arbetskyldigheten krävs att det uttryckligen framgår av avtalet att arbetsgivaren inte kan kräva att arbetstagaren utför andra uppgifter än de som parterna kommit överens om. Det är alltså inte tillräckligt att parterna varit överens om de vid tidpunkten aktuella arbetsuppgifterna utan därtill om att dessa i ett visst avseende inte kan förändras.⁸²

Utgångspunkten är att arbetstagaren är skyldig att utföra de arbetsuppgifter som denne har åtagit sig att utföra genom det personliga anställningsavtalet såvida detta inte strider mot lag eller kollektivavtal. En arbetstagare anses ha åtagit sig att utföra det arbete som denne måste antas ha känt till typiskt förekom i den aktuella anställningen.⁸³ Denna så kallade primära arbetskyldighet, eller kärnan i arbetskyldigheten, är sällan omtvistad eller svår att avgöra.⁸⁴ Bedömningen kompliceras av att arbetskyldigheten därtill

⁷⁶ AD 1983 nr 174; AD 1991 nr 114; AD 2010 nr 51; AD 2021 nr 37.

⁷⁷ Ds 2002:56, s. 354.

⁷⁸ Rönmar (2004), s. 46.

⁷⁹ Glavå & Hansson (2020), s. 501–502; Rönmar (2004), s. 47.

⁸⁰ Källström & Malmberg (2019), s. 222.

⁸¹ Allmänna bestämmelser 20 är ett centralt kollektivavtal som reglerar allmänna villkor för anställda inom kommuner och regioner.

⁸² AD 1984 nr 30; AD 2004 nr 102.

⁸³ Källström & Malmberg (2019), s. 221–222

⁸⁴ Källström & Malmberg (2019), s. 221–222; Rönmar (2004), s. 147–148.

avgörs mot bakgrund av kollektivavtal, bruk och sedvänja samt allmänna rättsprinciper utvecklade i praxis.⁸⁵ Arbetskyldigheten har alltså inte ansetts vara begränsad till de arbetsuppgifter som en arbetstagare huvudsakligen anställdes för att utföra. Den omfattande arbetskyldigheten har sin förklaring i att kärnan i anställningsförhållandet är att arbetstagaren fortlöpande ställer sin arbetskraft till arbetsgivarens förfogande i utbyte mot vederlag.⁸⁶ Det har ansetts ineffektivt att på förhand i detalj reglera arbetskyldigheten.⁸⁷

Sedan Arbetsdomstolen fastslog 29/29-principen har den spelat en central roll vid tolkning av arbetskyldigheten.⁸⁸ Principen utgör en allmän rättsgrundsats och en dold klausul i kollektivavtalet både på den privata och den offentliga arbetsmarknaden.⁸⁹ I doktrin beskrivs 29/29-principen som en schablon för tolkning eller utfyllnad av vaga eller ofullständiga anställningsavtal.⁹⁰ Om det finns avvikande reglering i kollektivavtal eller personliga avtal har denna reglering således företräde framför 29/29-principen. I doktrin har ansetts att principen avgör arbetskyldigheten även för icke kollektivavtalsanslutna arbetstagare eller kollektivavtalsanslutna arbetstagare anställda hos oorganiserade arbetsgivare.⁹¹ Genom principen uppställs tre gränslinjer för arbetskyldigheten. Ett arbete faller inom arbetskyldigheten ifall arbetet har 1) ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet, 2) utförs för arbetsgivarens verksamhet samt 3) faller inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer.⁹²

Det första kravet – att arbetet ska ha ett naturligt samband med arbetsgivarens verksamhet – innebär att det ska ligga inom ramen för det tillämpliga kollektivavtalets tillämpningsområde. Ett kollektivavtal är tillämpligt på allt sådant arbete som efter en praktisk bedömning står i ett naturligt samband med den centrala verksamhet som avtalet först och främst syftade på.⁹³ Om en arbetsgivare är bunden av olika kollektivavtal för arbetare respektive tjänstemän och avtalens tillämpningsområde inte kan avgöras genom sedvanlig avtalstolkning utgår Arbetsdomstolen från att ett arbetaravtal inte tillämpligt i fråga om arbetsuppgifter som utförs av en arbetstagare som omfattas av ett tjänstemannaavtal och vice versa. Anledningen till denna utgångspunkt är att den svenska arbetsmarknaden vilar på en tydlig gemensam uppfattning om vad som är arbetar- respektive tjänstemanna-

⁸⁵ Rönmar (2004), s. 148 och 154–158.

⁸⁶ Glavå & Hansson (2020), s. 433.

⁸⁷ Rönmar (2005), s. 53.

⁸⁸ AD 1929 nr 29.

⁸⁹ Rönmar (2004), s. 158–159.

⁹⁰ Sigeman & Sjödin (2017), s. 151.

⁹¹ Adlercreutz & Mulder (2013), s. 272; Källström & Malmberg (2019), s. 223; Rönmar (2004), s. 159.

⁹² Källström & Malmberg (2019), s. 222–223; Rönmar (2004), s. 156 och 176.

⁹³ AD 1929 nr 29; AD 1965 nr 3; AD 1990 nr 59; AD 2013 nr 30.

arbetararbete.⁹⁴ Det nyss sagda kan sammanfattas med att en tjänsteman som regel inte är skyldig att utföra arbete som faller under ett arbetarkollektivavtal och att en arbetare som regel inte är skyldig att utföra arbete som faller under ett tjänstemannaavtal.⁹⁵

Det andra kravet – att arbetet ska utföras för arbetsgivarens räkning – betyder att arbetsgivaren inte kan överlåta sina skyldigheter enligt anställningsavtalet till en annan arbetsgivare.⁹⁶ En arbetstagare kan givetvis vara skyldig att utföra arbete under annans ledning om detta ligger i arbetsgivarens intresse.⁹⁷ Arbetstagaren är dock inte skyldig att utföra arbete under sådana förhållanden att denne blir att betrakta som arbetstagare hos en annan arbetsgivare. Det sista kravet – att arbetet ska falla under arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer – har en mindre praktiskt betydelse. Det ligger som regel inte i arbetsgivarens intresse att placera arbetstagaren till uppgifter som denne exempelvis saknar utbildning för.⁹⁸

Det ska understrykas att omfattningen på arbetsskyldigheten varierar beroende på om arbetstagaren är en privatanställd arbetare, privatanställd tjänsteman eller offentliganställd. 29/29-principen utgör utgångspunkt för bedömningen i samtliga fall. Det ovan nämnda kravet på att arbetet ska falla inom arbetstagarens allmänna yrkeskvalifikationer gäller emellertid främst för privatanställda arbetare och får en annan innebörd för offentligt anställda eller för privatanställda tjänstemän.⁹⁹

För *offentliganställda* har arbetsskyldigheten sedan länge varit knuten till tjänstens beskaffenhet. I förarbeten till LOA:s föregångare står följande:

På grund av regler som har utfärdats med stöd av 10 § kan tjänsteman vara skyldig att finna sig i långtgående ändringar av sina tjänstgöringsförhållanden. Han anses t. ex. vara skyldig att underkasta sig ändrade bestämmelser om tjänstgöringsområde och stationeringsort samt sådan vidsträcktare eller ändrad tjänstgöring hos myndigheterna, som inte i grund ändrar tjänstens beskaffenhet.¹⁰⁰

Denna utgångspunkt har upprätthållits i praxis även efter att LOA trädde i kraft, trots att arbetsskyldigheten för statsanställda i samband härmed överfördes till det avtalsfria området. En offentliganställd arbetstagare anses alltså än idag inte vara skyldig att underkasta sig sådana ändringar av arbetsuppgifter som innebär att anställningens beskaffenhet i grunden ändras

⁹⁴ AD 1978 nr 18; AD 1989 nr 12; AD 2006 nr 87; AD 2010 nr 69.

⁹⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 223; Rönmar (2004), s. 184.

⁹⁶ Källström & Malmberg (2019), s. 223–224.

⁹⁷ AD 1996 nr 113.

⁹⁸ Källström & Malmberg (2019), s. 223–224.

⁹⁹ Källström & Malmberg (2019), s. 224–225; Rönmar (2004), s. 183 och 190.

¹⁰⁰ Prop. 1975/76:105, bil. 2, s. 212.

eller det blir fråga om en i praktiken helt annan tjänst.¹⁰¹ Vid avgörande om tjänstens beskaffenhet i grunden ändras ska de nya arbetsuppgifterna jämföras med arbetstagarens primära arbetskyldighet. Om arbetstagaren får behålla sin titel talar detta för att omplaceringen faller inom arbetskyldigheten. Om däremot en arbetstagare med arbetsledande ställning förflyttas till en position utan en sådan ställning eller om arbetstagaren till följd av omplaceringen inte längre kan utnyttja sin utbildning talar detta för att anställningen i grunden förändrats. I samma riktning talar även att arbetstagarens lön försämras.¹⁰²

Arbetskyldigheten för *privatanställda tjänstemän* är oftare än för privatanställda arbetare preciserade genom personliga avtal.¹⁰³ Tillämpliga befattningsbeskrivningar kan också få betydelse för bedömning av arbetskyldigheten.¹⁰⁴ Den allmänna uppfattningen synes vara att anställningsförhållandet för privatanställda tjänstemän är knutet till viss befattning eller vissa arbetsuppgifter vilket innebär en snävare arbetskyldighet jämförts med arbetare.¹⁰⁵ Hur bedömningen av arbetskyldigheten mer precist ska gå till har inte tydligt behandlats i praxis.¹⁰⁶ Rönmmar skriver att det skulle gå att argumentera för att 29/29-principen får fullt genomslag och att arbetskyldigheten för privatanställda tjänstemän därmed skulle vara lika omfattande som för privatanställda arbetare.¹⁰⁷ Enligt Källström och Malmberg kommer Arbetsdomstolen sannolikt att hämta ledning från den praxis som rör offentliganställda och därmed skulle privatanställda tjänstemän inte kunna åläggas arbetsuppgifter vilka i grunden förändrar anställningen.¹⁰⁸ Rönmmar konstaterar att många och starka uttalanden i doktrin talar för att arbetskyldigheten för privatanställda tjänstemän är begränsad och skriver att arbetskyldigheten därför skulle kunna ses som ”en skala som löper från en begränsad arbetskyldighet för offentliganställda till en vidsträckt arbetskyldighet för arbetare. Arbetskyldigheten för privatanställda tjänstemän skulle då ligga någonstans i mitten på skalan mellan dessa ytterlägen.”¹⁰⁹

¹⁰¹ AD 1980 nr 51; AD 1983 nr 174; AD 1985 nr 6; AD 2008 nr 40; AD 2010 nr 51; Källström & Malmberg (2019), s. 224; Rönmmar (2004), s. 188–193; Sigeman & Sjödin (2017), s. 151.

¹⁰² AD 2010 nr 51.

¹⁰³ Schmidt (1994), s. 228; Sigeman (2017), s. 151.

¹⁰⁴ AD 2002 nr 134; Källström & Malmberg (2019), s. 221–222.

¹⁰⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 225; Schmidt (1994), s. 228.

¹⁰⁶ Källström & Malmberg (2019), s. 225.

¹⁰⁷ Rönmmar (2004), s. 185.

¹⁰⁸ Källström & Malmberg (2019), s. 225.

¹⁰⁹ Rönmmar (2004), s. 185.

2.3.2.2 Bastubadarprincipen

Den så kallade Bastubadarprincipen fastslogs av Arbetsdomstolen i AD 1978 nr 89. Fallet gällde en sulfitoperatör som hade omplacerats sedan han hade påträffats med att bada bastu under tiden han enligt arbetsgivaren borde ha övervakat en ångpanna. Omplaceringen innebar lönesänkning, mindre kvalificerade arbetsuppgifter, nya arbetstider och nya arbetskamrater. Trots att uppgifterna hade legat inom arbetstagarens arbetskyldighet underkände Arbetsdomstolen omplaceringen med hänvisning till att arbetsgivaren hade saknat godtagbara skäl.

Bastubadarprincipen begränsar arbetsgivarens omplaceringsrätt då den innebär att arbetsgivaren i vissa situationer ska visa godtagbara skäl för en omplacering trots att denna faller inom ramen för anställningen. Principen utgör således ett undantag från huvudregeln att arbetsledningsbeslut inte kan underkastas rättslig prövning. I AD 1978 nr 89 menade Arbetsdomstolen att vissa omplaceringar kan få sådana negativa konsekvenser för arbetstagaren att åtgärden inte i något väsentligt hänseende skiljer sig från en uppsägning. För att undvika luckor i anställningsskyddet ansåg Arbetsdomstolen därför att arbetsgivaren ska kunna visa godtagbara skäl för omplaceringar på grund av personliga skäl som får särskilt ingripande verkningar med hänsyn till arbetsuppgifter, anställningsförmåner och anställningsförhållandet i övrigt. Sedan länge anses principen vara en dold kollektivavtalsklausul och en allmän rättsgrundsats. Även för arbetstagare som inte omfattas av ett kollektivavtal utgör således principen en klausul i det enskilda anställningsavtalet.¹¹⁰ Principen gäller på både den privata och offentliga arbetsmarknaden och för såväl arbetare som tjänstemän.¹¹¹ I praxis har principen givits en restriktiv tolkning vilket sannolikt delvis förklaras med att Arbetsdomstolen fick kritik för att genom domen ha agerat lagstiftare.¹¹² Arbetsdomstolen synes dock ha utökat principens tillämpningsområde under 1990-talet men i samband med AD 2002 nr 134 och AD 2003 nr 76 bekräftat dess restriktiva tillämpning.¹¹³

När Arbetsdomstolen ska bedöma om en omplacering får särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren ser domstolen bland annat till uppgifternas art och svårighetsgrad, arbetstid, arbetsplats, lön och andra anställningsförmåner, chefsbefogenheter, ledarfunktioner och ansvar men även till psykosociala

¹¹⁰ AD 1978 nr 89; AD 1989 nr 67.

¹¹¹ Rönmar (2004), s. 77.

¹¹² Ds 2002:56, s. 355; Källström & Malmberg (2019), s. 234; Glavå & Hansson (2020), s. 510.

¹¹³ Ds 2002:56, s. 355; Källström & Malmberg (2019), s. 234; Rönmar (2004), s. 77.

faktorer såsom arbetskamrater, trivsel och arbetsgemenskap.¹¹⁴ Särskild vikt tillmäter Arbetsdomstolen försämrade anställningsförmåner.¹¹⁵

Kravet på godtagbara skäl innebär att skälen för omplaceringen måste vara relevanta för anställningsförhållandet och inte ovidkommande eller osakliga.¹¹⁶ Arbetsdomstolen har bland annat ansett att arbetstagarens samarbetssvårigheter utgjort godtagbara skäl¹¹⁷, likaså att arbetstagaren uppvisat beteende som tytt på att arbetstagaren varit olämplig för arbetsuppgifterna¹¹⁸. I doktrin har hävdats att innebörden av begreppet närmast är att arbetsgivaren inte får handla godtyckligt eller utifrån slumpmässiga eller ovidkommande syften. En sådan tolkning skulle innebära att innebörden av principen till stor del är den samma som innebörden av begreppet god sed.¹¹⁹ Rönmmar skriver att Arbetsdomstolen i stor uträkning accepterat arbetsgivarens skäl som godtagbara.¹²⁰

Eftersom bastubadarprincipen utgör en dold klausul i kollektivavtalet kan en arbetsgivare som omplacerar i strid med principen bli skyldig att betala allmänt skadestånd till både arbetstagaren och fackförbundet enligt 54 och 55 §§ lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet. Arbetsgivaren kan också behöva ersätta arbetstagarens ekonomiska förlust. I de fall tillämpligt kollektivavtal saknas är omplaceringen enbart ett brott mot det enskilda anställningsavtalet och arbetstagaren har då rätt till ekonomiskt skadestånd. Ett omplaceringsbeslut kan inte formellt ogiltigförklaras.¹²¹ Däremot har Arbetsdomstolen uttalat att arbetstagaren har rätt att återfå sina gamla arbetsuppgifter.¹²²

2.3.3 Rätten att genomföra integritetskränkande åtgärder

Hur omfattande arbetsgivarens rätt att besluta om åtgärder avseende uppförande och ordning är avgörs huvudsakligen med hänsyn till skyddet för arbetstagarens integritet.¹²³ Som framhållits i avsnitt 1.1 har jag bedömt att

¹¹⁴ AD 1981 nr 6; AD 1989 nr 67; AD 1991 nr 106; AD 1993 nr 34; AD 1998 nr 50; AD 2002 nr 134; AD 2008 nr 36; AD 2010 nr 52.

¹¹⁵ AD 1983 nr 177; AD 2003 nr 76.

¹¹⁶ Ds 2002:56, s. 357; Källström & Malmberg (2019), s. 234–235; Rönmmar (2004), s. 79–80.

¹¹⁷ AD 1998 nr 50.

¹¹⁸ AD 2010 nr 52.

¹¹⁹ Rönmmar (2004), s. 80 med där anförda källor.

¹²⁰ Rönmmar (2004), s. 81.

¹²¹ Ds 2002:56, s. 538.

¹²² AD 1978 nr 89; AD 1989 nr 67.

¹²³ Rönmmar (2004), s. 47–48.

ett uppfyllande av uppsatsens syfte samt besvarande av uppsatsen huvudfrågeställningar förutsätter att ledning söks i material som behandlar arbetsgivarens rätt att kräva att arbetstagaren underkasta sig drog- och alkoholtest.

Den rättsliga grunden för en arbetstagares skyldighet att underkasta sig ett drog- eller alkoholtest finns i anställningsavtalet och kan således vara reglerat antingen i personligt avtal, kollektivavtal eller lag.¹²⁴ Inom den privata sektorn finns ingen lagstiftning som direkt tar sikte på arbetsgivarens rätt att mot en arbetstagares vilja genomföra sådana test.¹²⁵ Artikel 8 EKMR har dock ansetts tillämplig även i förhållandet mellan enskilda och inom den offentliga sektorn är för denna uppsats därtill 2 kap. 6 § RF relevant. Om någon reglering av frågan inte finns i avtal eller lag kan arbetsgivaren som en del av arbetsledningsrätten ändå ha rätt att kräva att arbetstagaren ska underkasta sig en integritetskänslig åtgärd.¹²⁶ Oberoende av om frågan har reglerats i avtal eller enbart följer av arbetsledningsrätten får arbetsgivarens agerande inte strida mot lag eller god sed på arbetsmarknaden.¹²⁷

2.3.4 God sed på arbetsmarknaden

Att ett arbetsledningsbeslut inte får strida mot god sed på arbetsmarknaden är en allmän rättsgrundsats.¹²⁸ God sed är en oskriven princip och ett uttryck för ett allmänt faktiskt praktiserat beteende som representerar viss yrkesetik eller allmän moralisk nivå.¹²⁹ Att arbetsgivaren inte får utöva sin arbetsledningsrätt i strid med god sed innebär att arbetsgivaren inte får fatta diskriminerande eller otillbörliga beslut, handla utifrån slumpmässiga eller ovidkommande syften eller agera rättsstridigt.¹³⁰ Utrymmet för att tillämpa principen är begränsat. För att kunna angripa ett arbetsledningsbeslut mot bakgrund av principen om god sed krävs att arbetsgivarens agerande kan betraktas som rättsstridigt eller som verkligen stridande mot allmän moral.¹³¹ Enligt Rönmar träffar principen mera undantagssituationer och begränsar inte på något avsevärt sätt arbetsledningsrätten. Sedan diskrimineringsrättens tillämpningsområde utökats har behovet av att ytterligare kunna angripa arbetsgivarens arbetsledningsbeslut minskat.¹³²

¹²⁴ SOU 2009:44, s. 302.

¹²⁵ AD 1998 nr 97; AD 2001 nr 3; AD 2009 nr 36; SOU 2009:44, s. 303.

¹²⁶ SOU 2009:44, s. 302; Westregård (2002), s. 29.

¹²⁷ SOU 2009:44, s. 302–303; Grahn & Kjällström (2017), s. 18; Källström & Malmberg (2019), s. 276.

¹²⁸ Rönmar (2004), s. 70

¹²⁹ Schmidt (1994), s. 27.

¹³⁰ Rönmar (2004), s. 70.

¹³¹ Källström & Malmberg (2019), s. 236.

¹³² Rönmar (2004), s. 71.

Principen är bland annat tillämplig vid arbetsgivarens omplaceringsbeslut och kan då, till skillnad från bastubadarprincipen, tillämpas även om omplaceringen inte fått särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren.¹³³ När arbetsgivaren genomför olika kontrollåtgärder som kränker arbetstagarens personliga integritet får begreppet närmast innebörden av en proportionalitetsbedömning.¹³⁴ För att avgöra om arbetsgivarens kontrollåtgärd står i strid med god sed gör Arbetsdomstolen då en intresseavvägning mellan arbetsgivarens intresse av att vidta åtgärden och arbetstagarens intresse av skydd för sin personliga integritet. Prövningen motsvarar i hög grad den prövning som Europadomstolen gör vid tillämpning av artikel 8 EKMR. Om intrånget i arbetstagarens personliga integritet inte står i rimlig proportion till det intresse arbetsgivaren vill uppnå kan kontrollåtgärden inte anses vara vidtagen i överensstämmelse med god sed.¹³⁵ I avsnitt 3.4 redogörs för praxis som visar hur Arbetsdomstolen i praktiken har utformat denna intresseavvägning.

¹³³ Källström & Malmberg (2019), s. 236.

¹³⁴ Källström & Malmberg (2019), s. 84, 236–237 och 276; Källström (2000), s. 96.

¹³⁵ SOU 2009:44, s. 302.

3 Skyddet för den personliga integriteten

3.1 Introduktion

Det finns i svensk rätt ingen enhetlig definition eller användning av begreppet personlig integritet.¹³⁶ Åtskilliga försök att ge begreppet en definition har dock gjorts. Som exempel kan nämnas SOU 1996:63 Medicinska undersökningar i arbetslivet i vilken det görs en uppdelning mellan kroppslig integritet och personlig integritet. Kroppslig integritet avser individens självbestämmande om den egna kroppen vartill exempelvis skyddet mot kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF hör. Personlig integritet är enligt utredarna det som avser uppgifter om eller information som kan hänföras till en viss person.¹³⁷ I SOU 2002:18 Personlig integritet i arbetslivet beskriver utredarna personlig integritet som att alla människor har rätt till en personlig sfär där ett önskat intrång, såväl fysiskt som psykiskt, kan avvisas.¹³⁸

Även i arbetsrättslig doktrin har begreppets innebörd diskuterats. Källström och Malmberg beskriver skyddet för arbetstagares integritet som regler som ska skydda arbetstagaren mot ingrepp i dennes privata förhållanden. Den arbetsrättsliga kärnfrågan är hur gränsen mellan den privata sfären och det sociala livet på arbetsplatsen ska dras.¹³⁹ Enligt Westregård är rätten till personlig integritet en prima-facie rättighet som i en konkret situation kan ge vika om det finns tyngre vägande motstående intressen.¹⁴⁰

Trots att det i två olika utredningar¹⁴¹ har föreslagits en lag om personlig integritet i arbetslivet finns det idag inget samlat regelverk till skydd för den personliga integriteten. Istället regleras den personliga integriteten i arbetsrättsliga sammanhang på olika håll. Tidigare i uppsatsen har innebörden av god sed på arbetsmarknaden beskrivits och i kommande avsnitt ska redogöras för innebörden av 2 kap. 6 § RF samt artikel 8 EKMR.

¹³⁶ SOU 2016:41, s. 135; Westregård (2002), s. 52.

¹³⁷ SOU 1996:63, s. 109.

¹³⁸ SOU 2002:18, s. 53.

¹³⁹ Källström & Malmberg (2019), s. 274.

¹⁴⁰ Westregård (2002), s. 61.

¹⁴¹ SOU 2002:18; SOU 2009:44.

3.2 Skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp

Enligt 2 kap. 6 § RF är medborgarna skyddade mot kroppsliga ingrepp:

Var och en är gentemot det allmänna skyddad mot påtvingat kroppsligt ingrepp även i andra fall än som avses i 4 och 5 §§. Var och en är dessutom 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.

Utöver vad som föreskrivs i första stycket är var och en gentemot det allmänna skyddad mot betydande intrång i den personliga integriteten, om det sker utan samtycke och innebär övervakning eller kartläggning av den enskildes personliga förhållanden.

Skyddet mot påtvingade kroppsliga ingrepp får enligt 2 kap. 20 § RF begränsas genom lag. Enligt 2 kap. 21 § RF måste begränsningen vara godtagbar i ett demokratiskt samhälle och inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå ändamålet med begränsningen eller utgöra ett hot mot den fria åsiktsbildningen. Av 2 kap. 20 § 2 st. RF följer att efter bemyndigande i lag får de i första stycket angivna fri- och rättigheterna i särskilt angivna fall begränsas genom annan författning.

Redan av målsättningsstadgandet i 1 kap. 2 § 4 st. RF framgår att det allmänna ska värna den enskildes privat- och familjeliv. Skyddet förstärks och konkretiseras i 2 kap. RF som reglerar vilka grundläggande fri- och rättigheter var och en ska vara tillförsäkrad gentemot det allmänna. Till skillnad från målsättningsstadgandet är bestämmelserna i 2 kap. RF bindande.¹⁴² Med det allmänna avses i sammanhanget primärt domstolar, andra myndigheter och normgivande organ i den mån dessa beslutar om betungande offentlighetsrättsliga föreskrifter för enskilda i enlighet med 8 kap. 2 § 2 p. RF. Även regioner och kommuner faller in under begreppet.¹⁴³ Mellan enskilda saknar däremot 2 kap. 6 § RF tillämpning.¹⁴⁴ Begreppet enskild omfattar privatägda företag.¹⁴⁵

I förarbeten till 2 kap. RF står att ”ibland även privaträttsligt organiserade subjekt (jfr 11 kap. 6 § tredje stycket RF)” omfattas av uttrycket det allmänna. 11 kap. 6 § 3 st. motsvaras idag av 12 kap. 4 § 2 st. RF som stadgar att förvaltningsuppgifter kan överlämnas åt, förutom kommuner, andra juridiska

¹⁴² Holmberg m.fl.: Grundlagarna. RF, SO, RO (Version 3A, JUNO), kommentaren till 1 kap. 2 §, under rubriken ”Program- och målsättningsstadganden”.

¹⁴³ Prop 1993:94/65, s. 108 och 111.

¹⁴⁴ AD 1991 nr 45; Fahlbeck (1995), s. 168–169; Källström (2000), s. 89; Westregård (2002), s. 214 och 236.

¹⁴⁵ Westregård (2002), s. 231–232.

personer och enskilda individer. I de fall uppgiften innefattar myndighetsutövning får ett överlämnande göras endast med stöd av lag. Bedömningen av om en privaträttslig aktör ska omfattas av uttrycket det allmänna och därmed falla in under tillämpningsområdet för 2 kap. 6 § RF är komplex och uppfattningarna om hur bedömningen ska göras är i doktrin många.¹⁴⁶ Frågan skulle följaktligen kräva omfattande utredning. Utrymme för en sådan utredning saknas inom ramen för denna uppsats som därför utgår från det förenklade antagandet att privatägda företag inte omfattas av uttrycket det allmänna.

Av förarbeten till 2 kap. 6 § RF framgår att vaccinerings utgör ett sådant kroppsligt ingrepp som omfattas av bestämmelsen.¹⁴⁷ För att ett kroppsligt ingrepp ska omfattas av förbudet krävs därtill att ingreppet är att betrakta som påtvingat. Vad avser tillämpningen av 2 kap. 6 § RF i rekryteringsförfarandet framgår uttryckligen av förarbeten att bestämmelsen saknar tillämpning. Eftersom arbets sökande underkastar sig det kroppsliga ingreppet för att erhålla en förmån i form av anställning anses ingreppet inte vara påtvingat.¹⁴⁸ För att det ska röra sig om tvång krävs att det allmänna har möjlighet att genomdriva åtgärden med något maktmedel.¹⁴⁹ Ett kroppsligt ingrepp som sker med våld eller under hot om våld är således att anse som påtvingat. Även kroppsliga ingrepp under hot om sanktioner anses vara tvångsvisa.¹⁵⁰ Vad som avses med sanktion beskrivs inte närmre i förarbeten till bestämmelsen men i doktrin anges att hot om omplacering eller uppsägning kan innebära att ett angrepp är att anse som påtvingat.¹⁵¹

I AD 1984 nr 94 diskuterades innebörden av rekvisitet påtvingat. Fallet gällde Statens Järnvägar som mot bakgrund av interna föreskrifter hade beslutat att anställda skulle genomgå läkarundersökningar. En arbetstagare som vägrade genomföra undersökningarna skulle behandlas på samma sätt som en arbetstagare som inte uppnådde hälsokraven och omplaceras inom ramen för anställningen. Vid bedömning av om läkarundersökningarna var påtvingade uttalade Arbetsdomstolen följande:

Sålunda trycker staten starkt på att det inte hade kunnat inträda några påföljder, såsom avstängning, uppsägning eller disciplinpåföljd, om Gösta vägrat underkasta sig läkarundersökning utan att enda åtgärden hade blivit att Gösta omplaceras inom ramen för sin anställning.

¹⁴⁶ Se Westregård (2002), s. 220 och Lerwall (2013), s. 265–280 med där anförda källor.

¹⁴⁷ Prop. 1975/76:209, s. 147.

¹⁴⁸ Prop. 1975/76:209, s. 145; Prop 1993/94:65, s. 111; SOU 1999:42, s. 210 och 347.

¹⁴⁹ Prop. 1993/94:65, s. 111.

¹⁵⁰ Prop. 1993/94:65, s. 111; AD 1984 nr 94.

¹⁵¹ Källström & Malmberg (2019), s. 277; Westregård (2002), s. 246.

[...] Arbetsdomstolen bedömer saken på följande sätt. Som staten har påpekat innehåller de ifrågasvarande av SJ internt utfärdade föreskrifterna visserligen inget om att någon påföljd skulle kunna drabba arbetstagare som vägrar att underkasta sig läkarundersökning. Detta har dock inte någon avgörande betydelse när det gäller att karaktärisera föreskrifterna ur arbetsrättslig synvinkel. *Avgörande är i stället att det framgår av föreskrifterna att en bussförare har skyldighet att underkasta sig läkarundersökning* [min kursivering].

[...] *Det må vara att staten kan ha fog för påståendet att en vägran från Göstas sida att underkasta sig läkarundersökning endast skulle ha föranlett att Gösta tilldelats andra arbetsuppgifter inom ramen för sin tjänstgöringsskyldighet* [min kursivering]. Detta förhållande påverkar dock i detta fall inte den arbetsrättsliga karaktären av tillsägelseerna till Gösta om läkarundersökning. Det viktiga är att Gösta hade anledning att uppfatta tillsägelseerna på det sättet att han som arbetstagare var skyldig att efterkomma dem i enlighet med lydnadsplikten. Han blev heller aldrig underrättad om att beskedet om att han skulle undergå läkarundersökning innebar något annat än en order därom.

[...] Något enkelt svar på frågan om vad som ligger i uttrycket påtvingad torde inte stå att finna. Det är emellertid obestriddigt att ett kroppsligt ingrepp måste kunna anses påtvingat inte bara när fråga är om utövande av polisiärt eller därmed jämförligt våld eller hot om sådant våld. Det skydd för den enskilde som lagstiftaren har velat uppnå skulle inte föreligga, om ej även hot om andra sanktioner skulle omfattas av uttrycket påtvingat.

Enligt arbetsdomstolens mening måste läkarundersökningarna anses påtvingade Gösta i och med att SJ *utan något förbehåll beordrat honom till undersökningarna* [min kursivering].¹⁵²

I förarbeten till RF framgår att skyddet i 2 kap. RF åsyftar sådana åtgärder från det allmännas sida som avses i 8 kap. 2 § 2 p. RF.¹⁵³ I förarbeten till denna bestämmelse framgår i sin tur att ”paragrafen inte avser sådana åligganden etc. för en tjänsteman hos staten eller kommun som följer av hans anställning.”¹⁵⁴ Offentliganställdas förpliktelser utgör följaktligen inte skyldigheter i den mening som avses i 8 kap. 2 § 2 p. RF.¹⁵⁵ Ett åliggande för en offentliganställd att enligt ett anställningsavtal genomgå exempelvis medicinska undersökningar skulle således inte strida mot 2 kap. 6 § RF. Anledningen är att även offentliganställdas anställning sedan införandet av 1994 års LOA vilar helt på avtalsrättslig grund.¹⁵⁶ Därmed utövar en offentlig arbetsgivare i en sådan situation inte maktutövning i form av myndighetsutövning.¹⁵⁷ Den offentliga arbetsgivaren uppträder istället som

¹⁵² AD 1984 nr 94.

¹⁵³ Prop 1975/76:209, s. 140.

¹⁵⁴ Prop 1973:90, s. 302.

¹⁵⁵ Westergård (2002), s. 218.

¹⁵⁶ Fram till 1994-års LOA betraktades en offentligrättslig anställning vila på en ensidig offentligrättslig anställningsakt genom vilken den utsedde berättigades och förpliktigades att utöva viss tjänst. Detta kallades för tjänstetillsättning. Se Ahlström (2017), s. 23.

¹⁵⁷ Källström (2000), s. 92–93.

enskild och kan träffa kollektivavtal eller utöva arbetsledningsrätten inom det civilrättsliga reglerade anställningsavtalets gränser.¹⁵⁸

Av det ovan refererade rättsfallet AD 1984 nr 94 följer emellertid att en offentlig arbetsgivare även kan inta rollen som det allmänna. Vid bedömning av om Statens Järnvägar hade agerat som det allmänna eller som enskild konstaterade Arbetsdomstolen att även fast offentliganställdas anställning numera i huvudsak är av privaträttslig natur hindrar detta inte att beslut av en myndighet i dess egenskap av arbetsgivare kan vara att anse som myndighetsutövning. Därefter konstaterade Arbetsdomstolen att de interna föreskrifterna vilade på offentligrättslig grund då de hade utfärdats mot bakgrund av 10 § i allmänna verksamhetsstadgan (1965:600). Vidare hade det huvudsakliga syftet med läkarundersökningarna varit att tillgodose det allmännas intresse av att offentliga funktioner fullgörs på ett korrekt sätt. Syftet med läkarundersökningar var att åstadkomma en säker trafikmiljö för passagerare, busschaufför och övriga trafikanter.¹⁵⁹ Arbetsdomstolen slutsats var därför att arbetsgivaren hade agerat som det allmänna.

AD 1984 nr 94 innebär att om en offentlig arbetsgivare vidtar åtgärder, vilka i övrigt omfattas av 2 kap. 6 § RF, kan detta utgöra ett ingrepp från det allmänna sidan i den mening som avses i bestämmelsen.¹⁶⁰ Avgörande för om en offentlig arbetsgivare uppträder som allmän eller som enskild är enligt Westregård i vems intresse åtgärden vidtas och i vilket syfte. Om arbetsgivaren vidtar en åtgärd grundad på privaträttsliga regler eller arbetsledningsrätten i syfte att tillvarata sitt eget intresse som arbetsgivare agerar arbetsgivaren som enskild. Om arbetsgivaren däremot vidtar en åtgärd i syfte att tillgodose ett allmänt intresse agerar arbetsgivaren i egenskap av det allmänna och 2 kap. 6 RF är då tillämplig. Westregård illustrerar gränsdragningen med följande exempel. En offentlig arbetsgivare inom totalförsvaret fattar beslut om att arbetstagarna ska kroppsvisiteras i samband med att de lämnar arbetsplatsen. Om arbetsgivaren vidtar åtgärden i syfte att kontrollera att arbetstagarna inte använder arbetsplatsens kopiautrustning för privat bruk görs detta i arbetsgivarens eget intresse. Arbetsgivaren uppträder då som enskild i förhållande till arbetstagarna. Om kroppsvisiteringen däremot sker i syfte att förhindra att arbetsgivaren kopierar och för med sig hemliga handlingar ut från arbetsplatsen sker det i syfte att värna det allmänna intresset av rikets säkerhet. Agerandet omfattas då av 2 kap. 6 § RF och lagstöd krävs.¹⁶¹

¹⁵⁸ Westregård (2002), s. 221.

¹⁵⁹ Jfr Westregård (2002), s. 229.

¹⁶⁰ Prop. 1993/94:65, s. 111.

¹⁶¹ Westregård (2002), s. 228–230.

3.3 Skyddet för privat- och familjelivet

3.3.1 EKMR:s status i svensk rätt

Genom artikel 8 EKMR tillförsäkras enskilda rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv:

1. Var och en har rätt till skydd för sitt privat- och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens.
2. Offentlig myndighet får inte ingripa i denna rättighet annat än med stöd av lag och om det i ett demokratiskt samhälle är nödvändigt med hänsyn till den nationella säkerheten, den allmänna säkerheten eller landets ekonomiska välbefinnande, till förebyggande av oordning eller brott, till skydd för hälsa eller moral eller till skydd för andra personers fri- och rättigheter.

EKMR ratificerades av Sverige 1953 men detta utan att konventionen inkorporerades med svensk rätt. Vilken rättslig status konventionen skulle ha diskuterades inte i den proposition som föreslog att Sverige skulle godkänna och ratificera konventionen. Svenska domstolar kom efter ratificeringen att utveckla principer som innebar att konventionen saknade direkt tillämplighet i svensk rätt men att svensk lag i största möjligaste mån skulle tolkas i överensstämmelse med konventionen.¹⁶²

Trots att konventionen fick relativt stort genomslag till följd av de principer som domstolarna utvecklade ansågs det så småningom vara problematiskt att konventionen saknade direkt tillämplighet. Konventionen inkorporerades därför med svensk rätt genom inkorporeringslagen som trädde i kraft den 1 januari 1995 och blev genom detta direkt tillämplig i Sverige.¹⁶³ Domstolarna har därefter varit obenägna att tillämpa svensk lag på ett sätt som inneburit risk för att domstolarnas avgöranden skulle riskera att underkännas av Europadomstolen.¹⁶⁴

Av förarbeten till inkorporeringslagen framgår att medborgaren i och med inkorporeringen är berättigad till skyddet som både RF och EKMR ger. Den enskilde kan således åberopa den grund som ger starkast skydd.¹⁶⁵

¹⁶² Prop 1993/94:117, s. 12; Danelius (2015), s. 44.

¹⁶³ Prop 1993/94:117, s. 33; Danelius (2015), s. 44.

¹⁶⁴ Danelius (2015), s. 44.

¹⁶⁵ Prop. 1993/94:117, s. 39.

3.3.2 Det materiella skyddet

Rätten till skydd för privatlivet är en svårdefinierad rättighet och då många aspekter går att hänföra till privatlivet får rätten sitt innehåll först genom rättspraxis. Skyddet för den fysiska integriteten utgör en viktig del av skyddet för privatlivet.¹⁶⁶ De åtgärder som omfattas är många och genom artikeln skyddas individen även mot mindre fysiska ingrepp.¹⁶⁷ Europadomstolen har konstaterat att vaccination, ”as a involuntary medical intervention” eller ”on pain of penalty”, är ett ingrepp som omfattas av skyddet.¹⁶⁸

Enbart det faktum att ett agerande konstateras vara i strid med artikel 8.1 EKMR innebär inte att det föreligger ett brott mot konventionen. Om de kumulativa rekvisiten i artikel 8.2 EKMR är uppfyllda är statens agerande konventionsenligt.¹⁶⁹ Vid avgörande av om staten agerat i strid med artikel 8 EKMR prövar domstolen först om den aktuella åtgärden faller inom tillämpningsområdet och om åtgärden kränkt den enskildes rätt enligt artikeln. Om frågorna besvaras jakande övergår Europadomstolen till att pröva om de tre rekvisiten i artikel 8.2 EKMR är uppfyllda.¹⁷⁰ För det första kräver en inskränkning lagstöd. Detta innebär att åtgärden måste ha stöd i nationell rätt, vara tillgänglig för allmänheten samt tillräckligt precis för att en inskränkning i rimlig utsträckning ska kunna förutses. För det andra krävs att åtgärden vidtas för att tillgodose något av de i artikel 8.2 EKMR uppräknade ändamålen. För det tredje måste ingreppet vara nödvändigt i ett demokratiskt samhälle. Med nödvändigt avses inte att åtgärden måste vara oundgänglig men att det finns ett angelägligt samhällsligt behov av att åtgärden vidtas. Vid bedömning av om ett sådant behov finns har varje medlemsstat ett visst tolkningsutrymme. Åtgärden behöver dock alltid vara proportionerlig i förhållande till syftet.¹⁷¹ En åtgärd är nödvändig om det föreligger ett rimligt förhållande mellan intresset av privatliv och intresset av att vidta åtgärden.¹⁷²

¹⁶⁶ Danelius (2015), s. 371.

¹⁶⁷ X mot Österrike, nr 8278/78.

¹⁶⁸ Boffa mot m.fl. mot San Marino, nr 26536/95; Solomakhin mot Ukraina, nr 24429/03; Vavricka m.fl. mot Tjeckien, nr 47621/13.

¹⁶⁹ Harris m.fl. (2018), s. 511; Danelius (2015), s. 369.

¹⁷⁰ Westregård (2002), s. 308–309.

¹⁷¹ Handyside mot Storbritannien, nr 5493/72; Madsen mot Danmark, nr 58341/00; Wretlund mot Sverige, nr 46210/99; Vavricka m.fl. mot Tjeckien, nr 47621/13.

¹⁷² Danelius (2015), s. 58 och 370.

3.3.3 Artikel 8 EKMR på den offentliga och privata sektorn

Enligt artikel 1 EKMR har staten en skyldighet att garantera de fri- och rättigheter som anges i konventionen. En individ som anser sig ha fått sina rättigheter kränka av staten tillskrivs genom artikel 34 EKMR en rätt att föra talan hos Europadomstolen. Att staten enligt artikel 1 EKMR har en skyldighet att garantera de fri- och rättigheter som finns stadgade i konventionen innebär huvudsakligen att staterna har en negativ skyldighet att avhålla sig från att vidta åtgärder som kränker enskildas fri- och rättigheter. I sin praxis har dock Europadomstolen fastslagit att medlemsstaterna även kan ha en positiv skyldighet att vidta åtgärder för att enskilda ska komma i fullt åtnjutande av sina rättigheter också i förhållande till andra enskilda rättssubjekt. Sådana positiva åtgärder kan vara att stifta lagar som ger ett grundläggande skydd eller att inrätta offentliga organ som ingriper mot övergrepp. Det sagda innebär att Europadomstolen fastslagit att konventionen inte bara får vertikal verkan mellan det allmänna och det enskilda utan att den även kan få horisontell verkan enskilda emellan.¹⁷³ Det är viktigt att understryka att en enskild enligt artikel 34 EKMR aldrig kan vara svarande i ett mål i Europadomstolen. En talan som rör förhållandet mellan enskilda grundar sig på att staten inte uppfyllt sina skyldigheter genom att ha underlåtit att vidta positiva åtgärder för att skydda enskilda.¹⁷⁴ Europadomstolen har inte formulerat någon generell beskrivning av en stats positiva skyldigheter; vilka åtgärder en stat är skyldig att vidta avgörs i relation till varje särskild rättighet.¹⁷⁵ Av Europadomstolens praxis framgår att artikel 8 EKMR innebär att staten måste vidta vissa åtgärder för att tillförsäkra enskilda sina rättigheter gentemot andra enskilda.¹⁷⁶

En nära angränsande fråga är om enskilda parter kan åberopa EKMR i ett nationellt mål mot en annan enskild.¹⁷⁷ Så anses vara möjligt i de länder där konventionen har givits en sådan effekt.¹⁷⁸ Källström framhåller att Arbetsdomstolen fastslagit att EKMR kan åberopas i mål mellan enskilda.¹⁷⁹ I målet uttalade Arbetsdomstolen att även fast frågan inte uttryckligen berördes i förarbeten till inkorporeringslagen ”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

¹⁷³ Danelius (2015), s. 58; Harris m.fl. (2018), s. 25–27.

¹⁷⁴ Westregård (2002), s. 290; Harris m.fl. (2018), s. 26–27.

¹⁷⁵ Harris m.fl. (2018), s. 24.

¹⁷⁶ Marckx mot Belgien, nr 6833/74; Bărbulescu mot Rumänien, nr 61496/08; Vavricka m.fl. mot Tjeckien, nr 47621/13;

¹⁷⁷ SOU 2009:44, s. 198.

¹⁷⁸ SOU 2002:18, s. 163.

¹⁷⁹ AD 1998 nr 17; Källström (1988/1999), s. 383–384.

i tvister mellan dem”. Målet gällde tillämpningen av artikel 10 EKMR men principen har bekräftats gälla även vid tillämpning av artikel 8 EKMR.¹⁸⁰ Westregård framhåller dock att det går att ifrågasätta om Arbetsdomstolen faktiskt tillämpat konventionen mellan enskilda eller om Arbetsdomstolen enbart påtalat statens positiva skyldighet.¹⁸¹

3.3.4 Artikel 8 EKMR i relationen mellan arbetsgivare och arbetstagare

3.3.4.1 Tillämplighet

Europadomstolen har fastslagit att artikel 8 EKMR är tillämplig i arbetslivet. I målet Niemietz mot Tyskland gjorde tyska staten gällande att det fanns en tydlig skiljelinje mellan privatliv och hem å ena sidan och yrkesverksamhet och affärsliv å andra sidan. Europadomstolen, som ansåg att det inte var möjligt att skilja mellan privatliv i strikt mening och arbetsliv, uttalade följande:

There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of "private life" should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world. This view is supported by the fact that, as was rightly pointed out by the commission, it is not always possible to distinguish clearly which of an individual's activities form part of his professional or business life and which do not. Thus, especially in the case of a person exercising a liberal profession, his work in that context may form part and parcel of his life to such a degree that it becomes impossible to know in what capacity he is acting at a given moment of time.¹⁸²

Inte heller skiljer Europadomstolen mellan att en offentlig arbetsgivare uppträder som enskild respektive som allmän. Som framgått i avsnitt 3.2 görs vid tillämpning av 2 kap. 6 § RF en distinktion mellan att staten agerar inom ramarna för det privaträttsliga förhållandet och därmed uppträder som enskild, respektive att staten utövar offentlig makt och därmed uppträder som det allmänna. EKMR tillämpas däremot i båda situationerna.¹⁸³

¹⁸⁰ AD 1998 nr 97; Källström (1988/1999), s. 383–384; Westregård (2002), s. 299–300.

¹⁸¹ Westregård (2002), s. 300.

¹⁸² Niemietz mot Tyskland, nr 13710/88.

¹⁸³ Schmidt och Dahlström mot Sverige, nr 5589/72; Svenska Lokförarförbundet mot Sverige, nr 5614/72.

3.3.4.2 Artikel 8 EKMR i rekryteringsförfarandet

En arbetssökande ges genom artikeln rätt till visst skydd för sin personliga integritet. Omfattning på skyddet påverkas dock av att avtalsfrihet råder i anställningsförfarandet.¹⁸⁴ Skyddet för arbetssökandes privatliv har inte varit föremål för lika omfattande prövning som skyddet för arbetstagare. Tre avgöranden har dock identifierat som relevanta för uppsatsen.

I *Leander mot Sverige* hade Leander nekats anställning vid Marinmuseet i Karlskrona till följd av uppgifter som säkerhetspolisen lämnat ut om honom inom ramen för så kallad personalkontroll. I syfte att förhindra och avslöja brott hade vissa myndigheter en skyldighet att genomföra personalkontroll vid tillsättning av säkerhetsklassade tjänster. Europadomstolen bedömde att förfarandet och utlämnandet av informationen, tillsammans med att Leander inte haft möjlighet att bemöta uppgifterna om honom, utgjorde ett ingrepp i rätten till privatliv enligt art 8.1 EKMR. Inskränkningen ansågs dock tillåten enligt artikel 8.2 EKMR med hänvisning till syftet med personalkontrollen samt till att enbart relevant information fick lämnas ut. Domstolen konstaterade vidare att förfarandet påverkade enskildas möjlighet till anställning inom public service men underströk att "the right of access to public service is not as such enshrined in the Convention".¹⁸⁵

Målet *Naidin mot Rumänien* gällde en person som hade samarbetat med "the political police" under den kommunistiska regimens styre. Med hänvisning till en bestämmelse i rumänsk lag, enligt vilken individer som hade samarbetat med "the political police" inte hade rätt till statlig anställning, nekades Naidin arbete inom det rumänska parlamentet. Naidin hävdade att detta kränkte hans rätt enligt artikel 8 och artikel 14 EKMR. Enligt Europadomstolen var inskränkningen rättfärdigad då staten hade berättigade förväntningar på att den som arbetade för staten var lojal mot den demokratiska regimen. Europadomstolen framhöll att "states had a legitimate interest in regulating employment conditions in the public service". Inskränkningen ansågs slutligen vara proportionerlig eftersom bestämmelsen inte hindrade individen från att ta privat anställning eller statlig anställning som inte innebar myndighetsutövning.¹⁸⁶

I målet *P.T. mot Moldavien* ansåg Europadomstolen att en person med HIV hade fått sina rättigheter enligt artikel 8 EKMR kränkta. Frågan gällde om det stred mot artikel 8 EKMR att i olika sammanhang, bland annat i rekryteringssammanhang, enligt lag vara skyldig att lämna ett offentligt

¹⁸⁴ Frank & Van Bever (2013), s. 185–186 och 189.

¹⁸⁵ *Leander mot Sverige*, nr 9248/81.

¹⁸⁶ *Naidin mot Rumänien*, nr 38162/07.

upprättat intyg av vilket det framgick känsla medicinska uppgifter. När det var reglerat i lag kunde även privata arbetsgivare ha rätt att ta del av intyget. Europadomstolen ansåg att det inte fanns något legitimt syfte ”by revealing the applicant’s illness to third persons in various proceedings which are unconnected to any health risk the applicant’s illness may possibly entail”.¹⁸⁷

3.3.4.3 Europadomstolen om drog- och alkoholtester i arbetslivet

Som framhållits i avsnitt 2.3.3 har en jämförelse med arbetsgivarens rätt att kräva att arbetstagaren underkastar sig drog- eller alkoholtest bedömts vara påkallad för att uppnå uppsatsens syfte och besvara uppsatsens huvudfrågeställningar. Redogörelsen i detta avsnitt kompletteras i avsnitt 6 med rättsfall från Arbetsdomstolen.

Madsen mot Danmark handlade om ett danska privat rederi som i en intern policy krävde att anställda cirka en gång per år skulle genomgå drog- och alkoholtest. En arbetstagare som nekade riskerade att omedelbart få sin anställning upphörd. Någon skyldighet att genomgå testen var inte föreskriven varken i lag eller i kollektivavtal utan arbetsgivaren hade ensidigt beslutat om policyn med stöd av arbetsledningsrätten. Den sökandes fackförening hävdade att testerna var otillåtna då de kränkte arbetstagarnas rätt till privatliv. Europadomstolen konstaterade inledningsvis att lagkravet i artikel 8.2 EKMR var uppfyllt med hänvisning till den danska arbetsmarknadsmodellen. Policyn hade beslutats med stöd av arbetsledningsrätten som inte gav arbetsgivaren någon obegränsad rätt att vidta kontrollåtgärder. Europadomstolen fäste vidare vikt vid att förfarandet ansågs vara förutsebart då arbetstagarna hade informerats om att de kunde förvänta sig att genomgå tester en gång om året. Därtill ansåg Europadomstolen att testerna vidtogs i syfte att skydda den allmänna säkerheten och andra personers fri- och rättigheter. Testerna bedömdes slutligen vara proportionerliga i förhållande till syftet av två huvudsakliga anledningar. För det första ansåg Europadomstolen att det var allmänt känt att alkohol och droger försämrar förmågan att fungerar mentalt och fysiskt. För det andra ansåg Europadomstolen, med hänvisning till att även de som var ur tjänst var delaktiga i säkerhetsarbetet ombord, att det var viktigt att alla i besättningen kunde delta i arbetet om det exempelvis skulle inträffa någon katastrof. Europadomstolen ansåg därför att testerna varit nödvändiga i ett demokratiskt samhälle och att artikel 8 EKMR inte hade kränkts.¹⁸⁸

¹⁸⁷ P.T. mot Moldavien, nr 1122/12.

¹⁸⁸ Madsen mot Danmark, nr 58341/00.

I Wretlund mot Sverige ansåg den sökande att Sverige kränkt hennes rätt till privatliv genom att i domen AD 1998 nr 97 fastslå att den sökande, som varit anställd som lokalvårdare vid ett kärnkraftverk, hade varit skyldig att genomgå ett drogtest beordrat av arbetsgivaren.¹⁸⁹ Europadomstolen konstaterade att kravet på lagstöd var uppfyllt eftersom arbetsledningsrätten var en erkänd allmän rättsgrundsats och att det av praxis från Arbetsdomstolen följde att arbetsgivaren till följd av arbetsledningsrätten kunde ha rätt att vidta kontrollåtgärder i form av drog- och alkoholtest. Därtill ansåg Europadomstolen att drogtesterna bland annat syftade till att skydda den allmänna ordningen samt andra personers fri- och rättigheter och därför var vidtagna i ett legitimt syfte. Vid proportionalitetsbedömningen fäste domstolen vikt vid att kärnkraftsverksamheten innebar att höga säkerhetskrav behövde ställas. Kontrollåtgärder i form av bland annat drogtest kunde därför i sig anses motiverat. Därtill ansåg Europadomstolen att tillräckligt hänsyn hade tagits till arbetstagarnas integritet då drogtesterna utfördes avskilt och resultatet av testerna enbart tillgängliggjordes för personer som arbetade med drogpolicyprogrammet. Någon kränkning av artikel 8 EKMR förelåg inte.¹⁹⁰

¹⁸⁹ Se avsnitt 6 för referat av AD 1998 nr 97.

¹⁹⁰ Wretlund mot Sverige, nr 46210/99.

4 Arbetsmiljöansvaret

Arbetsgivaren har ett ansvar för att arbetsmiljön på arbetsplatsen är tillfredsställande. Det är därför relevant att utreda om arbetsgivaren, för att skydda den ovaccinerade arbetstagaren eller arbetskamraterna mot covid-19, kan vara skyldig att uppställa vaccinkrav.

Arbetsmiljölagen (1977:1160) (AML) är en allmänt hållen ramlag som är avsedd att konkretiseras genom föreskrifter som meddelas med stöd av lagen. Förutom i AML regleras frågor om arbetsmiljö i arbetsmiljöförordningen (1977:1166) (AMF) och i föreskrifter som utfärdats av Arbetsmiljöverket med stöd av bemyndiganden i AMF.¹⁹¹ Av 1 kap. 1 § AML framgår att det övergripande målet med lagen är att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö. Enligt 2 kap. 1 § AML ska arbetsmiljön vara tillfredsställande med hänsyn till arbetets natur och den sociala och tekniska utvecklingen i samhället. Av 3 kap. 1 a § AML framgår att arbetsgivare och arbetstagare ska samverka för att åstadkomma en god arbetsmiljö. Det huvudsakliga ansvaret för arbetsmiljön åvilar emellertid enligt 3 kap. 2 § AML arbetsgivaren som ska vidta alla åtgärder som behövs för att förebygga att arbetstagaren utsätts för ohälsa eller olycksfall. En utgångspunkt ska härvid vara att allt sådant som kan leda till ohälsa eller olycksfall ska ändras eller ersättas så att risken för ohälsa eller olycksfall undanröjs. De insatser som krävs för att förbättra arbetsmiljön får dock inte vara orimliga i förhållande till de resultat som kan uppnås.¹⁹² Enligt 3 kap. 2 a § AML ska arbetsgivaren systematiskt planera, leda och kontrollera verksamheten på ett sätt som leder till att arbetsmiljön uppfyller föreskrivet krav på en god arbetsmiljö. Vad den närmare innebörden av arbetsgivarens ansvar enligt 3 kap. 2 och 2 a §§ AML är avgörs till stor del utifrån Arbetsmiljöverkets föreskrifter.¹⁹³ Dessa kungörs i Arbetsmiljöverkets författningssamling (AFS).

Enligt 8 § Arbetsmiljöverkets föreskrifter om systematisk arbetsmiljöarbete (AFS 2001:1) ska arbetsgivaren regelbundet undersöka arbetsförhållandena och bedöma riskerna för att någon kan komma att drabbas av ohälsa eller olycksfall i arbetet. Av 10 § AFS 2001:1 följer att arbetsgivaren så snart det är möjligt ska vidta de åtgärder som behövs för att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt uppnå en i övrigt tillfredsställande arbetsmiljö.

¹⁹¹ Sigeman & Sjödin (2017), s. 237.

¹⁹² Prop. 1976/77:149, s. 84.

¹⁹³ Sigeman & Sjödin (2017), s. 239.

I 4 kap. AML ges regeringen eller den myndighet som regeringen utser omfattande möjligheter att utfärda föreskrifter om arbetsmiljön. I 4 kap. 5 § stadgas följande:

Om ett arbete innebär risk för ohälsa eller olycksfall, får regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer meddela föreskrifter om skyldighet att ordna med läkarundersökning eller vaccinering eller annan förebyggande behandling mot smitta av dem som sysselsätts eller ska sysselsättas i arbetet.

Regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer får också meddela föreskrifter om förbud att till arbetet anlita den som vid läkarundersökning har visat sjuklighet eller svaghet som gör honom eller henne särskilt mottaglig för risk för ohälsa eller olycksfall.

Föreskrifter utfärdade mot bakgrund av 4 kap. 5 § AML finns främst i Arbetsmiljöverkets föreskrifter om medicinska kontroller i arbetslivet (AFS 2019:3). Enligt 2 och 3 §§ AFS 2019:3 ska medicinska kontroller anordnas vid vissa särskilt angivna arbeten. För vissa arbeten krävs enligt 3 och 10 §§ AFS 2019:3 ett giltigt tjänstbarhetsintyg för att arbetsgivaren ska få sysselsätta arbetstagaren. Tjänstbarhetsintyget ska enligt 15 § AFS 2019:3 innehålla information om huruvida den undersökande läkaren bedömer att arbetstagarens hälsa medger att arbetstagaren sysselsätts i det arbete som den medicinska kontrollen avser. Om något krav på tjänstbarhetsintyg inte uppställs finns inget förbud för arbetsgivaren att sysselsätta den som avböjt att genomgå den erbjudna undersökningen.¹⁹⁴

Med medicinsk kontroll avses enligt 9 § AFS 2019:3 emellertid inte vaccinationer.¹⁹⁵ Arbetsgivarens ansvar att ordna med vaccinationer regleras istället i Arbetsmiljöverkets föreskrifter om smittrisker (AFS 2018:4). 10 § AFS 2018:4 lyder:

Arbetsgivaren ska, vid behov, erbjuda vaccination, andra medicinska förebyggande åtgärder, kontroller och uppföljande kontroller, om arbetstagare kan ha utsatts för eller riskerar att utsättas för smittämnen i arbetet.

Arbetsgivaren ska se till att arbetstagare får information om fördelar och nackdelar med en vaccination, att vaccin inte alltid ger ett fullständigt skydd mot infektion och att man därför också ska vidta andra skyddsåtgärder.

Det åligger arbetsgivaren att undersöka och riskbedöma arbetsförhållandena i enlighet med 5 och 6 §§ AFS 2018:4. Arbetsgivaren ska då särskilt ta hänsyn till vilka arbetsmoment som kan innebära smittrisk, hur smittämnen skulle kunna orsaka infektion, vilka och hur allvarliga konsekvenser det kan få för

¹⁹⁴ SOU 2009:44, s. 158.

¹⁹⁵ SOU 2009:44, s. 157.

den enskilde arbetstagaren att bli utsatt för smittämnen samt under hur lång tid arbetstagare riskerar att utsättas för smittämnen i arbetet. Om arbetsgivaren därvid anser att det finns ett behov ska arbetsgivaren erbjuda arbetstagaren vaccin. Enligt en bilaga till föreskriften är SARS-CoV-2 ett känt smittämne.¹⁹⁶

Folkhälsomyndigheten har utfärdat vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg. Vägledningen fokuserar på vaccinationer som kan vara aktuella av antingen arbetsmiljö-, patientsäkerhets- eller verksamhetsskäl och syftar till att hjälpa arbetsgivaren att genomföra sina riskbedömningar.¹⁹⁷ Vägledningen får förstås som att den bland annat ska hjälpa arbetsgivaren att göra sin riskbedömning enligt AFS 2018:4.¹⁹⁸ Till grund för rekommendationerna ligger sannolikheten att någon utsätts för smitta samt konsekvenserna av att så sker.¹⁹⁹ Mot bakgrund av sjukdomarnas förekomst, spridningssätt och skyddet som kan uppnås genom basal hygien bedömer Folkhälsomyndigheten att vissa vaccinationer inte ska rekommenderas.²⁰⁰ I vägledningen rekommenderas att all personal som arbetar nära patienter och omsorgstagare vaccineras mot covid-19. Bedömningen verkar dock vara föranledd av patientsäkerhets- och verksamhetsskäl och inte av arbetsmiljöskäl.²⁰¹

Även om arbetsgivaren bär det huvudsakliga arbetsmiljöansvaret bär arbetstagarna enligt 3 kap. 4 § AML visst ansvar. Arbetstagaren ska medverka i arbetsmiljöarbetet och delta i genomförandet av de åtgärder som behövs för att åstadkomma en god arbetsmiljö. Arbetstagaren ska följa givna skyddsföreskrifter, använda skyddsanordningar och iaktta den försiktighet i övrigt som behövs för att förebygga ohälsa och olycksfall. Om en arbetstagare underlåter att följa skyddsföreskrifter kan det finnas grund för att skilja en arbetstagare från tjänsten då detta innebär risk för såväl den egna som arbetskamraternas säkerhet. Åsidosättande av skyddsföreskrifter bör dock inte automatiskt innebära att det föreligger saklig grund för uppsägning. Frågan måste bedömas enligt LAS med beaktande av de skyddsskäl som kan tala för fortsatt anställning.²⁰²

¹⁹⁶ Bilaga B, ”Förteckning över virus”.

¹⁹⁷ Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 6.

¹⁹⁸ Jfr Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 7 och 11.

¹⁹⁹ Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 11.

²⁰⁰ Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 4–5.

²⁰¹ Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg, publicerad 2021-09-27, artikelnummer 21207, s. 4.

²⁰² Prop. 1976/77:149, s. 259.

5 Uppsägning av anställning

5.1 Introduktion

Frågan om en arbetsgivares rätt att kräva att en arbetstagare vaccinerar sig mot covid-19 handlar till syvende och sist om huruvida arbetsgivaren har rätt att säga upp en arbetstagare som inte vaccinerar sig.²⁰³ Grunderna för uppsägning ska därför behandlas i det följande.

Skyddet för anställningen regleras genom LAS och av 1 § följer att lagen är tillämplig i både offentlig och privat verksamhet.²⁰⁴ Uppsägning innebär enligt 4 § 2 st. LAS att anställningen upphör efter viss uppsägningstid. Medan en arbetstagare, med beaktande av uppsägningstiden, fritt kan säga upp anställningsavtalet har arbetsgivaren numera ingen fri uppsägningsrätt utan är skyldig att följa de krav som uppställs i LAS. I lagen görs en distinktion mellan uppsägning på grund av arbetsbrist och uppsägning på grund av personliga skäl och de olika uppsägningsgrunderna aktualiserar delvis olika regelverk.²⁰⁵ Uppsägning på grund av arbetsbrist aktualiserar bland annat reglerna om turordning och företrädesrätt i 22 och 25 §§ LAS medan till exempel tvåmånadersregeln i 7 § 4 st. LAS tillämpas på uppsägningar av personliga skäl. Gemensamt för de två uppsägningsgrunderna är emellertid kravet i 7 § LAS på att en uppsägning ska vara sakligt grundad. Begreppet har i 7 § 2 och 3 st. LAS enbart givits en negativ definition; en uppsägning är inte sakligt grundad om det är skäligt att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig eller om en uppsägning grundar sig på en företagsöverlåtelse i sig. En arbetstagare som anser sig ha blivit uppsagd utan saklig grund kan enligt 34 § LAS yrka att uppsägningen ska förklaras ogiltig.

En uppsägning på grund av att arbetstagaren vägrar att vaccinera sig kan, vilket kommer att framgå i analysen, vara aktuell att hänföra både till arbetsbrist och till personliga skäl. Båda uppsägningsgrunderna är därför relevanta att behandla i uppsatsen.

²⁰³ Ett avskedande innebär, till skillnad från uppsägning, enligt 4 och 18 §§ LAS att anställningen upphör med omedelbar verkan. Uppsatsen syftar som framgått enbart till att utreda frågan om vaccinkrav i förhållande till förutsättningarna för uppsägning. Ett avskedande kräver att arbetstagaren grovt har åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren med vilket avses ett sådant avsiktligt eller grovt vårdslöst förfarande som inte rimligen bör tålas i några rättsförhållande. Se prop. 1973:129, s. 149. Avskedande har mot denna bakgrund fått anses sakna relevans för uppsatsen.

²⁰⁴ Ds 2021:17, s. 55.

²⁰⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 140; Rönmar (2004), s. 263.

5.2 Arbetsbrist

Arbetsbrist definieras inte i lagtext men brukar beskrivas som alla skäl som inte är hänförliga till arbetstagaren personligen. Förutom konkret brist på arbetsuppgifter omfattar arbetsbrist att arbetsgivaren inte anser det befogat att bedriva visst arbete eller att arbetsgivaren annars av företagsekonomiska, organisatoriska eller därmed jämförliga skäl anser det nödvändigt att säga upp en eller flera arbetstagare.²⁰⁶ Saken kan även uttryckas som att arbetsbrist föreligger när en arbetstagare till följd av exempelvis driftsinskränkningar eller omorganisation inte kan erbjudas de arbetsuppgifter som denne tidigare har haft.²⁰⁷

Att arbetsgivaren enligt arbetsledningsrätten har rätt att avgöra verksamhetens inriktning och omfattning medför att arbetsbrist som regel är saklig grund för uppsägning.²⁰⁸ Det anses inte vara domstolens uppgift att gå närmare in på frågor om det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i att genomföra en förändring av verksamheten eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren ansett lämpligt. Uppsägning ska dock vara sista möjliga utväg och arbetsgivaren måste överväga alla möjliga omplaceringsmöjligheter.²⁰⁹

Turordningsreglerna i 22 § LAS aktualiseras vid arbetsbrist och innebär att den med längre anställningstid har företräde till fortsatt arbete framför den med kortare anställningstid. Detta förutsätter dock att arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer för det fortsatta arbetet. Precis som vid nyanställning är arbetsgivaren som utgångspunkt fri att formulera de merit- och kvalifikationskrav som denne anser ska utgöra tillräckliga kvalifikationer. De krav arbetsgivaren formulerar måste dock uppfylla vissa grundläggande krav på saklighet. Bland annat måste kraven vara relevanta för arbetsuppgifterna och inte stridande mot god sed på arbetsmarknaden.²¹⁰ I ett mål rörande uppsägning av en lokalvårdare som ansågs sakna tillräckliga kvalifikationer då lokalvårdaren inte hade körkort uttryckte AD att arbetsgivaren har rätt att ställa de krav som denne anser lämpliga under förutsättning att kraven inte framstår som obefogade eller överdrivna.²¹¹ AD konstaterade att ”det funnits ur organisationshänseende sakliga skäl för bolaget att uppställa krav på körkort på det sätt som skett”.²¹²

²⁰⁶ AD 1993 nr 101; AD 1994 nr 122; AD 2017 nr 58.

²⁰⁷ Lunning (1975), s. 71.

²⁰⁸ AD 1993 nr 101; AD 2017 nr 58; Rönmar (2004), s. 275.

²⁰⁹ Prop. 1973:129, s. 123; Prop. 1981/82:71, s. 65.

²¹⁰ Källström & Malmberg (2019), s. 159.

²¹¹ Se även AD 1991 nr 1 och AD 2002 nr 51.

²¹² AD 2010 nr 34.

5.3 Personliga skäl

I 7 § 4 st. LAS definieras personliga skäl som förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen. Exempel på personliga skäl är bristande arbetsprestationer, samarbetsvårigheter samt olika former av misskötsamhet. Misskötsamhet används ofta som en samlande beteckning för situationer där arbetstagaren medvetet eller genom slarv åsidosätter sina skyldigheter enligt anställningsavtalet i form av till exempel arbets- eller ordervägran, olovlig utevaro eller illojalt handlande.²¹³ I förarbeten till LAS ansågs det inte möjligt att i lagtext närmre definiera innebörden av saklig grund eftersom uppsägningsfallen och förhållandena på arbetsplatsen varierar kraftigt.²¹⁴ Gemensamt för fallen är emellertid att utgångspunkt för bedömning av om saklig grund för uppsägning föreligger är huruvida arbetstagaren brutit mot eller misslyckats med att uppfylla en förpliktelse i anställningsförhållandet som är av väsentlig betydelse för arbetsgivaren och vars existens och väsentlighet arbetstagaren varit medveten om.²¹⁵

Vid uppsägning på grund av personliga skäl görs en mer ingående prövning av arbetsgivarens bedömning och agerande än den som görs vid uppsägning på grund av arbetsbrist. Prövningen kan sammanfattat beskrivas som en avvägning mellan å ena sidan arbetsgivarens intresse av att avsluta anställningen och å andra sidan arbetsgivarens intresse av att behålla anställningen.²¹⁶ Arbetstagarens intresse av att behålla anställningen bedöms dock vara konstant. Arbetsgivarens intresse av att avsluta anställningen bedöms mot bakgrund av exempelvis hur stor betydelse den ifrågavarande förpliktelsen som arbetstagaren misslyckats med att uppfylla har för arbetsgivaren, arbetsplatsens storlek, anställningstidens längd och arbetstagarens position. En viktig utgångspunkt för intresseavvägningen har tidigare varit att främst se till de slutsatser som kan dras beträffande arbetstagarens lämplighet och inte främst till vad som har förekommit i det enskilda fallet.²¹⁷

Vid sidan av intresseavvägningen görs en bedömning av om arbetsgivaren har övervägt alla skäligena möjligheter att genomföra förändringar utan att vidta uppsägnings.²¹⁸ Arbetsgivaren är skyldig att göra arbetstagaren medveten

²¹³ Ds 2021:17, s. 65–66; Källström & Malmberg (2019), s. 147; Jfr Glavå & Hansson (2020), s. 361–385.

²¹⁴ Prop. 1973:129, s. 120; Prop. 1981/82:71, s. 69.

²¹⁵ Källström & Malmberg (2019), s. 147; Sigeman & Sjödin (2017), s. 191.

²¹⁶ Källström & Malmberg (2019), s. 146; Rönmar (2004), s. 270.

²¹⁷ Prop 1973:129, s. 124; Prop 1981/82:71, s. 65; Källström & Malmberg (2019), s. 146–147.

²¹⁸ Källström & Malmberg (2019), s. 148.

om att anställningen riskerar att upphöra ifall arbetstagarens beteende inte förändras.²¹⁹ Arbetsgivaren måste därtill enligt 7 § 2 st. LAS överväga alla skäligena omplaceringsmöjligheter.²²⁰ Denna omplaceringsskyldighet gäller både vid uppsägningar på grund av personliga skäl och uppsägningar på grund av arbetsbrist.

5.4 Omplaceringsskyldigheten

Av 7 § 2 st. LAS framgår att en uppsägning inte är sakligt grundad om det är skäligena att kräva att arbetsgivaren bereder arbetstagaren annat arbete hos sig. Om arbetsgivaren har lämnat ett skäligena omplaceringserbjudande och arbetstagaren utan godtagbar anledning har tackat nej till erbjudandet har arbetsgivarens om regel fullgjort sin omplaceringsskyldighet. Sakligena grund för uppsägning föreligger då normalt sett.²²¹

Arbetsgivaren bör i första hand försöka erbjuda arbetstagaren arbete inom ramen för anställningen. Om några sådana omplaceringsalternativ inte finns är arbetsgivaren dock skyldigena att även undersöka andra omplaceringsmöjligheter inom verksamheten. Arbetsgivaren bör då primärt erbjuda arbetstagaren ett så likvärdigena arbete som möjligt.²²² Omplaceringsskyldigheten är begränsad till ledigena befattningar och arbetsgivaren har ingen skyldigena att skapa nya arbeten för att undvika uppsägning.²²³ Av förarbeten till 7 § LAS framgår att det inte är skäligena att kräva att arbetstagaren ska omplaceras till arbete som denne saknar kvalifikationen för.²²⁴ Begreppet torde här ha samma innebörd som i 22 och 25 §§ LAS.²²⁵

Arbetsdomstolen har fastslagena att arbetsgivaren inte är skyldigena att lämna omplaceringserbjudanden i turordningen. Sådan skyldigena föreligger först när arbetsgivaren fullgjort sin omplaceringsskyldigena enligt 7 § 2 st. LAS och ska turordna enligt 22 § LAS. Arbetsgivaren kan därmed fullgöra sin omplaceringsskyldigena enligt 7 § 2 st. LAS genom att placera ”rätt man på rätt plats” under förutsättningena att detta inte strider mot god sed eller diskrimineringslagstiftningen.²²⁶

²¹⁹ Prop. 1973:129, s. 125; Prop 1981/82:71, s. 125; AD 2002 nr 44; AD 2008 nr 91; AD 2017 nr 47.

²²⁰ Källström & Malmberg (2019), s. 148.

²²¹ AD 1978 nr 161; Källström & Malmberg (2019), s. 151.

²²² Prop. 1973:129, s. 121; Källström & Malmberg (2019), s. 150.

²²³ Prop. 1973:129, s. 122; AD 1983 nr 127; AD 2000 nr 69.

²²⁴ Prop. 1973:129, s. 243.

²²⁵ Ulander-Wänman (2016), s. 73; Se avsnitt 5.2.

²²⁶ AD 2009 nr 50; AD 2011 nr 30.

5.5 Gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl

Att LAS utgår från en uppdelning mellan arbetsbrist och personliga skäl har i rättspraxis ansetts innebära att en uppsägning måste hänföras till endera av kategorierna.²²⁷ I vissa fall kan det vara svårt att avgöra till vilken kategori en uppsägning ska hänföras. Frågan om gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl berördes i AD 2008 nr 46. Som ett led i en organisationsförändring i syfte att åtgärda de kvalitetsproblem som funnits införde en privat skola ett krav på att alla lärare som undervisade i något av kärnämnena skulle ha lärarbehörighet. Skolan sa upp en tillsvidareanställd lärare i svenska då denne saknade lärarbehörighet. Då det efter organisationsförändringen inte fanns några tjänster som kärnämnslärare utan behörighet eller några lediga befattningar i övrigt ansåg skolan att det förelåg arbetsbrist och sa upp läraren. Arbetstagsidan hävdade däremot att uppsägningen var hänförlig till arbetstagarens bristande kompetens. Eftersom detta inte var en organisatorisk eller ekonomisk fråga ansåg arbetstagsidan att uppsägningen berodde på personliga skäl.

Arbetsdomstolen konstaterade att uppsägningen var en följd av en av arbetsgivaren beslutad förändring av verksamheten och att det ytterst var arbetsgivaren som beslutade om behovet av sådana förändringar samt bedömde vilken påverkan det fick på behovet av arbetskraft. Därefter konstaterade Arbetsdomstolen att någon förändring av arbetstagarens personliga förhållanden inte hade skett utan att det var förhållandena på skolan som hade förändrats. Det fanns vidare ingenting som tydde på att skolan hade vidtagit förändringarna i syfte att bli av med en specifik arbetstagare eller att arbetstagaren hade blivit uppsagd om organisationsförändringen inte hade vidtagits. Mot denna bakgrund ansåg Arbetsdomstolen att uppsägningen inte hade föranletts av ett förhållande hänförligt till arbetstagaren personligen utan till förändringar i skolans verksamhet. Uppsägningen hade därför skett på grund av arbetsbrist.

5.6 Begreppet saklig grund förelås ersättas av sakliga skäl

Att redogöra för innebörden av begreppet saklig grund utan att nämna den så kallade LAS-överenskommelsen låter sig inte göras. Under hösten år 2020 träffade flera av arbetsmarknadens stora parter en principöverenskommelse

²²⁷ AD 1994 nr 122; AD 2008 nr 46.

om trygghet, omställning och anställningsvillkor. I överenskommelsens § 2 förklarar parterna sig vara beredda att anta ett nytt huvudavtal om trygghet, omställning och anställningsvillkor om staten tillgodoser kraven som parterna framställer i principöverenskommelsen. Arbetsmarknadsdepartementet har nu lämnat förslag på lagändringar som behöver genomföras för att reformera anställningsskyddet i enlighet med parternas överenskommelse.²²⁸ Ett av de förslag som lämnas är att begreppet saklig grund i 7 § LAS ska ersättas av begreppet sakliga skäl. Den föreslagna lagtexten stadgar att sakliga skäl kan vara arbetsbrist eller förhållanden som hänför sig till arbetstagaren personligen. När det gäller uppsägning på grund av arbetsbrist föreslås inte någon ändring i sak.²²⁹

De föreslagna ändringarna avser istället uppsägningar på grund av personliga skäl. Utgångspunkt för prövningen av om sakliga skäl föreligger är fortsatt om arbetstagaren på ett allvarligt sätt brutit mot anställningsavtalet, samt om den anställde insett eller bort inse detta. Vid avgörande av denna fråga avses ingen förändring med det nya regelverket. En helhetsbedömning ska göras utifrån lagförarbeten, hittillsvarande praxis från Arbetsdomstolen och andra rättskällor. Om det konstateras att arbetstagaren i väsentlig mån har åsidosatt sina åligganden ska det enligt förslaget inte göras någon avvägning mot arbetstagarens intresse av att behålla anställningen. Inte heller ska enligt förslaget bedömningen utgå från en framtidsprognos avseende om arbetstagaren kan komma att på nytt åsidosätta sina förpliktelser i anställningen.²³⁰

Innan en uppsägning är att betrakta som sakligt grundad är arbetsgivaren fortsatt skyldig att vidta mindre ingripande åtgärder såsom stödjande åtgärder, tillrättavisningar, varning om att anställningen är i fara och omplacering. En arbetsgivare som erbjudit en omplacering ska som regel inte behöver erbjuda ytterligare omplacering om arbetstagaren vidhåller eller återfaller i brott mot förpliktelser enligt anställningsavtalet.²³¹

Lagförändringarna föreslås träda i kraft den 30 juni 2022 och tillämpas från och med den 1 oktober 2022.²³² Då någon lagändring ännu inte skett kommer det nu gällande begreppet saklig grund att användas i den kommande analysen. De föreslagna ändringarna kommer endast att beröras i den mån de anses tillföra analysen något.

²²⁸ Ds 2021:17, s. 59.

²²⁹ Ds 2021:17, s. 68 och 183.

²³⁰ Ds 2021:17, s. 68–69 och 183–184.

²³¹ Ds 2021:17, s. 69 och 184–185.

²³² Ds 2021:17, s. 13.

6 Arbetsdomstolen om drog- och alkoholtester i arbetslivet

Vilka krav arbetsgivaren kan ställa på att arbetstagaren mot sin vilja genomgår ett drog- eller alkoholtest har varit föremål för prövning i Arbetsdomstolen i ett antal mål. Samtliga har gällt den privata sektorn.

Det så kallade Ställningsbyggarmålet avsåg frågan om ett ställningsbyggingsföretag hade haft saklig grund för uppsägning av två ställningsbyggare som hade vägrat att underkasta sig de drogtest som arbetsgivaren hade beordrat. Enligt arbetsgivaren hade drogtesten syftat till att värna om säkerheten på arbetsplatsen och till att uppfylla de förpliktelser som åvilade arbetsgivaren enligt AML. Arbetsdomstolen bedömde att arbetet med montage av byggnadsställningar innebar sådana risker vid felaktigt utförande både för arbetstagarnas egen och andras säkerhet att det var av yttersta vikt att ingen som deltog i arbetet missbrukade alkohol eller narkotika. Därtill ansåg Arbetsdomstolen att provtagningen var en adekvat metod för att spåra missbruk och att något annat lika ändamålsenligt alternativ inte hade funnits. Arbetsdomstolen konstaterade dock att det inte hade funnits någon för bolaget bindande arbetsmiljörättslig föreskrift som vid ett underlåtande att genomföra drogtest hade resulterat i någon påföljd för bolaget. Likväl ansåg Arbetsdomstolen att beslutet om drogtestet hade fattats i syfte att värna om säkerheten på arbetsplatsen och därmed även fullgöra den allmänna skyldigheten enligt AML att vidta åtgärder för att förhindra olycksfall.²³³ Frågan var om det hade ålegat arbetstagarna enligt anställningsavtalet att underkasta sig provtagningen i bemärkelsen att en vägran kunde leda till skiljande från tjänsten. Någon skyldighet att underkasta sig drogtest hade inte reglerats i de enskilda anställningsavtalen eller kollektivavtalet. Enligt Arbetsdomstolen låg det dock i linje med medansvaret enligt 3 kap. 4 § AML att anse att en sådan skyldighet följde av anställningsavtalet. Som stöd för detta anförde Arbetsdomstolen att det av förarbeten till nämnda bestämmelse framgick att arbetstagare som inte fullgjorde sin skyldighet att medverka till arbetsmiljöarbetet under vissa omständigheter skulle kunna skiljas från tjänsten. Trots att bolaget hade uppfyllt sin omplaceringsskyldighet bedömdes uppsägningen inte varit sakligt grundad då

²³³ Min tolkning är därmed att en skyldighet att genomföra drogtesterna enligt Arbetsdomstolen visserligen kunde hänföras till arbetsmiljöansvaret enligt AML men att det inte fanns någon sanktion knuten till skyldigheten. Jfr de direktsanktionerade bestämmelserna i 8 kap. 2 § AML respektive Arbetsmiljöverkets möjlighet att utfärda förelägganden eller förbud enligt 8 kap. 1 § AML och 7 kap. 7 § AML.

arbetstagarna borde fått mer betänktid att överväga deltagande i provtagningen.²³⁴

Oskarhamnsmålet kom sedermera att prövas i Europadomstolen och där få namnet Wretlund mot Sverige.²³⁵ Frågan gällde om en lokalvårdare vid en kärnkraftverksanläggning hade varit skyldig att medverka i en av arbetsgivaren anordnad drog- och alkoholtestning. Arbetsgivaren hade träffat avtal med olika fackförbund angående testningen men den aktuella arbetstagaren tillhörde ett fackförbund som hade motsatt sig testningen. Arbetsdomstolen konstaterade dock att verksamheten vid kärnkraftverket var av den karaktären att frågan om testerna fick anses ha ett sådant naturligt samband till verksamheten att den skulle anses vara en arbetsledningsfråga i anställningsavtalet. Frågan som uppstod var däremot om arbetsgivaren genom kravet på drogtester hade överskridit sin arbetsledningsrätt. Arbetstagarsidan gjorde gällande att skyldigheten att underkasta sig drogtestning stred mot artikel 8 EKMR. Enligt Arbetsdomstolen kunde något generellt förbud mot drogtestning inte grundas på bestämmelsen men sådan testning kunde under särskilda omständigheter vara konventionsstridig och därmed stridande mot svensk lag. Viktiga bedömningsfaktorer kunde härvid enligt Arbetsdomstolen vara arbetsgivarens intresse av att företa drogtestning, graden av ingrepp i den enskilda integriteten i det individuella fallet och sättet att utföra testningen. Till följd av de säkerhetskrav och risker som fanns förenade med kärnkraftsverksamheten ansåg Arbetsdomstolen att arbetsgivaren hade ett intresse av att genomföra testerna för att uppnå en drogfri arbetsplats. Genomförandet av och medverkandet till drogtesterna ansågs även ligga i linje med 3 kap. 2 och 14 §§ AML. Testerna ansågs slutligen vara genomförda under föga integritetskränkande omständigheter för arbetstagarna samt vara ändamålsenliga för att uppnå syftet. Arbetsdomstolen gjorde däremot den motsatta bedömningen i fråga om alkoholtestningen. Arbetsdomstolen ansåg att det av testresultatet inte gick att dra någon slutsats kring vilka av de som testat positivt som hade en alkoholkonsumtion av sådan omfattning att den kunde innebära en fara för verksamheten. Det ska understrykas att domstolen inte tog ställning till vilka påföljder som kunde bli aktuella ifall arbetstagaren inte medverkade till drogtestningen.²³⁶

I det så kallade Fryshusfallet var frågan om Fryshuset hade haft saklig grund för uppsägning av en arbetstagare som arbetade som skolvärd inom projektet Lugna gatan efter att denne vägrat underkasta sig ett urinprov. Syftet med Lugna gatan var bland annat att förebygga våld och kriminalitet bland

²³⁴ AD 1991 nr 45.

²³⁵ Se avsnitt 3.3.4.4 för referat av Wretlund mot Sverige.

²³⁶ AD 1998 nr 97.

ungdomar. Skolvårdens uppdrag var att vinna elevernas förtroende och få dem att avhålla sig från droger och annan kriminalitet. Arbetsdomstolen hänvisade inledningsvis till Oskarhamnsmålet och konstaterade att drogtester inte generellt stred mot artikel 8 EKMR men att sådan testning under särskilda omständigheter kunde vara konventionsstridig. Vidare noterade Arbetsdomstolen att det, vid bedömningen av om arbetsgivarens beslut om drogtest varit i strid med god sed, i tidigare praxis gjort en avvägning mellan arbetsgivarens intresse av att drogtesta arbetstagaren och arbetstagarens intresse av att värna om sin personliga integritet. Arbetsdomstolen framhöll att förevarande fall skilde sig från Ställnings- byggarmålet och Oskarhamnsmålet. I de två tidigare rättsfallen hade drogtesten föranletts av arbetsgivarens starka säkerhets- och skyddsintresse. Arbetsdomstolen hade i dessa fall tagit hänsyn till arbetsmiljölagens bestämmelser om ansvaret för att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet. Fryshusets intresse av att genomföra drogtestning av personalen var enligt Arbetsdomstolen i högre grad knutet till verksamhetens ändamål. Mot bakgrund av syftet med Lugna gatan framhöll Arbetsdomstolen att det var omöjligt för Fryshuset att ha skolvårdar som missbrukade narkotika samt att Fryshuset hade ett mycket starkt intresse av att utföra drogtester på sin personal för att undanröja alla eventuella misstankar och att utåt kunna garantera att verksamheten var fri från narkotika. Enligt Arbetsdomstolen hade det inte funnits någon bättre eller mindre integritetskränkande metod för att kontrollera drogfrihet. Arbetstagarens personliga integritet bedömdes inte ha varit kränkt i en sådan utsträckning att arbetstagaren hade haft rätt att vägra underkasta sig drogtesten. Uppsägningen ansågs vara sakligt grundad då arbetstagaren hade informerats om att vägran att lämna urinprov kunde resultera i en uppsägning och då det saknades omplaceringsmöjligheter.²³⁷

Frågan om drogtestning i en säkerhetsfarlig verksamhet har behandlats i ytterligare ett fall. En arbetstagare vid ett smältverk sades upp efter att denne vid två tillfällen hade vägrat att lämna urinprov. Arbetsdomstolen konstaterade att testerna var motiverade eftersom en arbetstagare som var påverkad av droger eller alkohol skulle löpa stor risk att skada sig själv eller någon av sina arbetskamrater. Det råde därför enligt Arbetsdomstolen inte några tvivel kring att arbetstagarna hade haft en skyldighet att underkasta sig testen samt att en vägran att göra detta, efter en bedömning av andra relevanta faktorer, kunde leda till uppsägning. Mot bakgrund av att arbetstagaren hade en historia av drogmissbruk, hade inställt sig på jobbet alkoholpåverkad samt att det saknades tjänster att omplacera arbetstagaren till ansåg Arbetsdomstolen att uppsägningen varit sakligt grundad.²³⁸

²³⁷ AD 2001 nr 3.

²³⁸ AD 2009 nr 53.

I praxis finns flera exempel på när Arbetsdomstolen prövat en arbetsgivares rätt att kräva att en arbetstagare som framfört fordon varit skyldig att underkasta sig drog- och alkoholtest. Gemensamt för dessa fall är att Arbetsdomstolen ansett att arbetsgivaren haft ett berättigat säkerhetsintresse av att genomföra testerna och att arbetstagaren har varit skyldig att underkasta sig testerna. Arbetsdomstolen har i dessa fall konstaterat att en vägran att underkasta sig drogtesterna då kan utgöra saklig grund för uppsägning.²³⁹ I två av fallen underkändes arbetsgivarens uppsägning med hänvisning till att bland annat ytterligare utredning borde ha vidtagits och att arbetstagarens fortsatta lämplighet bedömdes som god.²⁴⁰ I ett av fallen ansågs vägran att underkasta sig testet utgöra saklig grund för uppsägning då det sänkades omplaceringsmöjligheter till befattningar som inte innebar framförande av fordon.²⁴¹

²³⁹ AD 2002 nr 51; AD 2009 nr 36; AD 2011 nr 36; AD 2013 nr 19.

²⁴⁰ AD 2002 nr 51; AD 2011 nr 36.

²⁴¹ AD 2009 nr 36.

7 Arbetsgivarens möjlighet att uppställa krav på covid-19-vaccin

7.1 I samband med nyanställning

Denna fria anställningsrätten utgör en central utgångspunkt inom den *privata sektorn*. Till följd av den fria avtalsrätten kan en arbetsgivare som regel inte tvingas ingå ett anställningsavtal med en arbetssökande som arbetsgivaren inte vill anställa. För att arbetsgivaren ska ha möjlighet att ingå avtal med den arbetssökande som arbetsgivaren anser bäst lämpar sig för anställningen har arbetsgivaren givits en omfattande frågerätt.

Även på den privata arbetsmarknaden är emellertid den fria anställningsrätten inte oinskränkt. Anställningsrätten begränsas huvudsakligen av diskrimineringslagstiftning samt av reglerna om företrädesrätt till återanställning. I övrigt har lagstiftaren avstått från att reglera vilka faktorer arbetsgivaren har rätt att beakta vid sitt anställningsbeslut. Som framgått i utredningen har det dock i doktrin framhållits att arbetsgivaren även i rekryteringsprocessen behöver iaktta principen om god sed på arbetsmarknaden samt att det sannolikt strider mot god sed att ställa frågor om sådant som arbetstagaren torde ha rätt att hemlighålla. Vad innebörden av god sed är i anställningsförfarandet framstår dock som oklart. Frågan prövades i den nämnda skiljedomen från 1989 där skiljedomstolen ansåg att det inte stred mot god sed att begära drogtest av arbetssökande. Källström och Malmberg ger som exempel att om en arbetsgivare ställer frågor om graviditet kan detta få betydelse i en efterföljande diskrimineringsvist. Författarna beskriver alltså innebörden av god sed på ett sätt som närmast sammanfaller med lagstiftning. Några ytterligare exempel på att god sed har tillskrivits en innebörd i anställningsförfarandet har jag inte funnit. Min uppfattning är tvärtom att det råder konsensus i både praxis och doktrin om att den fria anställningsrätten är en central utgångspunkt i svensk arbetsrätt och att arbetsgivaren har rätt att bestämma vilka anställningskrav som ska uppställas samt vem som ska anställas. Oaktat vilken innebörd som begreppet god sed tillskrivs krävs – för att ett brott mot god sed ska få praktisk verkan – att agerandet kan knytas till lagstiftning. Skälet är att det inte finns något kontraktsrättsligt förhållande mellan en arbetsgivare och en arbetssökande.

Förbudet mot kroppsliga ingrepp i 2 kap. 6 § RF saknar tillämplighet på rekryteringsförfarandet. En *statlig arbetsgivare* är dock skyldig att agera i

enlighet med 12 kap. 5 § RF och 4 § LOA. Bestämmelserna innebär att en arbetsgivare vid beslut om anställning enbart får fästa vikt vid sakliga grunder såsom förtjänst och skicklighet. I förarbeten till bestämmelserna ges ett antal exempel på faktorer som kan tillmätas betydelse vid skicklighetsbedömningen. Variationen bland, och vagheten i, dessa exempel tyder enligt min mening på att arbetsgivaren har en relativt stor befogenhet att avgöra vilken innebörd som kravet på skicklighet ska ges. Vidare kan konstateras att uttrycket ”såsom” i de nämnda bestämmelserna medför utrymme att beakta annat än förtjänst och skicklighet under förutsättning att beslutet vilar på sakliga grunder.

Avgörande för vilka krav en statlig arbetsgivare får ställa på den arbetssökande är vilka krav som är relevanta för tjänsten. Denna bedömning bör bland annat påverkas av såväl position som bransch och arbetsplats. Exempelvis bör ett vaccinkrav vara sakligt grundad vid anställning till en position som innebär mycket resande och där arbetet försvåras eller omöjliggörs till följd av att länder kräver vaccinintyg för inträde i landet. Att däremot neka en sökande anställning, med hänvisning till att den arbetssökande är ovaccinerad, till en tjänst som innebär att arbetet huvudsakligen utförs avskilt skulle sannolikt strida mot 12 kap. 5 § RF och 4 § LOA. De nyss nämnda exemplen utgör ytterligheter mellan vilka det finns en gråzon som resulterar i många gränsfall. Syftet med 12 kap. 5 § RF och 4 § LOA bör då fungera vägledande för bedömningen av vilka kvalifikationskrav arbetsgivaren kan ställa. Reglernas primära syfte är att tillgodose samhällets intresse av en effektiv statlig förvaltning. Frågan som en statlig arbetsgivare behöver ställa sig är därmed ifall vaccinationsstatusen hos de anställda påverkar förmågan att fullgöra verksamhetens uppgifter på ett effektivt sätt. Om den frågan besvaras jakande torde också ett vaccinkrav vara sakligt grundat.

Fastän *kommuner och regioner* inte omfattas av 12 kap. 5 § RF eller 4 § LOA bör ovan resonemang i stor utsträckning äga tillämpning också på den kommunala och regionala sektorn. Detta med hänvisning till att kommuner och regioner enligt 1 kap. 9 § RF måste agera sakligt och opartiskt vid tillsättandet av tjänster vilket innebär att inga irrelevanta skäl får ligga till grund för anställningsbeslutet. Mot bakgrund av detta bör en arbetsgivare inom till exempel vård och omsorg kunna neka en ovaccinerad arbetssökande anställning till en position som innebär arbete nära patienter och omsorgstagare. Syftet med dessa verksamheter är att förse patienter och omsorgstagare med god vård och omsorg. Eftersom en ovaccinerad person löper större risk att sprida smitta kan en ovaccinerad arbetstagare anses ha sämre möjligheter att uppfylla syftet med sin anställning.

Hittills har analysen primärt avsett den rent nationella rätten. Även artikel 8 EKMR måste dock beaktas eftersom artikeln har ansetts tillämplig i rekryteringssammanhang och ofrivillig vaccination har ansetts vara ett sådant ingrepp som omfattas av artikeln. Antal rättsfall som är av betydelse för denna uppsats är få och enbart tre rättsfall har identifierats som relevanta för uppsatsen. Fallen Leander mot Sverige och Naidin mot Rumänien handlade båda om en individ som nekats anställning på grund av att individens förflutna bedömts innebära en risk för statens säkerhet. I målet Leander mot Sverige ansåg Europadomstolen att något brott mot artikel 8 EKMR inte förelåg eftersom syftet, att skydda rikets säkerhet, var legitimt. Vidare uttalade domstolen att EKMR inte i sig stadgade någon rätt till offentlig anställning. Bedömningen var likartad i målet Naidin mot Rumänien. Europadomstolen ansåg att Rumänien hade haft rätt att inskränka rätten till privatliv eftersom det var viktigt att staten kunde försäkra sig om att de anställda var lojala mot den demokratiska regimen. Enligt Europadomstolen hade stater ett legitimt intresse av att reglera anställningsvillkoren inom offentligt sektor. I motsats till bedömningen i dessa två mål ansåg Europadomstolen i P.T mot Moldavien att brott mot artikel 8 EKMR förelåg. Fallet avsåg skyldigheten att i vissa fall uppvisa intyg av vilket känsliga medicinska uppgifter framgick. Europadomstolen ansåg att det saknades ett legitimt syfte med att avslöja hälsouppgifter i sammanhang där det saknades risker kopplade till det medicinska tillståndet.

De slutsatser som kan dras av fallen och tillämpas på frågan om krav på covid-19-vaccin får anses vara begränsade. Fallen Leander mot Sverige och Naidin mot Rumänien gällde inte det fysiska tillståndet utan insamlandet av personlig information i syfte att skydda rikets säkerhet. Likväl följer av fallen att offentliga arbetsgivare kan ha rätt att uppställa villkor för anställning som de facto inskränker den personliga integriteten. P.T mot Moldavien avsåg känsliga medicinska uppgifter angående Hiv-smitta. Skillnaderna mellan uppgifter om att en person är Hiv-smittad respektive att en person är eller inte är vaccinerad mot covid-19 är givetvis flera. Den mest relevanta för denna uppsats är den smittorisk som är förenad med respektive virus. Oaktat dessa skillnader följer av rättsfallet att skyldigheten att informera om känsliga medicinska uppgifter, i bland annat anställningssammanhang, är en oproportionerlig inskränkning i rätten till privatliv när det saknas hälsorisker kopplade till tillståndet.

Mot bakgrund av de tre rättsfallen bör slutsatsen vara att integritetskränkande information kan efterfrågas och ligga till grund för ett anställningsbeslut i de fall verksamheten eller tjänsten är sådan att det är motiverat. Europadomstolen fäste i Naidin mot Rumänien vikt vid att den anställda kunde söka statliga tjänster som inte innebar att arbetstagaren utövade

myndighetsutövning samt tjänster hos en privat arbetsgivare. Ett för generellt uppställt krav på covid-19 vaccination, genom vilket hänsyn inte tas till förutsättningarna för den aktuella tjänsten eller verksamheten, skulle därför sannolikt kunna strida mot artikel 8 EKMR.

De rättsfall som nyss redogjorts för bör få olika betydelse för den offentliga respektive den privata arbetsmarknaden. Den första anledningen till detta avser omständigheterna i de tre rättsfallen. I samtliga dessa fall har det offentligas agerande som sådant, och inte dess underlåtenhet att tillförsäkra enskilda sina rättigheter gentemot andra enskilda, prövats mot artikel 8 EKMR. Det torde därmed inte finnas stöd för att applicera de slutsatser som följer av fallen även på den privata arbetsmarknaden. Den andra anledningen avser vilka rättsliga konsekvenser som kan knytas till ett agerande i strid med artikel 8 EKMR. Ett felaktigt agerande skulle få praktisk verkan för en arbetssökande om arbetsgivaren som har agerat i strid med artikel 8 EKMR är offentlig men däremot inte om arbetsgivaren är privat. Statens överklagandenämnd²⁴² kan i en sådan situation tolka 4 § LOA som att det relevanta kvalifikationskravet varit osakligt vilket berättigar arbetstagaren till anställningen. Är beslutet ett kommunalt anställningsbeslut kan det enligt bestämmelserna om kommunalbesvär undanröjas som stridande mot 1 kap. 9 § RF. Till skillnad från vad som är fallet inom offentlig sektor finns inom privat sektor ingen rättslig bestämmelse att pröva arbetsgivarens anställningsbeslut mot. Det saknas därför möjlighet att i denna situation upphäva rekryteringsbeslutet. Därtill finns det ingen möjlighet att göra några avtalsrättsliga sanktioner gällandet mot en privat arbetsgivare då den arbetssökande och arbetsgivaren inte har något avtalsrättsligt förhållande.

7.2 Under pågående anställning

7.2.1 Omplacering inom ramen för anställningen

I samband med att de två huvudfrågeställningarna ställdes upp i inledningen till uppsatsen redogjordes för vad som åsyftades med att arbetsgivaren kunde kräva att arbetstagaren vaccinerade sig mot covid-19. Det framgick att de åtgärder som skulle utredas var om arbetsgivaren kunde omplacera en arbetstagare som inte ville vaccinera sig, alternativt inte ville uppge sin vaccinationsstatus, eller om arbetsgivaren kunde avsluta en sådan arbetstagares anställning. De två möjligheterna kommer i det följande att utredas i separata avsnitt.

²⁴² En myndighets anställningsbeslut får enligt 21 § anställningsförordningen (1994:373) överklagas hos Statens överklagandenämnd.

En utgångspunkt i det svenska anställningsskyddet är att uppsägning av arbetstagare ska vara sista möjliga utväg. Arbetsgivaren bör därför i första hand utreda vilka möjligheter som finns att omplacera arbetstagaren inom ramen för anställningen. Att arbetstagarens arbetskyldighet inte är knuten till den primära arbetskyldigheten medför flexibilitet på arbetsplatsen. Omplaceringsrätten är därför ett praktiskt verktyg för att anpassa verksamheten efter oförutsebara situationer, såsom covid-19-pandemin.

Omfattningen på arbetskyldigheten och omplaceringsrätten avgörs primärt av kollektivavtal och personliga avtal. Om arbetskyldigheten inte tydligt framgår av avtal har Arbetsdomstolen utvecklat principer för tolkning av arbetskyldighetens omfattning där den mest betydelsefulla är 29/29-principen. Som framgått medför principen att privatanställda arbetare har en mycket omfattande arbetskyldighet medan arbetskyldigheten för privatanställda tjänstemän och offentliganställda är snävare. En arbetsgivare har inte rätt att förse en offentliganställd arbetstagare med nya arbetsuppgifter om detta innebär att anställningens beskaffenhet i grunden ändras eller det blir fråga om en i praktiken helt annan tjänst. För att avgöra om arbetskyldigheten är överskriden genom de nya arbetsuppgifterna görs en helhetsbedömning där faktorer som bibehållen eller ändrad titel, arbetsledande ställning samt lön är relevanta. Även huruvida arbetstagaren får fortsatt möjlighet att nyttja sin utbildning kan vara en relevant bedömningsfaktor. För privatanställda tjänstemän anses arbetskyldigheten vara knuten till viss befattning eller vissa arbetsuppgifter. Exakt hur arbetskyldigheten för dessa arbetstagare ska bedömas är något oklart. Vad som kan konstateras är emellertid att arbetskyldigheten för privatanställda tjänstemän är mindre omfattande än den för privatanställda arbetare och troligtvis snarlik den för offentliganställda.

En arbetsgivare som anser det relevant att kräva covid-19-vaccin har således generellt sett sämre möjligheter att tillgodose detta intresse behov utan att omplacera arbetstagaren utanför tjänsten när arbetstagaren är offentliganställd eller en privatanställd tjänsteman jämfört med när arbetstagaren är en arbetare. Om arbetsgivaren omplacerar arbetstagaren utanför anställningens ramar likställs omplaceringen med en uppsägning eller ett avskedande och reglerna i LAS måste då efterföljas.

En *offentlig arbetsgivare* måste vidare förhålla sig till 2 kap. 6 § RF som innebär att staten samt regioner och kommuner inte kan påtvinga en arbetstagare vaccin. Förbudet inträder endast när arbetsgivaren uppträder i egenskap av det allmänna och inte i egenskap av enskild. Av AD 1984 nr 94 följer att avgörande för denna gränsdragning är om arbetstagaren vidtar det kroppsliga ingreppet i syfte att tillgodose sitt eget intresse som arbetsgivare

eller i syfte att tillgodose ett allmänt intresse. Westregård har försökt tydliggöra gränsdragningen med hjälp av exemplet rörande kroppsvisitering inom försvaret. Min uppfattning är att detta exempel tyder på att ett och samma intresse, som det kroppsliga ingreppet syftar till att tillgodose, kan innebära både att 2 kap. 6 § RF är tillämplig och inte. Westregårds bedömning är att en arbetsgivare som genomför kroppsvisitering för att kontrollera att arbetstagarna inte använder arbetsplatsens kopiator för privat bruk gör detta i sitt eget och inte i allmänhetens intresse. Kroppsvisitering i syfte att förhindra att arbetstagarna använder arbetsplatsens kopiator för privat bruk bör dock, om kostnaderna för detta visar sig bli mycket omfattande, även kunna handla om att tillgodose ett allmänt intresse av att offentliga funktioner fullgörs på ett korrekt sätt genom att verksamhetens resurser används kostnadseffektivt.

Av ovan sagda är mina slutsatser följande. Om en offentlig arbetsgivare inom exempelvis vård och omsorg vill omplacera ovaccinerad personal i syfte att upprätthålla hög patientsäkerhet bör detta innebära att arbetsgivaren agerar i egenskap av det allmänna. Om samma arbetsgivare däremot vidtar åtgärden i syfte att minska sjukfrånvaron eftersom arbetsgivaren anser det krävande att ersätta sjukfrånvarande arbetstagare och utbetala sjuklön, men sjukfrånvaron inte i någon större utsträckning påverkar möjligheterna att förse patienter och omsorgstagare med god vård och omsorg, framstår det som tveksamt att ingreppet skulle omfattas av 2 kap. 6 § RF. Bedömningen bör dock vara den motsatta om sjukfrånvaron leder till organisatoriska eller ekonomiska svårigheter att bedriva verksamheten med goda resultat.

Om arbetsgivaren bedöms agera i egenskap av det allmänna är nästa fråga att besvara om sanktionen är av sådan styrka att det kroppsliga ingreppet är att anse som påtvingat. Mot bakgrund av AD 1984 nr 94 har i både förarbeten och i doktrin framhållits att ett ingrepp är påtvingat, inte bara om det genomförs med eller under hot om våld, utan även om det genomförs under hot om andra sanktioner. Med hänvisning till AD 1984 nr 94 skriver Westregård att Arbetsdomstolen ansett att hot om omplacering innebär att åtgärden är påtvingad. Detta skulle innebära att en offentlig arbetsgivare, som agerar i egenskap av det allmänna, saknar möjlighet att omplacera en arbetstagare inom ramen för anställningen med hänvisning till att arbetstagaren inte vaccinerar sig. Min bedömning är att en sådan slutsats, mot bakgrund av de kursiverade citaten i avsnitt 3.2, inte generellt låter sig göras. Min tolkning av AD 1984 nr 94 är att omplacering inom ramen för anställningen kan vara tillåtet enligt 2 kap. 6 § RF. Detta synes dock förutsätta att arbetstagaren görs medveten om att omplacering inom ramen för anställningen är den enda konsekvens som kan inträda ifall arbetstagaren inte vaccinerar sig. Om arbetstagaren däremot har anledning att uppfatta det som

att underlåtenhet att vaccinera sig kan resultera i uppsägning eller avstängning är vaccinationen att anse som påtvingat arbetstagaren.

En arbetsgivare som nyttjar sin omplaceringsrätt måste vidare förhålla sig till bastubadarprincipen samt principen om god sed på arbetsmarknaden. En tillämpning av bastubadarprincipen förutsätter att omplaceringen är vidtagen på grund av personliga skäl. Så torde många gånger vara fallet vid en omplacering som genomförs på grund av att arbetstagaren är ovaccinerad.²⁴³ Principens tillämplighet förutsätter därtill att omplaceringen fått särskilt ingripande verkningar med hänsyn till arbetsuppgifter, anställningsförmåner och anställningsförhållandet i övrigt. En särskilt ingripande omplacering är enbart tillåten om arbetsgivaren kan visa godtagbara skäl och innebörden av detta begrepp måste avgöras i varje enskilt fall. Det kan emellertid konstateras att Arbetsdomstolen tillämpat bastubadarprincipen restriktivt och i de flesta fall godtagit arbetsgivarens skäl. Som tidigare framgått har det i doktrin framhållits att arbetsgivaren är fri att omplacera arbetstagaren så länge arbetsgivaren inte agerar godtyckligt eller utifrån slumpmässiga eller ovidkommande syften. Mycket talar därmed för att en arbetsgivare som kan uppge varför det funnits ett behov av att omplacera en ovaccinerad arbetstagare i de flesta fall lär anses ha uppfyllt kravet på godtagbara skäl.

En tillämpning av principen om god sed förutsätter, till skillnad från en tillämpning av bastubadarprincipen, inte att omplaceringen fått särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren. Däremot är kraven för att principen ska hindra en omplacering fortsatt högt ställda. Källström och Malmberg skriver att en omplacering måste vara verkligen stridande mot allmän moral för att kunna angripas med principen om god sed. Vid genomförandet av integritetskränkande åtgärder innefattar begreppet dock närmast en proportionalitetsbedömning där arbetsgivaren intresse av att vidta åtgärden ska vägas mot arbetstagarens intresse av skydd för sin personliga integritet. En omplacering till följd av att arbetstagaren är ovaccinerad är enligt min bedömning resultatet av två motsatta intressen som blivit väl avvägda. En arbetstagare kan välja att inte vaccinera sig men då riskera att arbetsgivaren anser det befogat att omplacera arbetstagaren inom ramen för anställningen. En motsatt bedömning skulle riskera att underminera den flexibilitet som arbetsgivarens tillfogas genom omplaceringsrätten. Den ovaccinerade arbetstagarens intresse av sin personliga integritet får enligt min mening anses tillgodosett genom att anställningens ramar avgör gränserna för omplaceringsrätten. En omplacering inom ramen för anställningen är av uppenbara anledningar en mindre kännbar åtgärd än en uppsägning.

²⁴³ Jfr dock diskussionen i avsnitt 7.2.3 avseende gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl.

7.2.2 Uppsägning på grund av personliga skäl

Ifall det saknas omplaceringsmöjligheter inom ramen för anställningen uppstår frågan om arbetsgivaren har rätt att säga upp en arbetstagare för att denne inte vaccinerat sig. Grunden för en uppsägning kan antingen vara arbetsbrist eller personliga skäl. Oaktat uppsägningsgrund måste kravet på saklig grund i 7 § LAS vara uppfyllt.

Uppsägning på grund av personliga skäl förutsätter att arbetstagaren brutit mot eller misslyckats med att uppfylla en förpliktelse i anställningsavtalet som är av väsentlig betydelse för arbetsgivaren och vars existens och väsentlighet arbetstagaren varit medveten om. Frågan är därmed om en skyldighet att vaccinera sig kan anses följa av anställningsavtalet. För att kunna besvara denna fråga har material avseende arbetsgivarens rätt att beordra arbetstagaren att genomgå drog- och alkoholtest undersökts. Det ska understrykas att följande tar sikte på den *privata sektorn*. Offentliga arbetsgivare måste som bekant agera i enlighet med 2 kap. 6 § RF vilket jag återkommer till i slutet av detta avsnitt.

Likt fallet med skyldigheten att underkasta sig ett drog- eller alkoholtest finns den rättsliga grunden för att kräva att arbetstagaren vaccinerar sig i anställningsavtalet. Således kan frågan vara reglerad i personligt avtal, kollektivavtal eller lag. Om någon reglering av frågan inte finns i avtal eller lag följer av praxis att arbetsgivaren som en del av arbetsledningsrätten ändå kan ha rätt att kräva att arbetstagaren ska underkasta sig en integritetskränkande åtgärd. Arbetsdomstolen har då bedömt att en arbetstagare som inte underkastar sig den integritetskränkande åtgärden åsidosätter vad som åligger arbetstagaren enligt anställningsavtalet. Saklig grund för uppsägning kan då finnas. Oberoende av om skyldigheten att underkasta sig en integritetskränkande åtgärd är reglerad i avtal eller om den följer av arbetsledningsrätten får den integritetskränkande åtgärden inte strida mot lag eller god sed på arbetsmarknaden.

Inom den privata sektorn finns ingen lagstiftning som direkt tar sikte på arbetsgivarens rätt att kräva vaccination. Artikel 8 EKMR, som omfattar ett skydd mot ofrivillig vaccination, har dock ansetts tillämplig även i förhållandet mellan enskilda. Arbetsdomstolen har prövat frågan om arbetsgivarens rätt att ålägga en arbetstagare att genomgå drog- eller alkoholtest mot artikeln. Huruvida artikeln ansetts direkt tillämplig, eller om Arbetsdomstolen gett artikeln indirekt effekt genom att låta principen om god sed inbegripa en prövning mot artikel 8 EKMR, är enligt min mening oklart. Det torde dock vara mindre intressant att i detta sammanhang undersöka saken närmre. Konsekvensen av att arbetsgivaren bedöms ha agerat i strid

med artikel 8 EKMR blir i båda fallen att arbetsgivarens agerande underkänns av Arbetsdomstolen.

Frågan om arbetstagarens skyldighet att underkasta sig ett av arbetsgivaren beordrat drog- eller alkoholtest har även varit föremål för prövning i Europadomstolen. Europadomstolen har då bland annat konstaterat att lagkravet i artikel 8.2 EKMR är uppfyllt när arbetsgivaren beslutar om en åtgärd inom ramen för arbetsledningsrätten. Av Arbetsdomstolens och Europadomstolens rättspraxis framgår vidare att en intresseavvägning ska göras mellan arbetsgivarens intresse av att genomföra drog- och alkoholtesterna och arbetstagarens intresse av personlig integritet. Rättsfallen kan grovt delas in i två kategorier.

Till den första kategorin hör verksamheter i vilka domstolen bedömt att arbetsgivarens haft ett starkt *säkerhets- och skyddsintresse* av att genomföra testerna. I vissa fall har detta intresse haft sin grund i arbetsmiljölagstiftning. Som Arbetsdomstolen uttryckte det i Fryhusfallet tog domstolen i Ställningsbyggarmålet och Oskarhamnsålet ”hänsyn till arbetsmiljölagens bestämmelser om ansvaret för att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet”. Arbetsdomstolen ansåg i de två fallen att drogtesterna syftade till att uppfylla det allmänna arbetsmiljöansvaret respektive att det låg i linje med 3 kap. 2 och 14 §§ AML att genomföra och medverka i drogtesterna. I AD 2009 nr 53 gjordes ingen uttrycklig hänvisning till arbetsmiljölagstiftning men verksamhetens risker för arbetstagarna utgjorde tydligt utgångspunkt för arbetsdomstolens bedömning. I andra fall har ett säkerhets- och skyddsintresse haft sin grund i allmänhetens säkerhets- och skyddsbehov. I Oskarhamnsålet respektive målet Wretlund mot Sverige tog Arbetsdomstolen och Europadomstolen hänsyn till de säkerhetsrisker kärnkraftsverksamheten innebar för omgivningen. I AD 2002 nr 51, AD 2009 nr 36, AD 2011 nr 36 och AD 2013 nr 19 samt Madsen mot Danmark förde domstolarna ett motsvarande resonemang kring arbetsgivarens intresse av att genomföra drog- och alkoholtest i syfte att åstadkomma en hög trafiksäkerhet.

Till den andra kategorin hör verksamheter där syftet med testningen i högre grad varit knutet till *verksamhetens ändamål*. I Fryshuset var syftet med verksamheten att förebygga våld och kriminalitet bland skolungdomar. Det var enligt Arbetsdomstolen därför en självklarhet att Fryshuset inte kunde ha skolvårdar som missbrukade narkotika.

För att en arbetsgivare ska ha anses ha ett legitimt intresse av att kräva att en arbetstagare vaccinerar sig bör detta intresse därmed gå att klassificera som

antingen ett säkerhets- och skyddsintresse eller som ett ändamålsintresse.²⁴⁴ Inledningsvis kan fastslås att viss överlappning bör föreligga mellan verksamheter där det finns ett säkerhets- och skyddsintresse av att kräva vaccination men där detta intresse inte har sin grund i arbetsmiljölagsstiftning, och verksamheter där det finns ett ändamålsintresse av att kräva vaccination. Till exempel skulle ett vaccinkrav inom vård och omsorg uppställas i syfte att skydda patienter och omsorgstagare från smitta kunna hänföras till säkerhets- och skyddsintresset, men också till ändamålsintresset eftersom verksamheten syftar till att förse patienter med god vård.

Den första frågan som ska utredas är om en arbetsgivare, som ett resultat av arbetsmiljölagsstiftningen, kan anse ha ett intresse av att kräva att en arbetstagare vaccinerar sig mot covid-19. Arbetsmiljölagsstiftningen syftar till att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet samt till att även i övrigt uppnå en god arbetsmiljö. Av AFS 2001:1 följer att arbetsgivaren systematiskt ska riskbedöma verksamheten och vidta åtgärder därefter. En motsvarande skyldighet åvilar arbetsgivaren enligt AFS 2018:4. För uppsatsen är två stycken riskbedömningar relevanta.

För det första måste arbetstagaren bedöma risken för att en ovaccinerad arbetstagare utsätter andra arbetstagare för smitta och ohälsa. Denna risk torde finnas i så gott som alla verksamheter där arbetet utförs kollegialt och arbetstagarna vistas nära varandra i gemensamma utrymmen. Att arbetsgivaren i samtliga dessa fall för att uppfylla sitt arbetsmiljöansvar skulle behöva uppställa vaccinkrav framstår som en långtgående tolkning av arbetsmiljöansvaret. Det föreligger här en väsentlig skillnad jämfört med genomförandet av drog- eller alkoholtest i säkerhetsfarliga verksamheter. Risken för ohälsa när det finns ovaccinerade arbetstagare på arbetsplatsen får anses variera i mindre grad mellan olika verksamheter än risken för olycka i samband med att arbetstagare utför arbete under påverkan av alkohol eller droger. Det är därmed enklare att i det sistnämnda fallet skilja verksamheter där integritetskränkande åtgärder är befogade ur ett arbetsmiljöperspektiv från verksamheter där bedömningen är den motsatta.

För det andra måste arbetsgivaren bedöma risken för att en ovaccinerad arbetstagare utsätts för smitta av klienter, kunder, patienter, omsorgstagare etcetera. Vid denna riskbedömning är Folkhälsomyndighetens vägledning för vaccination av personal inom vård och omsorg av intresse. Som framgått rekommenderar Folkhälsomyndigheten att all personal som arbetar nära patienter och omsorgstagare ska vara vaccinerade mot covid-19.

²⁴⁴ Observera dock att Arbetsdomstolen och Europadomstolen inte i något fall kommit till slutsatsen att arbetsgivaren saknat ett legitimt intresse av att genomföra drogtesten. Det går därmed inte att utesluta att även andra intressen skulle kunna betraktas som berättigade.

Bedömningen grundar sig emellertid inte på arbetsmiljöskäl utan på patientsäkerhets- och verksamhetsrelaterade skäl. Detta skiljer sig från bedömningen av vissa andra virus avseende vilka Folkhälsomyndigheten bedömt att vaccination av personalen är påkallat ur arbetsmiljöskäl. Folkhälsomyndighetens vägledning är inte bindande för arbetsgivaren och naturligtvis kan det, oaktat Folkhälsomyndighetens bedömning, finnas verksamheter där arbetstagarna löper stor risk att utsätts för smitta. Det är dock befogat att ställa frågan var denna risk skulle vara större än inom vård och omsorg.

Inte heller kan någon skyldighet att kräva vaccination följa av AFS 2018:4. Av AFS 2018:4 framgår att arbetsgivaren i vissa fall har en skyldighet att erbjuda arbetstagaren vaccination. Skyldigheten är emellertid begränsad till just erbjudandet om vaccin. Denna slutsats tydliggörs genom en jämförelse med AFS 2019:3 där det, till skillnad från i AFS 2018:4, finns bestämmelser om att arbetsgivaren enbart får sysselsätta personer med tjänstbarhetsintyg.

Som tidigare konstaterats har domstolarna ansett att ett säkerhets- och skyddsintresse kan ha sin grund i – inte arbetsmiljölagstiftning – utan i allmänhetens säkerhets- och skyddsbehov. Ett intresse av att arbetstagaren är vaccinerad skulle till exempel kunna finnas i verksamheter inom vård och omsorg där arbetstagarna arbetar nära patienter och omsorgstagare. Patienter och omsorgstagare torde ofta tillhöra riskgrupp och därmed löpa risk för allvarlig sjukdom vid smitta. Som framgått i avsnitt 4 har Folkhälsomyndigheten gjort bedömningen att personal som arbetar nära patienter och omsorgstagare bör vara vaccinerade mot covid-19 för att stärka patientsäkerheten. Därtill bör beaktas att patienter och omsorgstagare står i beroendeställning till vård- och omsorgsrelaterade verksamheter eftersom dessa personer inte har någon verklig möjlighet att avsäga sig hjälp. Förutom inom vård och omsorg skulle ett säkerhets- och skyddsintresse kunna finnas i verksamheter som under pandemin pekats ut som särskilt skadliga för smittspridningen. Arbetsgivaren skulle exempelvis kunna ha ett intresse av att kabinpersonal eller nattklubbpersonal är vaccinerad. Svårigheten är emellertid att avgöra vilka verksamheter som ska omfattas av denna intressekategori. Anledningen är att flertalet verksamheter där många människor samlas samtidigt av Folkhälsomyndigheten har utpekats som riskfyllda ur smittsynpunkt.

En betydande skillnad mellan den säkerhetsrisk som en drog- eller alkoholpåverkad arbetstagare innebär för omgivningen respektive den hälsorisk som en ovaccinerad arbetstagare innebär för omgivningen är att det i större utsträckning ligger inom omgivningens kontroll att skydda sig mot den sistnämnda risken. Genom att själv vaccinera sig minskar risken att

drabbas av allvarlig sjukdom. Detta bör innebära att arbetsgivarens intresse av att vidta säkerhets- och skyddsåtgärder i många fall får anses minska till följd av att en del av ansvaret rimligen får överföras på den som arbetsgivaren hade velat skydda genom vaccinkravet. Denna slutsats bör beaktas vid bedömning av om ett säkerhets- och skyddsintresse kan härledas ur såväl arbetsmiljölagstiftning som ur allmänhetens säkerhets- och skyddsbehov.

Precis som att Arbetsdomstolen bedömt att det i en verksamhet med syfte att motverka kriminalitet och drogmisbruk funnits ett intresse av att arbetstagarna var drogfria, bör det finnas verksamheter i vilka det med hänvisning till verksamhetens ändamål kan finnas ett intresse av att arbetstagarna är vaccinerade. Ett sådant intresse torde bland annat kunna finnas i verksamheter som vilar på vetenskap och beprövad erfarenhet. Det kanske mest uppenbara exemplet är att vaccintillverkare måste kunna kräva att anställda är vaccinerade.

Efter att Arbetsdomstolen och Europadomstolen konstaterat att arbetsgivaren haft ett befogat intresse av att vidta drogtesten har domstolen gjort en avvägning mot arbetstagarens intresse av sin personliga integritet. Domstolen har då tillmätt vikt vid hur testerna genomförts och därvid framhållit att ett urin-, blod- eller utandningsprov inte kan anses allt för integritetskränkande. I detta hänseende kan konstateras att skillnaderna mellan drog- eller alkoholtest respektive vaccination är väsentliga. För det första innebär ett test att något ska lämna kroppen medan vaccination innebär att något ska tillföras kroppen. För det andra är ett drog- och alkoholtest riskfritt medan det, även om dessa är låga, kan finnas vissa risker kopplad till en vaccination. Sammanfattningsvis får en arbetstagare därmed anses ha ett större intresse av att inte ofrivilligt vaccinera sig än av att inte ofrivilligt genomgå ett drog- eller alkoholtest. Eftersom en intresseavvägning ska göras innebär detta att arbetsgivarens intresse av att kräva vaccination måste väga tyngre än arbetsgivarens intresse av att kräva drog- eller alkoholtest. I annat fall kommer intresseavvägningen falla ut till arbetstagarens fördel och någon skyldighet att vaccinera sig kan inte anses följa av anställningsförhållandet.

Domstolarna har vidare tillmätt vikt vid om det funnits mindre integritetskränkande åtgärder för att uppnå syftet med testerna. Kan arbetsgivaren uppnå intresset bakom vaccinkravet genom mindre integritetskränkande smittskyddsåtgärder kommer således arbetstagarens intresse av personlig integritet att väga tyngre. En samlad bedömning får göras av om syftet med vaccinkravet kan uppnås genom exempelvis skyddsutrustning, tester för covid-19 eller omorganisering av lokaler. Hur betungande det blir för såväl arbetsgivare samt övriga arbetstagare att vidta alternativa åtgärder bör rimligtvis inverka på intresseavvägningen.

Om resultatet av intresseavvägningen är att arbetsgivaren har rätt att kräva vaccination framgår av praxis att detta inte i sig innebär att en uppsägning är sakligt grundad. Arbetsgivaren måste fullgöra sin omplaceringsskyldighet enligt 7 § 2 st. LAS vilket innebär att det åvilar arbetsgivaren att utreda om det finns något ledigt arbete inom verksamheten dit arbetstagaren kan omplaceras.²⁴⁵ Om sådana möjligheter saknas, eller om arbetstagaren tackar nej till ett skäligt omplaceringserbjudande, föreligger som regel saklig grund för uppsägning. Arbetsgivaren måste också ha informerat arbetstagaren om att anställningen är i fara om arbetstagaren inte vaccinerar sig i enlighet med arbetsgivarens krav.

Vad som hittills har framförts i avsnittet avser den privata sektorn. På den *offentliga sektorn* är 2 kap. 6 § RF tillämplig. Då uppsägning är en sådan sanktion som innebär att det kroppsliga ingreppet påtvingas arbetstagaren är en offentlig arbetsgivare, som uppträder i rollen som det allmänna²⁴⁶, förhindrad att säga upp en arbetstagare som inte vaccinerar sig. En åtgärd som strider mot förbudet mot kroppsliga ingrepp är enligt 2 kap. 20 § RF dock tillåten om det finns lagstöd för åtgärden. Frågan är därmed om ett sådant lagstöd finns.

Att arbetsgivaren genom 3 kap. 2 och 2 a §§ AML samt AFS 2001:1 skulle ges rätt att kräva vaccination framstår som tidigare konstaterats vara en långtgående tolkning av regleringen. Av det tidigare sagda framgår att det inte heller i AFS 2018:4 stadgas någon skyldighet för arbetsgivaren att kräva att arbetstagaren är vaccinerad. I nuläget finns således inget undantag till förbudet mot kroppsliga ingrepp. Mot bakgrund av detta konstaterande saknas anledning att utreda om AFS 2018:4 utgör lag i den mening som avses i 2 kap. 20 § RF.

7.2.3 Uppsägning på grund av arbetsbrist

I den rättspraxis som finns avseende drog- och alkoholtest har frågan varit om en skyldighet att medverka i testningen följt av anställningsavtalet och om en arbetstagare som inte underkastat sig testen därför har kunnat sägas upp på grund av personliga skäl. I föregående avsnitt har denna praxis tillämpats på vaccinfrågan. Det är emellertid intressant att även utreda om ovaccinerade arbetstagare skulle kunna sägas upp med hänvisning till arbetsbrist. Eftersom arbetsbrist som regel utgör saklig grund för uppsägning är det möjligt att detta

²⁴⁵ Omplaceringsskyldigheten är begränsad till arbete för vilket arbetstagaren har tillräckliga kvalifikationer. Vid avgörande av vilka kvalifikationskrav arbetsgivaren kan uppställa i fråga om krav på vaccin mot covid-19 hänvisas till avsnitt 7.2.3.

²⁴⁶ Vid bedömning av denna fråga hänvisas till avsnitt 7.2.

vore en mer framkomlig väg för en arbetsgivare som har ett intresse av att säga upp en ovaccinerad arbetstagare.

Arbetsbrist brukar beskrivas som alla skäl som inte är hänförliga till arbetstagaren personligen. AD 2008 nr 46 illustrerar emellertid att gränsdragningen mellan arbetsbrist och personliga skäl inte alltid är tydlig. I fallet sades en lärare upp på grund av arbetsbrist då skolan efter att ha infört krav på lärarbehörighet hävdade att det fanns brist på lärartjänster där ett sådant krav saknades. Arbetsdomstolen ansåg att uppsägningen berodde på arbetsbrist eftersom förändringarna som föranlett uppsägningen inte var hänförliga till arbetstagaren utan till verksamheten. På motsvarande vis skulle det kunna hävdas att om en arbetsgivare inför vaccinkrav uppstår brist på arbete som inte kräver att arbetstagaren är vaccinerad. Eftersom en ovaccinerad arbetstagare inte har vidtagit någon förändring, utan förändringen är hänförlig till verksamheten, är uppsägningen grundad på arbetsbrist. Om det saknas omplaceringsmöjligheter skulle i teorin saklig grund för uppsägning föreligga.

Utgångspunkten är att Arbetsdomstolen saknar behörighet att pröva det berättigade från företagsekonomisk, organisatorisk eller därmed jämförlig synpunkt i att genomföra en förändring av verksamheten eller att genomföra den på det sätt som arbetsgivaren gjort. Som framgått får dock ett arbetsledningsbeslut inte strida mot god sed på arbetsmarknaden. Denna utgångspunkt kommer även till uttryck genom Arbetsdomstolens tolkning av begreppet tillräckliga kvalifikationer i 7 respektive 22 och 25 §§ LAS. De kvalifikationskrav som arbetsgivaren uppställer måste vara relevanta för arbetsuppgifterna och inte stridande mot god sed. Av AD 2010 nr 34 framgår att arbetsgivaren har rätt att uppställa de krav som denne anser lämpliga under förutsättning att kraven inte är obefogade eller överdrivna. Mot bakgrund av det sagda bör en arbetsgivare inte ha rätt införa kvalifikationskrav i form av vaccinkrav om detta strider mot god sed. Innebörden av god sed torde i sammanhanget vara att kraven inte är obefogade eller överdrivna. Oaktat att uppsägningen klassificeras som en arbetsbristuppsägning är således, för en *privat arbetsgivare*, frågan om arbetsgivaren i själva verket har rätt att uppställa vaccinkrav för tjänsten – eller med andra ord om arbetsgivaren kan åberopa brist på arbete som inte kräver att arbetstagaren är vaccinerad.

Frågan lär sannolikt i många fall få avgöras mot bakgrund av den intresseavvägning som redogjorts för i föregående avsnitt. Om intresseavvägningen inte resulterar i att arbetsgivarens intresse av att kräva vaccination väger tyngre än arbetstagarens intresse av personlig integritet, lär inte heller arbetsgivaren kunna hävda brist på arbete där vaccinkrav saknas. Ett sådant kvalifikationskrav bör då betraktas som obefogat eller överdrivet.

Om intresseavvägningen utfaller till arbetsgivarens fördel bör däremot bedömningen bli den motsatta. Arbetsgivaren bör då kunna åberopa brist på arbete som inte kräver att arbetstagaren är vaccinerad. Förutom i ett sådant fall torde ett kvalifikationskrav i form av vaccinkrav inte betraktas som obefogat eller överdrivet om arbetsbrist uppstår till följd av att patienter, omsorgstagare, leverantörer, kunder eller andra samarbetspartners kräver att arbetstagarna är vaccinerade mot covid-19.

En privat arbetsgivare som skulle kunna åberopa både personliga skäl och arbetsbrist som uppsägningsgrund bör rimligen ha rätt att avgöra till vilken grund uppsägningen ska hänföras. Som tidigare framgått aktualiseras delvis olika regelverk beroende på vilken uppsägningsgrund som föreligger.

Det ska understrykas att 2 kap. 6 § RF fortfarande torde innebära att *offentliga arbetsgivare* som agerar i egenskap av det allmänna är förhindrade att säga upp en ovaccinerad arbetstagare. Ponera att en minskad efterfrågan uppstår på de tjänster som ett offentligt drivet äldreboende erbjuder till följd av en ökad efterfrågan på tjänster hos privatägda äldreboenden som bedömts ha haft rätt att säga upp ovaccinerad personal. Enligt min tolkning finns det även i en sådan situation inget stöd för att arbetsgivaren skulle ha rätt att säga upp ovaccinerade arbetstagare med hänvisning till att det föreligger brist på arbete utan vaccinkrav. Syftet med uppsägningen skulle vara att möjliggöra ett fortsatt bedrivande av verksamheten och således att tillgodose allmänhetens intresse av omsorg bedriven i offentlig regi. Arbetsgivaren skulle därmed uppträda i egenskap av det allmänna och uppsägningen falla inom tillämpningsområdet för 2 kap. 6 § RF. För att uppsägningen skulle vara tillåten skulle då enligt 2 kap. 20 § RF lagstöd krävas vilket som konstaterats tidigare i nuläget inte finns.

8 Sammanfattande slutsatser

8.1 Kvalifikationskrav vid nyanställning

I nuläget finns inget stöd för att påstå att en privat arbetsgivare saknar rätt att neka en arbetssökande anställning med hänvisning till att den arbetssökande inte är vaccinerad mot covid-19. För det första är det inte möjligt att dra slutsatsen att ett sådant agerande skulle strida mot god sed. För det andra, om en motsatt bedömning av begreppet god sed skulle göras, finns det ingen rättslig bestämmelse att pröva rekryteringsbeslutet mot.

Vilka möjligheter en offentlig arbetsgivare har att neka en arbetssökande anställning med hänvisning till att den arbetssökande är ovaccinerad mot covid-19 får avgöras i varje enskilt fall. Den praxis som finns att tillgå från Europadomstolen avseende tillämpningen av artikel 8 EKMR i rekryterings-sammanhang är knapphändig. Mycket tyder dock på att rätten till privatliv i detta avseende har en innebörd som till stor del överensstämmer med innebörden av 12 kap. 5 § RF, 4 § LOA och 1 kap. 9 § RF. Vilka krav arbetsgivaren kan ställa avgörs enligt samtliga bestämmelser mot bakgrund av verksamhetens och tjänstens art. Arbetsgivaren torde enligt bestämmelserna i RF och LOA ha tämligen stor frihet att avgöra vilka anställningskrav som är sakligt grundade. På motsvarande vis verkar staterna ges ett relativt stort tolkningsutrymme att avgöra vad som är en berättigad inskränkning enligt artikel 8.2 EKMR. Så länge ett vaccinkrav är sakligt, relevant och proportionerligt bör något hinder mot ett sådant kvalifikationskrav inte föreligga.

8.2 Omplacering inom ramen för tjänsten

En arbetsgivare som anser det finnas behov av att omplacera en ovaccinerad arbetstagare bör ha omfattande möjligheter att tillgodose detta behov. Medan bastubadarprincipen enbart avser omplaceringar som får särskilt ingripande verkningar för arbetstagaren är principen om god sed på arbetsmarknaden däremot tillämplig på alla typer av omplaceringar. Oavsett om bastubadarprincipen innebär att arbetsgivaren ska uppvisa godtagbara skäl för omplaceringen, eller om principen om god sed ska tillämpas, framstår det som att omständigheterna i det enskilda fallet ska vara av närmast extraordinär art för att principerna ska hindra en omplacering. Att dessa två principer inte givits något större genomslag i rättstillämpningen, och enligt min bedömning inte heller lär göra det i vaccinfrågan, framstår som rimligt. En

intresseavvägning finns redan inbakad i att anställningens ramar avgör omplaceringsrättens omfattning.

En offentlig arbetsgivare, som uppträder i rollen som det allmänna, får enligt 2 kap. 6 § RF inte påtvinga en arbetstagare vaccin. Under förutsättning att arbetsgivaren klargör för arbetstagaren att omplacering är den enda åtgärd som kan bli aktuell om arbetstagaren inte vaccinerar sig bör en omplacering inom ramen för tjänsten falla utanför tillämpningsområdet för 2 kap. 6 § RF. Något lagstöd för omplaceringen krävs då inte.

Sammanfattningsvis bör följaktligen både en privat och en offentlig arbetsgivare som regel ha rätt att inom ramen för anställningen omplacera en arbetstagare som vägrar att vaccinera sig.

8.3 Uppsägning på grund av personliga skäl

Vid bedömning av om en privat arbetsgivare kan kräva att en arbetstagare vaccinerar sig – i bemärkelsen att en arbetstagare som inte vaccinerar sig i enlighet med arbetsgivarens önskan åsidosätter vad som åvilar arbetstagaren enligt anställningsavtalet – ska mot bakgrund av Arbetsdomstolens och Europadomstolens praxis en intresseavvägning göras. Om arbetsgivaren har ett berättigat intresse av att kräva att arbetstagaren är vaccinerad måste därmed först utredas.

Att arbetsgivaren kan anses ha ett sådant intresse som en följd av ansvaret enligt arbetsmiljölagstiftningen framstår som orimligt. Arbetsmiljöansvaret torde som regel vara begränsat till vidtagandet av mindre ingripande skyddsåtgärder. Det framstår däremot som desto mer troligt att en arbetsgivare med hänvisning till samhällets säkerhets- och skyddsbehov eller till ändamålet med verksamheten kan anses ha ett legitimt intresse av att kräva att arbetstagaren är vaccinerad. I tidigare avsnitt har jag försökt exemplifiera i vilka verksamheter ett sådant intresse skulle kunna finnas. Bedömningen måste dock alltid göras i varje enskilt fall. Enligt min mening bör vidare det faktum – att personer i den ovaccinerade arbetstagarens omgivning i relativt hög grad kan skydda sig mot allvarlig sjukdom genom att själva vaccinera sig – påverka bedömningen av om arbetsgivaren har ett berättigat intresse av att kräva att arbetstagaren vaccinerar sig.

Arbetsgivarens berättigade intresse måste därefter vägas mot arbetstagarens intresse av personlig integritet. Kan arbetsgivaren tillgodose sitt intresse genom mindre integritetskränkande skyddsåtgärder är arbetsgivaren hänvisad

till att istället vidta dessa. Slutligen måste understrykas att vaccination är ett stort ingrepp i den personliga integriteten. Arbetsgivarens intresse av att arbetstagaren är vaccinerad måste därmed väga tungt för att arbetsgivaren ska kunna kräva att arbetstagaren vaccinerar sig.

Mot bakgrund av ovan är min slutsats att en skyldighet att vaccinera sig enbart i undantagsfall kan anses följa av anställningsavtalet. En arbetsgivare bör följaktligen endast i undantagsfall ha rätt att säga upp en ovaccinerad arbetstagare på grund av personliga skäl.

Innebörden av 2 kap. 6 RF är att en offentlig arbetsgivare som agerar i egenskap av det allmänna är förhindrad att säga upp en arbetstagare med hänvisning till att denne är ovaccinerad. En sådan åtgärd kräver enligt 2 kap. 20 § RF lagstöd vilket i nuläget inte finns.

8.4 Uppsägning på grund av arbetsbrist

En privat arbetsgivare kan hävda brist på arbete som inte kräver att arbetstagaren är vaccinerad under förutsättning att ett sådant kvalifikationskrav inte är obefogat eller överdrivet. Huruvida ett vaccinkrav uppfyller dessa förutsättningar torde många gånger få avgöras mot bakgrund av samma principer för intresseavvägning som vid uppsägning av personliga skäl. Arbetsbrist bör även kunna föreligga om vaccinkrav från patienter, omsorgstagare, leverantörer, kunder eller andra samarbetspartners resulterar i arbetsbrist.

Offentliga arbetsgivare som agerar i egenskap av det allmänna lär vara förhindrade att vidta en uppsägning med hänvisning till att det föreligger brist på arbete där vaccinkrav saknas. Även en arbetsbristsituation torde omfattas av 2 kap. 6 § RF och därmed kräva lagstöd.

8.5 Avslutande reflektioner

Sammanfattningsvis kan konstateras att frågan om arbetsgivarens möjligheter att uppställa krav på vaccin mot covid-19 i samband med nyanställning och under pågående anställning måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i varje enskilt fall. Några enkla och allmängiltiga svar på uppsatsens två huvudfrågeställningar kan därför inte ges. Frågorna måste besvaras med utgångspunkt i den aktuella verksamhetens respektive tjänstens art och ändamål. I uppsatsens analyserande avsnitt har försök dock gjorts att

generalisera de riktlinjer som bedömningen måste utgå från och att utifrån denna generalisering dra så långtgående slutsatser som låtit sig göras.

Avslutningsvis måste det betonas att covid-19-pandemin är i ständig utveckling och att förutsättningarna för att besvara frågor med koppling till pandemin förändras i takt därmed. Uppsatsens huvudfrågeställningar måste följaktligen besvaras mot bakgrund av såväl virusets och forskningens utveckling som rättsutvecklingen. Under arbetet med att färdigställa denna uppsats meddelade ett privat assistensbolag att bolaget sagt upp en ovaccinerad anställd och att bolaget räknar med att säga upp ytterligare minst 20 arbetstagare som vägrar att vaccinera sig mot covid-19.²⁴⁷ Att fallet kommer bli föremål för domstolsprövning framstår inte som osannolikt och det ska bli spännande att se hur domstolen i så fall kommer att bedöma uppsägningen.

²⁴⁷ ”Ovaccinerad vårdpersonal på assistansbolag sägs upp” [Video], TV4 Nyheterna, <https://www.tv4.se/klipp/va/13738346/ovaccinerad-vardpersonal-pa-assistansbolag-sags-upp>, besökt 2021-12-31.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Utredningsbetänkanden

Ds 1998:43 Myndigheternas föreskrifter. Handbok i författningsskrivning.

Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt för ett föränderligt arbetsliv.

Ds 2021:17 En reformerad arbetsrätt – för flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

SOU 1992:60 Enklare regler för statsanställda.

SOU 1996:63 Medicinska undersökningar i arbetslivet.

SOU 2002:18 Personlig integritet i arbetslivet.

SOU 2009:44 Integritetsskydd i arbetslivet.

Propositioner

Prop. 1973:90 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till ny regeringsform och ny riksdagsordning m. m.; given Stockholms slott den 16 mars 1973.

Prop. 1973:129 Kungl. Maj:ts proposition med 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. 1984/85:219 om den statliga personalpolitiken.

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. 2005/06:64 Genetisk integritet m.m.

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann (2013), *Svensk arbetsrätt*. 14 [rev.] uppl., Norstedts juridik.

Ahlström, Kristina (2017), 'Rekrytering till statlig sektor.' *Ny juridik*, s. 19–57.

Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5 uppl., Norstedts juridik.

Fahlbeck, Reinhold (1995), 'Employee Privacy in Sweden.' *Comparative Labour Law Journal*, s. 139–174.

Frank, Hendrickx & Van Bever, Aline (2013), 'Article 8 ECHR: Judicial Patterns of Employment Privacy Protection', i: Lörcher, Klaus, Dorssemont, Filip & Schömann, Isabelle (red.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*. Heart Publishing.

Glavå, Mats & Hansson, Mikael (2020), *Arbetsrätt*. 4 uppl., Studentlitteratur.

Grahn, Erik & Kjällström, Susanna (2017), *Anställdas integritetsskydd: och dataskyddsförordningen*. Wolters Kluwer.

Harris, David J, O'Boyle, Michael, Warbrick, Colin (2018), *Law of the European Convention on Human Rights*. 4 uppl., Oxford University Press.

Hinn, Eskil, Aspegren, Lennart & Karlson, Carl Johan: Offentlig arbetsrätt. En kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning (Version 3, JUNO).

Hjertstedt, Mattias (2019): 'Beskrivningar av rättsdogmatisk metod: Om innehållet i metodavsnitt vid användningen av ett rättsdogmatiskt tillvägagångssätt' i: Mannelqvist, Ruth, Ingmanson, Staffan & Ulander-

Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Juridiska institutionen, Umeå universitet.

Holmberg, Erik, Stjernquist, Nils, Isberg, Magnus, Eliason, Marianne & Regner, Göran.: *Grundlagarna*. RF, SO, RO (Version 3A, JUNO).

Källström, Kent (2000), 'Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet', i: Malmberg (red.), *Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet*. Arbetslivsinstitutet s. 85–99.

Källström, Kent (1988/1999), 'Tillåtligheten av drogtestning på arbetsplatser.' *Juridisk Tidskrift*, s. 378–387.

Källström, Kent & Malmberg, Jonas (2019), *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. 5 uppl., Iustus Förlag.

Jareberg, Nils (2004), 'Rättsdogmatik som vetenskap.' *Svensk Juristtidning*, s. 1–10.

Lehrberg, Bert (2021), *Praktisk juridisk metod*. 13 uppl., Iusté.

Lerwall, Lotta (2013), 'Fristående skolor och regeringsformen – om innebörden av "det allmänna".' *Förvaltningsrättslig tidskrift*, s. 265–280.

Lunning, Lars (1975), *Anställningsskydd*. 2 uppl., Liber förlag.

Mulder, Johan (2009), 'Ingående av offentlig anställning', i: Aune, Helga, Fauchald, Ole Kristian, Lilleholt, Kåre (red.), *Arbeid och rett. Festskrift till Henning Jakhellns 70-årsdag*. Cappelen Akademisk forlag.

Nyström, Birgitta & Erlandsson, Lennart (2018), 'Svensk grundlag som ett skydd för välfärdsrättsliga normer', i: Banakar, Reza, Dahlstrand, Karl & Ryberg Welander, Lotti (red.), *Festskrift till Håkan Hydén*. Juristförlaget i Lund.

Pfeifer, Karl: *Lagen om offentlig anställning. En kommentar* (Version 1, JUNO).

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

Rönnmär, Mia (2005), 'Arbetsledningsrätt och arbetsskyldighet – om kvalitativ flexibilitet i arbetslivet.', *Juridisk Tidskrift*, s. 45–64.

Sandgren, Claes (2021), *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare. Ämne, material, metod, argumentation och språk*. 5 uppl., Norstedts Juridik.

Schmidt, Folke (1994), *Löntagarrätt*, 3 [rev.] uppl. ombesörjd av Sigeman, Tore, Eklund, Ronnie, Göransson, Håkan & Källström, Kent, Juristförlaget i Lund.

Sigeman, Tore & Sjödin, Erik (2017), *Arbetsrätten: en översikt*. 7 uppl., Wolters Kluwer.

Ulander-Wänman, Carin (2016), 'Anställningsskydd och kvalifikationskrav i förändring?', *Arbetsmarknad & Arbetsliv*, s. 68–82.

Westregård, Annamaria (2002), *Integritetsfrågor i arbetslivet*. Juristförlaget i Lund.

Elektroniska källor

Andersson, Madeleine, "Utredningen är klar – Dalarna vill kunna säga upp ovaccinerade", *Vårdfokus*, <https://www.vardfokus.se/nyheter/utredningen-ar-klar-dalarna-vill-kunna-saga-upp-ovaccinerade/>, besökt 2021-11-29.

Folkhälsomyndigheten (2021-06-24), *Acceptans för covid-19-vaccination. Invånare i Sverige födda utanför EU/EES och Storbritannien*. Tillgänglig på <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/publicerat-material/publikationsarkiv/a/acceptans-for-covid-19-vaccination/?pub=95540>>, besökt 2021-10-13.

Folkhälsomyndigheten, "Frågor och svar om vaccination mot covid-19", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/vaccination-mot-covid-19/fragor-och-svar-om-vaccination-mot-covid-19/>>, besökt 2021-12-01.

Folkhälsomyndigheten, "Föreskrifter och allmänna råd – covid-19", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/foreskrifter-och-allmanna-rad/>>, besökt 2021-11-30.

Folkhälsomyndigheten, "Undersökning om acceptans för vaccination mot covid-19 – Resultat april–maj 2021", <<https://www.folkhalsomyndigheten.se/smittskydd-beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/undersokning-om-acceptans-for-vaccination-mot-covid-19-resultat-april-maj-2021/>>.

beredskap/utbrott/aktuella-utbrott/covid-19/statistik-och-analyser/acceptans-for-vaccination-mot-covid-19/resultat-aprilmaj-2021/>, besökt 2021-10-03

Gustafsson, Amanda, ”Uddevalle kommun JO-anmäls efter kravet på vaccinerad omsorgspersonal”, SVT Nyheter, <<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/vast/uddevalla-kommun-jo-anmals-efter-kravet-pa-vaccinerad-omsorgspersonal>>, besökt 2021-11-29.

Höjendal, Kristina, ”Inte möjligt omplacera ovaccinerade”, Norra Skåne, <<https://www.nsk.se/2021/11/09/inte-mojligt-omplacera-ovaccinerade/>>, besökt 2021-11-29.

Integritetsskyddsmyndigheten, ”Får en arbetsgivare registrera vilka på en arbetsplats som är vaccinerade?”, <<https://www.imy.se/vanliga-fragor-och-svar/far-en-arbetsgivare-registrera-vilka-pa-en-arbetsplats-som-ar-vaccinerade/>>, besökt 2021-10-06.

Larsson, Caroline & Danielsson, Erik Ragnar, ”Nu anställs bara vaccinerade inom omsorgen i Båstad”, SVT Nyheter, <<https://www.svt.se/nyheter/lokalt/helsingborg/nu-anstalls-bara-fullvaccinerade-inom-omsorgen-i-bastad-kommun>>, besökt 2021-11-29.

”Ovaccinerad vårdpersonal på assistansbolag sägs upp” [Video], TV4 Nyheterna, <https://www.tv4.se/klipp/va/13738346/ovaccinerad-vardpersonal-pa-assistansbolag-sags-upp>, besökt 2021-12-31.

Region Dalarna, ”Vaccinationsbevis mot covid-19 införs för Region Dalarnas medarbetare”, Region Dalarna, <<https://www.regiondalarna.se/press/nyheter-och-pressmeddelanden/vaccinationsbevis-mot-covid-19-infors-for-region-dalarnas-medarbetare/>>, besökt 2021-12-22.

Övrigt

Bylund, Axel, *Den ovaccinerade arbetstagarens rätt*. Juristprogrammet vid Lunds universitet, 2021.

Europeiska unionens officiella tidning C 303/17, 2007-12-14.

Salehi, Andreas, *Vaccinera dig! En undersökning om huruvida privata arbetsgivare kan kräva att anställda vaccinerar sig mot COVID-19*. Juristprogrammet vid Lunds universitet, 2021.

Rättsfallsförteckning

Arbetsdomstolen

AD 1929 nr 29.

AD 1932 nr 100.

AD 1933 nr 159.

AD 1934 nr 179.

AD 1965 nr 3.

AD 1978 nr 18.

AD 1978 nr 89.

AD 1978 nr 161.

AD 1980 nr 50.

AD 1980 nr 51.

AD 1981 nr 6.

AD 1982 nr 112.

AD 1983 nr 105.

AD 1983 nr 127.

AD 1983 nr 174.

AD 1983 nr 177.

AD 1984 nr 30.

AD 1984 nr 94.

AD 1985 nr 6.

AD 1985 nr 129.

AD 1987 nr 35.

AD 1989 nr 12.

AD 1989 nr 67.

AD 1990 nr 59.

AD 1991 nr 1.

AD 1991 nr 45.

AD 1991 nr 106.

AD 1993 nr 34.

AD 1993 nr 101.

AD 1994 nr 122.

AD 1996 nr 113.

AD 1996 nr 147.

AD 1998 nr 17.

AD 1998 nr 50.

AD 1998 nr 97.

AD 2000 nr 69.

AD 2000 nr 81.

AD 2001 nr 3.

AD 2002 nr 44.

AD 2002 nr 51.

AD 2002 nr 134.

AD 2003 nr 76.

AD 2004 nr 102.

AD 2006 nr 87.

AD 2008 nr 36.

AD 2008 nr 40.

AD 2008 nr 46.

AD 2008 nr 91.

AD 2009 nr 36.

AD 2009 nr 50.

AD 2009 nr 53.

AD 2010 nr 34.

AD 2010 nr 51.

AD 2010 nr 52.

AD 2010 nr 69.

AD 2011 nr 30.

AD 2011 nr 36.

AD 2013 nr 30.

AD 2013 nr 36.

AD 2014 nr 19.

AD 2015 nr 61.

AD 2017 nr 47.

AD 2017 nr 58.

AD 2021 nr 37.

Europadomstolen

Bărbulescu mot Rumänien, nr 61496/08, dom meddelad 2017-09-05.

Boffa mot m.fl. mot San Marino, nr 26536/95, beslut meddelat 1998-01-15.

Handyside mot Storbritannien, nr 5493/72, dom meddelad 1976-12-07.

Leander mot Sverige, nr 9248/81, dom meddelad 1997-08-27.

Madsen mot Danmark, nr 58341/00, beslut meddelat 2002-11-07.

Marckx mot Belgien, nr 6833/74, dom meddelad 1979-06-13.

Naidin mot Rumänien, nr 38162/07, beslut meddelat 2010-09-21.

Niemietz mot Tyskland, nr 13710/88, dom meddelad 1992-12-16.

P.T. mot Moldavien, nr 1122/12, dom meddelad 2020-08-26.

Schmidt och Dahlström mot Sverige, nr 5589/72, dom meddelad 1976-02-06.

Solomakhin mot Ukraina, nr 24429/03, dom meddelad 2012-09-24.

Svenska Lokförarförbundet mot Sverige, nr 5614/72, dom meddelad 1976-02-06.

Vavricka m.fl. mot Tjeckien, nr 47621/13, dom meddelad 2021-04-08.

Wretlund mot Sverige, nr 46210/99, beslut meddelat 2004-03-09.

X mot Österrike, nr 8278/78, beslut meddelat 1979-12-13.