



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Jens Rönneholm

Anställdas integritetsskydd vid digital kontroll och övervakning

– Enligt EKMR, GDPR och svensk arbetsrättslig reglering

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Niklas Selberg

Termin för examen: Period 1 VT2022

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Introduktion	6
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Avgränsningar	12
1.5 Grunderna för de olika regleringarna	13
1.6 Forskningsläge	15
1.7 Disposition	15
2 RÄTT TILL PERSONLIG INTEGRITET ENLIGT EKMR	17
2.1 Inledning	17
2.2 När är artikel 8 EKMR tillämplig?	17
2.2.1 Kontroll av kommunikation	17
2.2.2 Kontroll av filer	20
2.2.3 Kontroll av datoranvändning	21
2.3 Skyldigheten att skydda rätten till privatliv	23
2.3.1 Statens ansvar i horisontella relationer	23
2.3.2 Kriterier för den positiva förpliktelsen	24
2.3.3 Prövningar utifrån kriterierna och andra mål	27
2.4 Avslutning	30
3 RÄTT TILL PERSONLIG INTEGRITET ENLIGT GDPR	34
3.1 Inledning	34
3.2 GDPR:s tillämplighet	34
3.3 Grundläggande krav för tillåtlighet	36
3.3.1 De allmänna principerna	36

3.3.2	Ändamål	36
3.3.3	Laglighet och rättslig grund	36
3.3.3.1	Berättigat intresse	37
3.3.3.2	Samtycke	41
3.3.3.3	Övriga grunder	42
3.3.4	Nödvändighet och proportionalitet	42
3.3.5	Krav på öppenhet	43
3.3.6	Vissa särskilda typer av personuppgifter	44
3.3.7	Begränsning att behandla uppgifter för andra oförenliga ändamål	45
3.3.8	Konsekvensbedömning	47
3.4	Rätten att invända mot behandling och begära radering	48
3.5	Rättslig överprövning och sanktioner	49
3.6	Dispositivitet genom lag eller kollektivavtal	50
3.7	Avslutning	51
4	RÄTT TILL PERSONLIG INTEGRITET ENLIGT ARBETSRÄTTEN	55
4.1	Inledning	55
4.2	Rätten att kontrollera och övervaka	55
4.3	God sed på arbetsmarknaden som begränsning	60
4.3.1	En intresseavvägning	60
4.3.2	Förhållandet till EKMR	61
4.3.3	I strid med lag	63
4.3.4	Rättslig överprövning och sanktioner	64
4.4	Uppsägningsrätten som begränsning	66
4.4.1	Grunderna för uppsägningsrätten	66
4.4.2	Saklig grund och avsked i praxis	67
4.4.3	Rätten till privatliv vid uppsägning	70
4.5	Avtalsbrott som skulle strida mot EKMR eller GDPR	72
4.6	Semidispositivitet	75
4.7	Avslutning	77
5	SAMMANFATTANDE DISKUSSION	83
5.1	Tillåtligheten som en fråga om balansering mellan intressen	83
5.2	Tillåtligheten i vissa fall	88
5.3	Regleringarnas samverkan	91
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	96
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	103

Summary

The purpose with this essay is to examine the privacy protection of private employees against digital monitoring and surveillance due to the increased significance of human rights in horizontal relations and the digital development. Digital monitoring and surveillance refer to monitoring of the use of and/or communication by means of computers. The following research question is answered in the essay: *when is it permissible to digitally monitor and surveil employees?* To answer the question, an analysis of GDPR, ECHR and Swedish labour law regulation is made. The method used to answer the question has been a legal dogmatic method. A theory that Swedish labour law is a polycentric field has also been used.

According to the ECHR, states have in certain situations a positive obligation to protect the right to respect for private life in employment relationships. ECtHR has drawn up six criteria, which Swedish courts will have to consider when dealing with digital surveillance. GDPR provides the employer with an extensive scope to process employees' data digitally. The permissibility will basically be restricted if the processing does not at the outset have a legitimate purpose, is necessary and proportionate. According to Swedish labour law, digital surveillance will likely be within the employer's right to direct and allocate work. However, the legal basis for surveillance of communications is more uncertain. Regardless of legal basis, the permissibility of these measures will likely be tested against the legal principle of "good labour practice". The Swedish labour law rules governing dismissals might in some cases act as a restriction.

The answer to the posed question is briefly that the employer is handed many legal possibilities to be permitted to digitally monitor and surveil workers. Mainly, the lawfulness will depend on the weight of the employer's reasons and interest, the necessity of the measure, the proportionality in contrast to the interest of the employees, and information about the measure beforehand. Monitoring of the content of communication will in most cases not be allowed. If monitoring is of less concern to the employees' private life, it will more likely be permitted. However, if in general more intrusive and less of a necessity, even monitoring not concerning the private life might be seen as illegal. Employer policies will neither be able to completely ban private use. Another important finding is that the social partners will most likely have a restricted scope to regulate these types of questions. Lastly, there are some uncertainties regarding the interplay between the regulations that the legislator should solve. These are discussed in the ending chapter of the essay.

Sammanfattning

Syftet med denna uppsats är att undersöka privat anställdas integritetsskydd gentemot digital övervakning och kontroll till följd av det ökade värdet av mänskliga rättigheter i horisontella relationer och en ökad teknisk utveckling. Med digital kontroll och övervakning avses att arbetsgivaren kontrollerar och övervakar den anställdes användning av datorer, inklusive kommunikation via denna. I uppsatsens besvaras frågeställningen: *när är det tillåtet för en arbetsgivare att digitalt kontrollera och övervaka anställda?* Frågan besvaras utifrån EKMR, GDPR och svensk arbetsrättslig reglering. I uppsatsen har en rättsdogmatisk metod använts men även en teori om arbetsrätten som ett polycentriskt område.

Det följer av EKMR att stater i vissa fall har en positiv skyldighet att skydda rätten till privatliv i anställningsförhållanden. ED har formulerat sex kriterier som svensk domstol kommer att behöva ta hänsyn till vid digital övervakning. GDPR ger arbetsgivaren ett omfattande utrymme att behandla anställdas personuppgifter genom kontroll och övervakning. Men tillåtligheten kommer i grund och botten att begränsas om det inte finns på förhand berättigade ändamål, nödvändighet och proportionalitet. Arbetsgivarens rätt att kontrollera och övervaka är troligen en form av arbetsledningsbeslut. Den rättsliga grunden för kontroll av kommunikation är däremot mer osäker. Oavsett grund lär åtgärder kunna prövas mot rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden. Saklig grund och laga skäl för avsked kan i vissa fall fungera som en begränsning.

Svaret på frågeställningen är i kortfattade ordalag att det över lag finns vida möjligheter för arbetsgivare att rättsligt kunna digitalt kontrollera och övervaka sina anställda. Det framgår i uppsatsen att det centrala för tillåtligheten i förhållande till samtliga regleringar borde vara tyngden i arbetsgivarens skäl och intresse, nödvändigheten av åtgärden och proportionaliteten i förhållande till de anställdas intressen samt information om åtgärden på förhand. Tydligast är att kontroll av innehåll i anställdas privata kommunikation sällan lär vara tillåtet. Kontroller som har mindre med privatlivet att göra lär oftare kunna vara tillåtet. Däremot kan även mer ingripande och mindre nödvändiga kontroller och övervakning underkännas. Ensidiga arbetsgivarregler om privat användning kan inte fullt ut hindra privat användning. En annan viktig slutsats är att arbetsmarknadsparterna antagligen har föga utrymme för att disponera över frågan. Avslutningsvis finns det flera otydligheter som lagstiftaren borde lösa i fråga om samspelet mellan de olika regleringarna. Dessa diskuteras i uppsatsens avslutande kapitel.

Förord

Till slut fanns det en färdig uppsats.

Tack till min handledare Niklas Selberg. Du har pekat mig i rätt riktning vid olika vägskäl, men också uppmuntrat mig till att undersöka alla de frågor som uppkommit under skrivandets gång.

Dessutom vill jag tacka Hampus och Jakob för era genomläsningar och goda kommentarer. Ett tack måste givetvis också riktas till vänner, familj och Olivia som fått utstå otaliga tirader om uppsatsskrivandets våndor.

Lund, en solig majmorgon 2022.

Jens Rönneholm

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
Artikel 29-gruppen	Arbetsgruppen för skydd av enskilda med avseende på behandling av personuppgifter
Dataskyddsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter
Dataskyddslagen	Lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning
DI	Datainspektionen
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
ED	Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna
EDPB	Europeiska dataskyddsstyrelsen
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EU-stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

GDPR	Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 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
IMY	Integritetsskyddsmyndigheten
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
PUL	Personuppgiftslag (1998:204)
RF	Regeringsformen (1974:152)
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Introduktion

Personlig integritet är ett omfattande begrepp. En mer allmänspråklig definition av *integritet* är ”rätt att ha en egen sfär som är skyddad mot intrång”.¹ På senare tid har frågan om integritet i arbetslivet fått förnyat intresse.² Förenklat kan man uttrycka det som så att i anställningsförhållandet står den anställdas önskan om att få värna om sin personliga integritet i förhållande till arbetsgivarens önskan om att värna om sin verksamhets resultat och framgång.³

En form av integritetskänslig åtgärd i arbetslivet är kontroll och övervakning. I juridisk litteratur talas bland annat om att en arbetsgivare kan vidta kontrollåtgärder för att uppfylla olika ändamål såsom säkerhet, effektivitet och ordning.⁴ Det kan även gälla regelefterlevnad och skydd av egendom.⁵ Det är med andra ord ofta intressant och viktigt för en arbetsgivare att kunna kontrollera sina anställda. En anställd som inte vill godta en inskränkning kan givetvis försöka förhandla till sig ett undantag. Ytterst kan den anställde hota om att lämna anställningen. Detta riskerar däremot att vara en allt för enkel syn på frågan. En anställning är ofta av central betydelse för individen.⁶

I ett tidigare skede av arbetslivet var direkt övervakning av chefer och arbetsledare vanligare. Med en framväxt av mer självständigt arbete har möjligheterna till direkt övervakning minskat.⁷ Det nya tekniska landskapet har emellertid gjort det möjligt för en mer omfattande övervakning, där det inte krävs att en chef ständigt och i direkt mening övervakar den anställde.⁸ I dag talas det mycket om de möjligheter för mer omfattande och ingripande övervakning som skapats genom olika tekniska lösningar.⁹ Bland annat gäller det mer invecklade algoritmer som kan användas på en ofta tillgänglig

¹ Se Svenska Akademien, *Integritet*, Svensk ordbok (2021), tillgänglig på <<https://svenska.se/so/?id=135083&pz=7>> (besökt 19 jan 2022).

² Se t.ex. Wiklund (2022); Selberg (2020).

³ Jfr Öman (2021) s. 268; Eklund (2021) s. 2–3.

⁴ Se Källström (2000) s. 95.

⁵ Se Eklund (2021) s. 6.

⁶ Jfr Källström & Malmberg (2019) s. 19–20.

⁷ Se Källström (2000) s. 87.

⁸ Se Edwards, Martin & Henderson (2018) s. 1–7 om utvecklingen, särskilt på s. 5–6.

⁹ Ibid. s. 1–7.

stor mängd personuppgifter. Algoritmerna kan nyttjas för att utvinna information på ett sätt som tidigare inte varit möjligt. Algoritmerna kan exempelvis kategorisera och skapa profiler av anställda, för att sedan användas i beslutsfattning.¹⁰

Mer konkret kan övervakningen möjliggöras genom användandet av arbetsgivarens nätverksutrustning, molntjänster och/eller enheter som är anslutna till dessa.¹¹ Det kan ske genom installation av viss mjukvara på digitala enheter.¹² Övervakningen kan ske på arbetsplatsen eller på distans.¹³ Det kan gälla vad den anställde gör på sin skärm, till exempel vilka applikationer som används och hemsidor som besöks.¹⁴ Det har rapporterats om program som registrerar tangentnedslag och ljudinspelning.¹⁵ Detta, att samla in elektroniska spår om enskildas användande, kallas ibland loggning.¹⁶ I ett svenskt sammanhang är det än i dag oklart i vilken utsträckning digital övervakning sker.¹⁷ Likväl har till exempel *Tjänstemännens centralorganisation* (TCO) uttryckt sin åsikt om behovet av lagstiftning för ungefär den här typen av kontroll av arbetstagare. Det avser till exempel kontroll genom prestationsmätning eller av e-post, sociala medier och internetanvändning.¹⁸

Trots tillgänglig teknik och att arbetsgivaren som visats ofta har ett intresse av att kontrollera och övervaka sina anställda har ingen särskild lag införts. Behovet av en särskild lag har utretts vid ett flertal tillfällen dock utan åtgärder.¹⁹ Avsaknaden av en specifik lag innebär däremot inte att det nödvändigtvis saknas reglering som kan påverka tillåtligheten. En grundläggande utgångspunkt är att integritetskänsliga åtgärder som fattats i arbetslivet faller inom en vid ram för arbetsgivarens arbetsledningsrätt, med vissa begränsningar.²⁰ Om man lyfter blicken bortom det rent nationellt svenska och arbetsrättsliga sammanhanget är exempelvis mänskliga

¹⁰ Ibid. s. 1–7 för den större bilden; se Sartor & Lagioia (2020) s. 22 om kategorisering och profilering.

¹¹ Se Beijmo (2020).

¹² Se Samek Lodovici m.fl. (2021) s. 55.

¹³ Se WP249 s. 15.

¹⁴ Se Beijmo (2020); jfr WP249 s. 12–18; jfr definitionen av electronic performance monitoring i Akhtar & Moore (2016) s. 105–106.

¹⁵ Se Abril & Harwell (2021); jfr WP249 s. 16.

¹⁶ Se SOU 2002:18 s. 19.

¹⁷ Se Wiklund (2022).

¹⁸ Se Donovan (2021).

¹⁹ Se bl.a. SOU 2009:44; SOU 2017:52.

²⁰ Se Källström & Malmberg (2019) s. 276–277.

rättigheter och den unionsrättsliga dataskyddsregleringen GDPR²¹ relevanta att undersöka. På senare år har *Europeiska domstolen för de mänskliga rättigheterna* (fortsatt: ED) slagit fast att det kan krävas nationella åtgärder vid kränkningar av artikel 8 EKMR²² i privata anställningsförhållanden.²³ I brist på lagstiftning är det nödvändigt att undersöka hur denna mångfald av rättsliga källor interagerar och gör sig gällande i integritetsfrågor i arbetslivet. Detta gäller särskilt som frågan enligt vissa av arbetsmarknadens parter inte verkar kunna enbart bli reglerad genom kollektivavtal.²⁴

1.2 Syfte och frågeställningar

Personlig integritet är som beskrivits ovan ett vittomfattande begrepp som kan diskuteras ur många olika synvinklar. Syftet med denna uppsats är att undersöka anställdas integritetsskydd gentemot digital övervakning och kontroll till följd av det ökade värdet av mänskliga rättigheter i horisontella relationer och en ökad teknisk utveckling. Horisontella relationer avser förhållanden mellan enskilda. Med digital kontroll och övervakning avses för denna uppsats del kontroll och övervakning som innebär att den anställdes användning av och/eller kommunikation via datorer kontrolleras eller övervakas.²⁵ För att uppfylla detta syfte kommer uppsatsen att besvara följande frågeställning: *när är det tillåtet för en arbetsgivare att digitalt kontrollera och övervaka anställda?* I uppsatsen används begreppen *kontroll* och *övervakning* flytande. Tanken är att orden används som ett gemensamt begrepp för att fånga in både mer tillfälliga kontroller såväl som pågående övervakning.

1.3 Metod och material

För att besvara frågeställningen har den metodologiska utgångspunkten varit en rättsdogmatisk metod. Med det menar jag ett systematiskt bearbetande av material som kan antas ha ett rättsligt värde för att besvara den aktuella frågeställningen utifrån gällande rätt.²⁶ Vad säger olika rättsregler om

²¹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 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.

²² Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.

²³ Se *Bărbulescu v. Romania*.

²⁴ Se Donovan (2021).

²⁵ Termen är hämtad från Beijmo (2020) men min definition är endast löst baserad på hans resonemang. Beijmos (2020) definition är mer omfattande.

²⁶ Se Kleineman (2018) s. 21 & 26 om rättsdogmatiken som en metod för att rekonstruera en rättsregel som anses motsvara gällande rätt.

tillåtligheten och hur ska de jämkas samman för att kunna ge ett svar på frågeställningen? Därmed inte sagt att systematiserandet skulle ske enligt en fast idé om viss normhierarki,²⁷ eller vara utan värderingar.²⁸ Den dogmatiska metoden här avser ett analytiskt förhållningssätt snarare än ett rent beskrivande sådant.²⁹

Förståelse för ämnet har också inspirerats av det som Niklas Selberg, universitetslektor vid Lunds universitet, och Erik Sjödin, docent i civilrätt vid Stockholms universitet, kommit att kalla den *polycentriska arbetsrätten*. Enligt Selberg och Sjödin kan begreppet användas som en förståelse för det skifte som pågår inom arbetsrätten. Reglering kan både komma upp- och nedifrån, där det senare avser genom arbetsmarknadens parter. Närmare bestämt hämtar arbetsrätten sitt innehåll från olika auktoritetscentrum.³⁰ Det intressanta enligt Selberg och Sjödin är hur olika rättskällor ska användas samtidigt, alltså en form av tolkning eller balansering mellan olika rättigheter, värden och intressen som finns nedlagda i olika källor. Denna balansering handlar inte bara om att det ska finnas stöd i de enskilda källorna utan även i förhållande till systemet som helhet.³¹

I uppsatsen har ett omfattande material analyserats, något som har krävts för att förstå tillåtligheten. Grundläggande för uppsatsen är rätten till privatliv och rätten till dataskydd. Även om rättigheterna är åtskilda är de likväl tätt sammankopplade. Rätten till dataskydd utgör exempelvis en mindre beståndsdel av rätten till privatliv i artikel 8 EKMR.³² I *Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna* (fortsatt: EU-stadgan) återfinns rättigheterna i två olika bestämmelser, nämligen artikel 7 och 8.

Sverige har ratificerat EKMR och konventionen gäller i dag så som svensk lag.³³ Samtidigt ska den tillmätas ett något större värde än vanliga lagar. 2 kap. 19 § regeringsformen (fortsatt: RF) anger att lag eller föreskrift inte får ”meddelas i strid med Sveriges åtaganden på grund av den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna”. I förarbetena till inkorporeringen av EKMR som

²⁷ Se bl.a. Källström och Malmberg (2019) s. 62 & Wilhelmsson (2019) s. 116.

²⁸ Se Sandgren (2005) s. 652–653 om värderingar utifrån lagstiftningens grunder och funktion.

²⁹ Jfr *ibid.* s. 656, som dock uttalar sig kritisk mot begreppet rättsdogmatik.

³⁰ Se Selberg & Sjödin (2019) s. 15–16 & 24–26.

³¹ *Ibid.* s. 18–30, särskilt på s. 25–26 & 29.

³² Se *Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland* p. 137.

³³ Se 1 § lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Om ratifikation, se Westregård (2002) s. 280.

svensk lag anges att detta innebär att eventuella stridigheter med svensk lag först och främst ska lösas genom att tolka den svenska författningen så fördragsvänligt som möjligt, en så kallad fördragskonform tolkning.³⁴ Sverige är som konventionspart skyldig att se till att rättigheter enligt artikel 8 EKMR uppfylls.³⁵

Med avseende på EKMR är ED:s domar centrala för utformningen av konventionens faktiska innehåll och konventionsstaternas skyldigheter.³⁶ I uppsatsen är det mål med koppling till anställningsförhållandet som undersökts. ED har i sin rättspraxis konstaterat att den huvudsakligen är vägledad av de tolkningsmetoder som anges i Wienkonventionen³⁷. Det innebär att ord och fraser ska tolkas i enlighet med den gängse meningen av dessa ord, sedda i sitt sammanhang, och mot bakgrund av den aktuella bestämmelsens ändamål och syfte.³⁸ Grundläggande för tolkningen av EKMR är att den inte ska vara illusorisk och teoretisk utan ge ett praktiskt och effektivt skydd. Artiklar ska tolkas utifrån konventionen som helhet och tolkningen ska gynna harmoni och att EKMR är internt sammanhängande. Dessutom är den ett levande instrument, dvs. att den ska tolkas i ljuset av nutida villkor, även om ED ibland mött kritik för att vara allt för dynamisk.³⁹ Tillsammans med att konventionen ska ses i sitt sammanhang och att den är ett levande instrument, beaktas ibland nationella och internationella bestämmelser för att utröna EKMR:s innehåll.⁴⁰

Unionsrättsligt har rätten till dataskydd analyserats först och främst utifrån GDPR. GDPR är *lex generalis* för personuppgifter inom unionsrätten.⁴¹ Eftersom GDPR är just en EU-förordning har den allmän giltighet samt är till alla delar bindande och direkt tillämplig i Sverige.⁴² Vidare innebär den också en konkretisering av EU-stadgans rätt till dataskydd. EU-stadgan är tillämplig och dess rättigheter ska respekteras och dess principer iakttas när unionsrätten tillämpas, vilket följer av artikel 51.1 EU-stadgan. När EU-

³⁴ Se prop. 1993/94:117 s. 37.

³⁵ Se mer om detta i Chamberlain (2020) s. 201; Westregård (2002) s. 282–284.

³⁶ Se Chamberlain (2020) s. 34; jfr Nowak (2019) s. 344–345.

³⁷ Convention on the Law of Treaties, adopted at Vienna, on 22 May 1969, and opened for signature, on 23 May 1969, UNTS, Vol. 1155, s. 331 ff.

³⁸ Se artikel 31 Wienkonventionen; *Demir and Baykara v. Turkey* p. 65 med hänvisningar till andra rättsfall; Cameron (2018) s. 80–82.

³⁹ Jfr *Demir and Baykara v. Turkey* p. 66 & 68; se Cameron (2018) s. 81.

⁴⁰ Jfr artikel 31.3 Wienkonventionen; *Demir and Baykara v. Turkey* p. 67–68 med vidare hänvisningar.

⁴¹ Se Eklund (2021) s. 17.

⁴² Se 3 § andra stycket och 4 § lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen med hänvisning till artikel 288 FEUF.

rätten inte tillämpas behöver den inte beaktas.⁴³ Vid tillämpningen av GDPR i horisontella relationer ska förordningen alltså ofta tolkas i ljuset av EU-stadgan.⁴⁴ Ifall EU-stadgan består av samma rättigheter som ingår i EKMR ska dessa ges samma innebörd och räckvidd som rättigheterna i EKMR.⁴⁵

Utgångspunkten för tolkningen av GDPR är givetvis förordningen med dess artiklar och dess preambel. Praxis från *Europeiska unionens domstol* (fortsatt: EU-domstolen) är en tungt vägande rättskälla och har beaktats i den mån den finns och är relevant.⁴⁶ Rättspraxis som gäller föregångaren till förordningen, dataskyddsdirektivet,⁴⁷ är i princip tillämplig även på GDPR.⁴⁸ Mycket material har därför använts som utgår från motsvarande bestämmelser i dataskyddsdirektivet eller personuppgiftslagen (1998:204) (fortsatt: PUL) som införlivade direktivet.

Även riktlinjer från *Europeiska dataskyddsstyrelsen* (fortsatt: EDPB) eller dess föregångare *Arbetsgruppen för skydd av enskilda med avseende på behandling av personuppgifter* (fortsatt: Artikel 29-gruppen) har beaktats. EDPB har enligt artikel 68.1 GDPR status som självständigt EU-organ. Enligt artikel 70 i förordningen ska EDPB se till att förordningen tillämpas enhetlig. Artikel 29-gruppen har historiskt haft mindre betydelse för EU-domstolens praxis, men ändringarna rörande EDPB kan innebära ett större formellt genomslag i tillsynsmyndigheternas samt EU-domstolens praxis.⁴⁹ GDPR är så pass färsk att det är svårt att utifrån EU-domstolens praxis än veta det möjliga värdet av EDPB:s dokument.

Avgöranden från den nuvarande svenska tillsynsmyndigheten, *Integritetsskyddsmyndigheten* (fortsatt: IMY), har också använts. IMY har nyligen bytt namn från *Datainspektionen* (fortsatt: DI). I praktisk mening har avgörandena rimligen ett tungt värde även om de inte kan tillmätas ett högre rättsligt värde. Avsaknaden av prejudicerande domar från högre instans gör däremot att de i min mening kan fungera som en fingervisning för vad vi i dagsläget vet om GDPR i svenska förhållanden, dvs. vad en svensk aktör kan anta i förhållande till IMY. Även råd, riktlinjer och

⁴³ Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 143.

⁴⁴ Jfr C-465/00 *Österreichischer Rundfunk m.fl.* p. 68; Hendrickx (2019) s. 257; Stenlund (2021) s. 364–365 om EU-stadgan horisontella effekt ur ett svenskt perspektiv i allmänhet.

⁴⁵ Se artikel 52.3 EU-stadgan; Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 149.

⁴⁶ Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 40–41.

⁴⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 95/46/EG av den 24 oktober 1995 om skydd för enskilda personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter.

⁴⁸ Se C-597/19 *M.I.C.M.* p. 107.

⁴⁹ Se Öman (2021) kommentaren till inledning under rubrik ”EU-rättsligt källmaterial” och ”Riktlinjer (vägledning)”.

information från IMY och DI har beaktats, vilka enbart kan tillmätas ett *praktiskt värde*.⁵⁰ Tolkningen av GDPR har även gjorts utifrån förarbeten till de kompletterande lagarna till GDPR. Dessa uttalanden har såklart inget värde i sig för förordningens regler. I stället får de ses som motiverade överväganden om hur EU-domstolen i sista hand skulle kunna bedöma frågan.⁵¹

Bestämmelser från lag (1982:80) om anställningsskydd (fortsatt: LAS) har också undersökts. Det är framför allt bestämmelserna om saklig grund för uppsägning och laga skäl för avsked som analyserats. Dessutom har oskrivna rättsregler analyserats, såsom arbetsledningsrätten och rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden. Domar från Arbetsdomstolen (fortsatt: AD) har använts i stor omfattning.⁵² Förståelse har ibland hämtats från utredningar som gjorts. Detta implicerar däremot inte att utredningarna i brist på genomslag i lagstiftning eller praxis ska tillmätas ett rättsligt värde.

1.4 Avgränsningar

Utgångspunkten för uppsatsen är konflikter som svensk rätt är tillämplig på och det skydd arbetstagare som faller in under LAS definition har. Det som undersökts är arbetstagares enskilda rättigheter när de är anställda av privata arbetsgivare. De delar av regelverken som tagits med i undersökningen är de som ansetts ha direkt bäring på uppsatsens frågeställning. Skälet för detta är inte minst den omfattande reglering uppsatsen har att göra med.

För GDPR:s del bygger uppsatsen på premissen att arbetsgivaren uppfyller vissa ytterligare krav än de som undersökts för att vara tillåten. Det gäller exempelvis om hur en behandling tekniskt och organisatoriskt ska ske.⁵³ EU-stadgan är betydande för uppsatsens frågeställning, men har som direkt rättskälla ägnats mindre fokus i avsaknad av en tydlig bild av dess betydelse i relationen mellan enskilda.⁵⁴ Ur ett rättighetsperspektiv har därmed artikel 8 EKMR först och främst använts. För EKMR har frågor som skulle kunna hanteras inom ramen för yttrande- eller religionsfrihet sorterats bort.⁵⁵

⁵⁰ Jfr Ramberg m.fl. (2018) s. 69–71 om myndighetsråd.

⁵¹ Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 115–116.

⁵² Här görs inte en värdering av rättskällevärdet, men värt att påpeka är att lagstiftning såväl som rättspraxis från AD brukar ses som rättskällor inom arbetsrätten, se Källström & Malmberg (2019) s. 62 & 66–67.

⁵³ Se bl.a. artikel 5.1 (d–f), 25, 33 & 40–43 GDPR. Om de senare, se SOU 2017:52.

⁵⁴ Om EU-stadgans potential, se Nowak (2019) s. 340 & 346–349.

⁵⁵ Se Danelius (2015) s. 364 som menar att man bör se artikel 8 EKMR som en *lex generalis* i förhållande till religions- och yttrandefriheten.

Möjligheten till skadestånd från svenska staten för överträdelser av EKMR orsakade av privata arbetsgivare har inte undersökts med tanke på den genomgång som nyligen gjorts i två avhandlingar.⁵⁶ Allmänna avtalsrättsliga regler, straffrättsliga bestämmelser och lag (2018:558) om företagshemligheter har av utrymmes- och tidsskäl inte beaktats trots regleringarnas möjliga relevans.⁵⁷

Slutligen kan påpekas att avseende den digitala kontrollen och övervakningen har varken förhållanden som rör *var* den anställde befunnit sig eller videorelaterad-övervakning diskuterats. Övergripande har fokus riktats mot kontroll- och övervakningsåtgärder som vidtagits gentemot en arbetstagare under arbetstid. Beslut som fattats enbart på ren automatisk väg, dvs. utan mänsklig inblandning, har inte beaktats.⁵⁸

1.5 Grunderna för de olika regleringarna

I uppsatsen analyseras alltså tre olika former av regleringar. Dessa är i viss mån ursprungligen avsedda att reglera skilda områden. Denna skillnad i regleringarnas grundfundament är relevant för uppsatsen och kommer därför att kortfattat kommenteras i detta delkapitel. Dessa utgångspunkter ligger till grund för den fortsatta undersökningen.

En utgångspunkt är att arbetsrätt är civilrätt. Den moderna formen av arbetsrätt bygger på att motverka och ändra den grundläggande avtalsrättsliga grund den vilar på, nämligen att det råder i princip total avtalsfrihet. Utan arbetsrättslig reglering står det – båda sidor – fritt att välja vem man vill avtala med och på vilka termer som helst. Detta oavsett motiv och skälighet.⁵⁹ Den arbetsrättsliga lagstiftningen bygger alltså till stor del på att utjämna maktförhållandet och de följder som detta kan få.⁶⁰

I svensk arbetsrättslig lagstiftning lämnas det åt arbetsmarknadens parter att i vissa frågor genom kollektivavtal kunna frångå det lägsta skydd som följer av lagstiftning. Detta för svensk arbetsrätt utmärkande drag kallas semidispositivitet. Det innebär alltså att den karaktär av tvingande

⁵⁶ Se bl.a. 3 kap. 2–4 §§ skadeståndslagen (1972:207). Stenlund (2021) & Chamberlain (2020) har, dock inte utifrån anställningsförhållandet, undersökt bestämmelserna.

⁵⁷ Se t.ex. 4 kap. 8 § och 4 kap. 9 c § brottsbalken; se Grahn & Kjällström (2017) för en genomgång av aktuell straffrättslig reglering.

⁵⁸ Se artikel 22 GDPR och för genomgång av artikeln se WP 251rev.01.

⁵⁹ Se Sellberg & Sjödin (2019) s. 28–29; Langille (2019) s. 3; jfr Schmidt (1994) s. 12 om att arbetsrätten i dess grundläggande form är en avtalstyp.

⁶⁰ Se Källström & Malmberg (2019) s. 22.

skyddslagstiftning som till exempel LAS utgör kan frångås genom vissa former av kollektivavtal.⁶¹ Dessa avvikelser kan även under vissa förutsättningar vara tillämplbara i förhållande till utanförstående arbetstagare, med vilket avses arbetstagare som är oorganiserade eller medlemmar i annan arbetstagarorganisation.⁶² Med den stundande lagändringen av LAS föreslås regeln om sakliga skäl att bli semidispositiv.⁶³

Vad avser GDPR har förordningen sin grund i rätten till dataskydd i enlighet med artikel 8 EU-stadgan och artikel 16 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (fortsatt: FEUF), vilket framgår av skäl 1 i preambeln till GDPR. Av artikel 1 GDPR framgår det att förordningen å ena sidan syftar till att skydda fysiska personers grundläggande rättigheter och friheter, särskilt rätten till skydd för personuppgifter, och å andra sidan till att skydda det fria flödet av personuppgifter inom EU utan att det begränsas av dataskyddsskäl. GDPR kan även ses i ett än större sammanhang där den innebär en form av unionsrättslig kodifiering av vissa dataskyddsprinciper som existerat i internationella och nationella instrument sedan tidigare.⁶⁴

Utgångspunkten för EKMR är att rättigheterna däri ska skydda individer mot ”orättfärdig statlig maktutövning.”⁶⁵ ED har uttalat att även om det huvudsakliga målet med artikel 8 EKMR är att skydda enskilda mot godtyckliga ingrepp från det allmänna, så kan artikeln även ålägga staterna en positiv skyldighet att trygga respekten för skyddet mellan enskilda.⁶⁶ Det innebär att ingreppet i sig inte utförts av staten. Det handlar i stället om att staten genom olika medel inte i tillräcklig grad skyddat rätten till privatliv i en privaträttslig relation.⁶⁷ Konceptet är centralt för att förstå EKMR:s betydelse i horisontella relationer.

Avslutningsvis kan alltså konstateras att EKMR togs fram för att skydda enskilda från statliga ingrepp. Den kan dock i vissa fall utsträckas till en positiv skyldighet för stater att skydda rättigheter i förhållanden mellan enskilda. GDPR har sin grund i att skydda enskildas personuppgifter samtidigt som den är avsedd att skapa en harmoniserad lagstiftning för fri

⁶¹ Jfr 2 § LAS; Sigeman & Sjödin (2017) s. 26, 42 & 181.

⁶² För en genomgång när det kan ske, se Källström & Malmberg (2019) s. 174–176 & 186–190.

⁶³ Se prop. 2021/22:176 s. 92–100.

⁶⁴ För bakgrunden, se Öman (2021) kommentaren till inledning; Streinz (2021).

⁶⁵ Jfr Nowak (2019) s. 332 där han skriver om politiska och medborgerliga rättigheter i allmän mening med s. 344–345 där han skriver på liknande vis om EKMR.

⁶⁶ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 108–112.

⁶⁷ Jfr Danelius (2015) s. 58; *López Ribalda and Others v. Spain* p. 110 med hänvisning till praxis.

rörlighet av personuppgifter. Ingen av dessa regleringar har grund i anställningsförhållandet utan en mer generell utgångspunkt. Arbetsrätten för denna uppsats del är i stället den form av regler som är avsedda att reglera just anställningsförhållandet. Arbetsrättslig reglering är tänkt att utjämna maktobalansen i anställningsförhållandet och begränsa avtalsfriheten.

1.6 Forskningsläge

I svensk rätt har anställdas integritetsskydd analyserats förut. Annamaria Westregård, numera docent i handelsrätt, har undersökt anställdas integritetsskydd och kommit med en intressentmodell för hur en avvägning vid en prövning av den särskilda rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden kan göras.⁶⁸ Mia Eklund har doktorerat med en avhandling om övervakning i anställningsförhållandet i gränlandet mellan finsk rätt, GDPR och ett grundrättighetsskydd.⁶⁹ Erik Grahn, numera doktorand i civilrätt vid Uppsala universitet, och Susanna Kjällström, förbundsjurist på arbetstagarorganisationen Unionen, har undersökt anställdas integritetsskydd utifrån svensk arbetsrätt, den unionsrättsliga dataskyddsregleringen och EKMR.⁷⁰

Det som har varit tanken med denna uppsats är att i viss mån ta hänsyn till teknikutvecklingen men också att ytterligare lyfta fram ämnets polycentriska karaktär och vad det får för konsekvenser i olika tvistesituationer i svensk rätt. Dessutom finns det ingen forskning om hur vissa av de senare målen från ED ska förstås i en svensk kontext. Förhoppningsvis kan uppsatsen bidra till en bättre förståelse av dessa mål.

1.7 Disposition

Ovan har uppsatsens syfte och frågeställning, metod och material liksom gjorda avgränsningar presenterats. I nästkommande kapitel behandlas EKMR. I kapitlet undersöks vad som kan utgöra ett ingrepp i artikel 8 (1) och vilka positiva skyldigheter stater har att skydda enskilda mot ingrepp i rättigheten i förhållande till andra enskilda. Därefter följer uppsatsens tredje kapitel som behandlar GDPR. I kapitlet undersöks när förordningen är tillämplig, för vem och vilka grundläggande krav som kan påverka tillåtligheten av kontroll och övervakning. Även tillgängliga rättsmedel för överträdelse av GDPR och för att kunna rättslig pröva tillåtligheten

⁶⁸ Westregård (2002).

⁶⁹ Eklund (2021).

⁷⁰ Grahn & Kjällström (2017).

undersöks. Slutligen analyseras även utrymmet för att genom lag eller kollektivavtal frångå förordningen.

I det fjärde kapitlet undersöks den reglering som utifrån uppsatsens definition är avsedd att just reglera anställningsförhållandet. I kapitlet problematiseras grunden för arbetsgivarens rätt att vidta kontrollåtgärder eller övervakning. Därefter undersöks vilka begränsningar som kan finnas. Det gäller framför allt rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden samt saklig grund och laga skäl för avsked. Även två rättsfall som rör frågan om rättsliga anspråk i strid med EKMR eller GDPR undersöks. Utrymmet för arbetsmarknadens parter att kunna reglera frågan analyseras.

Slutligen, i uppsatsens sista kapitel, görs en sammanfattande analys där frågeställningen besvaras. Analysen avser vilka intressen som kan legitimera digital övervakning och vad som ska beaktas vid en avvägning mellan intressena. I kapitlet analyseras också vad som kan sägas om vissa former av digital övervakning. Avslutningsvis diskuteras förhållandet mellan EKMR:s krav på genomslag i privaträttsliga anställningsförhållanden och möjligheten att uppfylla detta krav genom antingen arbetsrättslig reglering eller GDPR.

2 Rätt till personlig integritet enligt EKMR

2.1 Inledning

Rätten till privatliv kan som tidigare konstaterats innehålla en positiv förpliktelse för stater att i horisontella förhållanden ge ett skydd för rättigheten. Det framgår dock inte redan av artikel 8 EKMR vad det innebär att Sverige kan tänkas ha en positiv skyldighet att garantera det skydd som följer av rätten till privatliv i konventionen.

ED prövar vanligen först om sakförhållanden kan anses omfattas av artikel 8 (1) EKMR och om ett ingrepp skett. Det är sedan i nästa steg som en prövning sker om ingreppet varit förenligt med artikel 8 (2) EKMR eller om det finns en positiv förpliktelse och huruvida den uppfyllts.⁷¹ Beträffande artikel 8 (1) EKMR går det att utläsa ur den att rätten till privatliv rymmer ett skydd för privatlivet, familjelivet, hemmet och korrespondens. Dessa kan ofta överlappa med varandra och vara samtidigt tillämpliga.⁷² Nedan görs en analys av när artikel 8 EKMR kan vara tillämplig vid digital kontroll utifrån vad som omfattas av och när ett ingrepp kan ha skett i rätten enligt artikel 8 (1) EKMR. Därefter analyseras den positiva skyldigheten att skydda rätten till privatliv.

2.2 När är artikel 8 EKMR tillämplig?

2.2.1 Kontroll av kommunikation

Ett grundläggande mål för att förstå rätten till privatliv i förhållande till kommunikation under arbetstid är *Bărbulescu v. Romania*. Målet handlade om en privat arbetsgivare som avslutat en anställds kontrakt (av målet framgår inte om det var genom uppsägning eller avsked) på grund av dennes användning av en privat meddelandeapplikation på arbetsdatorn. Arbetsgivaren hade haft tillgång till uppgifter om flödet av privata meddelanden men också själva innehållet i kommunikationen. Kommunikationen hade skett mellan den anställda och dennes fästmo eller bror. Den anställda klagade på att de nationella domstolarna inte hade upphävt uppsägningen trots intrånget i dennes rätt till privatliv.

⁷¹ Jfr Cameron (2018) s. 116.

⁷² Se Danelius (2015) s. 365; de Vries (2018) s. 669.

ED förde i målet en diskussion om begreppen *korrespondens* och *privatliv* omfattar kommunikation på arbetsplatsen. Kortfattat menade ED utifrån sin tidigare praxis att det var tydligt att båda begreppen som huvudregel omfattar kommunikation från en arbetsplats liksom från hemmet.⁷³ Ett första steg, i enlighet med etablerad praxis, för att avgöra om övervakningen omfattades av begreppen var om det funnits en rimlig förväntan till integritet ("reasonable expectation of privacy"). Detta är enligt ED en "significant though not necessarily conclusive factor".⁷⁴

ED beaktade i denna prövning att det var klart att den anställde hade informerats om ett förbud i enlighet med företagets policy mot privata användning av internet under arbetstid.⁷⁵ Däremot var det otydligt om den anställde hade i förväg informerats om att kontroller kunde vidtas för att se till att policyn efterlevdes. Det var inte heller tydligt om information getts i förväg om kontrollernas art och omfattning samt om att arbetsgivaren kunde få tillgång till innehållet i korrespondens. ED menade att det utifrån omständigheterna i fallet var möjligt att diskutera huruvida arbetsgivarens interna reglering lämnade något utrymme för en rimlig förväntan till integritet.⁷⁶ Den möjligt begränsande rimliga förväntan på integritet spelade likväl mindre roll. ED konstaterade att en arbetsgivarens instruktioner inte kan fullständigt omintetgöra det privatsociala livet ("private social life") på en arbetsplats. I stället gäller att "[r]espect for private life and for the privacy of correspondence continues to exist, even if these may be restricted in so far as necessary."⁷⁷

Tidigare i domen hade ED gett en mer utförlig förklaring till rätten till privatsocialt liv. ED konstaterade att rätten till privatliv garanteras i vid bemärkelse och därför också omfattar rätten till privatsocialt liv. Denna rätt innebär enligt ED möjligheten för individen att utveckla sin sociala identitet. Därmed omfattar rättigheten ett skydd för att närma sig andra för att skapa och utveckla relationer med dem.⁷⁸ Begränsningar av denna rätt kan därför falla in under rätten till privatliv. ED påpekade att det är just i arbetet som en sådan betydande möjlighet ges till att skapa kontakter, om inte den viktigaste sådan.⁷⁹ Därmed fann ED att kommunikationen omfattades av begreppen privatliv och korrespondens i artikel 8 (1). Med hänsyn till det

⁷³ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 73.

⁷⁴ *Ibid.* p. 73.

⁷⁵ *Ibid.* p. 77.

⁷⁶ *Ibid.* p. 79–80.

⁷⁷ *Ibid.* p. 80.

⁷⁸ *Ibid.* p. 70.

⁷⁹ *Ibid.* p. 71.

och sett till omständigheterna i målet (som nämnts ovan) var därför artikel 8 tillämplig.⁸⁰ Antagligen hade bristen på information på förhand betydelse och att det var en rätt omfattande kontroll av privat korrespondens.

Det framgår av målet att rätten till privatliv och korrespondens omfattar kommunikation i form av internetbaserade meddelandefunktioner som sker på arbetsplatsen. För att ett ingrepp ska ha skett krävs förvisso i princip en rimlig förväntan till integritet. Information i förväg om att kontroller kan komma att ske och vad kontrollerna kan komma att avse minskar den anställdes rimliga förväntan. Den rimliga förväntan kan hur som helst inte fullständigt omintetgöras genom arbetsgivarens interna regler och instruktioner. Detta följer av rätten till privatsocialt liv. Med beaktade av samtliga omständigheter kan därmed artikel 8 EKMR bli tillämplig om en arbetsgivare har kontrollerat eller övervakat den anställdes privata kommunikation.

På en arbetsplats kan rimligen annan form av kommunikation ske som är av mer privat natur. Även privata mejlkonversationer lär omfattas av samma typ av skydd som det som ovan angetts om meddelandeapplikationer. I målet *Copland v. the United Kingdom* (som avsåg en statlig arbetsgivare) konstaterade ED att rätten till privatliv omfattar övervakning av telefonsamtal, e-post och internetanvändning.⁸¹ Dessa rättsfall visar på att kommunikation ska ses i en vidare bemärkelse. Att läsa rättsfallen på det viset har stöd i att EKMR ska tolkas i sitt sammanhang och dessutom är ett levande instrument.

Det är däremot svårare att med anledning av rättsfallen konstatera vad som gäller meddelanden som skickas mellan arbetstagare på arbetsplatsen eller i förhållande till kunder. Den rimliga förväntan kan förstås ses som än mer begränsad med anledning av den större kopplingen till själva anställningsförhållandet. Som motargument är det relevant att lyfta fram att ED har varit tydlig med att rätten till privatliv även kan omfatta aktiviteter som är av professionell eller affärsmässig karaktär.⁸² Dessutom är det av betydelse att ta hänsyn till rätten till privatsocialt liv.

Här är ett mål om kameraövervakning särskilt belysande. ED ansåg i *Antović and Mirković v. Montenegro* (som avsåg en statlig arbetsgivare) att övervakning av universitetslärare som inte hade skett i smyg omfattades av artikel 8 (1). ED påpekade att det till följd av rätten till privatsocialt liv finns

⁸⁰ Ibid. p. 81.

⁸¹ Se *Copland v. the United Kingdom* p. 41.

⁸² Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 88 med däri gjord hänvisning till praxis.

“a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of ‘private life’ [...] professional life being part of it”.⁸³ Betydande för att övervakningen omfattades av artikeln var att övervakning hade skett i undervisningssalarna. Det var enligt ED i undervisningssalarna som lärarna kunde utveckla sin personliga identitet i sin relation till eleverna. Av kontraktsrättsliga skäl kunde inte heller lärarna undgå övervakningen.⁸⁴

Målet måste läsas med viss reservation eftersom det var i en lägre domstol och avsåg kameraövervakning. Trots det anser jag att målet visar att rätten till privatsocialt liv, tillsammans med ED:s konstaterade i flera mål att artikel 8 EKMR även kan omfatta professionella aktiviteter, i allmänhet leder till att korrespondens mellan kollegor eller gentemot kunder kan komma att omfattas av artikeln med hänsyn till samtliga omständigheter. Rättsläget behöver likväl bli tydligare för att säkra slutsatser ska kunna dras.

2.2.2 Kontroll av filer

En annan form av kontroll som kan tänkas förekomma är att en arbetsgivare kontrollerar information som sparats i dokument på en dator. Filer som innehåller privat information kan enligt ED omfattas av artikel 8 (1) EKMR. Målet *Libert v. France* avsåg en statlig arbetsgivare som öppnat privata filer en anställd sparat ner på sin arbetsdator. Den anställde hade till följd av vad som uppdagades vid öppnandet blivit uppsagd. Grunderna för uppsägningen var att den anställde, som hade ett särskilt förtroendeuppdrag, sparat ned dels pornografiskt material, dels förfalskade certifikat bärandes en officiell logo och som skulle användas av tredje personer.

ED ansåg efter en genomgång av tidigare praxis att icke-professionella data i vissa fall faller in under termen privatliv. Som exempel på sådana fall angav ED personuppgifter som är tydligt angivna som privata och har förvarats på en dator som den anställde erhållit av arbetsgivaren. I detta fall hade dessutom arbetsgivaren uttryckligen tillåtit användandet av datorerna för privata ändamål i viss utsträckning samt haft interna angivelser om hur det skulle ske.⁸⁵

ED fann att ett ingrepp i klagandens rätt till privatliv hade skett. ED godtog inte statens argument om att ett ingrepp inte kunde ha skett eftersom klaganden hade döpt filen felaktigt i förhållande till arbetsgivarens interna

⁸³ Se *Antović and Mirković v. Montenegro* p. 42.

⁸⁴ *Ibid.* p. 44.

⁸⁵ Se *Libert v. France* p. 21-26.

anvisningar för privata filer i arbetet. ED beaktade vidare att filerna hade öppnats utan den anställdes vetskap och i dennes frånvaro. Med hänsyn till de ”särskilda omständigheterna” i fallet godtog ED därför att ett ingrepp hade skett.⁸⁶ Vad som avsågs med särskilda omständigheter är mindre tydligt. Det går av rättsfallet att sluta sig till att öppnandet av privata filer kan omfattas av artikel 8 (1) och göra artikel 8 EKMR tillämplig.

2.2.3 Kontroll av datoranvändning

Beträffande övervakning av anställdas användning av datorer finns det mindre praxis från ED att använda sig av. Övervakning av datoranvändningen kan givetvis ha varierande teknisk utformning, exempelvis om det sker via loggning av musrörelser eller programanvändning.⁸⁷ Endast en enklare analys kan ske med reservation för de faktiska förhållandenas eventuellt mer invecklade och varierande karaktär.

Ett rättsfall som antyder att även datoranvändning i mer allmän bemärkelse skulle kunna omfattas av artikel 8 (1) EKMR är det tidigare nämnda *Copland v. the United Kingdom*. I målet menade en högskoleanställd att hon hade fått sina telefonsamtal, internetanvändning och e-post övervakad av en överordnad. Det var tvistigt i målet gällande den exakta utformningen av övervakningen. ED ansåg däremot att det uppstod problem i relation till artikel 8 EKMR redan utifrån de sakförhållanden som staten angivit.⁸⁸ Staten hade angivit att det skett en analys av automatiskt genererad information huruvida det skett privat användning av högskolans utrustning. Staten menade att det inte skett kontroll av besökta hemsidors innehåll eller telefonsamtal.⁸⁹

Av målet framgår att redan själva insamlandet och förvaringen av uppgifter relaterade till en anställd omfattas av artikel 8 (1) EKMR. Detta gäller oavsett om de sedermera lämnats ut eller använts gentemot den anställda i exempelvis disciplinära ärenden. ED uttryckte nämligen att

“[...] storing of personal data relating to the private life of an individual also falls within the application of Article 8 § 1 (see Amann, cited above, § 65). Thus, it is irrelevant that the data held by the College were not disclosed or used against the applicant in disciplinary or other proceedings.”⁹⁰

⁸⁶ Ibid. p. 37.

⁸⁷ Se kap. 1.1.

⁸⁸ Se *Copland v. the United Kingdom* p. 40.

⁸⁹ Ibid. p. 31–33.

⁹⁰ Ibid. p. 43.

Eftersom klaganden inte hade förvarnats om insamlingen hade hon en rimlig förväntan till integritet gällande hennes arbetstelefon, e-post och internetanvändning. Att högskolan i detta fall hade samlat in personlig information om Copland utan hennes kunskap ansåg ED innebar ett ingrepp i rätten till privatliv och korrespondens i artikel 8 (1) EKMR.⁹¹

Det centrala i domen är att förvaring av personliga uppgifter som är hänförliga till den enskildes privatliv omfattas av artikel 8 (1). Formuleringen i citatet ovan antyder att det viktiga för att något ska omfattas av artikeln inte nödvändigtvis är tekniskt *hur* personliga uppgifter samlas in. En arbetsgivare som samlar in information om den anställdes privata användning och sparar informationen, utan för den sakens skull ta del av eventuellt innehåll, kan leda till ett ingrepp i rätten till privatliv. Analogivis från *Bărbulescu v. Romania* kan man tänka sig att kontroller av innehåll på besökta hemsidor skulle än mer tala för att en kontroll omfattas. Det spelar heller ingen roll om informationen lämnats ut eller använts gentemot den anställde. Omständigheterna i det enskilda fallet lär bli relevanta att beakta, däribland om kontrollen skett utan den anställdes vetskap. Men som konstaterades i *Bărbulescu v. Romania* innebär rätten till privatsocialt liv att en arbetsgivare inte kan sätta upp interna regler för att undgå att det uppstår problem i förhållande till rätten till privatliv.

I övrigt finns det mål gällande kameraövervakning på arbetsplatser. I *López Ribalda and Others v. Spain* ansåg ED att artikel 8 EKMR omfattade och var tillämplig vid hemlig kameraövervakning i en livsmedelsbutik av privat anställda. Detta berodde på att de anställda i viss utsträckning hade fångats på bild av kameror och hade en rimlig förväntan att inte övervakas av vissa hemliga kameror. Detta trots att den rimliga förväntan generellt ansågs vara lägre i offentliga miljöer såsom en livsmedelsbutik. Det verkar också ha varit betydande att en större mängd personer fått ta del av det inspelade materialet och att materialet senare använts gentemot de anställda för disciplinära åtgärder i form av avskedande.⁹²

Målen om övervakning är däremot svårare att analogisera ifrån utan vägledning från ED eftersom ED vid prövningen av om något omfattas av artikel 8 tydligt utgått från medlet (kameraövervakning). Det syns på så vis att ED fäste stor vikt vid det av ED utvecklade begreppet rätt till skydd för sin bild som en särskild del av rätten till privatliv.⁹³ Betydande är emellertid konstaterandet att rätten till privatliv kan omfatta övervakning utanför

⁹¹ Ibid. p. 41 & 44.

⁹² Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 93–94 (& p. 16 för just avsked.)

⁹³ Ibid. p. 87–95 för en genomgång av just betydelsen av kameraövervakning.

hemmet, dvs. på en arbetsplats. Möjligen kan omständigheterna ovan som talade för ett ingrepp analogivis bli aktuella vid en prövning av digital övervakning. Betoningen på disciplinära åtgärder skiljer sig i så fall från *Copland v. the United Kingdom*.

2.3 Skyldigheten att skydda rätten till privatliv

2.3.1 Statens ansvar i horisontella relationer

I det föregående delkapitlet har visats att många former av digital övervakning kan omfattas av artikel 8 (1) EKMR och med beaktande av samtliga omständigheter därmed kan göra artikel 8 tillämplig. I målen som avsett statliga arbetsgivare har ED också ofta tydligt konstaterat när ett ingrepp skett i rättigheten. Konstaterandet av ett ingrepp verkar inte ha varit lika betydande i målen med privata arbetsgivare. För att ingrepp i någons rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR ska godtas krävs det vanligen att ingreppet kan godtas i förhållande till artikel 8 (2). För att ingrepp i någons rätt till privatliv enligt artikel 8 EKMR ska godtas krävs det att ingreppet har stöd i lag och är nödvändigt i ett demokratiskt samhälle för att uppfylla något av de angivna legitima syftena i artikel 8 (2) EKMR.⁹⁴

När det gäller statens positiva skyldigheter sker vanligen en prövning i stället i en och samma bedömning.⁹⁵ Denna bedömning brukar med ED:s ord formuleras att “[...] regard must be had in particular to the fair balance that has to be struck between the competing private and public interests, subject in any event to the margin of appreciation enjoyed by the State.”⁹⁶ Skönsmarginalen (“margin of appreciation”) innebär något förenklat att prövningen går ut på om staten har på ett av flera godtagbara vis utifrån konventionen gjort en skälig avvägning.⁹⁷ ED går alltså inte in och ersätter den nationella domstolens roll i prövningen utan gör en generell bedömning om beslutet var förenligt med den aktuella rättigheten.⁹⁸

Den positiva skyldigheten handlar alltså om att en skälig avvägning ska ske mellan motstående intressen. När det gäller den anställdes intresse är det

⁹⁴ Se Chamberlain (2020) s. 212.

⁹⁵ Se Lavrysen (2018) s. 324.

⁹⁶ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 111 med däri hänvisning till annan praxis; se Lavrysen (2018) s. 324–325 om att detta är utgångspunkten för den positiva skyldigheten.

⁹⁷ Se Lavrysen (2018) s. 327; jfr Danelius (2015) s. 56 för en liknande definition.

⁹⁸ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 111.

skyddet för rätten till privatliv som är aktuell att ta hänsyn i denna uppsats.⁹⁹ Beträffande arbetsgivarens intressen kan dessa mer variera. Viktigt är att godtagbara intressen vid en prövning av den positiva skyldigheten inte endast är de som framgår av artikel 8 (2). Dessa kan däremot vara av särskild betydelse.¹⁰⁰ Bland dessa kan ”skyddet för andra personers fri- och rättigheter” lyftas fram. Exempelvis kan arbetsgivarens intresse av skydd för sin egendom poängteras. Den regleras i artikel 1 i första tilläggsprotokollet EKMR.

Utifrån praxis går det att konstatera att arbetsgivaren kan ha ett giltigt intresse i att skydda sin egendom.¹⁰¹ Intresset kan även bestå i att säkerställa att verksamheten fungerar väl (”the smooth running of the company”). Det senare intresset kan föranleda att arbetsgivaren har en rätt att införa kontrollmedel för att se till att anställda genomför sina professionella skyldigheter på ett adekvat vis och med nödvändig noggrannhet. Till detta intresse följer möjligheten att vidta disciplinära åtgärder vid behov.¹⁰² Utöver dessa mer enskilda intressen kan även enligt *Köpke v. Germany* allmänhetens intresse av att ha en välfungerande domstolsapparat beaktas.¹⁰³

Det går däremot inte att hävda vilket legitimt intresse som helst. I *Libert v. France* (som förvisso avsåg statens negativa skyldighet) godtog ED inte, med beaktande av omständigheterna i fallet, att öppnandet av privata filer sparade på en dator skulle ha skett med syftet att förebygga brottslighet. I stället menade ED att målet föll in under ”andras fri- och rättigheter”. Målet hade nämligen varit att för arbetsgivarens intresse se till att arbetstagarna använde sina tillhandahållna datorer på ett sätt som var förenligt med de avtalsrättsliga skyldigheterna och gällande regleringar.¹⁰⁴

2.3.2 Kriterier för den positiva förpliktelsen

I vissa situationer är därmed stater förpliktade att positivt skydda rätten till privatliv i anställningsförhållanden genom att balansera motstående intressen. När det gäller att avgöra om det krävs en särskild lagstiftning för att skydda rätten till privatliv när en arbetsgivare övervakar anställdas elektroniska kommunikation har staterna en bred skönsmargin.¹⁰⁵ Det

⁹⁹ Ibid. p. 118.

¹⁰⁰ Se Lavrysen (2018) s. 325.

¹⁰¹ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 118; *Köpke v. Germany*.

¹⁰² Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 118; *Bărbulescu v. Romania* p. 127.

¹⁰³ Se *Köpke v. Germany*.

¹⁰⁴ Se *Libert v. France* p. 45–46.

¹⁰⁵ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 114 med hänvisning till *Bărbulescu v. Romania*

innebär däremot inte att staterna helt fritt kan avgöra hur ett mål om övervakning ska bedömas utan risk för granskning av ED.

I arbetsrättsliga mål har ED konstaterat att stater har en positiv skyldighet att skydda rätten till privatliv och korrespondens vid kameraövervakning, (*López Ribalda and Others v. Spain*) och kontroll av elektronisk kommunikation (*Bărbulescu v. Romania*). ED påpekade i *López Ribalda and Others v. Spain* och hänvisade till *Bărbulescu v. Romania* att ”the domestic authorities should ensure that the introduction by an employer of monitoring measures affecting the right to respect for private life or correspondence of its employees is proportionate and is accompanied by adequate and sufficient safeguards against abuse”.¹⁰⁶ I båda målen hade de anställda klagat på att staten inte i tillräcklig mån agerat för att skydda rättigheter enligt artikel 8 EKMR vid en prövning av uppsägning eller avsked som följde av vad som uppdragats vid kontrollåtgärderna.¹⁰⁷

I *Bărbulescu v. Romania* tog ED fram sex kriterier som ska tas i beaktande av nationella myndigheter för att avgöra om en kontrollåtgärd är proportionerlig och har ett gott skydd mot missbruk. Dessutom konstaterade ED i målet att det ska finnas tillgång till ett rättsmedel inför en oberoende domstol som ska kunna kontrollera om faktorerna i sak har prövats och om de vidtagna åtgärderna varit i enlighet med nationell lag.¹⁰⁸ De sex kriterierna kan i kortfattade ordalag beskrivas som att hänsyn ska tas till (1) om den anställde på förhand och på ett tydligt sätt informerats om att övervakning kan komma att ske, (2) övervakningens omfattning och graden av intrång i den anställdes privatliv, (3) om det funnits legitima skäl för att rättfärdiga övervakningen och omfattningen, (4) om det funnits mindre ingripande medel för att uppnå målet, (5) konsekvenserna för den anställde, särskilt vad resultat från övervakningen använts till och (6) om den anställde haft tillgång till tillräckliga säkerhetsåtgärder i förhållande till den.¹⁰⁹

Hur allmängiltiga är då dessa kriterier? Enligt min bedömning ska de i princip ses som vägledande kriterium för vad som ska beaktas vid kontroll och övervakning av privatanställda som omfattas av artikel 8 EKMR. Det som talar för en sådan läsning är till en början att de användes analogivis i det efterföljande målet *López Ribalda and Others v. Spain*. Beslutet i målet, liksom *Bărbulescu v. Romania*, fattades i den stora kammaren. Därmed ska målen tillmätas ett större rättskällevärde.¹¹⁰ ED lyfte även fram att liknande

¹⁰⁶ Ibid. p. 114.

¹⁰⁷ Ibid. p. 109 respektive *Bărbulescu v. Romania* p. 109–111.

¹⁰⁸ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 121–122.

¹⁰⁹ Ibid. p. 121.

¹¹⁰ Se SOU 2010:87 s. 328 om den rättsliga tyngden av beslut fattade i stora kammaren.

kriterier använts tidigare i *Köpke v. Germany*,¹¹¹ som gällde uppsägning efter kameraövervakning.

Dessutom har faktorerna en mer allmän karaktär som tydligt lämpade sig i ED:s mening när det gäller arbetsgivare introduktion av övervakningsåtgärder som påverkar rätten till privatliv. Det gemensamma är inte nödvändigtvis de teknologiska medlen utan målet att kontrollera anställda med hjälp av ett tekniskt medel. Det som även är av relevans är att det, utan att så uttryckligen sägs, framstår som att faktorerna kan inordnas under den tolkningsmetod som innebär att EKMR ses som ett levande instrument. ED uttryckte i *López Ribalda and Others v. Spain* att kriterierna måste tillämpas med hänsyn till “the specificity of the employment relations and the development of new technologies, which may enable measures to be taken that are increasingly intrusive in the private life of employees.”¹¹² Fokuset ligger delvis på anställningsförhållandet, men också på *teknik* och vad den tekniska utvecklingen kan komma att betyda för rätten till privatliv.

Däremot kan man tänka sig att det finns vissa fall då det som påstås innebära en kränkning inte är tillräckligt allvarlig för att nationell domstol ska anse sig behöva använda sig av kriterierna eller att den har en positiv plikt att handla. Som visats ovan ställs vissa krav för att artikel 8 EKMR över huvud taget ska bli tillämplig. Utrymmet därutöver eller vad som mer exakt leder till att det finns en positiv skyldighet att säkerställa framgår däremot inte tydligt av rättsfallen som refererats. I *Bărbulescu v. Romania* antydde ED att den tog hänsyn till omständigheterna i fallet, att artikel 8 konstaterats vara tillämplig och att åtnjutandet av rätten till privatliv och korrespondens var förminskad (“was impaired”) till följd av en privat arbetsgivares handlande.¹¹³ I *López Ribalda and Others v. Spain* verkade det också räcka att förhållandet omfattades av artikel 8 (1) EKMR och gjorde artikel 8 tillämplig.¹¹⁴ Alltså kan en positiv skyldighet finnas ifall ett förhållande som omfattas av artikel 8 EKMR har inskränkts i en relation mellan enskilda och därmed gör artikel 8 EKMR tillämplig.

En möjlig begränsning är att en talan kan avvisas av ED enligt artikel 35 (3) EKMR om den är uppenbart ogrundad.¹¹⁵ Det skulle kunna vara fallet om något som förvisso omfattas av artikeln likväl inte tillräckligt tydligt uppvisar eventuella brister i den positiva skyldigheten, dvs. att

¹¹¹ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 116.

¹¹² Ibid. p. 116.

¹¹³ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 111.

¹¹⁴ Jfr *López Ribalda and Others v. Spain* p. 111.

¹¹⁵ Jfr Cameron (2018) s. 116 om att frågan om ingrepp ofta bedöms vid en talerättsprövning.

omständigheterna mer eller mindre klart inte talar för en kränkning av artikel 8.¹¹⁶ Den typen av bedömning gjorde ED i *Köpke v. Germany* efter att ED gjort en övergripande prövning av omständigheterna. Man kan tänka sig att svensk domstol kan resonera likadant, med risken för att ED är av en annan åsikt vid en senare prövning.

2.3.3 Prövningar utifrån kriterierna och andra mål

Det går att undersöka hur ED valt att tillämpa dessa kriterier mer konkret i sin praxis. I *Bărbulescu v. Romania* kom ED fram till att den rumänska staten trots sin skönsmarginall inte hade uppfyllt sina positiva förpliktelser. De nationella domstolarna hade nämligen till stora delar inte beaktat de av ED utstakade kriterierna. En kränkning hade däremot inte skett i *López Ribalda and Others v. Spain*. De spanska domstolarna hade i väsentlig mån beaktat kriterierna på ett sätt som ED inte fann gick utanför deras skönsmarginall.

Vad gäller det första kriteriet (rätten till information) gäller som huvudregel att det är viktigt att information ges i förväg och att den ska avse vad som kan komma att ske. Det gäller särskilt när det är tal om kontroller av innehåll i kommunikation.¹¹⁷ ED ansåg däremot i *López Ribalda and Others v. Spain* att det gick att rättfärdiga att information inte getts på förhand. Det är i så fall desto viktigare att den anställde haft andra skyddsåtgärder tillgängliga.¹¹⁸ Detta kommenteras mer nedan.

Gällande det andra kriteriet ska som sagt hänsyn tas till omfattningen och graden av intrång i den anställdes privatliv. Av rättspraxisen framgår att hänsyn särskilt ska tas till om arbetsgivaren har övervakat och haft tillgång till innehållet i den anställdes kommunikation snarare än att endast veta om att privat kommunikation sker.¹¹⁹ Det senare är en mildare form av ingrepp i privatlivet. Huruvida övervakningen varit allomfattande eller begränsad i tid och rum i förhållande till ändamålet är också av betydelse liksom vilka personer som haft tillgång till materialet.¹²⁰ Hänsyn ska också tas till om det finns en rimlig förväntan till integritet, vilket exempelvis är generellt mindre i offentliga miljöer såsom livsmedelsbutiker och större i för allmänheten stängda kontorslokaler.¹²¹

¹¹⁶ Se Zwaak, Haeck & Herrera Burbano (2018) s. 166.

¹¹⁷ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 121 & 133.

¹¹⁸ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 129.

¹¹⁹ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 121 & 134.

¹²⁰ Ibid. p. 121. Se också *López Ribalda and Others v. Spain* p. 116 & 124.

¹²¹ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 125.

Det tredje kriteriet handlar om det funnits giltiga skäl för åtgärden. Det som verkar allra viktigast i detta hänseende är om skälen har varit verkliga. I *Bărbulescu v. Romania* godtog ED inte vissa angivna skäl. Skälen som hade nämnts i nationell domstol var den anställdes risk för sin IT-säkerhet eller avslöjande av företagshemligheter. ED godtog inte dessa skäl eftersom det i målet inte framlagts bevisning om att de hade någon substans bakom sig.¹²² I *López Ribalda and Others v. Spain* godtogs som giltiga skäl misstanken om stölder på grund av betydande förluster under flera månaders tid och med hänsyn till arbetsgivarens berättigade intressen av egendomsskydd och verksamhetens funktion.¹²³

Det fjärde kriteriet avser om det funnits mindre ingripande medel. Av målen framgår det framför allt att risken för att ändamålet skulle omintetgjorts genom information på förhand kan ha betydelse. I *López Ribalda and Others v. Spain* menade ED att det med hänsyn till de betydande förluster som skett och oklarheter i vem som kunde vara ansvarig för egendomsförlusterna att det var svårt att inte i hemlighet videoövervaka.¹²⁴

Den femte faktorn innebär att man måste ta hänsyn till vad det är resultatet av övervakning lett till. Användandet av resultatet för uppsägning eller avsked är den allvarligaste formen av användning.¹²⁵ Här verkar det kunna tala till arbetsgivarens fördel om denne kan visa att resultatet av övervakningen inte använts för andra än de giltiga skäl som angivits.¹²⁶

Avseende det sjätte kriteriet är det *López Ribalda and Others v. Spain* som ger mest vägledning. Olika dataskyddsregler, såsom en rätt till radering, kan vara lämpliga skyddsåtgärder.¹²⁷ I målet låg det även de anställda till last att de inte hade utnyttjat de dataskyddsregler som fanns tillgängliga i spansk rätt för att skydda sina personuppgifter. Målet är relevant att kommentera mer utförligt.

ED betraktade i *López Ribalda and Others v. Spain* samtliga kriterier, men fäste störst vikt vid att det brustit i kriteriet om öppenhet. ED tog dataskyddsnormer i andra rättsliga instrument i beaktande och menade att det inte krävs samtycke för kameraövervakning. I stället ställs det högre krav på att information ska ha getts på förhand. ED var av åsikten att denna

¹²² Se *Bărbulescu v. Romania* p. 135.

¹²³ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 123.

¹²⁴ Ibid. p. 129.

¹²⁵ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 137.

¹²⁶ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 127.

¹²⁷ Ibid. p. 129.

princip om öppenhet är av fundamental natur i anställningsförhållandet. Detta eftersom arbetsgivaren har betydande makt och ett missbruk av denna bör undvikas. Vid en brist i transparens krävs det enligt ED än mer av skyddet genom andra faktorer.¹²⁸

Trots denna brist ansåg ED att de nationella domstolarna hade kunnat anse att inskränkningen var proportionerlig utan att överträda sin skönsmargin. Detta följde av att intrånget i de anställdas personliga integritet var mindre och att det fanns giltiga skäl för övervakningen.¹²⁹ Det är dock viktigt att ta med sig det påpekade ED gjorde om denna bedömning. ED ansåg att det inte som huvudregel kunde godtas att minsta misstanke om felaktigt handlade av en anställd skulle innebära att hemlig övervakning var tillåten.¹³⁰

Dessutom fäste ED stor vikt vid att de anställda hade andra tillgängliga rättsmedel för överträdelser av den nationella spanska datalagen.¹³¹ Det gällde bland annat möjligheten att vända sig till en tillsynsmyndighet för utdelandet av sanktionsavgifter för brister i transparens eller att väcka talan vid allmän domstol för ersättning.¹³² ED menade att klagandena hade valt att inte utnyttja alla tillgängliga rättsmedel. ED hänvisade till *Bărbulescu v. Romania* och påpekade att rätten till respekt för privatliv vid videoövervakning på en arbetsplats skyddas på olika vis, såsom genom arbetsrätten såväl som annan civilrätt, offentlig rätt eller straffrätt.¹³³ Sammantaget, dvs. även med beaktande av övriga kriterier, menade ED att den spanska staten genom sina myndigheter inte hade brustit i att uppfylla sina positiva skyldigheter i förhållande till skönsmargin.¹³⁴

Ett annat mål som förtydligar behovet av på förhand given information är *Libert v. France*. I målet hade den anställda inte informerats om att öppnandet av privata filer skulle ske, vilket var betydande för att det fanns ett ingrepp i artikel 8 (1) EKMR. Däremot framgår av målet att det inte behöver vara betydande för om det är ett tillåtet ingrepp enligt artikel 8 (2). Målet gällde förvisso statens negativa skyldigheter. Som framgår av ED:s praxis är dock prövningen av avvägningen mellan de motstående intressena

¹²⁸ Ibid. p. 130-133.

¹²⁹ Ibid. p. 134.

¹³⁰ Ibid. p. 134.

¹³¹ Ibid. p. 137.

¹³² Ibid. p. 135.

¹³³ Ibid. p. 136.

¹³⁴ Ibid. p. 136-137.

snarlik den vid positiva skyldigheter.¹³⁵ Därmed bör även detta rättsfall kunna vara vägledande.

Den anställde, trots stöd i fransk praxis för att filerna kunde döpas på ett visst vis för att få lagens skydd, hade sparat filerna på ett annat vis än vad som angavs i bolagets interna riktlinjer. De franska domstolarna menade att det därmed var acceptabelt för arbetsgivaren att utan den anställdes närvaro eller dennes vetskap öppna filerna. Vid sin prövning av förenligheten med artikel 8 (2) EKMR godtog ED att de franska domstolarna, till följd av det felaktiga namngivandet av filerna, accepterade öppnandet. Vidare påpekade ED att den godtog företagets och de nationella domstolarnas uppfattning om nödvändigheten i att utförligt undersöka den anställdes fall. ED baserade detta på att den anställde använt en stor andel av lagringsutrymmet för filerna i fråga. Med hänsyn till detta och omständigheterna i övrigt hade de nationella domstolarna hållit sig inom sin skönsmarginall när de inte ansett den statsanställdes avskedande som oproportionerligt.¹³⁶

2.4 Avslutning

Det går utan vidare problem att konstatera att kontroll och övervakning av innehållet i anställdas privata konversationer under arbetstid omfattas av artikel 8 (1) EKMR, vilket framgår av *Bărbulescu v. Romania*. Utifrån målet och *Copland v. the United Kingdom* verkar det troligt att detsamma gäller mer omfattande fall då arbetsgivaren kontrollerar flödet av kommunikation. Detsamma gäller mer omfattande kontroller av privat internetanvändning, vilket borde kunna inbegripa kontroller av exempelvis sociala medier. *Copland v. the United Kingdom* ger även argument för annan form av kontroll av anställdas privata användning av datorer kan komma att omfattas av artikeln. Vidare kan i enlighet med *Libert v. France* filer som innehåller privat information och som är sparade på arbetsgivarens dator omfattas av artikeln. Det är alltså framför allt privat användning som kan omfattas av rätten till privatliv. Likväl finns argument för att även professionella kontakter kan omfattas av artikel 8 (1). Artikeln 8 EKMR skyddar också hemmet, vilket innebär att kontroll vid distansarbete hade kunnat omfattas också på den grunden.

Av ED:s praxis framkommer två centrala begrepp för en prövning av tillämpligheten av artikel 8 (1) EKMR. Det är begreppet *rimlig förväntan till integritet* och *rätten till ett privatsocialt liv*. Även om det förra begreppet inte nödvändigtvis ska ses som ett avgörande rekvisit är det ett betydande

¹³⁵ Se *Bărbulescu v. Romania* p. 112 med hänvisning till praxis.

¹³⁶ Se *Libert v. France* p. 50–53.

sådant. Vikten av den rimliga förväntan blir däremot mindre när rätten till privatsocialt liv blir aktuell. I *Bărbulescu v. Romania* framgick det tydligt att den rimliga förväntan om personlig integritet inte kunde tillmätas en helt avgörande betydelse. Rätten till privatsocialt liv innebar nämligen att en arbetsgivare inte kan omintetgöra rätten till privatsocialt liv genom interna regler om förbud för användning för privata ändamål. I arbetet har man nämligen en rätt till ett privatsocialt liv. I *Antović and Mirković v. Montenegro* var det just det begreppet som var avgörande för att även icke-hemlig kameraövervakning ansågs omfattas av rätten till privatliv.

Slutligen kan påpekas att det tycks variera vad som krävs för att något ska omfattas av artikel 8 (1) och därmed gör artikel 8 EKMR tillämplig. I samtliga mål har det varit relativt omfattande kontroll eller övervakning. Att disciplinära åtgärder vidtagits baserat på övervakning verkar vara en betydande faktor, men måste inte vara avgörande.¹³⁷ Av målen framgår att om en händelse omfattas av rätten till privatliv, så kan det uppstå en positiv skyldighet för staten att skydda rättigheten.

Prövningen av den positiva skyldigheten grundar sig på att en skäligen avvägning ska ha skett mellan motstående enskilda och allmänna intressen med hänsyn till statens skönsmarginer. För att avgöra om stater har uppfyllt sin positiva skyldighet lär det bli aktuellt att utgå från de sex kriterier som ED tagit fram. Om en digital kontroll eller övervakning antagligen omfattas av rätten till privatliv och en inskränkning av rätten har skett, finns det starka skäl för svensk domstol att utgå från dessa kriterier vid en prövning om tillåtligheten. Kriterierna uppvisar en stor grad av allmängiltighet för kontrollåtgärder och övervakning. Däremot bör det finnas visst utrymme att i mindre ingripande fall inte behöva beakta kriterierna.

Angående intressen verkar en arbetsgivare enligt ED ha ett väldigt vittomfattande legitimt intresse att övervaka sina anställda, nämligen att säkerställa att de anställda uppfyller sina professionella skyldigheter. Intresset öppnar för att till exempel legitimera prestationsmätning. Skyddet för arbetsgivarens egendom öppnar för avslöjande av företagshemligheter eller IT-säkerhetsskäl.

Beträffande kriterierna måste utgångspunkten vara att beakta både anställningsförhållandet särskilda karaktäristiska och det tekniska medlet som används. Vidare lär i enlighet med *Bărbulescu v. Romania* vara att övervakning av innehåll i privat korrespondens är mer ingripande än att bara övervaka flödet. Detsamma borde vara överförbart till exempelvis kontroll

¹³⁷ Jfr *Copland v. the United Kingdom* med *López Ribalda and Others v. Spain* i kap. 2.2.4.

av vilka hemsidor som besöks och dess innehåll. Kontroll över vad som skrivs på sociala medier och som annars inte är tillgängligt för arbetsgivaren att fritt ta del av borde också vara ett större ingrepp än att blott veta om att sociala medier används. Att ta del av information på sociala medier som finns allmänt tillgängligt borde vara *mindre* ingripande i min mening.¹³⁸ Samtidigt är det viktigt att poängtera att det är en sammanvägd bedömning av kriterierna. Brister i vissa kriterier måste inte leda till att nationella domstolar behöver döma till den anställdes fördel för att skydda den anställdes rätt till privatliv.

När det gäller kontroll- och övervakning i anställningsförhållanden går det att fundera över vilken betydelse ett samtycke skulle kunna ha. Ett samtycke skulle till en början definitivt minska den rimliga förväntan som ofta är betydande för att en kontrollåtgärd ska omfattas av artikeln. Rättsfallen visar tydligt att redan själva ingåendet i avtalet inte innebär att en arbetstagare per se har frånsagt sig sin rätt till privatliv eller korrespondens. På så vis uppstår en begränsning av avtalsfriheten som grundar sig på att anställda är medborgare snarare än arbetstagare.¹³⁹ Det rättsfallen däremot inte säger något om är vilken betydelse ett uttryckligt samtycke under anställningsförhållandet har för frågan. ED väger inte sällan in andra dataskyddsnormer för att avgöra liknande frågor.¹⁴⁰ I *López Ribalda and Others v. Spain* konstaterade ED mot bakgrund av spansk dataskyddslag och andra dataskyddsnormer att ett samtycke inte är nödvändigt för tillåtelse att kameraövervaka.¹⁴¹ Att det inte krävs samtycke är däremot inte detsamma som att ett samtycke alltid skulle vara tillåtet som grund för ett ingrepp i rätten till privatliv eller liknande.

Olivier de Schutter, professor i juridik vid Katolska universitetet i Louvain och Sciences Po i Paris med inriktning mot mänskliga rättigheter, har analyserat samtyckets roll i privaträttsliga anställningsförhållanden vid kränkningar av rättigheter i EKMR. De Schutter menar att det utifrån ED:s praxis inte är förbjudet i anställningsförhållanden att samtycka till att frånsäga sig sina rättigheter i EKMR. Samtidigt menar han att samtycket inte för den delen i sig utgör ett tillräckligt rättfärdigande skäl för att hindra anställdas rättigheter. Ett samtycke måste däribland bedömas utifrån frivilligheten och alternativa medel samt anställningsförhållandets särskilda karaktär. Här verkar ED enligt de Schutter ha ansett att det arbetsrättsliga

¹³⁸ En annan aspekt är emellertid att det kan aktualisera yttrandefrihetsfrågor, vilket inte undersökts i denna uppsats.

¹³⁹ Jfr Selberg (2017) s. 102 om arbetsgivarbegreppet i en rättighetsdiskurs.

¹⁴⁰ Se kap. 1.3; t.ex. *López Ribalda and Others v. Spain* p. 131; jfr de Vries (2018) s. 672–673.

¹⁴¹ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 131.

förhållandet kan innebära en större tillåtlighet baserat på ett samtycke. Men slutligen är samtycket enligt honom endast en av flera faktorer som ska vägas in den sammanvägda bedömningen mellan de motstående intressena.¹⁴² Det verkar alltså krävas viss försiktighet att enbart förlita sig på ett samtycke. En fullständig genomgång av samtyckets betydelse kan inte göras i denna uppsats utan skulle behöva mer utförligt undersökas. Problematiken med ett allt för starkt fokus på samtycket är dock viktig att ha med sig.

¹⁴² Se de Schutter (2013) s. 132–138 som förvisso avser samtliga rättigheter i EKMR.

3 Rätt till personlig integritet enligt GDPR

3.1 Inledning

GDPR har som påpekats i uppsatsens inledande kapitel en tydlig koppling både till grundläggande fri- och rättigheter samt allmänna dataskyddsprinciper. I det följande undersöks om digital kontroll och övervakning faller inom förordningens tillämpningsområde. Det avser även frågan om vem som kan tänkas bära det rättsliga ansvaret enligt förordningen. Därefter kommer en genomgång att göras av de mer basala krav som ställs på behandlingar som omfattas av förordningen. Vissa krav har alltså avgränsats bort. Förordningens dispositivitet undersöks. Avslutningsvis behandlas även vissa särskilda rättigheter enskilda har för att motsätta sig en personuppgiftsbehandling och vilka möjligheter det finns till rättslig överprövning och sanktioner.

3.2 GDPR:s tillämplighet

Det framgår av artikel 2.1 GDPR att den är tillämplig på ”sådan behandling av personuppgifter som helt eller delvis företas på automatisk väg samt annan behandling än automatisk av personuppgifter som ingår i eller kommer att ingå i ett register.” Vad som avses med automatisk väg framgår inte av förordningen. En vanligt förekommande uppfattning är att det i princip innebär all form av behandling av personuppgifter med hjälp av datoriserad teknologi eller via elektronisk väg.¹⁴³ Delvis automatiserad väg innebär exempelvis uppgifter som samlas in manuellt som sedan sammanställs digitalt,¹⁴⁴ eller uppgifter som finns lagrat digitalt och utlämnas analogt.¹⁴⁵

Utöver frågan om automatisk eller manuell väg framgår det att GDPR avser *behandling av personuppgifter*. Med *behandling* avses enligt artikel 4.2 GDPR ”en åtgärd eller kombination av åtgärder beträffande personuppgifter eller uppsättningar av personuppgifter, oberoende av om de utförs automatiserat eller ej.” I artikeln ges exempel på åtgärder. Det är exempelvis

¹⁴³ Se Tosoni & Bygrave (2020) s. 119; IMY (2021d).

¹⁴⁴ Se IMY (2021d).

¹⁴⁵ Se Öman (2021) kommentaren till artikel 2 under rubrik ”Första punkten – Typ av behandling”.

insamling, lagring, bearbetning, läsning, framtagning och utlämning genom överföring. Begreppet *personuppgift* definieras i artikel 4.1 GDPR som ”varje upplysning som avser en identifierad eller identifierbar fysisk person”. Personliga uppgifter som saknar hänvisning till en fysisk person faller alltså utanför GDPR:s tillämpningsområde.¹⁴⁶ Enligt IMY kommer GDPR i allmänna termer att bli tillämplig på kontroll och övervakning när anställdas uppgifter behandlas genom exempelvis IT-system.¹⁴⁷

GDPR omfattar även sådan behandling som består i att olika uppgifter samkörs för att kunna dra nya slutsatser om en individ som annars inte direkt framgår av uppgifterna var för sig.¹⁴⁸ Det brukar kallas profilering. Med profilering avses enligt artikel 4.4. GDPR ”varje form av automatisk behandling av personuppgifter som består i att dessa personuppgifter används för att bedöma vissa personliga egenskaper hos en fysisk person”. I synnerhet avses enligt artikeln sådan behandling för att ”analysera eller förutsäga denna fysiska persons arbetsprestationer”.

Den identifierbara personen kallas enligt GDPR *den registrerade*. Det är denne som åtnjuter förordningens skydd. Den som under rättsligt ansvar huvudsakligen ska tillgodose att GDPR:s regler följs är den *personuppgiftsansvarige*. Så som framgår av artikel 4.7 GDPR är den personuppgiftsansvarige den som ensamt eller tillsammans med andra ”bestämmer ändamålen och medlen för behandlingen av personuppgifter.” Vid ett överlämnade av visst ansvar för hur behandlingen ska genomföras blir rollen som personuppgiftsbiträde aktuell. Det är enligt artikel 4.8 GDPR någon som behandlar personuppgifter för den personuppgiftsansvariges räkning. Troligt är att en arbetsgivare i de allra flesta fall skulle vara att anse som personuppgiftsansvarig eftersom det är denne som lär bestämma ändamålen och medlen för en behandling.¹⁴⁹

Sammanfattningsvis kan man säga att GDPR kan bli tillämplig i många fall i en arbetsrättslig kontext. Eftersom kontroll och övervakning av de anställdas användning av datorer förutsätter en automatiserad behandling, dvs. inblandningen av datorer eller liknande tekniska medel, kommer GDPR att vara tillämplig vid merparten av digital övervakning där den anställde är identifierbar. Eftersom behandling ges en vid legaldefinition bör det råda

¹⁴⁶ Se Artikel 4 (5) GDPR; Streinz (2021) s. 916; jfr EDPB riktlinjer 3/2019 s. 7.

¹⁴⁷ Se IMY (2021a).

¹⁴⁸ Jfr WP251rev.01 s. 6–7; EDPB har anslutit sig till denna, se EDPB *Endorsement 1/2018*.

¹⁴⁹ Jfr Öman (2021) kommentaren till artikel 4 under rubrik ”Sjunde punkten – personuppgiftsansvarig” om gränsfallen; jfr EDPB Riktlinjer 07/2020 s. 13–15 där diskussion förs om hur den ansvarige utpekas och vissa gränsfall.

liten tvekan om att kontroller av datoranvändning eller korrespondens kommer att anses som en behandling. En behandling är ju bland annat insamling, men också sådana åtgärder som läsning eller framtagning av uppgifter.

3.3 Grundläggande krav för tillåtlighet

3.3.1 De allmänna principerna

Grunden för att en behandling ska vara tillåten finns i de allmänna principerna i artikel 5 GDPR. Enligt artikel 5.2 GDPR ska arbetsgivaren i egenskap av personuppgiftsansvarig ”ansvara för och kunna visa” att de allmänna principerna efterlevs. Det följer därmed inte bara ett krav på att se till att följa principerna utan även att kunna *visa* att de följs.¹⁵⁰ Nedan kommenteras de allmänna principer som ansetts särskilt relevanta för uppsatsens frågeställning och bestämmelser som konkretiserar dessa.

3.3.2 Ändamål

För att få tillåtas inskränka någons rätt till dataskydd krävs det ett berättigat ändamål. Betydelsen av ändamålet framgår redan av artikel 8 EU-stadgan. Men det syns också i förordningen. Enligt artikel 5.1 (b) GDPR ska en insamling av personuppgifter ske för ”särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål”. Enligt skäl 39 till GDPR bör ändamålen med en insamling vara tydliga och legitima. Enligt skälet bör ändamålen ha bestämts redan vid tidpunkten för insamlingen. Att det inte bara bör ske framgår dock av ordalydelsen av artikeln. En insamling som företas med ett vagt eller utan ett formulerat ändamål skulle strida mot kravet på ”särskilda, uttryckligt angivna” ändamål.¹⁵¹ För att exemplifiera kravet på konkretion kan ett fall gällande PUL kommenteras. DI godtog inte ett mer generellt beskrivet ändamål där det inte tydligt framgick att ett av ändamålen med loggning var att utöver säkerhetsskäl kunna kontrollera anställdas redovisade arbetstid.¹⁵²

3.3.3 Laglighet och rättslig grund

Ett annat grundläggande krav som följer av de allmänna principerna är att en behandling enligt artikel 5.1 (a) GDPR ska vara laglig. Det råder delade meningar om vad det betyder. Det kan antingen avse lagligheten endast i

¹⁵⁰ För mer om innebörden, se t.ex. Eklund (2021) s. 80 & 86–87.

¹⁵¹ Om principens innebörd, jfr Brinnen (2021) Artikel 5 Avsnitt 2 Rättsläget.

¹⁵² Se Datainspektionens beslut 2013-01-14, dnr 1369-2012 s. 3–4.

förhållande till GDPR eller i förhållande till all nationell lagstiftning.¹⁵³ Ett grundläggande steg för att uppnå laglighet är dock att det finns en rättslig grund i enlighet med artikel 6 GDPR.

Artikeln ska tolkas utifrån artikel 7 och 8 i EU-stadgan och kraven på begränsningar av dessa rättigheter enligt artikel 52.1 i EU-stadgan.¹⁵⁴ I artikel 8.2 i EU-stadgan anges att personuppgifter ”ska behandlas lagenligt för bestämda ändamål och på grundval av den berörda personens samtycke eller någon annan legitim och lagenlig grund [min kursivering].” Artikel 52.1 i EU-stadgan anger i sin tur att varje begränsning av rättigheterna i stadgan ”ska vara föreskriven i lag”. Vidare anger den att ”begränsningar får, med beaktande av proportionalitetsprincipen, endast göras om de är nödvändiga och faktiskt svarar mot mål av allmänt samhällsintresse som erkänns av unionen eller behovet av skydd för andra människors rättigheter och friheter.” Artikel 6 GDPR kan därmed ses som en specificering i en dataskyddskontext av de mål som erkänns mot bakgrund av artikel 52.1 EU-stadgan för en begränsning av någons rätt till dataskydd.¹⁵⁵

3.3.3.1 Berättigat intresse

När det gäller kontroll- och övervakningsåtgärder som vidtas av en arbetsgivare anses oftast den grund som en privat arbetsgivare kan förlita sig på vara att det finns ett berättigat intresse i enlighet med artikel 6.1 (f) GDPR.¹⁵⁶ Grundvillkoret för att artikel 6.1 (f) ska kunna användas som rättslig grund är att behandlingen ”ska vara nödvändig för ändamål som rör den personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse”. Däremot faller möjligheten till att använda grunden bort om ”den registrerades intressen eller grundläggande rättigheter och friheter väger tyngre och kräver skydd av personuppgifter”.

EU-domstolen har konstaterat att bestämmelsen består av tre kumulativa villkor som ska vara uppfyllda. Det ska för det första finnas ett berättigat intresse hos den personuppgiftsansvarige eller en tredje part, för det andra ska behandlingen vara nödvändig för det intresse som eftersträvas och för det tredje ska den registrerades intressen eller grundläggande fri- och rättigheter inte ges företräde efter en avvägning.¹⁵⁷

¹⁵³ Se Brinnen (2021) Artikel 5 avsnitt 3.1 Omfattningen av laglighetsprincipen för en längre utläggning om diskussionen.

¹⁵⁴ Se Brinnen (2021) Artikel 6 Avsnitt 1 Inledning; t.ex. C-439/19 *Latvijas Republikas Saeima* p. 105–106.

¹⁵⁵ Se Kotschy (2020) s. 326.

¹⁵⁶ Se Öman (2021) s. 270; IMY (2021a); van Eecke & Šimkus (2020) s. 1236–1237.

¹⁵⁷ Se C-597/19 *M.I.C.M.* p. 106.

Angående det första rekvisitet går det att påpeka att det i GDPR inte finns någon legaldefinition av termen berättigade intressen. Intressen verkar vara ett vidare begrepp än ändamål. Det framgår nämligen av artikeln att behandlingen ”ska vara nödvändig för ändamål som rör *personuppgiftsansvariges eller tredje parts berättigade intresse* [min kursivering].” Med tanke på vad som sagts ovan om att GDPR (och särskilt artikel 6) när den tillämpas ska tolkas i enlighet med EU-stadgan är det troligt att rättigheter som däri tillfaller en arbetsgivare ska anses väga tungt.¹⁵⁸ Arbetsgivarens intresse av rätt till egendom (inklusive immateriell sådan) eller näringsfrihet enligt artikel 17 respektive 18 EU-stadgan kan därmed tänkas vara högst aktuella vid kontroll och övervakning.¹⁵⁹ Kundens rätt till skydd för sina personuppgifter lär också vara ett tungt vägande intresse. Ett basalt krav är däremot att ”det ska vara fråga om ett faktiskt intresse vid tidpunkten för personuppgiftsbehandlingen och inte ett intresse som är hypotetiskt vid den tidpunkten.”¹⁶⁰

I litteratur om GDPR verkar anses att arbetsgivare har en vidsträckt möjlighet till att ha ett berättigat intresse. Patrick van Eecke och Anrijs Šimkus, lektor vid Antwerpen-universitetet respektive praktiserande jurist i dataskyddsfrågor, menar i samlingsverket ”The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary” att det utan problem går att sortera in önskan om ökad produktivitet eller skydd för företagets materiell och immateriella tillgångar under termen.¹⁶¹ Enligt Artikel 29-gruppen kan intresset utgöras av en önskan om att skydda företagets nätverk, arbetstagarnas och kundernas personuppgifter eller anställdas säkerhet samt förhindra överföring av hemliga affärshemligheter till en konkurrent.¹⁶² Öman anser att en önskan om att kontrollera att anställda efterlever uppställda regler om datoranvändning i normalfallen är ett befogat intresse.¹⁶³

Det andra rekvisitet, nödvändighetskravet, innebär i princip att arbetsgivaren måste ha övervägt om det finns mindre ingripande medel för att lika effektivt skydda de berättigade intressena, vilket även omfattar en prövning

¹⁵⁸ Jfr Öman (2021) kommentaren till artikel 6 under rubrik ”Led f – Intresseavvägning” om tungt vägande intresse p.g.a. nedlagd i bindande rättighetsstadga. Se Kotschy (2020) s. 337.

¹⁵⁹ Jfr skäl 47 till GDPR om att t.ex. förhindrandet av bedrägerier är ett berättigat intresse.

¹⁶⁰ Se C-708/18 *Asociația de Proprietari bloc M5A-Scara A* p. 44. Målet avsåg förvisso dataskyddsdirektivet, men bestämmelsen är likalydande i GDPR och gammal praxis ska som nämnts i princip gälla fortfarande. Se också EDPB riktlinjer 3/2019 p. 44.

¹⁶¹ Se van Eecke & Šimkus (2020) s. 1236; jfr WP249 s. 9 där Artikel 29-gruppen indirekt verkar vara av samma uppfattning.

¹⁶² Se WP249 s. 13, 19–21; för det sista exemplet se WP 55 s. 17. De avsåg förvisso dataskyddsdirektivet, men vad gäller kravet på berättigat intresse har ingen ändring skett.

¹⁶³ Se Öman (2021) s. 271.

tillsammans med principen om uppgiftsminimering i artikel 5.1 (c) GDPR.¹⁶⁴

Det tredje rekvisitet, intresseavvägningen, handlar med enkla ord om en balansakt som ska göras utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det berättigade intresset ställs mot de registrerades intresse och grundläggande fri- och rättigheter, vilket innebär att behandlingar som medför negativa konsekvenser inte får vara oproportionerliga.¹⁶⁵ Enligt EDPB och EU-domstolens praxis syns att intensiteten och allvarligheten ska beaktas.¹⁶⁶ Risken för präster att bli avkragade och därmed förlusten av rätten att utföra sitt arbete ansågs vara ett tungt vägande intresse enligt Förvaltningsrätten i Stockholm.¹⁶⁷ Det berättigade intresset omfattar enligt skäl 47 till GDPR även en bedömning av ”huruvida den registrerade vid tidpunkten för inhämtandet av personuppgifter och i samband med detta rimligen kan förvänta sig att en uppgiftsbehandling för detta ändamål kan komma att ske.” Enligt EDPB är det en objektiv bedömning. Organet ger som exempel att en anställd i de flesta fall inte förväntar sig att övervakas av en arbetsgivare på arbetsplatsen.¹⁶⁸

Från PUL:s tid finns vissa beslut som kan belysa bedömningen. I ett beslut godtog DI att Sahlgrenska universitet hade haft en rätt att kontrollera en anställds användning av IT-verktyg i enlighet med grunden berättigat intresse.¹⁶⁹ DI fäste i beslutet vikt vid att Sahlgrenska universitet hade haft konkreta misstankar om allvarligt missbruk av arbetstidsredovisning och därmed för brott mot anställningsavtalet. Kontrollerna, som bestod i att kontrollera inloggningstider i olika IT-system, hade skett först efter de konkreta misstankarna uppstod. Någon kontroll av innehållet i den anställdes arbete eller korrespondens hade inte skett. Universitet hade utifrån dessa omständigheter haft ett tyngre vägande intresse än den anställdes. I ett annat beslut har kontroll av in- och utpasseringsloggar godtagits efter en intresseavvägning vid konkret misstanke om allvarligt missbruk av arbetstidsredovisning.¹⁷⁰

¹⁶⁴ Jfr C-708/18 *Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA* p. 46–48; Brinnen (2021) Artikel 6 Avsnitt 2.6.3 Begreppet nödvändigt; jfr WP249 s. 6.

¹⁶⁵ Se Brinnen (2021) Artikel 6 Avsnitt 2.6.4 Intresseavvägningen och skyddsåtgärder; jfr Kotschy (2020) s. 338–339; jfr WP249 s. 6; Se C-597/19 *M.I.C.M.* p. 111 om bedömning i det konkreta fallet.

¹⁶⁶ Jfr C-708/18 *Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA* p. 56–57 med EDPB riktlinjer 3/2019 s. 12 för mer ingående genomgång.

¹⁶⁷ Se Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 5102-21 och 5104-21, dom 16 feb. 2022, s. 14.

¹⁶⁸ Se EDPB riktlinjer 3/2019 p. 367.

¹⁶⁹ Se Datainspektionens beslut 2006-09-22, dnr 1897-2005.

¹⁷⁰ Se Datainspektionens beslut 2013-01-14, dnr 1369-2012.

I ett beslut rörande realtidsövervakning genom ett "pick-by-voice"-system på ett lager menade DI att det kan efter en intresseavvägning finnas en rätt att realtidsövervaka de anställda för att kunna föra individuella målsamtal inom arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Om systemet däremot användes för att i realtid övervaka hur de anställda utförde sina arbetsuppgifter eller när de tog raster, skulle det bland annat innebära att det stod i strid med kravet på rättslig grund och ett berättigat intresse.¹⁷¹ DI har även i ett senare beslut godtagit realtidsövervakning av anställdas telefonianvändning på ett callcenter för att säkerställa åtkomsten och tillgänglighet i systemet.¹⁷² Det framgår tydligt av beslutet att åtgärden var förankrad i verksamhetens faktiska behov och med hänsyn till att övriga bestämmelser i PUL följdes. Realtidsövervakningen ska inte heller som regel "användas för att vidta åtgärder mot en enskild".¹⁷³

På sin hemsida skriver IMY i liknande ordalag att övervakning av anställdas användning av IT-system inte får ske i realtid för att kontrollera hur de utför sina arbetsuppgifter eller när de tar raster. Vidare anger IMY att en intresseavvägning i normalfallet inte ger stöd för att en arbetsgivare har rätt att ta del av innehållet i den anställdes privata meddelanden. IMY menar att undantag kan medges vid "allvarlig misstanke om illojalt eller brottsligt beteende".¹⁷⁴ Liknande synsätt syntes hos Artikel 29-gruppen.¹⁷⁵ Från IMY:s hemsida framgår även att loggning med hjälp av IT-utrustningen är särskilt integritetskänsligt. IMY anger även att säkerhetsskäl väger tyngre än effektivitetsskäl vid en prövning av det berättigade intresset.¹⁷⁶

Vad gäller digital kontroll och övervakning kan Artikel 29-gruppens kommentarer framhållas. Artikel 29-gruppen menade att användandet av sådan teknisk utrustning som innebär exempelvis loggning av anställdas musrörelser eller tangentbordstryckningar, hur länge program använts och så vidare, sällan skulle kunna anses som proportionerliga. Vidare är det enligt gruppen viktigt att om den anställda använder digitala enheter i arbetet som tillåts användas privat att eventuella kontroller av enheterna omgärdas av olika lösningar för att se till att privat information inte behandlas. Över lag understryker Artikel 29-gruppens vägledningar det grundläggande kravet på att det handlar om en helhetsbedömning där alla kringåtgärder som vidtagits för att minska intrånget är av stor vikt.¹⁷⁷

¹⁷¹ Se Datainspektionens beslut 2007-06-27, dnr 87-2007.

¹⁷² Se Datainspektionens beslut 2009-05-13, dnr 92-2009.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Se IMY (2021a).

¹⁷⁵ Se WP55 s. 23.

¹⁷⁶ Se IMY (2021a).

¹⁷⁷ Se WP249, särskilt på s. 14–17.

3.3.3.2 Samtycke

En rättslig grund som ofta diskuteras i arbetsrättsliga sammanhang är samtycket. Ett samtycke är enligt artikel 4.11 GDPR ”varje slag av frivillig, specifik, informerad och otvetydig viljeyttring”. Bevisbördan för ett giltigt samtycke åligger den personuppgiftsansvarige.¹⁷⁸

Artikel 29-gruppen menade att samtycke som grund är ”högst osannolik”.¹⁷⁹ Detta med anledning av att det mer sällan är möjligt för en anställd att neka en behandling utan faktisk eller potentiell risk för menlig inverkan. I sådana fall går det inte att tala om ett frivilligt givet samtycke.¹⁸⁰ En sådan bedömning har även stöd i att det numera av skäl 43 till GDPR framgår att samtycke inte ”bör” utgöra rättslig grund när det råder ”betydande ojämlikhet” mellan den registrerade och personuppgiftsansvarige. I anställningsförhållandet går det att hävda att det ofta råder en betydande ojämlikhet. Med tanke på placeringen i skälen och användningen av verbet *bör* lämnas det visst utrymme för en mer tillåtande tolkning.

EDPB har i två riktlinjer efter GDPR:s tillkomst uttryckt att ett samtycke i de flesta fall varken kan eller bör vara grunden för behandling i anställningsförhållandet.¹⁸¹ Undantagsfall gäller om den anställda kan vägra lämna ett samtycke utan några negativa konsekvenser över huvud taget.¹⁸² DI har uttalat ”att det kan vara tillåtet för arbetsgivaren att med stöd av samtycke behandla sina anställdas personuppgifter om dessa erbjuds rimliga alternativ och inte utsätts för någon direkt eller indirekt påtryckning att samtycka.”¹⁸³ DI godtog inte vid en bedömning enligt GDPR att ett bolag visat att det fanns giltigt samtycke. Bolaget hade begärt att anställda lämnade ut känsliga personuppgifter för statistiska ändamål som syftade till att bidra till bolagets mångfaldhets- och likabehandlingsarbete. Bland annat konstaterade DI att anställningsförhållandet kan ge upphov till känslan av påtryckning.¹⁸⁴

¹⁷⁸ Artikel 7.1 GDPR anger att den personuppgiftsansvarige ska ”kunna visa”; jfr Datainspektionens beslut 2017-05-16, dnr 120-2017.

¹⁷⁹ Se WP249 s. 3 som förvisso avsåg dataskyddsdirektivet snarlika definition.

¹⁸⁰ Ibid. s. 6–7.

¹⁸¹ Se EDPB riktlinjer 05/2020 p. 21–22; EDPB riktlinjer 3/2019 p. 47 med hänvisning till föregående riktlinjer.

¹⁸² Se EDPB riktlinjer 05/2020 p. 22.

¹⁸³ Se Datainspektionens beslut 2017-05-16, dnr 120-2017. Beslutet grundade sig förvisso på PUL men liknande utlåtande går att finna i dag om GDPR på IMY:s hemsida: IMY (2021c).

¹⁸⁴ Se Datainspektionens beslut 2017-05-16, dnr 120-2017 s. 4–5.

3.3.3.3 Övriga grunder

Även andra rättsliga grunder kan bli aktuella. Kontroll innebärande individuell prestationsmätning kan exempelvis ha sin grund i artikel 6.1 (b) GDPR. Det krävs då att behandlingen är nödvändig för att fullgöra ett avtal i vilket den registrerade är part.¹⁸⁵ Enligt IMY kan det exempelvis vara om mätningen krävs för att ”beräkna och betala ut avtalad resultatbaserad lön.”¹⁸⁶

Grunden i artikel 6.1 (c) GDPR som kräver att behandlingen är nödvändig för fullgörande av en rättslig förpliktelse kan bli aktuell.¹⁸⁷ Förpliktelser kan till exempel härstamma från lag eller kollektivavtal.¹⁸⁸ Denna rättsliga förpliktelse ska åvila den personuppgiftsansvarige enligt artikel 6.1 (c) GDPR, varför den inte bör kunna användas som grund för förpliktelser som en anställd kan tänkas ha gentemot sin arbetsgivare. Av de rättsliga grunderna som här tagits upp är det den som uttryckligen ges ett utrymme att specificeras i nationell rätt.¹⁸⁹

3.3.4 Nödvändighet och proportionalitet

Enligt de rättsliga grunderna verkar det utifrån föregående delkapitel främst vara genom artikel 6.1 (f) som det finns ett krav på proportionalitet mellan intresset och ingreppet i den anställdes intressen eller rättigheter. Det stämmer däremot inte.¹⁹⁰ Som påpekats ovan kan artikel 6 GDPR ses som en konkretisering av tillåtna begränsningar av rätten till dataskydd enligt EU-stadgan. Artikel 52.1 i EU-stadgan slår som sagt fast kravet på proportionalitet och nödvändighet vid sådana begränsningar. Behovet av nödvändighet och proportionalitet gör sig även gällande genom de allmänna principerna.

Med stöd av artikel 5.1 (c) GDPR gäller att uppgifter som behandlas ”ska vara adekvata, relevanta och inte för omfattande i förhållande till de ändamål för vilka de behandlas.” Det framgår av skäl 39 till GDPR att detta exempelvis innebär att behandling endast bör ske om den inte kan ske med andra medel. EU-domstolen har menat att denna princip är ett uttryck för en

¹⁸⁵ Kollektivavtalsvillkor faller inte in under artikeln utom möjligen för vissa utomstående arbetstagare, se mer om detta SOU 2017:39 s. 115–116; Grahn & Kjällström (2017) s. 85.

¹⁸⁶ Se IMY (2021a); se även Datainspektionens beslut 2007-06-27, dnr 87-2007 s. 3. Beslutet avsåg förvisso 10 § PUL, men den är likalydandes som artikel 6.1 (b) GDPR.

¹⁸⁷ Jfr WP249 s. 6–7.

¹⁸⁸ Se artikel 6.1 (c) & 6.3 GDPR läst tillsammans med 2 kap. 1 § dataskyddslagen; prop. 2017/18:105 s. 48–54.

¹⁸⁹ Se artikel 6.2–3 GDPR; se Eklund (2021) s. 74–76 för en diskussion om detta.

¹⁹⁰ Jfr WP249 s. 5 om att proportionalitet krävs oavsett rättslig grund.

proportionalitetsprincip.¹⁹¹ Detta nödvändighetskriterium betydelse har bland annat framgått ovan gällande det berättigade intresset, men kan alltså sägas gälla allmänt för all typ av behandling av anställdas personuppgifter. Det syns inte minst genom det krav som ställs på nödvändighet i alla grunder enligt artikel 6 GDPR förutom samtycke.

Genom principen om korrekthet i artikel 5.1 (a) GDPR nedläggs även ett krav på att det ska finnas en skälighet eller avvägning gentemot den anställdes intressen. Enligt principen ska uppgifter behandlas på ett ”korrekt sätt [...] i förhållande till den registrerade”. I den svenska språkversionen har termen *korrekt* valts. Vid en jämförelse med andra språkversioner har termen däremot en viss annan innebörd. Den innebörden ligger närmare det som anges i skäl 39 till GDPR om att en behandling ska vara ”laglig och rättvis [min kursivering]”.¹⁹² Denna skillnad i ordval innebär enligt propositionen till *lag (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning* (fortsatt: dataskyddslagen) att principen nedlägger ett krav på intresseavvägning. Intresseavvägning innebär enligt regeringen att en behandling kan strida mot principen om korrekthet när den är ”oskälig i förhållande till den registrerade” trots att det finns en rättslig grund enligt artikel 6 GDPR.¹⁹³

Detta synsätt på principen om korrekthet i artikel 5.1 (a) GDPR har fått genomslag i IMY:s praxis där den enskildas integritetsintresse beaktats även vid andra rättsliga grunder än artikel 6.1 (f).¹⁹⁴ Artikel 29-gruppen har gjort en liknande bedömning om ett inneboende krav på proportionalitet av motsvarande princip som framgick av dataskyddsdirektivet.¹⁹⁵ Det finns relativt gott material för en dylik tolkning av principen, men eftersom det saknas förtydligande från exempelvis EU-domstolen krävs viss försiktighet när man drar den slutsatsen.

3.3.5 Krav på öppenhet

I GDPR finns det också princip om öppenhet. Den återfinns i artikel 5.1 (a) GDPR och har ansetts särskilt viktig av EU-domstolen.¹⁹⁶ Principen konkretiseras i artikel 12–14 GDPR. Principen handlar kortfattat om att registrerade ska få tillgång till information om att en behandling sker och

¹⁹¹ Se C-439/19 *Latvijas Republikas Saeima* p. 98; WP48 s. 21.

¹⁹² Se prop. 2017/108:105 s. 47; Öman (2021) kommentaren till artikel 5 under rubrik ”Led a – laglighet, korrekthet och öppenhet”.

¹⁹³ Se prop. 2017/18:105 s. 47.

¹⁹⁴ *Ibid.* s. 47; Integritetsskyddsmyndighetens beslut 2021-06-09, DI-2018-22697 s. 8–11.

¹⁹⁵ Se WP48 s. 18.

¹⁹⁶ Se C-201/14 *Smaranda Bara m.fl.* p. 33 som dock avsåg dataskyddsdirektivet.

syftet med behandlingen.¹⁹⁷ Till exempel ska ändamålet med personuppgiftbehandlingen och den rättsliga grunden anges.¹⁹⁸ Dessutom finns i artikel 13.2 (b-d) och artikel 14.2 (c-e) GDPR vissa mer processuella garantier som handlar om att information ska ges om möjligheten att motsätta sig behandlingen. Information ska lämnas senast i samband med att uppgifterna samlas in, vilket framgår jämförelsevis med artikel 13.1 och 14.1 GDPR.

Betydelsen av principen kan belysas genom ett beslut från DI. I ett beslut gällande Sahlgrenska universitet menade DI att behandling av arbetstagares personuppgifter aldrig tillåts ske i smyg. Dessutom angav DI att det inte räcker med att informera om att kontroller kan komma att ske. Informationen ska avse vad som kan komma att kontrolleras och för vilka syften.¹⁹⁹

3.3.6 Vissa särskilda typer av personuppgifter

För att förstå tillåtligheten av en personuppgiftsbehandling måste även vissa särskilda former av personuppgifter nämnas. Det är nämligen så att GDPR som utgångspunkt inte tillåter behandling av känsliga personuppgifter enligt artikel 9 eller brottsuppgifter enligt artikel 10. Känsliga personuppgifter omfattar bland annat uppgifter om politiska åsikter, religion och medlemskap i fackförening. Beträffande brottsuppgifter är det enligt IMY inte ”fråga om behandling av brottsuppgifter om det vid exempelvis kamerabevakning i en livsmedelsbutik fångas ett händelseförlopp som uppfyller de objektiva rekvisiteten för stöld.”²⁰⁰ Däremot är det enligt myndighetens uppfattning brottsuppgifter om filmsekvensen senare ”avskiljs i syfte att dokumentera, följa upp eller polisanmäla brottet”.²⁰¹ Detta är relevant att ta i beaktning som arbetsgivare vid digital kontroll och övervakning där eventuell brottslighet är aktuell.

För båda typerna av personuppgiftskategorier är behandling som rör rättsliga anspråk i princip ett giltigt undantag.²⁰² Sören Öman, ordförande i AD och tidigare utredare i vissa av statens offentliga utredningar (SOU) om

¹⁹⁷ Jfr skäl 39 till dataskyddsförordningen; WP 260 s. 6. Notera att EDPB har anslutit sig till enligt EDPB, *Endorsement 1/2018*.

¹⁹⁸ Se artikel 13.1 (c) respektive 14.1 (c) GDPR; WP 260 s. 35.

¹⁹⁹ Se Datainspektionens beslut 2006-09-22, dnr 1897-2005 s. 3–5.

²⁰⁰ Se IMY, *IMYRS 2021:1*, s. 2.

²⁰¹ *Ibid.* s. 2.

²⁰² Se artikel 9.2 (f) GDPR respektive artikel 10 GDPR med hänvisning till 3 kap. 9 § dataskyddslagen och 5 § förordningen (2018:219) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning.

integritetsfrågor, har tolkat denna typ av undantagsbestämmelser i GDPR som att arbetsgivaren kan ha rätt att samla in uppgifter om försummelse i ett avtalsförhållande, såsom det arbetsrättsliga, när det krävs för att senare exempelvis kunna göra gällande en uppsägning.²⁰³ Men med tanke på att det är ett undantag borde bestämmelsen tolkas med viss restriktivitet, dvs. att den personuppgiftsansvarige som vill använda sig av undantaget ska ha en konkret avsikt att inom en snar framtid göra ett sådant anspråk.²⁰⁴

3.3.7 Begränsning att behandla uppgifter för andra oförenliga ändamål

Som visats ovan finns det alltså möjlighet för en arbetsgivare att i många fall ha stöd i GDPR för att i olika former digitalt kontrollera anställda, dvs. behandla anställdas personuppgifter. Ett avgörande rekvisit är att behandlingen grundar sig på berättigade ändamål. Vad händer om en arbetsgivare samlat in uppgifter för ett visst ändamål och därefter vill använda det för ett annat?

Enligt artikel 5.1 (b) GDPR gäller att uppgifter ”ska samlas in för särskilda, uttryckligt angivna och berättigade ändamål och *inte senare behandlas på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål* [min kursivering]”. Detta andra led av principen brukar kallas finalitetsprincipen. Förenklat betyder principen att uppgifter som samlats in för exempelvis individuell lönesättning inte senare kan användas för att säga upp den anställde för missbruk av arbetstidsredovisning. Men betydelsen av principen är inte helt tydlig. Det är viktigt att ha med sig att handhavandet av uppgifter som sker efter den ursprungliga insamlingen ofta kommer att innebära en ny form av behandling.²⁰⁵

För att avgöra om ett ändamål är oförenligt med det först angivna ändamålet, anger artikel 6.4 GDPR vilka faktorer som ska fästas avseende vid. I skäl 50 till GDPR anges också att hänsyn särskilt ska tas till den registrerades rimliga förväntan till vidarebehandling. Om en vidarebehandling inte anses oförenlig med det ursprungliga ändamålet är den vanliga uppfattningen att ingen ny rättslig grund krävs för den

²⁰³ Se Öman (2021) kommentaren till artikel 9 under rubriken ”Andra punkten – undantag från förbudet”.

²⁰⁴ Se Georgieva & Kuner (2020) s. 379 om behovet av en restriktiv tolkning.

²⁰⁵ Se SOU 2017:39 s. 224; Grahn & Kjällström (2017) s. 110; jfr Öman (2021) kommentaren till artikel 5 under rubrik ”Led b – ändamålsbegränsning”.

ytterligare behandlingen.²⁰⁶ Undantag för kravet på förenlighet ges i artikeln om det finns samtycke till vidarebehandling eller om det finns ett giltigt och särskilt unionsrättsligt eller nationellt undantag.

I ett beslut angående Polismyndigheten ansåg DI att en anställd utifrån dennes hypotetiska rimliga förväntningar hade att förvänta sig att ett in- och utpasseringssystem skulle kunna användas för kontroll av arbetstid. Detta trots att det ändamål som kommunicerats endast hade varit att upprätthålla säkerhet i sina lokaler. Att systemet använts för att kontrollera en anställds misstänkta felaktiga arbetstidsredovisning ansågs således inte strida mot finalitetsprincipen i PUL.²⁰⁷

Beslutet gällande Polismyndigheten har kritiserats av Grahn och Kjällström, framför allt utifrån att DI fäste så stor vikt enbart vid den hypotetiska rimliga förväntan och inte andra faktorer.²⁰⁸ Här vill jag instämma i att betydelsen av beslutet kan ifrågasättas, särskilt i ljuset av att bedömning enligt artikel 6.4 GDPR numera anger att hänsyn *sk* tas till fler faktorer. Den rimliga förväntan är endast en av flera faktorer, om än en särskild sådan. Artikel 29-gruppen har även pekat på betydelsen av principen vid digitala former av övervakning. Till exempel menade gruppen att digitala medel som används i syftet att skydda egendom inte senare kan användas för att utvärdera anställdas ”tillgänglighet, prestationer och kundvänlighet”.²⁰⁹ DI:s beslut i Polismyndighetsfallet kan, vid en jämförelse av detta senare utlåtande, ifrågasättas. Med det sagt har artikel 29-gruppens utlåtande inte nödvändigtvis något högre rättskällevärde än DI:s beslut.

Innebörden av finalitetsprincipen i GDPR verkar vara diskutabel ur andra synvinklar. IMY verkar mena att om en vidarebehandling inte är förenlig med det ursprungliga ändamålet, så går det att börja om och undersöka om det finns en ny rättslig grund och om övriga skyldigheter enligt GDPR uppfylls.²¹⁰ Ett motargument till detta resonemang går att finna hos Waltraut Kotschy, före detta ansvarig för Österrikes tillsynsmyndighet för dataskyddsfrågor.

Kotschy anger att artikel 6.4 GDPR inte kan härledas till artikel 6.1 utan som en vidareförklaring av ändamålsbegränsningen enligt artikel 5.1 (b)

²⁰⁶ Jfr skäl 50 till GDPR; se Öman (2021) kommentaren till artikel 5 under rubrik ”Led b – ändamålsbegränsning”. För kritik mot sådan tolkning, se Grahn & Kjällström (2017) s. 116–117.

²⁰⁷ Se Datainspektionens beslut 2013-01-14, dnr 1369-2012 s. 3–4.

²⁰⁸ Se Grahn & Kjällström (2017) s. 111–112 & 118.

²⁰⁹ WP249 s. 10.

²¹⁰ Se IMY (2021b).

GDPR. Begränsningar av artikel 5 GDPR kan endast göras i enlighet med ett samtycke eller artikel 23 GDPR som artikel 6.4 GDPR hänvisar till. Av detta följer att en *oförenlig* vidarebehandling inte kan legitimeras av en ny rättslig grund såsom ett berättigat intresse. Den oförenliga vidarebehandlingen måste i stället ske i enlighet med en begränsning i unionsrätten eller nationell rätt i enlighet med artikel 23 GDPR eller vila på ett samtycke som getts en särskild status i artikel 6. En vidarebehandling med grund i ett berättigat intresse måste i stället just vara *förenlig* med det ursprungliga ändamålet efter en bedömning enligt artikel 6.4 GDPR.²¹¹

Med viss reservation för att rättsläget är oklart anser jag att Kotschys resonemang har mer fog för sig. Artikel 5.1 (b) GDPR anger att uppgifter ska ”samlas in för särskilda [...] berättigade ändamål och inte senare behandlas på ett sätt som är oförenligt med dessa ändamål”. Om uppgifter exempelvis samlas in för att garantera säkerheten i ett system men senare används som bevis gentemot en anställd för missbrukad arbetstidsredovisning står den nya behandlingen i strid med varför uppgifterna *samlades in* i ursprungsläget. Allt annat än ett krav på ny insamling för behandling skulle strida mot principens ordalydelse. En tolkning i enlighet med IMY:s uppfattning skulle också få konsekvensen att principen mer eller mindre förlorade sitt innehåll, vilket gör att bestämmelsens syfte och systematiska sammanhang kan ifrågasättas.²¹² Utgången utfaller däremot i exemplet ovan till arbetsgivarens fördel ifall det skulle anses som en förenlig vidarebehandling.

3.3.8 Konsekvensbedömning

En betydande fråga för tillåtligheten är att en arbetsgivare i egenskap av personuppgiftsansvarig i vissa särskilda fall är tvungen att ”företa en bedömning av den planerade behandlingens konsekvenser för skyddet av personuppgifter” enligt artikel 35.1 GDPR. Det gäller ifall ”en typ av behandling [...] sannolikt leder till en hög risk för fysiska personers rättigheter och friheter.” För digital kontroll och övervakning är det relevant att ha med sig att det kan vara fallet vid införandet av ny teknik eller behandling av särskilt känsliga uppgifter.²¹³ Ifall det finns en hög risk för skyddet av personuppgifter ska enligt artikel 35.7 GDPR åtgärder vidtas för att minska riskerna. Om det trots åtgärderna fortsatt finns en hög risk, så ska

²¹¹ Se Kotschy (2020) s. 341–344.

²¹² Se Hettne & Otken Eriksson (2011) s. 36 om att en sådan tolkning oftast gör i EU-rätten.

²¹³ Se WP248 s. 10, som EDPB har anslutit sig till: EDPB, *Endorsement 1/2018*. För särskilda uppgifter, se artikel 35.3 GDPR; för ny teknik se skäl 89 & 91 i preambeln till GDPR.

samråd ske med IMY.²¹⁴ Det i sin tur kan enligt artikel 36.2 GDPR innebära att IMY kan vidta åtgärder mot behandlingen om den skulle konstateras stå i strid med GDPR.

3.4 Rätten att invända mot behandling och begära radering

Det har hittills framgått att en arbetsgivare enligt GDPR kan ha rätt att digitalt kontrollera och övervaka anställda. En anställd som vill motsätta sig en behandling har likväl vissa särskilda rättigheter enligt förordningen för att kunna göra det. Det som dessa rättigheter innebär är att de skapar möjligheter för den enskilde arbetstagaren vars personuppgifter behandlas genom kontroll och övervakning att kunna motsätta sig en behandling utan att vända sig till domstol. Förvisso behöver en begäran inte innebära att arbetsgivaren håller med om den anställdes invändning eller begäran om radering. Giltigheten kan dock komma att prövas av IMY eller av allmän domstol (vilket behandlas mer nedan).²¹⁵ Utöver de rättigheter som nämns nedan kan påpekas att en rätt till tillgång, rättelse och begränsning även finns enligt förordningen.²¹⁶

En första betydande möjlighet för en anställd är att använda sig av dennes *rätt till invändning*. Som konstaterats ovan är det troligt att en arbetsgivare vid personuppgiftsbehandling i form av digital övervakning anger den rättsliga grunden i artikel 6.1 (f) GDPR. I sådana fall har den registrerade enligt artikel 21 ”av skäl som hänför sig till hans eller hennes specifika situation [...] rätt att när som helst göra invändningar mot [behandlingen]”. Den registrerade ska informeras om denna rätt redan vid den första kommunikationen om att behandling sker, vilket följer av artikel 21.4 GDPR. Denna rätt till invändning gäller även vid den särskilda form av behandling som i förordningen kallas profilering.

Arbetsgivaren får i två fall efter en invändning fortsätta behandla personuppgifterna. Enligt artikel 21 GDPR måste arbetsgivaren ”påvisa tvingande berättigade skäl för behandlingen”. Ordet påvisa innebär enligt EDPB att bevisbördan åligger den personuppgiftsansvarige.²¹⁷ Det första fallet är om arbetsgivaren kan påvisa att dessa skäl väger ”tyngre än den registrerades intressen, rättigheter och friheter”. Ordet tyngre i

²¹⁴ Artikel 36 (1) GDPR; jfr skäl 84 och 94 till dataskyddsförordningen; WP 248 s. 18–19.

²¹⁵ Jfr Öman (2021) kommentaren till artikel 17 under rubrik ”Inledning”.

²¹⁶ Se artikel 15, 16 & 18 GDPR. De kommenteras inte mer utförligt eftersom deras betydelse är i mindre grad betydande för tillåtligheten.

²¹⁷ Se EDPB riktlinjer 5/2019 p. 30.

formuleringen har av Artikel 29-gruppen tolkats som att kravet är högre ställt än den balansakt som ska ske redan vid den personuppgiftsansvariges bedömning *prima facie* av om det finns ett berättigat intresse.²¹⁸ Det andra alternativet är om arbetsgivaren har berättigade skäl ”för fastställande, utövande eller försvar av rättsliga anspråk”. Som påpekats ovan i kapitlet om särskilda personuppgifter kan detta antagligen kunna innefatta uppgifter som behövs för att kunna styrka skäl för uppsägning.

En invändning som utfaller till den anställdes fördel kan även ge en rätt till radering av redan behandlade personuppgifter enligt artikel 17.1 GDPR. Av artikeln följer att en registrerad efter begäran har rätt att utan dröjsmål få sina uppgifter raderade i vissa fall. Som EDPB har påpekat kan inte rätten till radering göras gällande när det är realtidskontroller som sker. Det krävs någon form av permanent behandling, exempelvis lagring.²¹⁹ Rätten till raderingen kan även finnas i andra fall, exempelvis om behandlingen är olaglig i GDPR:s mening. Det finns enligt artikel 17.2 GDPR vissa undantag från denna rätt till radering. Av vikt i privata anställningsförhållanden lär troligen vara de fall då ”behandling är nödvändig” för att uppfylla en rättslig förpliktelse enligt unionsrätten eller nationell rätt (led b) eller ”för att kunna fastställa, göra gällande eller försvara rättsliga anspråk” (led e).

3.5 Rättslig överprövning och sanktioner

Redan i föregående kapitel antydde att GDPR innehåller olika medel för att förordningens bestämmelser ska följas vid personuppgiftsbehandling. Ett medel för att kontrollera efterlevnaden av förordningen är tillsynen, vilken i Sverige utövas av IMY.²²⁰ Av artikel 58 GDPR framgår flera olika medel som IMY kan bruka. Det avser till exempel reprimander, förelägganden om att tillmötesgå den registrerades begäran om att få utöva sina rättigheter, begränsningar eller förbud. Överträdelser av förordningen kan utöver detta rendera i administrativa sanktionsavgifter utfärdade av IMY.²²¹ Dessa avgifter ska enligt artikel 83.1 GDPR vara effektiva, proportionella och avskräckande.

Det andra medlet för att tillgodose förordningens efterlevnad är de registrerades möjlighet till att driva en egen rättslig process gentemot den

²¹⁸ Se WP251rev.01 s. 19; EDPB har anslutit sig, se EDPB, *Endorsement 1/2018*.

²¹⁹ Jfr EDPB riktlinjer 3/2019 p. 99.

²²⁰ Se 3 § förordning (2018:219) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning.

²²¹ Se artikel 58.2 (i) med hänvisning till artikel 83 GDPR samt 6 kap. 1 § dataskyddslagen.

personuppgiftsansvarige. Av artikel 82.1 GDPR följer att ”varje person som lidit materiell eller immateriell skada till följd av en överträdelse av [dataskyddsförordningen] har rätt till ersättning [...] för den uppkomna skadan”. Med immateriell skada avses det som i svensk rätt brukar kallas ideell skada, vilket även omfattar själva kränkningen i sig.²²² Den som är ersättningsskyldig är enligt artikeln den personuppgiftsansvarige eller personuppgiftsbiträdet. Vidare är regeln direkt tillämplig och gäller framför de allmänna skadeståndsreglerna.²²³

Utöver skadestånd innehåller GDPR även enligt artikel 79.1 GDPR krav på en rätt till ett effektivt rättsmedel för registrerade. I SOU:n till de kompletterande bestämmelserna till förordningen uttalade utredningen att rätten till effektivt rättsmedel ”tillgodoses i svensk rätt genom möjligheten att vid allmän domstol föra talan om ersättning för den skada en behandling av personuppgifter i strid med förordningen gett upphov till.”²²⁴ En ordagrann läsning av uttalandet är att ett skadestånd kan uppfylla kravet på effektivt rättsmedel. Öman å sin sida menar att även ”andra former av fullgörelsetalan, till exempel yrkande om förbud att behandla personuppgifter eller åläggande att lämna ett registerutdrag, med eller utan vite, lär vara möjliga i allmän domstol.”²²⁵ Det är dock oklart varifrån Öman stödjer sitt uttalande på och liknande uttalanden har jag inte kunnat finna.

3.6 Dispositivitet genom lag eller kollektivavtal

Eftersom en central egenskap för arbetsrättslig lagstiftning är att arbetsmarknadens parter ska kunna frångå det skydd som följer av lagstiftning är det viktigt att undersöka om GDPR ger samma möjligheter till det. GDPR lämnar enligt artikel 88.1 ett visst utrymme för medlemsstaterna att ”i lag eller i kollektivavtal fastställa mer specifika regler för att säkerställa skyddet av rättigheter och friheter vid behandling av anställdas personuppgifter i anställningsförhållandet”. Den här formen av reglering ska i varje fall enligt artikel 88.2 ”innehålla lämpliga och specifika åtgärder för att skydda den registrerades mänskliga värdighet, berättigade intressen och grundläggande rättigheter”.

Enligt van Eecke och Šimkus är syftet med artikel 88 GDPR att möjliggöra för medlemsstaterna att utifrån det nationella rättsliga systemet garantera

²²² Se prop. 2017/18:105 s. 149.

²²³ Ibid. s. 149.

²²⁴ Se SOU 2017:39 s. 304.

²²⁵ Se Öman (2021) kommentaren till artikel 79.

den miniminivå av skydd som dataskyddsförordningen nedlägger.²²⁶ Eklund menar däremot att det är oklart vad artikeln i dagsläget mer konkret innebär. Hon menar likväl att en tolkning motsatsvis av artikeln talar för ett minimiskydd för anställda.²²⁷ Med tanke på formulering av artikel 88 GDPR är det svårt att se hur den skulle kunna användas för att tillåta inskränkningar av mer ingripande karaktär av det skydd som följer av GDPR för enskilda. Möjligen kan artikeln just förstås som ett sätt att ge alternativa möjligheter till hur skyddet nationellt ska utformas.

Däremot är det inte så enkelt som att påstå att artikeln nedlägger ett krav på minimiskydd. En sådan tolkning skulle gå stick i stäv med det andra delsyftet om att skydda det fria flödet av personuppgifter. Det fria flödet bygger enligt förordningens skäl 13 och 170 på en fri rörlighet av personuppgifter och en i princip unionsrättslig harmoniserad reglering. Påpekandet av skyddet för friheter och rättigheter i artikel 88.1 utan att ange vems öppnar också för en eventuell viktning mellan motstående rättigheter och friheter, dvs. även arbetsgivarens rättigheter och friheter.²²⁸ Det är först i artikel 88.2 som det är enbart den registrerades rättigheter och intressen det talas om. Den exakta betydelsen av artikeln är inte tydligt utstakad än och rymmer en långt djupare diskussion.²²⁹

3.7 Avslutning

Som visats ovan är det troligt att kontroll och övervakning med digitala medel är att anse som behandling av personuppgifter enligt GDPR. Detta gäller till exempel vid insamling men också när dessa uppgifter senare bearbetas, används, läses eller utlämnas. Noterbart är också att rätten till dataskydd genom sin konkretisering i GDPR inte endast är en fråga om skydd för privata personuppgifter. Skyddet för personuppgifter gäller alla former av uppgifter som gör en person identifierbar, dvs. även uppgifter om den enskilde som arbetstagare. Arbetsgivaren kommer, mest troligt, att vara det ytterst ansvariga rättsliga subjektet för att se till att de allmänna principerna och andra bestämmelser i GDPR efterlevs vid denna behandling. Detta sker under skadeståndsrättsligt ansvar, men även med risk för förelägganden och sanktionsavgifter från IMY.

²²⁶ Se van Eecke & Šimkus (2020) s. 1234.

²²⁷ Se Eklund (2021) s. 71.

²²⁸ Jfr Öman (2021) kommentaren till artikel 1 under rubrik ”Andra punkten – Dataskyddssyftet”.

²²⁹ Mer om detta, och med vidare hänvisningar, se Eklund (2021) s. 65–66 & 74–76.

Sammanfattningsvis framgår det (notera dock de avgränsningar som gjorts) att frågan om tillåtligheten av digital kontroll och övervakning som omfattas av GDPR är följande. Behandling ska ha en rättslig grund enligt artikel 6 GDPR. Det ska enligt artikel 5 GDPR också finnas ett på förhand uttryckt berättigat ändamål till vilket behandlingen ska vara nödvändig. Om ändamålet är att kunna göra gällande brott mot interna regler ska det vara tydligt angivet redan vid första insamlingen. Det är svårt att läsa principen som att ett ändamål utan verklig substans i sig skulle kunna accepteras eftersom det rimligen skulle förlora i berättigande. Det stämmer överens med vad som sagts om EU-domstolens tolkning om rekvisitet *berättigat* intresse i artikel 6.1 (f) GDPR.²³⁰ Vidare krävs det proportionalitet i förhållande till den anställdes integritetsintresse. Dessutom ställer GDPR generella krav på att den anställda ska på förhand informeras om att en behandling sker, den rättsliga grunden, vad behandlingen avser och i vilket syfte den görs. Vissa former av personuppgifter åtnjuter ett särskilt skydd och är speciellt reglerade. Det lämnas emellertid relativt goda förutsättningar för att undantagsvis behandla dylika uppgifter.

När det gäller de rättsliga grunderna i artikel 6 GDPR kan vissa saker avslutningsvis påpekas. Det verkar finnas små möjligheter till att grunda kontroll och övervakning med digitala medel på ett samtycke. Att som arbetsgivare kunna visa att det erbjudits alternativa medel till att kontrolleras och övervakas digitalt utan risk för menliga konsekvenser framstår som ytterst svårt. Detta med tanke på att det i dagens arbetsliv nog ofta får anses nödvändigt att bruka arbetsgivarens utrustning eller i varje fall IT-system för att arbetet över huvud taget ska kunna utföras.

Viss öppning finns för att använda andra grunder när det följer av avtalet med den anställda eller i förhållande till lagstiftning eller kollektivavtal. Men framför allt lär det vara artikel 6.1 (f) GDPR en arbetsgivare kommer att behöva stödja sig på. För att det ska finnas en rättslig grund enligt artikel 6.1 (f) GDPR ska det finnas ett berättigat intresse, vara nödvändigt att behandla uppgifterna för just detta intresse samt ska intresset inte väga lättare än den anställdes intressen och fri- och rättigheter. Ju mer ingripande en kontroll eller övervakning skulle vara, desto mindre chans att den skulle tillåtas. Här blir det värt att beakta bland annat vilka konsekvenser den enskilde kan drabbas av och hur omfattande behandlingen är. Som visats ovan under kapitel 3.3.3 verkar bedömning kunna omfatta flera faktorer som tar det enskilda fallets omständigheter i beaktande. Vissa övergripande drag kan dock tecknas.

²³⁰ Se kap. 3.3.3.1.

Formuleringen ”intressen”, både för den personuppgiftsansvarige och registrerade, visar att det inte är blott grundläggande fri- och rättigheter som är legitima mål att skyddas. Därmed sagt borde ett intresse som kan härledas till en fri- och rättighet väga tyngre med tanke på rättigheters särskilda värde. I brist på tyngre vägande rättskällematerial verkar uppfattningen i den juridiska litteraturen vara att det inte är ett problem för en arbetsgivare att hitta ett berättigat intresse och motivera det så länge det är förankrat i faktiska förhållanden. Arbetsgivarens intresse av att med stöd i EU-stadgan skydda sin egendom eller andras fri- och rättigheter, till exempel kunders rätt till dataskydd, borde därmed vara tyngre vägande intressen. Effektivitetsintressen skulle jag vilja anse som i allmänhet mindre tungt vägande eftersom det blir svårare att hänföra till en rättighet i EU-stadgan.

Om den anställdes fri- och rättigheter kan påpekas att behandling av personuppgifter som rör den anställdes privatliv bör vara ett tungt vägande intresse. Det motiveras nämligen både av rätten till privatliv och dataskydd i EU-stadgan, som dessutom i sin tur ska ge samma minimiskydd som EKMR. Kopplingen till EU-stadgan öppnar även för att väga in andra fri- och rättigheter.

En tendens i myndighetspraxis och kommentarer, vars rättsliga värde därmed måste tas med reservation, är att säkerhetsskäl väger tyngre än effektivitetsskäl. Rätten att leda och fördela arbetet har accepterats i fråga om realtidsövervakning och även individuell prestationsmätning när det varit förankrat i verksamhetens faktiska behov. Här vill jag instämma i DI:s bedömning att om realtidsövervakningen används för att kontrollera hur de anställda utför sina arbetsuppgifter eller när de tar raster skulle det vara särskilt ingripande och troligen sakna proportionalitet. Loggning som enbart sker för effektivitetsändamål, till exempel att logga musrörelser eller liknande, har av Artikel 29-gruppen setts som en oproportionerlig åtgärd. Med tanke på loggningens avsaknad av intresse grundat i en fri- och rättighet för arbetsgivaren visavi ingreppet i den enskildes intresse av rätt till privatliv och dataskydd framstår det som en rimlig utgångspunkt. Att en anställd skulle kunna ha en objektivt rimlig förväntan (jfr skäl 47 till GDPR) att på ett så ingripande vis övervakas ser jag som svårt att påstå. Som EDPB påpekat har anställda vanligen objektivt betraktat inte en rimlig förväntan att övervakas i sitt arbete.

Annorlunda borde, med hänsyn till DI:s praxis från PUL, gälla för kontroll av loggar för att undersöka om en anställd eventuellt redovisat felaktig tid eller liknande potentiella kontraktsbrott. Det krävs att det i så fall finns konkreta misstankar. Givetvis är det viktigt att sådana kontroller är förenliga med det ursprungligt angivna ändamålet. Tillåtligheten av att kontrollera

privat innehåll, dvs. e-post eller liknande, verkar generellt ses med en striktare syn. Rimligen kan detta förstås utifrån den mer ingripande karaktär en sådan kontroll borde ha i den enskildes privatliv. Det stämmer överens med vad som framgått ovan om EKMR.

Tillåtligheten måste också förstås utifrån finalitetsprincipen. IMY:s beskrivning av principen förefaller innebära att arbetsgivaren i ett fall av oförenlighet likväl kan legitimera en sådan användning om det finns en rättslig grund och övriga principer uppfylls. Kotschys resonemang bygger i stället på att om en prövning enligt artikel 6.4 GDPR leder till slutsatsen att det är ett oförenligt ändamål, så kan uppgifterna inte användas för det ändamålet. De kan då inte tas fram eller samköras för att användas som bevis för missbruk av arbetstidsredovisning. Snarare innebär det att arbetsgivaren i så fall måste specificera ett nytt ändamål för den *framtida* insamlingen med hjälp av programvaran. De uppgifter som sedan tidigare samlats in skulle däremot vara låsta till det tidigare angivna ändamålet och vad som anses förenligt med det. Som jag argumenterat för är rättsläget oklart, men jag anser att det finns mer fog för Kotschys tolkning.²³¹

GDPR bygger också på att den enskilde ges vissa rättigheter som denne aktivt kan utöva för att begränsa någon annans hantering av dennes personuppgifter.²³² Det innebär att kunna begära radering av personuppgifter. I vissa fall, såsom om grunden för behandling vilar på ett berättigat intresse eller innefattar profilering, kan det även avse att invända mot en behandling. En arbetsgivare som behandlar anställdas personuppgifter kan utifrån dessa olika rättigheter som tillfaller den registrerade behöva ta ställning till behandlingens tillåtlighet i större utsträckning desto mer en anställd utövar sina rättigheter.

Slutligen kan konstateras att en arbetsgivare kommer att behöva ta hänsyn till dessa bestämmelser i GDPR för att inte riskera förelägganden eller sanktionsavgifter från IMY. Arbetsgivaren behöver också kunna visa att de allmänna principerna i artikel 5 GDPR följs. En registrerad kommer även att kunna föra en talan i domstol med rätt till ersättning för eventuella överträdelser. För arbetsrätten som område är det också viktigt att poängtera att det mest troligt finns föga utrymme för parterna eller lagstiftaren att kringgå kraven som följer av GDPR genom kollektivavtal eller lag.

²³¹ Se kap. 3.3.7.

²³² Jfr European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (2018) s. 19 om rätten till dataskydd som en aktiv rättighet.

4 Rätt till personlig integritet enligt arbetsrätten

4.1 Inledning

I det följande undersöks skrivna och oskrivna regler som mer specifikt är avsedd att reglera anställningsförhållandet.²³³ Det som undersöks är den rättsliga grunden för en arbetsgivare att vidta kontrollåtgärder eller övervaka sina anställda. Därtill undersöks möjliga begränsningar av den rätten.

4.2 Rätten att kontrollera och övervaka

Kontroll och övervakning är djupt förankrad i arbetsrätten. Kent Källström, professor emeritus i civilrätt vid Stockholms universitet, förklarar att utmärkande för anställningsförhållandet är en ”grundläggande obalans genom att arbetstagaren överlåter beslutanderätten rörande sin avtalsprestation till motparten.”²³⁴ Det syns bland annat i förhållningssättet till *arbetstagarbegreppet*, ett begrepp som i princip skiljer den tvingande skyddslagstiftningen från väsentlig avtalsfrihet.²³⁵ Källström påpekar att utifrån den helhetsbedömning som görs vid en prövning av om en avtalspart ska klassificeras som arbetstagare är ett kriterium att ”arbete utförs för annans räkning och under dennes ledning och kontroll”.²³⁶ Strax därefter skriver Källström att anställningsförhållandet kännetecknas av subordination, vilket enligt honom kan betyda övervakning och kontroll.²³⁷

AD har hittills prövat mål om drog- och alkoholtestning samt utpasseringskontroll som former av kontrollåtgärder.²³⁸ AD har i dessa mål, till exempel AD 2001 nr och AD 2013 nr 19, återkommande påpekat att tillåtligheten för kontrollåtgärder kan följa av kollektivavtal, det enskilda anställningsavtalet eller andra överenskommelser. Rätten att företa kontroll och övervakning av anställda med digitala medel kan alltså följa av olika former av avtal. Men vad finns det då för stöd för att en arbetsgivare utan uttrycklig grund i avtal har rätt att digitalt övervaka sina anställda?

²³³ Se kap. 1.5 för vad som sägs om regleringar.

²³⁴ Källström & Malmberg (2019) s. 22.

²³⁵ Ibid. s. 23; jfr 1 § LAS.

²³⁶ Källström & Malmberg (2019) s. 26–27; jfr bl.a. AD 1990 nr 116.

²³⁷ Källström & Malmberg (2019) s. 27.

²³⁸ Se AD 1943 nr 77; AD 1997 nr 29 respektive AD 1991 nr 45; AD 1998 nr 97; AD 2001 nr 3; AD 2009 nr 36; AD 2013 nr 19.

Underordning i form av kontroll och övervakning brukar inom svensk arbetsrätt härledas till arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Det handlar om arbetsgivarens rätt ”att ensidigt fatta beslut som till exempel rör arbetstagarens prestationer och skyldigheter i anställningen.”²³⁹ AD har i AD 1932 nr 100 och AD 1934 nr 179 uttalat att arbetsledningsrätten är en allmän rättsgrundsats som gäller även utan stöd i kollektivavtal. En arbetstagare som vägrar eller underlåter att följa ett arbetsledningsbeslut kan drabbas av uppsägning,²⁴⁰ men också andra åtgärder såsom omplacering.²⁴¹ Beträffande drogtestning har ED ansett att rätten att leda och fördela arbetet var en tillräckligt tydligt rättslig norm för att testningen skulle ha skett i enlighet med lagkravet i artikel 8 EKMR.²⁴²

I AD 1934 nr 38 slog AD fast att rätten att leda och fördela arbetet ”måste jämväl anses innefatta en rätt att i skälig utsträckning av arbetarna inhämta uppgifter angående mängden av utfört arbete.” I mål om andra former av kontrollåtgärder, bland annat AD 1991 nr 45, har AD varit mer tveksam till om en allmän kontrollrätt kan härledas ur arbetsledningsrätten. AD verkar däremot på senare tid outtalat, i AD 2001 nr 3 och AD 2013 nr 19, intagit ståndpunkten att en sådan rätt mer allmänt gäller för åtminstone vissa former av kontrollåtgärder såsom drog- och alkoholtestning. Det särskilda med de mål som hittills diskuterats är att det framför allt handlat om den anställdes tvång till att medverka till åtgärden, vilket närmar sig frågan om den anställdes arbetskyldighet.²⁴³ Det är också oklart vad som fått AD att klassificera något som ett arbetsledningsbeslut i de mål som nämnts. I stället verkar fokus ha lagts på begränsningarna av den rätten.

Utifrån denna rättspraxis, framför allt AD 1934 nr 38, finns det vid en första anblick rätt så tungt vägande argument för att arbetsledningsrätten innebär att en arbetsgivare har rätt att vidta kontrollåtgärder av anställdas datoranvändning. Till en början utgör det en form av kontrollåtgärd liknande de som redovisats ovan. Den anställda skulle i så fall kunna sägas förväntas underkasta sig vissa former av kontroller och övervakning som arbetsgivaren anser behövliga för verksamhetens funktion. Ytterst handlar det om att arbetsgivaren ska kunna kontrollera hur arbetet utförs eller har utförts av de anställda.

²³⁹ Källström & Malmberg (2019) s. 194.

²⁴⁰ AD 2001 nr 3.

²⁴¹ Se SOU 2002:18 s. 104–105.

²⁴² Se *Wretlund v. Sweden*.

²⁴³ Jfr AD 1998 nr 97 & Öman (2021) s. 269.

I viss mån kan stöd för den slutsatsen hämtas från AD 2004 nr 37. I rättsfallet uttalade AD att det är arbetsgivaren som ”i kraft av sin arbetsledningsrätt kan bestämma vilka regler som skall gälla om tillträde till arbetsplatsen och *om användning av arbetsgivarens utrustning* [min kursivering].” Målet talar för den saken skall inte för att det finns en rätt att kontrollera och övervaka. Dock kan man som en följd tänka sig att arbetsgivaren skulle kunna ha rätten att kontrollera att utfärdade regler följs. I brist på anvisningar om användning får nog anses gälla att bruket på arbetsplatsen eller allmän sedvänja avgör frågan.²⁴⁴

Men det finns också argument för att kontroll och övervakning av kommunikation inte skulle utgöra en arbetsledningsfråga. Sören Öman menar att en arbetsgivares rätt att ta del av e-post skickad av den anställde inte handlar om att arbetstagaren måste medverka till att åtgärden genomförs. Arbetsgivaren har i stället möjligheten att oaktat den anställdes medverkan kontrollera exempelvis e-post om den har skickats från arbetsgivarens utrustning. Grunden skulle i så fall enligt honom vara att en arbetsgivare har rätt till informationsfrihet i enlighet med 2 kap. 1 § RF med begränsning genom lag eller avtal.²⁴⁵

Finns det fog för Ömans resonemang? Enligt 2 kap. 1 § RF avser informationsfriheten att ”var och en är gentemot det allmänna tillförsäkrad [...] att i övrigt ta del av andras yttranden”. På så vis skulle arbetsgivaren ha en rätt att staten genom domstolarna inte inskränker rätten att ta del av yttranden från andra enskilda. Ett grundläggande ifrågasättande av Ömans uppfattning är om en arbetsgivare som tar del av innehållet i en anställds privata mejlkonversationer är att anse som yttranden i bestämmelsens mening.²⁴⁶ Det går även att fundera över om informationsfriheten är avsedd att ha en sådan hämmande verkan på civilrättens område.

Om det däremot faller inom vad som skyddas av informationsfriheten gäller att en begränsning av den måste som utgångspunkt ske av staten genom lag och dessutom genom ett för rättigheter särskilt lagstiftningsförfarande enligt 2 kap. 20–23 §§ RF. En domstol som representant för det allmänna skulle då vara förhindrad att på eget bevåg och utan lagstöd begränsa informationsfriheten. Varken GDPR eller straffrättsliga bestämmelser som begränsar informationsfriheten verkar ha behövt ett särskilt förfarande.²⁴⁷

²⁴⁴ Se Öman (2005) s. 687; Källström & Malmberg (2019) s. 280.

²⁴⁵ Se Öman (2005) s. 691–692.

²⁴⁶ Jfr Holmberg m.fl., Grundlagarna (3 juli 2019, version 3A, JUNO) kommentaren till 2 kap. 1 § regeringsformen om vad som kan tänkas omfattas av informationsfriheten.

²⁴⁷ Ibid. – om straffrättsliga bestämmelser; jfr SOU 2017:39 s. 95ff om att en diskussion om GDPR inte fördes i förhållande till informationsfriheten i RF.

Det finns dock ingen begränsning att avtala bort rättigheten eftersom det endast är det allmänna som inte får begränsa rättigheten.

Ett annat problem med Ömans resonemang om underlåtenhet är att det i viss mån framstår som en förenkling av själva sakförhållandet. En anställd skulle ju rimligen även vid kännedom om möjlig kontroll av e-post (eller annan digital kontroll i övrigt) kunna vägra att använda arbetsgivarens utrustning av den anledningen att utrustningen (kan komma att) kontrolleras. I så fall blir det ju rättsligt också en fråga om arbetsvägran med dess eventuella rättsliga konsekvenser i form av uppsägning. Den betydande skillnaden mot exempelvis drogtestning anser jag snarare ligger i att arbetsgivarens behov av arbetstagarens medverkan är mindre eftersom det saknas en fysisk aspekt. En arbetsgivare kan troligen använda sig av tekniska lösningar som inte kräver att den anställde i reell mening medverkar till kontrollens utförande. Det är svårare för den anställde att utan tydlig information från arbetsgivaren uppfatta vad för kontroller som kan ske och vad de omfattar.

Utifrån det som redovisats ovan finns det viss tveksamhet gällande på vad en arbetsgivare kan grunda sin rätt att digitalt kontrollera och övervaka sina anställda. Mest tycker jag tyder på att kontroll och övervakning med digitala medel kan betraktas som åtgärder grundade i arbetsledningsrätten. Att inhämta uppgifter om till exempel arbetad tid har i alla fall i dag skäl för sig, vilket öppnar för fler former av kontroller eller övervakning som är av betydelse för arbetsgivarens verksamhet. I stället blir det begränsningar av arbetsledningsrätten som blir desto mer aktuella att fundera över. Beträffande informationsfrihetens betydelse hade förtydliganden behövts även om jag anser att det finns starka skäl och fundera över dess tillämplighet i dessa typ av fall.

I AD 2015 nr 61 uttalade AD att "[n]är det gäller arbetsledningsbeslut är den principiella utgångspunkten att arbetsgivaren kan fatta sådana beslut efter fritt val, i den mån inte annat följer av avtal eller lag. Vidare menade AD att "en ytterligare utgångspunkt är emellertid att arbetsledningsrätten ska utövas under iakttagande av lag och goda seder på arbetsmarknaden." Vad gäller kontrollåtgärder i enlighet med kollektivavtal har dess giltighet i AD 1997 nr 29 prövats genom en intresseavvägning utifrån om åtgärden står i strid med lag och goda seder på arbetsmarknaden. Rättsgrundsatsen god sed gäller troligen även som begränsning i det enskilda anställningsavtalet eller andra överenskommelser.²⁴⁸ Rimligen borde andra avtal likt

²⁴⁸ Det hävdar i alla fall Öman (2005) s. 690 med hänvisning till AD 1943 nr 77 (som dock avsåg arbetsledningsrätten såsom jag läser domen); se Källström & Malmberg (2019) s. 75 & särskilt på s. 276 om att god sed borde likaså gälla avtal om kontrollåtgärder; se AD

kollektivavtal kunna prövas i förhållande till rättsgrundsatsen.²⁴⁹ God sed på arbetsmarknaden är alltså en rättsgrundsats (eller allmän rättsprincip) som fungerar som en begränsande rättsregel.

Enligt Öman tycks god sed på arbetsmarknaden, genom lojalitetsplikten som följer av anställningsförhållandet, kunna användas som praxisskapad begränsning av informationsfriheten.²⁵⁰ Öman tycks mena att arbetsgivaren genom att ingå ett anställningsavtal skulle ha avtalat bort sin informationsfrihet med hänsyn till god sed på arbetsmarknaden. Stöd för detta går möjligen att härleda från AD 2015 nr 61. Rättsgrundsatsen har på så vis en bifunktion till den allmänna principen om lojalitetsplikt. En sådan implicit avtalsrättslig begränsning verkar däremot i min mening ligga nära en begränsning skapad genom rättstillämparen, vilket skulle aktualisera frågan om ett särskilt lagstiftningsförfarande enligt RF. Rättsläget för denna fråga menar jag är oklart.

Trots otydligheter verkar rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden högst aktuell att undersöka utifrån uppsatsen frågeställning. Innan LAS tillkomst användes dessutom god sed på arbetsmarknaden gentemot uppsägningar. I dag verkar den ha mindre betydelse i uppsägningslägen.²⁵¹ Det blir därmed aktuellt att i arbetsrättsliga sammanhang beakta LAS bestämmelser om uppsägning och avsked. ED har som visats ansett att nationell domstol kan vara tvungen att ta den anställdes rätt till privatliv i beaktande vid uppsägningssituationer. Det är värt att konstatera att det i princip råder fri bevisföring och bevisprövning i svensk rätt,²⁵² varför det blir fråga om möjligheterna till materiella begränsningar.

2010 nr 95 där ett överenskommet anställningsavtal skulle kunna rättsligt underkännas om tillkommit under otillbörligt tvång eller i strid mot god sed på arbetsmarknaden.

²⁴⁹ Oskäligen avtalsvillkor skulle ju även kunna prövas gentemot 36 § lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetens område, som däremot inte undersöks i denna uppsats.

²⁵⁰ Se Öman (2005) s. 690–692.

²⁵¹ Se Calleman (2019) för mer om detta.

²⁵² Se 35 kap. 1 § rättegångsbalken; NJA 2021 s. 286 p. 7; jfr NJA 1986 s. 489 om att bevis som inhämtats i strid med lag kan likväl tillmätas ett högt bevisvärde.

4.3 God sed på arbetsmarknaden som begränsning

4.3.1 En intresseavvägning

Vad innebär då att en prövning av god sed på arbetsmarknaden ska göras vid integritetskänsliga åtgärder? AD påpekade i AD 2013 nr 19 att man måste göra ”en avvägning mellan parternas intressen” och att ”[i]ntrånget i arbetstagarens personliga integritet måste stå i rimlig proportion till det intresse arbetsgivaren vill tillgodose”. Målet avsåg krav på alkoholtest. Liknande bedömning gjordes i AD 1997 nr 29 där rätten till den integritetskänsliga åtgärden (utpasseringskontroll) grundade sig på ett kollektivavtal. Därmed kan antas att liknande bedömning bör gälla oavsett om åtgärden har grund i arbetsledningsrätten eller kollektivavtal.

Arbetsgivarens intressen kan variera, men i praxis har framför allt skydds- och säkerhetsintressen (AD 2009 nr 36) eller förhindrandet av stöld syns (AD 1997 nr 29). Intresset ska såklart vara förankrat i den faktiska verksamheten. I AD 1998 nr 97 tog AD fasta på att det rörde sig om en kärnkraftsverksamhet som ställde högra krav på säkerhet, inklusive arbetsmiljörättsliga krav. Arbetstagarens intresse har avseende beslut om integritetskänsliga åtgärder, exempelvis i AD 2009 nr 36, utgjorts av den anställdes intresse av skydd för dennes personliga integritet. Genom rättsgrundsatsen har alltså arbetstagarens intresse för skydd av sin personliga integritet accepterats av domstolen.

I avvägningen mellan intressena, och därmed bedömning av om det finns rimlig proportion, har olika faktorer beaktats. Bland annat kan hänsyn tas till om metoderna för utförandet av åtgärden är ändamålsenliga och om metoden säkert ger det resultat som eftersträvas med åtgärden.²⁵³ Att en kroppslig åtgärd vidtagits i avskildhet och med begränsning avseende vem som får ta del av testerna hade i AD 1997 nr 29 och AD 2013 nr 19 betydelse för proportionaliteten. I AD 2009 nr 36 spelade avskildheten däremot mindre roll när en arbetstagarorganisation kunde påverka placeringen av ett utandningsskåp.

Det går att fundera över hur rättsgrundsatsen förhåller sig till om kontrollåtgärden varit del i att en uppsägning eller avsked har skett. I rättsfallen, till exempel AD 2001 nr 3, verkar rättsregeln god sed på arbetsmarknaden endast prövats mot själva arbetsledningsbeslutet. AD

²⁵³ Se t.ex. AD 2009 nr 36; AD 1998 nr 97; AD 2001 nr 3.

verkar därmed inte ha vägt in konsekvensen, dvs. uppsägning, i avvägningen. I AD 1997 nr 29 uttryckte dock AD att risken för uppsägning vid ordervägran baserad på integritetsskäl gjorde att intrånget ansågs särskilt allvarligt. Det verkar alltså mindre klart vad som gäller i detta hänseende.

I samtliga fall har kontrollåtgärderna först och främst rört en kroppslig aspekt av den personliga integriteten. Hindrar det att använda rättsgrundsatsen visavi kontrollåtgärd som drabbar den anställdas personliga integritet i en icke-kroppslig mening? Ett argument mot det är att det är ett intresse som måste erkännas av AD eftersom ED har erkänt att rätten till privatliv kan vara tillämplig i anställningsförhållanden. Eftersom rättsgrundsatsen använts gentemot olika former av kontrollåtgärder borde den även kunna gälla digital övervakning utan stöd i EKMR. Det påpekandet har i förhållande till den svenska rätten indirekt stöd i RF. Enligt 2 kap. 6 § andra stycket RF har enskilda gentemot det allmänna skydd mot andra integritetskänsliga ingrepp än rent kroppsliga.

4.3.2 Förhållandet till EKMR

Med tanke på den praxis ED utarbetat om integritetskänsliga åtgärder är det betydelsefullt att fundera över om rättsgrundsatsen förhållande till EKMR. I AD 2015 nr 61 beaktade AD rätten till yttrandefrihet i artikel 10 EKMR. Rättighetsprövningen verkar i målet ha underordnats rättsgrundsatsen. Detta eftersom AD, efter att ha konstaterat att ingreppet varit proportionerligt i jämförelse med EKMR, konstaterade att "[s]atsen av det anförda är att SVT inte kan anses ha agerat otillbörligt eller i strid med god sed på arbetsmarknaden." I AD 2013 nr 19 uttalade domstolen i förhållande till god sed på arbetsmarknaden att "[i]ntrånget i arbetstagarnas personliga integritet måste med andra ord stå i rimlig proportion, vilket också följer av Europakonventionens artikel 8, till det intresse arbetsgivaren vill tillgodose." Över lag saknas tydlig hänvisning till någon rättspraxis från ED, vilket har påpekats tidigare av arbetsrättsprofessorn vid Stockholms universitet Petra Herzfeld Olsson.²⁵⁴

I rättsfallen har uppvisats en syn som innebär att AD ställer sig tveksam till om åtgärderna som vidtagits har varit tillräckligt kränkande för att utgöra ett ingrepp i rättigheterna enligt EKMR. I AD 2015 nr 61 påpekade domstolen, trots sin senare proportionalitetsprövning med hänvisning till EKMR, att det likväl kunde ifrågasättas om åtgärderna arbetsgivaren vidtagit över huvud taget utgjorde ett ingrepp i rätten till yttrandefrihet i EKMR. I målen om drog- och alkoholtestning, exempelvis AD 2013 nr 19, har AD:s inställning

²⁵⁴ Se Herzfeld Olsson (2012) s. 224.

varit liknande. Proportionaliteten verkar om man betraktar AD 2001 nr 3 och AD 2009 nr 36 snarare ha avgjorts av en prövning av god sed på arbetsmarknaden än utifrån EKMR just.

Westregård menar i sin avhandling från 2002 att en analys av AD:s praxis vid den tidpunkten nog talar för att man måste skilja mellan dels när AD betonat statens positiva skyldigheter av att vidta åtgärder, dels när domstolen verkligen har direkt tillämpat en rättighet mellan privat arbetsgivare och dess anställda.²⁵⁵ Westregård menar med tanke på sättet AD handskats med artikel 8 EKMR i AD 1998 nr 97 och AD 2001 nr 3 om det inte är ”snarare [...] så att statens positiva skyldighet att vidta åtgärder betonats.”²⁵⁶ Herzfeld Olsson menar att AD genom AD 1998 nr 97 har konstaterat att bland annat artikel 8 EKMR är tillämplig mellan enskilda. Samtidigt menar hon att AD endast verkar vilja ge ett sådant skydd mellan enskilda när det framgår tydligt att det finns en privaträttslig dimension av rättigheten enligt ED:s praxis.²⁵⁷

Vad avser den praxis som redogjorts för ovan menar jag att man nog måste förstå den som ett sätt för AD att först och främst säkerställa att svenska staten uppfyller sina positiva skyldigheter enligt EKMR. Detta görs genom att använda sig av redan existerande skrivna eller oskrivna regler. Argumenten för att läsa rättsfallen så är att AD nämner likheterna mellan artikel 8 EKMR och den intresseavvägning som följer av den allmänna rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed. Detta görs utan att gå igenom EKMR som en självständig grund. Liknande sätt att väva in artikel 10 EKMR i rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden gjordes som sagt i AD 2015 nr 61. Sättet att handskas med rättigheten ger åtminstone sken av att det inte är den som i sig har varit direkt tillämplig eller för den delen allmänt tillämplig. Det ska dock i mitt tycke inte tolkas som att den inte hade kunnat vara det. Det behöver heller inte betyda att AD inte hade kunnat göra samma bedömning utan stöd i artikel 8 EKMR.

Här vill jag instämma i vad Herzfeld Olsson påpekat om att AD hade kunnat vara mer tydliga med sitt förhållningssätt till EKMR, särskilt när det finns vägledande praxis att uppmärksamma. Att det krävs allvarlighet för att en positiv skyldighet enligt artikel 8 EKMR ska uppstå verkar i princip godtagbart utifrån den analys som gjorts ovan.²⁵⁸ Detta gäller särskilt som ED i de för uppsatsen refererade fallen om positiva skyldigheter inte uttalat

²⁵⁵ Se Westregård (2002) på s. 300 om AD 1998 nr 17.

²⁵⁶ Ibid. s. 300.

²⁵⁷ Se Herzfeld Olsson (2012) s. 212–213.

²⁵⁸ Se kap. 2.3.

sig om kontrollåtgärder som vidtagits utan att det lett till rättsliga konsekvenser för anställda. Däremot, om AD inte uttryckligen eller outtalat beaktar de kriterier ED utstakat i exempelvis *Bărbulescu v. Romania*, riskerar AD att röra sig i en gråzon för brister i den positiva skyldigheten. Här måste noteras att svenska domstolars skönsmarginal lär ha betydelse.

4.3.3 I strid med lag

Principen om god sed på arbetsmarknaden innefattar även formuleringen att arbetsledningsbeslut inte får stå *i strid med lag*. Betydelsen framstår som relevant i förhållande till att GDPR är direkt tillämplig reglering i svenska förhållanden. Men detsamma kan göras gälla angående EKMR. Den praxis som jag hittat ger endast liten fingervisning om vad som kan tänkas gälla. Möjligen pekar AD 1967 nr 26 mot att i strid med lag avser uttryckliga lagstadgade förbud. I målet påpekade AD i förhållande till rättsgrundsatsen att "[i] vissa lagar stadgas förbud mot uppsägning under där angivna omständigheter". AD 1935 nr 110 och AD 1967 nr 22 tyder på att den även begränsat uppsägningsrätten om skälen för uppsägningen är hänförliga till arbetsgivarens uppmaning om att den anställda skulle bryta mot någon författning. Däremot menade utredningen i SOU 2002:18 att en behandling i strid med PUL bör omfattas av begreppet i strid mot lag.²⁵⁹ I SOU:n nämns i detta sammanhang allt ifrån brister i informationsplikten till att det saknas en rättslig grund.²⁶⁰

Ordalydelsen av att ett arbetsledningsbeslut inte får fattas "i strid med lag" talar i mitt tycke för att en brist enligt GDPR eller EKMR ska kunna få inverkan på tillåtligheten av arbetsledningsbeslut. Ordalydelsen antyder trots allt att arbetsledningsbeslut ska följa vad som gäller enligt GDPR i form av lag. En personuppgiftsansvarig får exempelvis enligt GDPR inte behandla sina anställdas personuppgifter ifall det saknas rättslig grund. Ett arbetsledningsbeslut om tidkontroll av anställdas användning av ett visst datorprogram skulle vid brister enligt GDPR därmed vara olovlig enligt rättsgrundsatsen. Det som problematiserar en strikt ordagrann läsning är att det är en allmän rättsgrundsats som utvecklats i praxis. Syftet och dess omfattning blir därmed svårare att sja om utan vägledning från AD.

Rättsgrundsatsen blir däremot mer invecklad i uppsägningssituationer. GDPR reglerar inte frågan om rätten att få vidta disciplinära eller rättsliga åtgärder gentemot en anställd till följd av behandlingen. Det som skulle kunna tänkas stå i strid med exempelvis artikel 5.1 (a) GDPR är att en

²⁵⁹ Se SOU 2002:18 s. 105.

²⁶⁰ Ibid. s. 105–106.

behandling görs för ett icke-berättigat ändamål eller på ett oförenligt vis med den ursprungliga insamlingen. I så fall är det ju själva behandlingen som är i strid med GDPR och inte den rättsliga handlingen bestående i uppsägningen av anställningsavtalet. Efter införandet av LAS går det också att fundera över vilken betydelse rättsgrundsatsen kan tänkas ha vid uppsägningar.²⁶¹

4.3.4 Rättslig överprövning och sanktioner

Mot bakgrund av vad som framkommit ovan går det att sluta sig till att rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden är en rättsregel som lär kunna användas för att pröva tillåtligheten av digital övervakning. Förståelsen av rättsgrundsatsen riskerar emellertid att förlora sin betydelse om den inte sammanjämkas med en förståelse om rättsgrundsatsens möjliga rättsföljder.

Enligt Jonas Malmberg, före detta ordförande i AD och professor i civilrätt vid Uppsala universitet, är ett arbetsledningsbeslut som står i strid med lag och god sed ett brott mot det enskilda anställningsavtalet. Det skulle då enligt honom innebära möjligheten till ekonomiskt skadestånd för den förlust arbetstagaren kan tänkas ha lidit av beslutet.²⁶² Det ekonomiska skadeståndet är däremot inte alltid en enkel fråga i anställningsförhållandet.²⁶³ Vilken ekonomisk förlust kan en arbetstagare tänkas ha lidit genom en kränkning av rätten till privatliv eller den personliga integriteten? Det är snarare så att en kränkning av den personliga integriteten ger upphov till en ideell skada.²⁶⁴ Allmänt skadestånd är i arbetsrätten ersättning för det som brukar kallas ideell skada inom andra rättsområden.²⁶⁵ Det är en ersättning för själva lag- eller avtalsbrott såväl som ett preventivt skadestånd.²⁶⁶ Utgångspunkten är att AD kräver stöd i lag för att ett allmänt skadestånd ska kunna utdömas.²⁶⁷

Det finns likväl viss öppning för allmänt skadestånd för ett kollektivavtalsbrott. Rättsgrundsatsen har i AD 1985 nr 65 (ett omplaceringsmål) ansetts vara något som kollektivavtal vilar på. Likväl

²⁶¹ Se kap. 4.2.

²⁶² Se Källström & Malmberg (2019) s. 236 med hänvisning till AD 1983 nr 46 där en arbetsgivare ålades ekonomiskt skadestånd för omplacering som stod i strid med god sed.

²⁶³ Ibid. s. 52–53 för mer om detta.

²⁶⁴ Jfr Chamberlain (2020) s. 162–198 om betydelsen av ersättning för just ideell skada vid en kränkning av den personliga integriteten.

²⁶⁵ Se Källström & Malmberg (2019) s. 54.

²⁶⁶ Ibid. s. 55.

²⁶⁷ Ibid. s. 55 med hänvisning till praxis.

ansåg AD att rättsgrundsatsen inte nödvändigtvis är skadeståndsgrundande med innebörden att allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrott kan utgå. En öppning finns dock för de fall då rättsgrundsatsen åtföljs av uttryckliga bestämmelser i kollektivavtalet där den gjorts skadeståndsgrundande.²⁶⁸ I så fall kan allmänt skadestånd utgå om kontrollåtgärden bröt mot kollektivavtalets bestämmelser om god sed på arbetsmarknaden. Undantagsvis syns i praxis vissa öppningar för att rättsgrundsatsen redan som dold klausul skulle kunna berättiga den avtalsslutande organisationen och dess medlemmar allmänt skadestånd för kollektivavtalsbrottet.²⁶⁹ Frågan verkar inte slutligt prövad och har inte heller prövats i förhållande till integritetskänsliga åtgärder.

Det finns alltså möjlighet till ekonomiskt skadestånd för integritetskänsliga åtgärder i strid med god sed på arbetsmarknaden. Möjligen finns visst utrymme för allmänt skadestånd. Däremot finns det inga möjligheter till att ogiltigförklara eller ändra ett arbetsledningsbeslut.²⁷⁰ En arbetstagare kan däremot vägra ett beslut om att underordna sig digital övervakning och få till en rättslig prövning av om kontrollåtgärden är i enlighet med lag och god sed på arbetsmarknaden. Ifall åtgärden inte skulle vara i strid med lag eller god sed saknas rimligen saklig grund enligt 7 § LAS för att säga upp den anställde till följd av dennes arbetsvägran. Detta förutsätter att kontrollåtgärden anses vara ett arbetsledningsbeslut. Ett sådant resonemang gäller antydningssvis i rättsfallen ovan om kontrollåtgärder, exempelvis AD 2001 nr 3. AD har nämligen ansett att saklig grund fanns baserat till stor del på att det var en arbetsvägran av ett arbetsledningsbeslut som inte stod i strid med lag och god sed.²⁷¹ En arbetsgivare som fattat ett rättsstridigt arbetsledningsbeslut måste rimligen i så fall ha andra skäl än arbetsvägran för att ha uppfyllt kravet på saklig grund.

²⁶⁸ Se AD 1985 nr 65; jfr AD 2015 61 där AD gör en genomgång av rättsläget utan att ta ställning i frågan; se Malmberg (1997) s. 251–253.

²⁶⁹ Se AD 1985 nr 112; jfr AD 2015 nr 61 där AD gör en genomgång av rättsläget utan att ta ställning i frågan; se Malmberg (1997) s. 251–253.

²⁷⁰ Jfr SOU 2014:31 s. 298, som i sig inte har något rättskällevärde. Se också AD 1998 nr 97 där AD förklarade att en anställd inte var tvungen att genomgå ett alkoholtest.

²⁷¹ Notera dock den eventuella betydelsen av tolkningsföreträde enligt reglerna i *lag* (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (fortsatt: MBL). Se Grahn & Kjällström (2017) s. 44 med hänvisning till AD 2009 nr 36.

4.4 Uppsägningsrätten som begränsning

4.4.1 Grunderna för uppsägningsrätten

I detta kapitel analyseras uppsägningsrättens förhållande till anställdas skydd för sin personliga integritet. Kan regler om uppsägning och avsked indirekt begränsa tillåtligheten av uppsägningar? Grundläggande enligt 7 § LAS är att en uppsägning från arbetsgivare kräver saklig grund. Här kan kort noteras att saklig grund är föremål för en stundande lagstiftningsändring till *sakliga skäl*. Det sker utifrån en önskan om bättre förutsebarhet och mer fokus på själva avtalsbrottet.²⁷² Av relevans för denna uppsats är uppsägningar som har sin grund i personliga skäl.²⁷³ Ett avsked kan i sin tur ske om en arbetstagare grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren, vilket följer av 18 § LAS. Om det inte finns saklig grund för uppsägningen eller laga skäl för avsked kan dessa rättshandlingar ogiltigförklaras av domstol samtidigt som den anställda har rätt till att återinsättas i anställningen och få skadestånd för lagbrottet.²⁷⁴

I LAS eller dess förarbeten finns inga förtydliganden om vad som utgör saklig grund. Tanken bakom detta är att uppsägningsfallen kan vara så pass varierande att en prövning i stället ska ta hänsyn till ”de särskilda omständigheterna i det individuella fallet.”²⁷⁵ Enligt förarbetena ville man inte riskera att binda rättsutvecklingen genom preciseringar.²⁷⁶ Alltså har ett omfattande utrymme getts till AD för att närmare utforma reglerna om uppsägning och avsked. Jonas Malmberg har utifrån förarbeten och praxis delat upp bedömningen av om saklig grund finns i fem moment.²⁷⁷ De fem momenten är: *skyldighet att uppge skäl, acceptabla uppsägnings skäl, skälen ska vara reella, väsentlighetsbedömning och arbetsgivarens lojalitetsplikt i uppsägningssituationer*.²⁷⁸

Skyldigheten att uppge skäl framgår av 9 § LAS. Vidare menar Malmberg att det måste finnas acceptabla skäl för uppsägningen. Om skälen inte är acceptabla, kan en uppsägning aldrig vara godtagbar. Malmberg menar att det inte finns någon uttömmande lista på skäl som är acceptabla. Att skälen

²⁷² Se prop. 2021/22:176 s. 86–89.

²⁷³ Se om uppdelningen visavi arbetsbrist, Källström & Malmberg (2019) s. 141–143.

²⁷⁴ Jfr 34–35 §§ om ogiltigförklarande, med 37 § om återinsättande och 38–39 §§ LAS för skadestånd.

²⁷⁵ Se prop. 1973:129 s. 120.

²⁷⁶ Ibid. s. 120.

²⁷⁷ Se Källström & Malmberg (2019) s. 143–144.

²⁷⁸ Ibid. s. 144–152.

ska vara reella grundar sig i stället på att det som påstås utgöra grund för uppsägning också *de facto* ska ha skett. Vidare menar Malmberg att det oftast är arbetsgivaren som har bevisbördan för de omständigheter som utgör saklig grund. Brister i bevisningen är den vanligaste orsaken till att arbetsgivare går förlorande ur uppsägningsmål.²⁷⁹

Det näst sista ledet i prövningen är vad Malmberg kallar *väsentlighetsbedömningen*. Detta moment motsvarar det som av vissa andra brukar benämnas att en intresseavvägning görs eller en form av proportionalitetsbedömning.²⁸⁰ Ytterst är det en form av intresseavvägning mellan den anställdes önskan om att få ha kvar anställningen visavi arbetsgivarens intresse av att få upplösa. Det innebär alltså att uppsägningen ska vara rimlig i förhållande till det som beträffande uppsägningen utgör klander mot den anställda.²⁸¹ Det sista ledet, dvs. lojalitetsplikt vid uppsägningssituationer, innebär kortfattat att arbetsgivaren ska ha försökt undvika att en uppsägning blir nödvändig. Det kan till exempel ske genom att arbetsgivare förvarnar den anställda om missförhållanden.²⁸²

4.4.2 Saklig grund och avsked i praxis

AD har i vissa mål prövat uppsägning och avsked som på ett eller annat vis rör digital kontroll och övervakning. Nedan görs en genomgång av dessa rättsfall och vissa andra konstateranden om hur AD värderat vissa typfall av uppsägningsskäl. Genomgång kan inte sägas vara uttömmande utan tjänar som en bild för hur denna typ av mål har hanterats i praxis.

Vad gäller bristande prestationer anser Sören Öman att det av AD:s domar framgår att ”uppsägning godtagits redan när arbetstagarens prestationer väsentligt understigit vad arbetsgivaren normalt borde kunna räkna med, när prestationsförmågan varit varaktigt nedsatt och det inte funnits möjligheter till omplacering eller omplaceringserbjudande.”²⁸³ Han konstaterar även att det vanligen inte behövs en förvarning om att anställning är i fara. Dessa iakttagelser gäller praxis där prestationsbristerna inte grundat sig i sjukdom, funktionsnedsättning eller ålder.²⁸⁴ Det är därmed inte så att prestationsbrister som är mer tillfälliga eller ringa skulle kunna utgöra saklig grund för uppsägning.

²⁷⁹ Ibid. s. 144–146.

²⁸⁰ Ibid. s. 146.

²⁸¹ Ibid. s. 146 samt s. 74.

²⁸² Se Källström & Malmberg (2019) s. 148–149 & 152.

²⁸³ Se Öman (2020) s. 7.

²⁸⁴ Ibid. s. 7.

Enligt Öman finns det mycket praxis om att saklig grund föreligger när en anställd har vid återkommande tillfällen inte skött sin arbetstid trots varningar om att anställningen är i fara. Det som kan leda till att saklig grund inte finns är om arbetsgivaren inte tydligt förvarnat om att anställningen är i fara eller prognosen för framtida skötsamhet är god.²⁸⁵ I AD 2011 nr 17 användes jämförelser av en arbetstagares manuellt ändrad in- och utcheckningstid med tekniska granskningar av den anställdes användning av dator, mobiltelefon och ärendehanteringssystem. Dessa uppgifter fick AD att konstatera att det i domstolens mening talade ”starkt för att de manuellt registrerade tiderna inte korrekt motsvarat [P.L:s] arbetade tid.” Det ansågs därför visat att arbetstagaren hade oriktigt registrerat sin arbetstid och att arbetsgivaren haft laga skäl för avsked. I AD 2015 nr 47 saknades tillräcklig bevisning om felaktigt registrerad arbetstid. Därför saknades det grund för avsked eller saklig grund.

AD 2004 nr 57 handlade bland annat om huruvida ett bolag haft laga skäl för avsked av en anställd. Skälen var att han skulle ha haft illojala kontakter med underleverantörer och använt arbetsgivarens dator på ett otillåtet sätt. Arbetsgivarparterna åberopade delvis ett antal e-postmeddelanden som skickats från den anställde till underleverantörer som bevisning. Det var denna bevisning som i första hand gjorde att AD kunde konstatera att den anställde hade grovt åsidosatt sina förpliktelser och att skäl för avsked fanns. Påståendet om att den anställde besökt hemsidor med pornografiskt innehåll på hemdatorn via en särskild arbetsrelaterad internetuppkoppling behövde därmed inte prövas enligt AD.

I AD 2010 nr 11 hade en arbetsgivare bland annat lagt en anställd till last att han använt internet under arbetstid på ett sätt som gav skäl för avsked. AD menade att, efter bevisning från arbetsgivaren i form av sammanställningar av internetloggar och e-postmeddelanden, kunde ”den slutsatsen dras att regionen utifrån sin uppfattning om vad som är acceptabelt på arbetsplatsen i fråga om att ägna arbetstid åt privata angelägenheter – rent allmänt och med hjälp av arbetsgivarens utrustning för Internet och e-post – kan ha haft orsak att kritisera [den anställde].” Däremot hade ingen på så sätt formulerad kritik framförts gentemot den anställde innan avskedandet. Varken arbetsledning eller kollegor hade i övrigt något att invända mot hans arbetsprestation. Detta, tillsammans med andra anklagelser mot den anställde som visserligen AD medgav kunde kritiseras, räckte inte till för att det skulle finnas sakliga skäl för uppsägningen. Avsaknaden av erinran före avskedandet verkar ha varit betydelsefull.

²⁸⁵ Ibid. s. 15–17 samt däri redogjord praxis.

Om brott på arbetsplatsen kan följande sägas. Om ett brott har skett finns det oftast saklig grund för uppsägning. Det gäller särskilt om brotten är riktade mot eller kan få dålig inverkan för arbetsgivaren. Undantagsfall gäller ibland om den anställde har lång anställningstid och i övrigt agerat anmärkningsfritt eller det bedöms som en mindre allvarlig sak.²⁸⁶ Ett fall som ligger nära brottslighet är AD 2009 nr 95. I målet godtog AD att det fanns skäl för avsked till följd av att en anställd IT-administratör gjort ingrepp i en myndighets IT-system. AD uttalade att den slöt sig till att åtgärderna ”avsiktligen och med full vetskap om att skador skulle uppkomma i datasystemet.” Som bevisning mot den anställde hade bland annat loggar använts.

I AD 1999 nr 49 beaktade AD delvis e-post som skickats och privata filer som laddats upp på en dator på arbetsplatsen. AD ansåg att den anställde hade agerat anmärkningsvärt och på ett ”otillbörligt sätt utnyttjat arbetsgivarens arbetsredskap.” AD verkar även ha beaktat att arbetstagaren genom sitt beteende orsakat kostnader för arbetsgivaren. AD beaktade även att han genom detta handlande hade missbrukat sin förtroendeställning. Som AD påpekade var han ”den ende anställde och arbetade ensam utan någon direkt daglig insyn eller kontroll från distriktsledningens sida.” Mot denna bakgrund menade AD att arbetsgivaren hade visat att det fanns saklig grund för uppsägning enligt LAS.

AD 2004 nr 37 gällde en tidsbegränsad anställds eventuella brott mot anställningsavtalet på grund av privat användning av arbetsgivarens utrustning och lokaler.²⁸⁷ AD menade att ett brott mot dessa regler skulle betyda ett brott mot anställningsavtalet. I målet hade en anställd på SVT bland annat anklagats för att ha utnyttjat bolagets utrustning för att redigera privat videomaterial. AD menade dock att den anställde sett till omständigheterna kunde anses ha ”visst fog för att utgå från att den aktuella privata användningen av SVT:s utrustning, som inte skedde för kommersiella ändamål eller störde SVT:s produktion, inte var otillåten.” Även om själva tillträdet till lokalen hade varit omdömeslöst ansåg AD inte att det som en enskild händelse var tillräckliga skäl för avsked eller hävning av avtalet. Den anställde hade i övrigt inga anmärkningar mot sig om hur denne skötte sitt arbete. Sammantaget fann AD att det varken funnits skäl för avsked enligt LAS eller hävning av avtalet enligt allmänna avtalsrättsliga regler.

²⁸⁶ Ibid. s. 17 & 21 med hänvisning till däri redogjord praxis.

²⁸⁷ Den anställde hade utfört redigeringen och tillträtt lokalen under en tid mellan två tidsbegränsade anställningar. Dock hade avtal om vikariat med senare startdatum slutits innan tillträdet.

Vad går det då att sluta sig till av dessa rättsfall? Det framgår att brott på arbetsplatsen (och särskilt mot arbetsgivaren) antagligen skulle betraktas som ett tyngre vägande skäl för arbetsgivaren än när det gäller brister i prestationen. Avsiktliga angrepp mot arbetsgivarens säkerhetsanordningar är grund för avsked enligt AD 2009 nr 95. Illojala kontakter, jämför AD 2004 nr 57, verkar också vara en grövre form av avtalsbrott som kan föranleda avskedande. Privat användning av utrustning verkar vara mindre betungande för den anställde, särskilt om det inte finns ett tydligt regelverk som förbjudit viss typ av användning eller om det inte stör verksamheten, arbetstagarens prestation eller är mer än en enstaka företeelse. Detta följer av AD 2010 nr 11 och AD 2004 nr 37, men med vissa reservationer för att en saklig grund-prövning aldrig skedde i det senare fallet.

Misskötsamhet genom återkommande missbruk av arbetstid verkar enligt Öman och utgången i AD 2011 nr 17 vara ett allvarligt brott mot anställningsavtalets förpliktelser. Över lag verkar förvarning om risk för uppsägning eller en tydlig och kommunicerad policy spela stor roll för anklagelser som riktas mot den anställde i allmänhet, inklusive dennes privata användning av IT-utrustning. Om missbruk är mer omfattande eller innebär ett missbruk av förtroendeställning kan det dock ses som särskilt bekymmersamt i enlighet med AD 1999 nr 49. Sammantaget syns en bild som pekar i den riktning som Malmberg påstod, nämligen att bevisbördan kan vara avgörande för utfallet i målet. I AD 2015 nr 47 verkar detta till exempel ha varit av avgörande betydelse. Inte heller har den personliga integriteten i något av målen varit ett värde eller intresse att ta i beaktande.

4.4.3 Rätten till privatliv vid uppsägning

I föregående delkapitel framträder en bild av att arbetsgivaren kan ha flertalet olika intressen där tillräcklig bevisning om de faktiska förhållandena kan föranleda skäl för uppsägning eller avsked. Integritetshänsyn för den anställde verkar inte förekomma. Snarare får praxisen nog förstås på det sätt som beskrivits ovan, nämligen att det handlar om arbetstagarens intresse av att kvarstå i anställningen. Genom AD 2012 nr 25 finns det emellertid en öppning för att erkänna andra intressen vid en prövning av saklig grund eller laga skäl för avsked.

I målet hade en rektor sagts upp bland annat baserat på hur denne hade agerat på sin privata Facebook-sida. AD prövade två omständigheter som bolaget lagt rektorn till last. Det gällde dels sex bilder med sexuellt innehåll, dels information om att han var med i nio grupper på Facebook med namn som har anknytning till sex. Noterbart är att AD valde att inte beakta

omständigheten att rektorn hade använt Facebook i privat syfte under arbetstid i fråga om det fanns saklig grund för uppsägningen. AD sade att domstolen i den delen delade tingsrättens bedömning. Tingsrätten hade beaktat att bolaget inte haft några synpunkter på rektorns sätt att sköta sitt arbete, att den påstådda användningen inte framstod som särskilt omfattande och att det saknades egentlig utredning till stöd för de påstådda faktiska förhållandena.

AD tillmätte i sin prövning å ena sidan lojalitetsplikten stort värde, å andra sidan ett rättighetsargument. AD uttalade att "[d]et arbetstagaren har gjort på fritiden kan i andra situationer vara att se som utövandet av en rättighet som är särskilt skyddad av rättsordningen". Enligt AD kunde det "[...] handla om sådant som att på fritiden offentligt uttrycka åsikter, tankar och känslor eller använda förenings- eller religionsfriheten eller möjligheten att delta i allmänna val." AD menade att om det finns en särskild skyddad rättighet vid en uppsägnings- eller avskedssituation krävs en annan form av avvägning mellan intressena och skälen.

Enligt AD krävs i så fall "arbetsgivarens intresse av och skäl för att avsluta anställningen vägas mot inte enbart arbetstagarens intresse av att få behålla anställningen *utan även mot intresset av att på fritiden få använda sina rättigheter* [min kursivering]". AD poängterade att det i vissa fall "såsom i fråga om rätten till yttrandefrihet, följer detta redan av Sveriges förpliktelser enligt [EKMR] att se till att i vissa fall rättigheterna enligt konventionen respekteras även i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare". I dessa rättighetsfall ska enligt AD en intresseavvägning av omständigheterna i det enskilda fallet avgöra om uppsägningen är godtagbar.

Sakprövningen skedde i två delar: om agerandet i sig gav saklig grund för uppsägning respektive om rektorn hade brutit mot några förhållningsorder och att det därmed fanns skäl till uppsägning. Avseende agerandet i sig var AD mer sparsmakad i att uttryckligen ange yttrandefrihetens värde. En antydning till att rätten till yttrandefrihet tillmättes betydelse i den sammantagna bedömningen verkar indirekt framgå av vad AD senare uttryckte. AD menade att rektorns agerande hörde "till kärnområdet för vad varje människa – anställd eller inte – öppet bör kunna få ge uttryck för inför andra människor." Efter en samlad bedömning och intresseavvägning gjorde AD därför bedömningen att det inte fanns saklig grund för uppsägning.

Därefter prövade AD eventuell brist i förhållande till bolagets förhållningsorder. AD slog fast att bolaget hade en rätt att kräva att rektorn dels tog bort information med koppling till skolan på den privata Facebook-sidan och en bild av sexuell karaktär med koppling till ett elevprojekt, dels

att han inte skulle ha arbetsmässiga kontakter via den privata Facebooksidan. Kortfattat menade AD däremot att bolaget inte varit tillräckligt tydlig i fråga om kravet på borttagande av bilden. Dessutom ansåg AD att ”det inte är visat att bolaget i samband med mötena eller annars före uppsägningen gav rektorn några konkreta instruktioner om ändringar av sidan eller annars angav hur [rektorn] skulle agera för att undvika ett avslutande av anställningen.” Rektorn hade i AD:s mening därför inte brutit mot några förhållningsorder som hade betydelse för uppsägningsfrågan.

Målets prejudicerande värde för digital kontroll och övervakning är att det talar för att vissa rättigheter kan ges ett särskilt värde i en arbetsrättslig prövning och påverka den intresseavvägning som sker. Däremot kan målet inte ses som ett direkt godtagande av rätten till privatliv, särskilt inte under arbetstid. Uttalandet i domen om EKMR bör enligt mig i stället ses som ett erkännande av och förtydligande av den positiva skyldigheten som kan följa av EKMR. Som visats i uppsatsen andra kapitel finns det en positiv skyldighet vid till exempel fall av uppsägning i förhållande till kontroll av en arbetstagares digitala korrespondens. I sådana fall ska alltså även saklig grund innebära att anställdas intresse av rätten till privatliv vara en del av väsentlighetsbedömningen enligt 7 § LAS. Rimligen borde detsamma därmed gälla för prövningen om det finns laga skäl för avsked enligt 18 § LAS.

4.5 Avtalsbrott som skulle strida mot EKMR eller GDPR

Rätten att som arbetsgivare att med digitala medel kontrollera och övervaka sina anställda behöver också analyseras utifrån två mål i vilka arbetstagarorganisationer krävt skadestånd av arbetsgivare för brott mot kollektivavtal. Det viktiga i målen var arbetsgivarnas invändning om att skadestånd inte kunde utdömas eftersom avtalsvillkorets genomförande skulle stå i strid med anställdas rättigheter enligt EKMR eller GDPR.

AD 2012 nr 74 gällde ett fackförbunds krav på skadestånd för brott mot kollektivavtal. Brottet påstods enligt förbundet bestå i att vissa företag inte tagit ut en granskningsavgift av oorganiserade arbetstagare för att sedan betalas in till förbundet. Den rättsliga tvistefrågan var om skadestånd kunde utgå för ett avtalsbrott, vars genomförande av villkoret skulle kunna innebära en konventionskränkning av tredje parts rättigheter. AD uppmärksammade ED:s praxis och menade att avdragen för granskningsavgifter med efterföljande inbetalning till förbundet skulle

innebära en kränkning av oorganiserade arbetstagares egendom enligt artikel 1 i första tilläggsprotokollet till EKMR.

Därefter resonerade AD om detta kunde utgöra ett hinder för ett skadeståndsrättsligt krav bestående i brott mot avtalsvillkoret. AD konstaterade att det genom NJA 2007 s. 747 står ”klart att en enskild part inte kan grunda ett skadeståndskrav direkt på Europakonventionen gentemot en annan enskild part.” Som AD påpekade handlade det däremot inte om skadestånd grundat på en kränkning av EKMR. Det rörde sig i stället om ”arbetsgivarna varit skyldiga att följa förpliktelsen i kollektivavtalet om avdrag för kontrollavgift när det skulle ha inneburit att arbetsgivarna kränkt de berörda arbetstagarnas rättigheter enligt konventionen.” Till detta uttalade AD följande:

”Intresset av att hindra kränkningar av konventionen talar [...] starkt för att arbetsgivarna inte ska åläggas att betala skadestånd till förbundet för att de inte har följt en kollektivavtalsföreskrift när det skulle ha inneburit att vissa arbetstagares rättigheter enligt Europakonventionen skulle ha kränkts.”

AD avslog därför förbundets talan.

AD verkar genom målet närmast skapat en princip för skadeståndskrav vid kollektivavtalsbrott som skulle innebära brott mot annan lagstiftning. I AD 2021 nr 23 hänvisade AD jämförelsevis till AD 2012 nr 74. AD menade utifrån denna jämförelse att ett bolag kunde ”undgå skadeståndsskyldighet för kollektivavtalsbrott bara under förutsättning att bolaget inte hade kunnat följa både kollektivavtalsförpliktelsen [...] och dataskyddslagstiftningen”. AD ansåg dock att bolaget hade kunnat lämna ut personuppgifter utan att det stod i strid med de arbetstagarnas rättigheter enligt GDPR.

Rättsfallen knyter an till den allmänna rättsgrundsatsen om avtal som står i strid med lag, vilket Kent Källström påpekat. Hans åsikt är att rättsgrundsatsen vanligen innebär att ett avtal som står i strid med lag leder till ”att en part inte kan tvingas prestera enligt avtalet” med hänvisning till NJA 1997 s. 93.²⁸⁸ Skillnaden mot vad som sagts ovan om ”i strid med lag” går att fundera över,²⁸⁹ men utvecklas inte vidare här. Till synes skulle skillnaden dock bestå i att den förra avser att svensk domstol inte kan genom rättens godkännande genomdriva förpliktelser som skulle stå i strid med lag medan det senare endast anger en rätt till åtminstone ekonomiskt skadestånd i enlighet med rättsgrundsatsens användning i praxis.

²⁸⁸ Källström & Malmberg (2019) s. 64 & s. 68.

²⁸⁹ Se kap. 4.3.3.

Grahn och Kjällström är av uppfattning att AD 2012 nr 74 borde få konsekvensen, eller i alla fall ger argument för, att en vägran att utföra en för egen del rättighetskränkande åtgärd inte kan vara saklig grund för uppsägning eller ge upphov till andra arbetsrättsliga påföljder ifall det skulle innebära en kränkning.²⁹⁰ Utifrån AD 2021 nr 23 skulle denna tankemodell kunna utsträckas till avtal som står i strid med GDPR. Analogivis borde alltså AD till exempel inte tillåta en uppsägning, avsked eller annan disciplinär åtgärd gentemot en anställd som skulle innebära en kränkning av en anställds rätt till privatliv eller till och med GDPR. Det ter sig i viss mån rimligt, men det finns två motargument till att läsa in den betydelsen i rättsfallen.

För det första bör man nog ha i åtanke att AD i 2012 års fall hade rättspraxis från ED som tydligt talade för att en kränkning av EKMR skulle komma att ske ifall villkoret genomfördes. Utan praxis, och i mindre ingripande fall, har jag svårt att se att AD skulle tydligt ta ställning till om en kränkning av EKMR skulle komma att ske. Detta med anledning av vad som konstaterats ovan om AD:s förhållande till EKMR.²⁹¹ Avseende GDPR blir det en fråga för AD att pröva om rättshandlingen skulle stå i strid med förordningen.

För det andra är inte domen direkt jämförbar med en situation då en anställd vill förhindra en integritetskänslig åtgärd bestående av digital kontroll eller övervakning som företagits gentemot denne själv. Domarna grundar sig på huruvida fordringskrav kan utkrävas om de skulle leda till en kränkning av tredje parts rättigheter. I AD 2012 nr 74 och AD 2021 nr 23 handlade det inte om ett yrkande om att en anställd ska erhålla skadestånd för rättighetskränkning av sin arbetsgivare. Det handlade i stället om att svensk domstol är förpliktad att i sin dömande verksamhet inte godta genomdrivandet av avtalsvillkor som skulle innebära en rättighetskränkning eller lagstridighet för någon som inte är en del i avtalet.

Domarnas prejudikat ter sig mindre överförbara till fall då vissa ytterligare rättsliga anspråk kan göras till följd av nekandet, till exempel vid uppsägningar utan saklig grund. I så fall följer att domstolen ogiltigförklarar uppsägningen och ger rätt till skadestånd. Även rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed fungerar liknande eftersom den ger rätt till skadestånd. Det verkar i mitt tycke mindre tydligt att en sådan positiv verkan (dvs. inte enbart nekandet av ett rättsligt anspråk) skulle kunna läsas ut ur domen. I stället verkar det mer rimligt att använda sig av redan existerande rättsregler

²⁹⁰ Se Grahn & Kjällström (2017) s. 24.

²⁹¹ Se kap. 4.3.2.

i de lägena. Som AD påpekade utifrån vad som sagts i NJA 2007 s. 747 kan inte enskilda grunda skadestånd mot en annan enskild på EKMR.

4.6 Semidispositivitet

Semidispositiva rättsregler intar en viktig roll i arbetsrätten.²⁹² Tillåtligheten av att med digitala medel övervaka sina anställda skulle utifrån semidispositiviteten kunna godtas trots att avtalet brister i förhållande till den anställdes rätt till personlig integritet i allmänhet eller privatliv enligt EKMR. En förutsättning för det är i så fall att det är genom kollektivavtal som sänkningen av skyddet har skett.

Sören Öman har motsatt sig synen på att arbetstagares skydd för sin integritet är semidispositivt. Avsteg från skyddet skulle därmed inte kunna göras i kollektivavtal. Öman menar sig hämta stöd från tre rättsfall för den slutsatsen, nämligen NJA 1975 s. 16, AD 1991 nr 45 och 1997 nr 29.²⁹³ Annamaria Westregård är av en annan uppfattning eftersom hon menar att AD 1997 nr 29 visst visar att ett gällande villkor i kollektivavtalet kunde leda till ett avtalsbrott med de rättsliga följderna omplacering eller uppsägning.²⁹⁴ Petra Herzfeld Olsson menar i sin tur att semidispositivitet inte existerar vid rena rättighetskränkningar enligt EKMR. Hon grundar detta dels på att ED i sin praxis prövat bestämmelser i kollektivavtal visavi rättigheter likt andra ingrepp, dels på att EKMR numera är svensk lag.²⁹⁵ Hon hämtar inte stöd för påståendet från AD:s praxis.

I NJA 1975 s. 16 ansåg HD att ett åtagande att underkasta sig en antropologisk undersökning för att avgöra frågan om barnets föräldraskap var oförbindande och inte kunde användas som grund för ett domstolsföreläggande. HD menade att undersökning utgjorde ett ingrepp i den kroppsliga integriteten och att det saknades lagstöd. Därför krävdes ett frivilligt samtycke från den enskilde, vilket kunde dras tillbaka innan undersökning utan rättsliga konsekvenser.

I AD 1991 nr 45 förhöll sig AD bland annat till NJA 1975 s. 16. AD menade att villkor i kollektivavtal om att anställda skulle vara tvungna att genomgå narkotikatestning ”torde visserligen inte kunna betraktas som bindande i den meningen att dess fullgörande skulle kunna utkrävas med rättsliga tvångsmedel, såsom vite eller allmänt skadestånd för

²⁹² Se kap. 1.5.

²⁹³ Se Öman (2001) s. 422.

²⁹⁴ Se Westregård (2002) s. 366, fotnot 1081.

²⁹⁵ Se Herzfeld Olsson (2012) s. 207 & 229.

kollektivavtalsbrott (jfr NJA 1975 s. 16).” AD poängterade därefter att det för den delen inte behövde innebära att en vägran att följa avtalsvillkor skulle kunna leda till att det fanns skäl att avsluta anställningen. I målet fanns dock inget sådant kollektivavtal. Det fanns däremot i AD 1997 nr 29.

AD hänvisade i AD 1997 nr 29 till båda målen. AD prövade ytterst avtalsvillkorets giltighet genom att väga bolagets intresse mot den anställdes. Slutsatsen blev i målet att bolagets intresse vägde tyngre än den anställdes intresse av skydd för dennes personliga integritet. Enligt AD innebar det ”att det i detta fall inte [förelåg] skäl att anse att den träffade överenskommelsen är ogiltig på den grunden att den kränker arbetstagarnas personliga integritet.” En vägran att följa ordern kunde därmed leda till att det fanns saklig grund.

Jag kan inte hålla med Westregård om hennes bedömning att AD 1997 nr 29 talar för semidispositivitet. Semidispositivitet innebär att parterna kan komma överens om ett lägre skydd för anställda än vad som annars skulle gälla. Att AD i målet ansåg att vägran kunde vara ett avtalsbrott föregicks av bedömningen att överenskommelsen inte kunde anses ogiltig med hänsyn till arbetstagarens personliga integritet. Målet talar för att rätten att avtala om den personliga integriteten är kringskuren av rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden. Lägre skydd än vad som följer av rättsgrundsatsen kan alltså inte tillåtas.

Stöd för att ett kollektivavtal som står i strid med EKMR inte ska kunna godtas går också att finna i nyss diskuterade AD 2012 nr 74. Genom rättsfallet finns framför allt argument för att utanförstående arbetstagares rättigheter enligt EKMR inte kan undermineras genom kollektivavtalsregler. Av ED:s praxis är det tydligt att ingrepp i den enskildes rättigheter genom kollektivavtalsbestämmelser kan utgöra ingrepp enligt artikel 8 (1) EKMR. Därför måste de också uppfylla kraven på vad som följer av artikel 8 (2) EKMR eller rättighetens positiva förpliktelse för att vara tillåten.²⁹⁶ Vad jag kunnat hitta är det dock endast hittills utanförstående arbetstagares rättigheter som prövats på det viset. Det är därmed mindre tydligt vad som gäller när en arbetstagarorganisation har avtalat om lägre skydd för sina medlemmar än vad som följer av EKMR.

Med beaktande av AD 1997 nr 29, AD 2012 nr 74 och att EKMR är svensk lag, anser jag att det inte framstår som rimligt att arbetstagare som är medlemmar skulle kunna få sina rättigheter enligt EKMR inskränkta genom kollektivavtal. Det resonemanget bygger dock på att ED inte skulle godta att

²⁹⁶ Se *Evaldsson and Others v. Sweden*; Herzfeld Olsson (2012) s. 207.

medlemmar kan få tåla mer ingripande inskränkningar i sådana fall. Det borde vara fallet att också organiserade arbetstagares rättigheter ges ett skydd av EKMR och att ingrepp med stöd i kollektivavtal kan prövas utifrån en balansering mellan de motstående intressena. Till följd av AD 2021 nr 23 finns det även argument för att anställdas integritetsskydd som följer av GDPR inte ska kunna inskränkas genom kollektivavtal. Detta framstår som än mer självklart med tanke på att det i dagsläget mest troligt endast finns ett litet utrymme att frångå GDPR genom lag eller kollektivavtal.²⁹⁷ Ifall en kontrollåtgärd inte skulle avse en rättighet som skyddas av EKMR eller GDPR är det endast AD 1997 nr 29 som talar för att det inte finns någon semidispositivitet.

4.7 Avslutning

Den gjorda undersökning i detta kapitel visar de många otydligheter som omger den anställdes integritetsskydd vid digital kontroll och övervakning. Av grundläggande betydelse är hur rättigheter som följer av EKMR ska förstås i en arbetstvist utifrån regler som är särskilt avsedda att reglera anställningsförhållandet. Det är tydligt att rätten till privatliv inte har varit ett förekommande rättsligt argument gentemot tekniska kontroll- och övervakningsåtgärder. Det verkar i fråga om kontrollåtgärder och arbetsledningsbeslut röra sig om att det på sin höjd skett ett beaktade av positiva skyldigheter enligt EKMR snarare än en direkt tillämplighet.

Även AD 2012 nr 25 talar för att rättigheter som följer av EKMR ska uppfyllas genom i första hand redan existerade arbetsrättsliga normer om uppsägning eller avsked. Rätten till yttrandefrihet enligt EKMR var i målet ett intresse att skydda. Därmed öppnar domen även för att saklig grund kan innebära att hänsyn ska tas till mer allmänna intressen, såsom rätten till privatliv. AD 2012 nr 74 talar även för att AD har intagit en position där den betraktar sig som en instans för att se till att Sverige uppfyller sina positiva skyldigheter. AD uttryckte sig som så att "[i]ntresset av att hindra kränkningar av konventionen talar enligt Arbetsdomstolens mening starkt för att arbetsgivarna inte ska åläggas att betala skadestånd...". Det var alltså *intresset* av att hindra kränkningar av EKMR som starkt talade för att det inte skulle kunna finnas ett skadeståndsrättsligt ansvar.

Detta ovan utesluter dock inte att direkt tillämplighet skulle kunna finnas. EKMR gäller enligt 2 kap. 19 § RF som svensk lag. Möjligen skulle resonemanget om positiva skyldigheter eller direkt tillämpning vid prövning av arbetsledningsbeslut om integritetskänsliga åtgärder först ställas på sin

²⁹⁷ Se kap. 3.6.

spets när en eventuell kränkning av en rättighet i EKMR har skett samtidigt som det saknas sanktioner.²⁹⁸ I det läget blir det svårare att falla tillbaka på en redan existerande rättsregel för att kunna uppfylla den positiva skyldigheten. Skulle EKMR i sådana fall kunna utgöra en egen rättslig grund med efterföljande sanktioner? I min mening är det troligt att så inte hade kunnat vara fallet. AD har nämligen i AD 2012 nr 74 hänvisat till det konstaterade HD gjorde i NJA 2007 s. 747 om att EKMR inte kan utgöra en direkt grund för skadeståndsyrkande mellan enskilda. HD har även bekräftat sitt ställningstagande senare i NJA 2015 s. 899.²⁹⁹ En viss öppning för att skapa sanktioner vid lagstiftningsbrister har dock synts för unionsrättsliga krav.³⁰⁰

Rättighetsbaserad rättslig argumentation innebär även att begreppen *allmänna intressen* och *enskilda intressen* måste problematiseras. I en rättighetsbaserad argumentation i vertikala förhållanden är det inte sällan att allmänhetens intressen, till exempel förebyggande av brottslighet, vägs mot den enskildes intressen. Horisontella mål som prövats i EKMR bygger dock också främst på en avvägning mellan enskilda intressen även om allmänna intressen kan förekomma.³⁰¹

I en arbetsrättslig diskurs är det nära till hands att ställa sig frågan om den intresseavvägning eller proportionalitetsbedömning som rättighetsbestämmelser föreskriver skiljer sig från den form av intresseavvägning som brukar ske genom normer såsom god sed på arbetsmarknaden eller saklig grund för uppsägning. Parternas intressen vägs som visats vanligtvis mot varandra vid dessa bedömningar. I en civilrättslig tvist, och enligt dessa rättsregler, är det ytterst de enskildas intressen som ställs mot varandra.³⁰² Men dessa öppna rättsregler tycks däremot inte uppvisa några problem för att föra in enskilda intressen som erkänns i form av rättigheter. AD har visat att den har kunnat godta särskilda enskilda rättigheter som mer allmänt enligt rättsordningen har ett större rättsligt värde. Detta har förtydligats genom AD 2012 nr 25. AD gjorde tydligt att vissa rättigheter, i fallet yttrandefriheten, har ett särskilt värde enligt

²⁹⁸ Jfr Herzfeld Olsson (2012) s. 213 om AD 1998 nr 17 där artikel 11 EKMR ansågs vara direkt tillämplig, men inte nödvändigtvis skadeståndssanktionerad. Det hade inte skett en kränkning varför problematik aldrig behövde ett slutligt ställningstagande från AD:s sida.

²⁹⁹ Dock med en öppning för ett skadeståndsrättsligt ansvar för rena förmögenhetsrättsliga skador i ett utomkontraktuellt förhållande enligt en princip om kvalificerat otillbörligt handlande, se särskilt p. 42–43.

³⁰⁰ Se AD 2015 nr 70 där den unionsrättsliga likvärdighetsprincipen föranledde AD att analogisera MBL:s skadeståndsregler när unionsrätten inte kunde tolkas fördragskonformt.

³⁰¹ Se kap. 2.3.

³⁰² Jfr Bengtsson (2021) s. 164 om vägning mellan enskilda intressen.

rättsordningen. Det gör att rättigheten ska godtas som ett tungt vägande enskilt intresse. Domstolen såg sig inte förhindrad att föra in det intresset och i viss mån anpassa väsentlighetsbedömningen som sker vid en saklig grund-prövning. Även allmänna intressen borde därmed kunna föras in.

Det särskilda blir snarare att när arbetsgivarens och arbetstagarens intressen vägs mot varandra kan domstolen behöva resonera utifrån vilken lösning som av allmänheten borde anses mest önskvärd.³⁰³ Något mer problematiskt är att det i dessa fall inte går att falla tillbaka på överväganden som kan ha gjorts i lagstiftning eller förarbeten om allmänhetens intresse. I stället blir det domstolens uppgift att göra avvägningen mellan de olika intressena. Därmed blir det mindre lagstiftarens roll att göra avvägningen mellan enskildas intressen ur allmänhetens perspektiv. Likväl har detta som visats i uppsatsen hittills enligt gällande rätt för saklig grund och god sed på arbetsmarknaden varit domstolens roll. Det som kan lyftas fram är att det ur demokratisk synvinkel kan ifrågasättas om det är rättstillämparens omdöme och tolkning av internationella åtaganden som bäst ska avgöra om ett intresse över huvud taget ska beaktas. I dagsläget är det ytterst domstolen som kommer att behöva för egen del – med eller utan stöd i EKMR – godkänna den icke-kroppsliga aspekten av den personliga integriteten i svensk arbetsrätt.

Som visats utifrån AD 2012 nr 25 finns det hittills endast fog för att påstå att den personliga integriteten analogivis *ska* erkännas till följd av åtaganden i EKMR. Det följer samtidigt redan av kravet på fördragskonform tolkning i förarbetena till *lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande*.³⁰⁴ Därmed kommer den proportionalitets- eller väsentlighetsbedömning som i dag anses följa av en saklig grund-prövning innebära att uppsägningens rimlighet kommer att behöva förstås utifrån att den grundar sig i ett ingrepp i den anställdes rätt till privatliv. Att den anställda misskött sina arbetstider eller inneburit en fara för arbetsgivaren måste sättas i relation till anställdas rätt till att inte utsättas för ingrepp i privatliv, inklusive konsekvenser som följer av ett sådant ingrepp.

Bortsett från rättighetsdimensionen kan grundproblematiken för arbetsrätten sägas bestå i om det över huvud taget är ett arbetsledningsbeslut – eller varifrån arbetsgivaren annars hämtar sin rätt för att tillåtas vidta sådana här åtgärder. Kontrollåtgärder som vidtas för att kontrollera tid eller liknande bör kunna ses som arbetsledningsbeslut. Kontroll av kommunikation är

³⁰³ Jfr *ibid.* s. 164 om en önskvärd lösning av allmänheten.

³⁰⁴ Se kap. 1.3.

likväl mer otydligt. Öman har gett ett argument om att den grundar sig på informationsfrihet. Resonemanget skulle behöva undersökas mer, men verkar enligt mig något tveksamt.

Därvid följer att det är oklart exakt vilka rättsregler, oskrivna eller skrivna, som begränsar rätten. I svensk rätt är det materiella regler som sätter gränserna. Genomgången av praxis om arbetsgivarens uppsägningsrätt ger sammantaget en bild av att LAS regler om skydd för anställning vid eventuella kontraktsbrott inte har inneburit ett integritetsskydd för den anställde. Det som kan sägas är att arbetsgivaren förvisso kan behöva tåla vissa typer av beteenden i varierande utsträckning med hänsyn till allvarlighetsgraden i skälen för uppsägningen. Däremot har inte integritetsskäl lyfts fram som inverkan på väsentlighetsbedömningen. Ovan har dock nämnts att saklig grund eller laga skäl för avsked kan bli aktuell som begränsning om det finns en positiv skyldighet som följer av EKMR.

Vidare har rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden en flexibilitet som gör att den nog kan antas flyta in som rättslig norm i de flesta fall av integritetskänsliga åtgärder. Det gäller oavsett varifrån arbetsgivaren anser sig hämta sitt rättsliga stöd för att fatta ett sådant beslut. Med stor sannolikhet kan alltså tillåtligheten avgöras av en avvägning mellan intressen, och att arbetsgivaren ingrepp måste stå i rimlig proportion till arbetstagarens intresse. I viss mån kan de mål som prövats av AD gällande integritetskänsliga åtgärder vara vägledande. Men det är viktigt att påpeka att en icke-kroppslig personlig integritet än inte har bekräftats som godtagbart intresse inom arbetsrätten.

Kort kan även nämnas den öppning som finns för att *i strid med lag* ska kunna komma att användas som rättslig grund för att väva in begränsningar genom GDPR. Rättsläget är oklart och skulle behöva ett förtydligande. Det gäller inte minst eftersom rättsgrundsatsen närmast liknar det som slagits fast i AD 2012 nr 74 och sedermera AD 2021 nr 23. I målen var rätten förhindrad att medverka till en prestation av lagstridiga kollektivavtal. Domarna fick däremot ingen positiv verkan. Skillnaden är att i strid med lag vid arbetsledningsbeslut öppnar för ekonomiskt skadestånd och alltså en positiv verkan.

Likväl behöver sanktionerna kopplade till rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed problematiseras. Rättsgrundsatsen kan inte användas för ett ogiltigförklarande och betydelsen av ett ekonomiskt skadestånd kan ifrågasättas. Nackdelen med en sådan ordning är att integritetsfrågan först blir aktuell när en arbetstagare lidit ekonomiskt skada (eller vägrat följa ett

arbetsledningsbeslut) eller när en arbetsgivare anser sig i sin tur ha skadats och vill föra en talan gentemot den anställde. Avseende det förra alternativet verkar det enligt mig mer tveksamt om ett beslut om kontrollåtgärd vanligen kan leda till en ekonomisk skada utan att det vidtagits en disciplinär åtgärd, till exempel omplacering, mot den anställde. En följdfråga blir i så fall om det är kontrollåtgärden eller den disciplinära åtgärden som rättsligt behöver prövas och mot vilka rättsregler. Det har inte undersökts i denna uppsats utom om det lett till uppsägning eller avsked. I sådana fall finns det två starkare intressen som skulle behöva prövas gentemot varandra än om en skada ännu inte skett för arbetsgivaren. Prövningen sker så att säga först när skadan verkligen redan är skedd – för båda parter. Fördelen med denna ordning ur ett arbetsgivarperspektiv är att kontrollåtgärder och övervakning därmed kan användas för att råda bot på svårigheten i uppsägningssituationer att ha tillräckligt med bevis.³⁰⁵

En central frågeställning som framgår av materialet ovan är i min mening om arbetsgivaren kan kringgå eventuellt problematik genom att utfärda regler om användning av utrustning som denne tillhandahåller den anställde. Det rör sig då i gränslandet mellan ensidigt utfärdade normer av arbetsgivaren visavi arbetstagarens frihet att avtala bort sitt privatliv eller dataskydd under arbetstid. AD antyder i AD 2012 nr 25 vad som gäller för arbetsgivarens anvisningar om hur den anställde bör bete sig i fråga om privat användning av sociala medier, vilket påpekats av Niklas Selberg och Erik Sjödin.³⁰⁶ Ifall den anställde inte efterlever anvisningarna kan det finnas saklig grund för uppsägning om skälen uppfyller ett väsentlighetskrav. Nästa steg är dock att detta kan leda till att arbetsgivaren utformar en policy för användning av sociala medier, vilket vid ett undertecknande blir till en del av anställningsavtalet. Att inte följa policyn blir i så fall ett avtalsbrott. Det kan i sin tur också leda till att det finns saklig grund för uppsägning.³⁰⁷

Närliggande till detta resonemang är målet AD 2004 nr 37 som refereras ovan. AD uttalade tydligt att arbetsgivaren genom rätten att leda och fördela arbetet kan ensidigt avgöra regler om användning av arbetsgivarens utrustning. I målet slog AD fast att brott mot reglerna kan utgöra avtalsbrott. I AD 2010 nr 11 fanns det en riktlinje om privat internetanvändning. Den angav att viss privat användning av internet och e-post var tillåten men inte i vilken omfattning. Att den privata användningen inte kunde läggas den anställde till last vid en prövning om uppsägning verkar ha berott på att

³⁰⁵ Se kap. 4.4.1.

³⁰⁶ Se Selberg & Sjödin (2012) s. 871–872.

³⁰⁷ Jfr ibid. s. 871–872.

riktlinjen inte verkat känd, att hemsidorna som besökts inte varit problematiska och att det inte framgick att den privata användningen skett i en större omfattning eller påverkade den anställdes arbetsprestationer. Sammantaget verkar utgångspunkten vara att en anställd behöver tåla både ensidiga regler från arbetsgivaren och överenskommelser om begränsningar av privat användning under arbetstid. Viss väsentlighet lär dock behövas för att det ska finnas skäl för uppsägning eller avsked.

5 Sammanfattande diskussion

5.1 Tillåtligheten som en fråga om balansering mellan intressen

Tanken var att i detta avslutande kapitel kunna tydligt sammanställa rättsfall och annat material för att slå fast vad som mer eller mindre säkert gäller vid digital kontroll och övervakning. Det undersökningen i stället resulterat i är först och främst att belysa komplexiteten och svårigheten i att dra säkra och generella slutsatser. I detta avslutande kapitel redogör jag därför för de större dragen. Dessutom gör jag en problematisering av hur de olika regleringarna samverkar för att man ska kunna ge ett svar på frågan och hur de påverkar grunderna för arbetsrätten. Frågor för vidare forskning påpekas också.

Inledningsvis är det värt att påpeka att uppsatsen har visat att samtliga undersökta regleringar i många fall skulle vara tillämplig på digital kontroll och övervakning av privat anställda. EKMR kan genom artikel 8 troligen omfatta flera fall av digital kontroll och övervakning. Därmed kan det finnas en positiv skyldighet för nationella domstolar att ge ett skydd för rätten till privatliv i horisontella mål.³⁰⁸ GDPR har genom sin vida definition av behandling och personuppgifter ett omfattande tillämpningsområde. Arbetsgivaren lär även i de allra flesta fall vara ytterst ansvarig för lagenligheten i en behandling.³⁰⁹ För arbetsrättens del verkar kontrollåtgärder eller övervakning ha sin grund i arbetsledningsrätten om det gäller införande av regler om datoranvändning eller olika former av kontroll av utfört arbete. Ifall det gäller rätten att kontrollera och övervaka kommunikation är det mer otydligt vilken rättslig grund arbetsgivaren har för den typen av åtgärder.³¹⁰

Det har i uppsatsen visats att frågan om tillåtligheten av kontroll och övervakning slutligen handlar om en viktning av arbetsgivarens intressen visavi den anställdes intresse till privatliv eller dataskydd. ED har i de olika genomgångna rättsfallen visat att en arbetsgivare kan ha flera legitima intressen för kontroll och övervakning av anställda.³¹¹ Ett centralt intresse är rätten till skydd för egendom. Vidare har ett mer allmänt hållet intresse som

³⁰⁸ Se kap. 2.2–4

³⁰⁹ Se kap. 3.2.

³¹⁰ Se kap. 4.2.

³¹¹ Se kap. 2.2 & 2.4.

verkar anpassat till anställningsförhållandet accepteras. ED har ansett att en arbetsgivare kan ha ett intresse av att säkerställa att verksamheten fungerar väl ("smooth functioning/running of the company"). Som följer av målen där det intresset gjorts gällande innefattar detta att kunna med olika medel se till att anställda följer sina avtalsrättsliga skyldigheter och utför dessa med nödvändig noggrannhet. Detta inbegriper att få utöva en disciplinär rätt för att tillgodose intresset. Ett mer allmänt intresse som godtagits är att skyddandet av en fungerande förvaltning. Givetvis kan fler intressen som ryms under artikel 8 (2) EKMR kunna godtas.

För GDPR:s del blir intresset inte alltid på samma vis nödvändigt att beakta. Artikel 6 GDPR är en konkretisering av EU-stadgans krav på inskränkningar av rätten till dataskydd och andra rättigheter. Artikel 6 är därmed en specificering av kravet på legitim och laglig grund enligt artikel 8 EU-stadgan samt kravet på allmänna eller erkända intressen i artikel 52 EU-stadgan.³¹² Intresset har därför i vissa fall redan genom utformningen av artikel 6 GDPR godtagits. Det gäller till exempel att den rättsliga grunden kan bestå i att en behandling krävs för fullgörande av avtal gentemot en anställd. Att behandla arbetstagarens personuppgifter med grund i ett samtycke framstår dock som mindre lämpligt eller möjligt för den delen.³¹³

I viss mån ger GDPR även arbetsgivaren rätt att utefter sitt eller tredje parts berättigade intresse enligt artikel 6.1 (f) kontrollera och övervaka sina anställda.³¹⁴ Med tanke på GDPR:s koppling till EU-stadgan, som i sin tur ska tolkas i enlighet med EKMR, är det rimligt att ovanstående intressen som godtagits av ED kan godtas inom ramen för GDPR. Kopplingen till stadgan medför också att rättighetsgrundande intressen, såsom rätten att skydda sin egendom eller näringsfrihet, kommer att vara tyngre vägande intressen. I den juridiska litteraturen är uppfattningen att det berättigade intresset är ett brett begrepp. DI har på sin tid godtagit intresset av att utföra kontroller av IT-system eller olika former av loggar vid konkreta misstanke om missbruk av arbetstid. Eftersom GDPR inte uppvisar någon väsentlig skillnad mot PUL är det troligt att liknande hade ansetts gälla i dag. Genom ordet *berättigat* nedläggs dock ett visst krav på att det inte kan vara vilket intresse som helst.

När det gäller arbetsrättsliga mål verkar det som att rättsgrundsatsen i strid med lag och god sed på arbetsmarknaden är den rättsnorm som kringskär rätten till att digitalt kontrollera och övervaka sina anställda. Vid

³¹² Se kap. 3.3.3.

³¹³ Ibid.

³¹⁴ Ibid.

uppsägningssituationer finns det även tungt vägande skäl för att en prövning om det finns saklig grund eller laga skäl för avsked ska användas för att uppfylla de positiva skyldigheter som följer av EKMR.³¹⁵ En begränsning av tillåtligheten kan alltså uppstå vid en sådan prövning.

I arbetsrättsliga mål där god sed på arbetsmarknaden använts har säkerhets- och skyddsintresse godtagits likväl som förhindrandet av stöld.³¹⁶ Gällande arbetsledningsrätten har AD tydligt uttalat att arbetsgivaren kan fatta beslut om privat användning av dennes utrustning. I jämförelse med att ett brott mot sådant beslut kan innebära saklig grund för uppsägning är det mer troligt att kontroller av skötsamheten därmed skulle vara att anse som ett legitimt intresse enligt arbetsrätten. De mål som gällt uppsägning och avsked kan i mitt tycke även i övrigt peka på vilka intressen en arbetsgivare kan ha för att företa kontroll och övervakning gentemot anställda. Det rör intresset av att bryta avtalet med den anställde för att denne misskött sig i fråga om arbetstid, brottslighet, illojalitet men även för att den anställde inte efterlevt förhållningsorder eller överenskommelser om privat användning av arbetsgivarens utrustning.³¹⁷

Gentemot arbetsgivarens mer omfattande och varierande legitima intressen har den anställde först och främst ett: skyddet för sin personliga integritet, vilket inkluderar rätten till privatliv och dataskydd. Rätten till privatliv har av ED ansetts existera under arbetstid inom ramen för artikel 8 EKMR. Som visats blir det en fråga i det enskilda fallet för att avgöra om en kontroll- eller övervakningsåtgärd omfattas av artikel 8 (1) EKMR. GDPR:s har som visats en tydlig koppling både till rätten till privatliv och rätten till dataskydd. Betydande är att rätten till dataskydd inte verkar begränsad till privatlivsfrågor. Arbetsrättsligt har även den anställdes personliga integritet erkänts vid arbetsledningsbeslut. Det har förvisso avsett en mer kroppslig aspekt av den personliga integriteten. Men i ljuset av ED:s praxis är det svårt att påstå att den över huvud taget inte existerar. Likväl måste påpekas att den inte slagits fast som ett särskilt värde att skyddas av AD eller lagstiftaren än.

Dessa intressen behöver sedan vägas mot varandra för att avgöra tillåtligheten. ED har slagit fast sex kriterier som ska beaktas för att nå fram till en rimlig avvägning mellan de motstående intressena, vilket också inbegriper att ta hänsyn till arbetsrättens särskilda egenskaper och utvecklingen av ny teknik som kan vara särskild ingripande. I korta ordalag

³¹⁵ Se kap. 4.4.

³¹⁶ Se kap. 4.3.

³¹⁷ Se kap. 4.4.

ska hänsyn tas till (1) om den anställde på förhand och på ett tydligt sätt informerats om övervakningen, (2) övervakningens omfattning och graden av intrång i den anställdes privatliv, (3) om det funnits legitima skäl för att rättfärdiga övervakningen och omfattningen, (4) om det funnits mindre ingripande medel för att uppnå målet, (5) konsekvenserna för den anställde, särskilt vad resultat från den använts till och (6) om den anställde haft tillgång till tillräckliga säkerhetsåtgärder i förhållande till övervakningen.

Brister i uppfyllandet av något av kriterierna som följer av EKMR behöver inte heller vara helt avgörande för att en stat ska behöva i sin helhet underkänna till exempel en uppsägning. I *López Ribalda and Others v. Spain* framkom det tydligt att om det rör sig om skälig misstanke för allvarligt felaktigt beteende från den anställde tillsammans med betydande förluster kan det rättfärdiga en brist på information. Detta måste dock läsas som ett undantagsfall, vilket även ED tydligt påpekade. Tillgängligheten av andra skyddsåtgärder är då också av särskild vikt, såsom att i stället kunna göra bristen gällande som en överträdelse enligt andra rättsregler.

Enligt mig talar tyngden i avgörandena i vilka kriterierna tillämpats att de i mer ingripande fall ska beaktas vid en prövning av artikel 8 EKMR i förhållanden mellan enskilda. Rimligen ska mer ingripande fall inte endast avse uppsägningssituationer även om ED:s praxis om horisontella anställningsförhållanden endast avsett uppsägningar. I stället borde kriteriernas tillämplighet vara beroende av i vilken grad rätten till privatliv har blivit inskränkt. Omplaceringar eller andra åtgärder inom anställningsförhållandet eller en omfattande övervakning med risken för konsekvenser borde också kunna ses som ingrepp i rätten till privatliv. Med anledning av detta är det aktuellt att jämföra kriterierna med GDPR och arbetsrättsliga regler för att se i vad mån dessa regleringar är anpassade för att uppfylla kriterierna.

Genom GDPR finns det en reglering där många av dessa faktorer har en motsvarighet i direkt tillämplig svensk lagstiftning. Överträdelser av dessa bestämmelser kan rendera i förelägganden, sanktioner och/eller skadestånd. Kravet på information (1) är en allmän princip som alltid ska garanteras. Att det ska finnas berättigade ändamål (jfr tredje kriteriet) är en allmän princip enligt artikel 5.1 (b). Det är även principen om uppgiftsminimering i artikel 5.1 (c), som bland annat innebär att behandling inte ska ske om det finns mindre ingripande medel (4). Lämpliga säkerhetsåtgärder (6) finns genom möjligheten att anmäla personuppgiftsbehandling som står i strid med GDPR:s bestämmelser. Möjligen skulle även den enskildes olika rättigheter, till exempel rätten att invända mot viss behandling eller rätten till radering, kunna utgöra lämpliga säkerhetsåtgärder. Hänsyn till omfattningen och

intrånget i den anställdes privatliv (2) följer oavsett rättslig grund troligen av principen om korrekthet i artikel 5.1 (a). Tydligast ska hänsyn till intrånget tas vid en behandling med stöd i artikel 6.1 (f) GDPR.

Det är dock mer otydligt i vad mån GDPR ställer krav på att hänsyn ska tas till konsekvenserna som drabbat den enskilde snarare än vad en behandling på förhand kan komma att användas till (5). GDPR ställer exempelvis med hänsyn till kravet på ett *berättigat* ändamål att de avsedda konsekvenserna av en behandling inte får vara vilka som helst. Det verkar även kunna ingå i en bedömning av om det finns ett berättigat intresse enligt artikel 6.1 (f) GDPR.³¹⁸ Däremot avser det femte kriteriet också om materialet från en kontroll av anställda har använts till annat än de giltiga ändamål som angivits. I denna del framstår GDPR med anledning av finalitetsprincipen i artikel 5.1 (b) därför som en högst lämplig lagstiftning. Som visats kan denna princip ha högst betydande verkan för tillåtligheten. Principen begränsar (antagligen) möjligheten att använda insamlade personuppgifter för ändamål som är oförenliga med det ursprungliga. Genom rättsgrundsatsen *i strid med lag* kan den möjligen även utsträckas till att begränsa tillåtligheten av arbetsledningsbeslut om kontroller för andra ändamål än som behandling ursprungligen varit avsedd för.³¹⁹

Den allmänna rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden verkar innebära att en liknande helhetsbedömning lär krävas vid olika typer av integritetskänsliga åtgärder som faller inom arbetsledningsrätten, kollektivavtal och mest troligt även enskilda överenskommelser.³²⁰ Här är det relevant att påpeka att AD:s praxis om rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden bitvis uppvisat likheter med de kriterier som redovisats ovan. Det gäller framför allt att väga intressena mot varandra och att en kontrollåtgärd måste stå i rimlig proportion till arbetstagarens personliga integritet. Eftersom det är en öppen princip som bara behandlat andra, mer kroppsliga former av integritetsfrågor innan ED:s mål är det mindre relevant att göra en strikt jämförelse. Desto viktigare är i stället att påpeka att någon form av proportionalitetsbedömning lär komma att ske även vid digital kontroll och att det kan finnas ett behov av att kriterierna i framtiden ska beaktas för att Sverige ska uppfylla sina positiva skyldigheter enligt EKMR. Genom att beakta dessa kriterier, som till stor del verkar vara dataskyddsprinciper, skulle rättsliga värden från detta område flöda in i arbetsrätten med grund i EKMR som auktoritativt centrum.

³¹⁸ Se kap. 3.3.3.1.

³¹⁹ Jfr kap. 3.3.7 & 4.3.3.

³²⁰ Se kap. 4.2–3.

Som påpekats kan även dessa kriterier vara tvungna att beaktas vid en prövning av lagligheten när en arbetsgivare avslutar en anställning. Detta innebär, vilket kan jämföras med AD 2012 nr 25, att arbetsgivaren intresse måste väga än tyngre än vad som annars skulle gälla enligt tillämplig rättsregel utan en rättighetsdimension. Den väsentlighetsbedömning som vanligen följer vid en prövning om uppsägning eller avsked kommer därmed att ändras till sin karaktär till följd av EKMR:s rättsliga auktoritet.

Ingen av rättsreglerna, med tanke på den frihet rättstillämparen har enligt förarbetena både innan och efter ändring till sakliga skäl,³²¹ samt den praxisskapade god sed på arbetsmarknaden, skapar i min mening risk för motstridiga lagstiftningskrav. En fördragskonform tolkning för att väva in den anställdes intresse för skydd av sin personliga integritet borde därför ur en sådan synpunkt inte vara en problematisk fråga. Samtidigt kan ett demokrati-argumentet användas gentemot rådande ordning med öppna rättsliga normer vars innehåll slås fast av domstolen. Detta gäller framför allt god sed på arbetsmarknaden. Lagstiftaren tystnad innebär att det är domstolen som får i uppgift att reglera frågan om personlig integritet med eller utan hänsyn till EKMR. Avseende saklig grund har lagstiftaren åtminstone i princip gett domstolarna ansvaret för att utstaka begreppet.³²²

Sammanfattningsvis verkar det centrala för tillåtligheten i förhållande till åtminstone EKMR och GDPR vara tyngden i arbetsgivarens skäl och intressen, nödvändigheten av åtgärden och proportionaliteten i förhållande till den anställdes intressen. Därutöver verkar information på förhand vara av stor vikt liksom att en domstol eller liknande ska kunna pröva tillåtligheten. Arbetsrättsligt borde detsamma, eller liknande, kunna gälla en prövning mot god sed på arbetsmarknaden. Praxis för liknande kontrollåtgärder hade behövts för att mer säkert kunna säga. Däremot bör en prövning av god sed på arbetsmarknaden eller uppsägning av digital övervakning följa ED:s utstakade kriterier, om det är troligt att det finns en positiv skyldighet att skydda rätten till privatliv enligt EKMR.

5.2 Tillåtligheten i vissa fall

Av undersökningens material kan vissa påpekanden göras om hur en avvägning kan betraktas i vissa fall gällande kravet på proportionalitet mellan övervakningen och de anställdas intressen. Dessa avvägningar

³²¹ Se kap. 4.4.1.

³²² Se kap. 4.4.

förutsätter att övriga krav på legitima skäl, nödvändighet och information är uppfyllda (samt eventuellt andra kriterier).³²³

Till en början framträder en tydlig bild av att kontroll och övervakning som innebär att en arbetsgivare kontrollerar innehållet i den anställdes privata elektroniska kommunikation kommer att ses som ett allvarligt ingripande i den enskildes intresse för skyddet av rätten till privatliv. Det är nog endast i ytterlighetsfallen det kan tillåtas. Detta framgår av *Bărbulescu v. Romania*. Det syns även hos IMY att det krävs misstankar om brott eller liknande för att denna form av kontroller ska tillåtas.³²⁴ Analogivis borde detsamma gälla för kontroll av innehåll över lag, exempelvis vad som besökts på vilka hemsidor eller uttalanden på sociala medier som annars inte är tillgängliga för arbetsgivaren. För arbetsrättens del framgår inte vad som kan tänkas gälla. Avseende svensk rätt behöver också en noggrann analys göras av de straffrättsliga bestämmelser som avgränsats bort i uppsatsen.

Ifall kommunikation har en tydligare koppling till anställningen bör digital kontroll emellertid i större mån kunna godtas. Det är just skyddet av privatliv som framför allt getts en särskild vikt. Likväl finns det öppningar för att rätten till privatsocialt liv även kan omfatta professionella kontakter, bland annat till följd av *Antović and Mirković v. Montenegro*.³²⁵ Rätten till dataskydd är ju inte heller endast en fråga om privatlivet. Gränfallen lär nog vara om det är en särskild omfattande övervakning eller om det brister i andra kriterier såsom information på förhand eller nödvändigheten i att utföra kontrollerna.

Realtidsövervakning av anställdas användning av datorer lär inte accepteras i förhållande till GDPR bortsett från i vissa situationer.³²⁶

Realtidsövervakning kan användas för att leda och fördela arbetet, bland annat innefattandes individuella målsamtal, om det är förankrat i verksamhetens faktiska behov. Som huvudregel ska däremot realtidsövervakning inte leda till att disciplinära åtgärder vidtas mot enskilda eller för att kontrollera hur anställda utför sitt arbete eller när de tar pauser. Det framstår ur skälighetssynpunkt, vilket som framgått är en del av bedömningen av tillåtligheten enligt artikel 5.1 (a) och 6.1 (f) GDPR, som en rimlig utgångspunkt eftersom en så närgången övervakning trots dess avsaknad av koppling till privatlivet är högst ingripande.

³²³ Se framför allt kap. 1.4 och de avgränsningar som gjorts i förhållande till GDPR.

³²⁴ Se kap. 3.3.3.

³²⁵ Se kap. 2.2.2.

³²⁶ Se kap. 3.3.3.

Närliggande är att generell loggning av anställdas användning av IT-system eller digitala enheter ansetts av såväl IMY som Artikel 29-gruppen som särskilt ingripande. Det är rimligt att anta, anser jag, att loggning av anställdas användning av digitala enheter endast borde vara tillåtet för vissa tyngre vägande skäl i kombination med att GDPR:s övriga krav efterlevs. Det skulle till exempel kunna vara tekniska- och säkerhetsmässiga skäl. Bristande prestationer må kunna vara grund för uppsägning enligt arbetsrätten,³²⁷ men det är ett omfattande ingrepp utan koppling till ett tyngre vägande intresse. Det kan till exempel inte motiveras av skydd för andras fri- och rättigheter såsom arbetsgivarens egendomsskydd. Någon annan rättslig grund än berättigat intresse saknas också. Över lag skulle denna form av loggning därmed inte kunna godtas enligt GDPR.

Individuell mätning av prestationer skulle, i enlighet med IMY:s kommentarer, godtas i enlighet med artikel 6.1 (b) GDPR för uppfyllande av anställningsavtal där det krävs för lönesättningen. Med tanke på ED:s praxis om intresset av att kunna se till att verksamheten fungerar väl borde detta inte enligt EKMR vara ett problem.

Betydelsen av att ha en tydlig policy eller överenskommelse om privat användning av arbetsgivarens utrustning eller annan utrustning under arbetstid framstår också som centralt sett till samtliga regleringar. Likväl måste poängteras att en policy med sådant innehåll inte borde kunna utesluta all form av privat användning med tanke på ED:s avgörande i *Bărbulescu v. Romania* och *Antović and Mirković v. Montenegro*. Genom målen, i vilka hänsyn togs till anställningsförhållandets särskilda karaktär, ansåg ED att anställda har rätt till visst privatsocialt liv under arbetstid. Ett visst tillåtet utrymme måste därför lämnas. Uppfattningen i svensk juridisk litteratur och rättspraxis från AD som funnits om arbetsgivarens fria skön att avgöra tillåtligheten av privat användning måste därmed enligt mig läsas med försiktighet.

Som påpekats är det däremot otydligt hur ED skulle ställa sig till ett uttryckligt och frivilligt samtycke där den anställda vidgår att den frånfäller sin rätt till privatsocialt liv.³²⁸ Ett samtycke skulle kunna ses som en naturlig del i det avtalsrättsliga anställningsförhållandet. Men samtyckets betydelse ställs på sin spets vid en jämförelse av samtyckets antagliga ringa vikt i anställningsförhållanden enligt GDPR. Detta gäller särskilt som ED ibland använder sig av annan internationell rätt i form av dataskyddsnormer.³²⁹ Här

³²⁷ Se kap. 4.4.

³²⁸ Se kap. 2.4.

³²⁹ Se kap. 1.3 och 2.4.

hade emellertid mer undersökningar behövts göras, bland annat eftersom dataskyddsdirektivet historiskt verkar ha haft mindre inflytande på tolkningen av artikel 8 EKMR.³³⁰

Om det finns godtagbara riktlinjer eller överenskommelser om begränsning av privat användning bör likväl inte all form av kontroll av efterlevnad kunna godtas. Att kontroller får företas verkar självklart om man beaktar IMY:s kommentarer och Ömans uppfattning om GDPR.³³¹ Det verkar även rimligt i förhållande till ED:s godtagande av arbetsgivarens rätt att se till att verksamheten fungerar väl och att professionella skyldigheter utförs med nödvändig noggrannhet. Rätten att kontrollera efterlevnad av policyn framgår även av ED:s praxis i *Libert v. France* där en ED godtog kontroll av en statsanställds privata filer på en arbetsdator. Tillåtligheten av kontroller av efterlevnaden av riktlinjer eller överenskommelser kräver dock att de följer övriga krav enligt GDPR eller den positiva skyldigheten enligt artikel 8 EKMR.

5.3 Regleringarnas samverkan

Som visats i uppsatsen kommer tillåtligheten av digital övervakning att kunna diskuteras utifrån samtliga regleringar även om de ursprungligen är satta att reglera olika former av faktiska förhållanden. Det leder emellertid till vissa följdfrågor om regleringarnas parallella existens. Det handlar om semidispositiviteten. Vidare handlar det om hur man ska förstå ED:s uttalanden om att kontrollåtgärder i privaträttsliga förhållanden kan skyddas genom olika lagstiftningar. Slutligen handlar det om att försöka förstå vad för rättsliga följdfrågor som uppstår när kontrollåtgärder både kan prövas enligt arbetsrättsliga normer eller enligt GDPR.

Beträffande den personliga integriteten anser jag att det mesta talar för att det i dag inte finns något utrymme för parterna att avtala bort enskildas rättigheter och mest troligt inte heller rättigheter som följer av GDPR. Därmed kan sägas att ett av de grundläggande fundamenten för den svenska arbetsrätten, nämligen semidispositiviteten, kommer att inskränkas i de fall EKMR eller GDPR aktualiseras.³³² För arbetsmarknadens parter blir detta särskilt relevant att ta hänsyn till när sakliga skäl görs semidispositiv.

Vidare vad gäller den positiva skyldigheten på det sätt den formulerats i *Bărbulescu v. Romania* kan följande sägas. I svensk rätt är EKMR direkt

³³⁰ Se de Vries (2018) s. 673.

³³¹ Se kap. 3.3.3.

³³² Se kap. 3.6 & 4.6.

tillämplig mellan enskilda. Men av det som framgått i denna uppsats har den använts mer indirekt genom andra rättsregler. En anledning kan vara den avsaknad av sanktioner som EKMR har i svensk rätt. I många fall, i vart fall avseende målen om god sed på arbetsmarknaden, saknas hänvisning till ED:s praxis. Med tanke på den betoning som AD senare gjort i AD 2012 nr 25 och AD 2012 nr 74 av statens positiva skyldigheter mellan enskilda framstår det som att det finns få argument för att AD inte skulle behöva ta ED:s praxis i beaktande när praxisen är tydligt vägledande för hur en avvägning mellan intressen om kontroll och övervakning ska göras. Detta stämmer med förarbetsuttalandena till införandet av EKMR så som svensk lag om att fördragskonform tolkning ska försöka göras.

Det verkar alltså som att betydelsen av statens positiva skyldigheter är av särskild betydelse för att AD ska utvidga rättigheter till den privaträttsliga dimensionen. Ett sådant synsätt på anställdas integritetsskydd kan däremot få vissa konsekvenser för om rätten till privatliv ska få genomslag i svensk arbetsrätt. Följden av det synsättet är att argumentet inte kan vinna framgång såvida inte ED har erkänt att liknande omständigheter föranleder positiva skyldigheter. AD har historiskt verkat mindre benägna att godta ett skydd grundat på EKMR mellan enskilda då det inte är säkert att ett ingripande skulle klassificeras som en kränkning av artikel 8 EKMR.³³³ Med tanke på *López Ribalda and Others v. Spain* och *Bărbulescu v. Romania* finns det starka argument varför AD måste vid digital övervakning vägledas av ED:s praxis. Det säger dock inte att all form av kontroll och övervakning skulle föranleda att en prövning enligt EKMR skulle vara aktuell.

Frågan om betydelsen av synen på positiva skyldigheter kompliceras ytterligare av det ED uttalade i de två nyss nämnda rättsfallen. ED var tydlig med att rätten till privatliv kan skyddas genom olika former av lagstiftning. I *López Ribalda and Others v. Spain* fick de anställdas brist i att utnyttja sina rättsmedel som fanns tillgängliga genom den spanska dataskyddslagen en avgörande betydelse för utgången av intresseavvägningen i fallet. Detta öppnar särskilt för argumentet att en anställd som inte utnyttjat andra rättsmedel inte skulle ha uttömt alla nationella rättsmedel, varför talan enligt artikel 35 (1) EKMR skulle kunna avvisas. I *López Ribalda and Others v. Spain* gjordes en sådan invändning av staten. Den skedde dock för sent i processen för att ED skulle kunna pröva den.³³⁴ Vidare, med tanke på staternas skönsmarginer i dylika frågor, finns det ytterligare argument för att Sverige som stat genom sina domstolar därmed kan välja att betrakta brister

³³³ Se kap. 4.3.2; jfr Herzfeld Olsson (2012) s. 212–213.

³³⁴ Se *López Ribalda and Others v. Spain* p. 81–84.

i rätten till privatliv som kan inordnas under GDPR som en fråga för den lagstiftningen.

Utifrån detta finns det alltså argument för att AD eller annan domstol skulle kunna konstatera att kontroll och övervakning inte ska bedömas enligt arbetsrättsliga normer. En brist i information skulle exempelvis kunna hänvisas till GDPR. GDPR har uttryckligen som delsyfte att skydda grundläggande fri- och rättigheter. Genom kopplingen till EU-stadgan uppstår även krav på att, ifall den beaktas vid tillämpningen av GDPR, att skyddet i EKMR ska garanteras. Denna relation skulle, till följd av *López Ribalda and Others v. Spain*, därmed också kunna innebära ett argument mot att rättstillämparen ska vara tvungen att tolka arbetsrättsliga regler fördragskonformt med EKMR. Den positiva skyldigheten skulle i stället kunna efterlevas genom GDPR (eller genom annan civil- eller straffrätt).

Att bestämma vilken lagstiftning som ska få avgöra frågan kan tyckas önskvärt om man utgår från förutsebarhet som en viktig egenskap för rättssystemet, vilket till exempel är ett av motiven till ändringen till sakliga skäl. Det blir även en fråga om att tydliggöra för att undvika flertalet processer,³³⁵ som skulle vara kostsamt och ineffektivt för parterna. Ifall AD skulle ta ett beslut om att arbetsrättslig reglering inte har med frågan att göra skulle det innebära ett principiellt ställningstagande. Frågan kan få betydande verkningar. Enligt mig framstår det därför som önskvärt att lagstiftaren snarare än rättstillämparen förtydligar vad som gäller. Det är ju för den delen inte heller omöjligt att skyldigheten skulle kunna uppfyllas genom olika lagstiftningar.

Frågan om genom vilken reglering Sverige *bör* se till att kraven från EKMR uppfylls kan också analyseras utifrån anställningsförhållandet och arbetsrättens karakteristika. Att betrakta den positiva skyldigheten som enbart en skadeståndsrättslig eller dataskyddsfråga riskerar att missa värden grundläggande för anställningsförhållandet. Ytterst finns hotet om ett skiljande från anställning för en anställd. Men det kan också avse omplaceringar eller andra disciplinära åtgärder. En arbetstagare har rätt till att återfå sin anställning om en uppsägning inte haft saklig grund eller det saknats laga skäl för avsked. Arbetsgivaren har dock enligt 39 § LAS möjligheten att genom särskilt normerat skadestånd upplösa anställningsförhållandet. I dessa fall handlar det dels om att det ska finnas möjligheter till ett fullt ut motsvarande skadestånd som det som följer av

³³⁵ Om inte AD vore att anse som behörig domstol för tvister enligt GDPR och därmed kan handskas med flera grunder, jfr AD 2013 nr 19 om PUL.

LAS, dels om skadestånd i övrigt har liknande effekter (exempelvis gällande prevention).

GDPR visar att frågan om kontroll och övervakning även handlar om att den enskilde aktivt på förhand ska kunna utmana tillåtligheten. Den anställde i egenskap av registrerad enligt GDPR åtnjuter en grundläggande rätt till skydd av sina personuppgifter och i viss mån privatlivet. Arbetsrätten verkar mer reaktiv. Den slutsatsen går att dra utifrån att arbetsledningsbeslut enligt gällande praxis inte kan ogiltigförklaras eller för den delen leda till ett allmänt skadestånd.³³⁶ Ifall sådana rättsliga anspråk var möjliga hade en prövning kunnat ske innan en åtgärd har vidtagits. Risken med dagens system är att arbetsgivarens införande av digital kontroll inte kommer att bli en rättslig fråga förrän arbetsgivaren vidtagit åtgärder gentemot en anställd baserat på vad som framkommit av kontrollen. Det medför att en fråga om till exempel skäligheten i en uppsägning eller annan disciplinär åtgärd mot den anställde behöver införa den personliga integriteten som ett beaktansvärt intresse. Skillnaden skapar följdfrågor som borde beaktas av lagstiftaren, bland annat om fördelarna med att kunna pröva tillåtligheten av digital kontroll innan den får konsekvenser.

Den andra frågan avser då betydelsen av att ha parallella lagstiftningar för i princip samma sakförhållanden. I uppsatsen har visats att en kontroll av en anställds datoranvändning troligen skulle kunna ses som ett arbetsledningsbeslut men även som en personuppgiftsbehandling. Det skulle teoretiskt sett kunna få följderna att AD ser det som en tillåten arbetsledningsåtgärd medan aktuell rättstillämpare av GDPR ser det som i strid med GDPR. Det senare kan till exempel uppstå om åtgärden skulle anses vara oproportionerlig och därmed sakna en rättslig grund i artikel 6 GDPR. Det kan givetvis ses som en rättsligt oproblematisk ordning. Genom möjliga förelägganden eller sanktionsavgifter från IMY eller skadeståndsanspråk av den anställde sker en faktisk begränsning utan inverkan av mer klassiska arbetsrättsliga regler.

Möjligen rymmer den materiella rätten i sin nuvarande utformning också en begränsning. Det är i så fall rättsgrundsatser som innebär att man i domstol inte kan driva genom en kontraktsrättslig påföljd som strider mot lag (AD 2021 nr 23) eller tillåta arbetsledningsbeslut som står i strid med lag.³³⁷ Återigen blir det tal om, utifrån det polycentriska arbetsrättsliga begreppet, en fråga om flöden av rättsliga värden mellan regleringarna. Däremot anser jag att det saknas tillräckligt med domar för att dra den slutsatsen.

³³⁶ Se kap. 4.3.

³³⁷ Se kap. 4.3.3 & 4.6.

Vidare skulle ett beslut från AD om att kontrollåtgärden är otillåten enligt till exempel rättsgrundsatsen god sed på arbetsmarknaden kunna leda till en inskränkning av den fria rörligheten av personuppgifter. Som påpekats har GDPR som delsyfte att skydda även denna. Denna normkollision har inte på djupet undersökts. Däremot har jag svårt att se att det inte är en relevant fråga med tanke på att artikel 88 GDPR begränsar möjliga avvikelser från förordningen. Som jag argumenterat ovan är det svårt att se artikeln som blott ett minimiskydd för anställdas personuppgifter.³³⁸ Denna problematik knyter även an till möjligheterna att genom en särskild arbetsrättslig lagstiftning eller kollektivavtal reglera frågan. Med tanke på den otydlighet som uppstår i hur skriven eller oskriven arbetsrättslig reglering ska förhålla sig till GDPR framstår det som önskvärt med en sådan särskild lagstiftning. Här skulle noggrannare undersökningar vara behövliga.

Avslutningsvis kan påpekas att frågan om tillåtligheten av att digitalt kontrollera och övervaka anställda är en högst komplex fråga. Det är många regleringar som samverkar, inte alltid på ett tydligt vis. De regleringar som av utrymmesskäl avgränsats bort skulle behöva vidare undersökas för att ett fullt tillfredsställande svar ska kunna ges. Uppsatsen visar att det finns en viktig rättighetsdimension i frågan som kräver flera överväganden för hur den ska förstås i svensk arbetsrätt. Det finns framöver en mängd frågor om anställdas integritetsskydd som kommer att behöva besvaras genom utveckling av praxis, lagstiftning och forskning.

³³⁸ Se kap. 3.6.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

- Battista, Leonardo (2021), 'The European Framework Agreement on Digitalisation: a tough coexistence within the EU mosaic of actions'. *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 14 nr. 1, s. 105–121.
- Bengtsson, Bertil (2021), *Rättighetsansvar: en översikt*. 1. uppl., Norstedts juridik.
- Brinnen, Martin, *Dataskyddsförordningen*, Lexino 13 oktober 2021 skyddsåtgärder (cit: Brinnen (2021) Artikel ... Avsnitt ...):
- Artikel 5 avsnitt 2 Rättsläget & 3.1 Omfattningen av laglighetsprincipen.
 - Artikel 6 avsnitt 1 Inledning, 2.6.3 Begreppet nödvändigt & avsnitt 2.6.4 Intresseavvägningen och skyddsåtgärder.
- Calleman, Catharina (2019), 'När strider en uppsägning mot god sed på arbetsmarknaden?', i: Mannelqvist, Ruth, Ingmanson, Staffan, & Ulander-Wänman, Carin (red.), *Festskrift till Örjan Edström*. Juridiska institutionen, Umeå universitet s. 55–74.
- Cameron, Iain (2018), *An introduction to the European Convention on Human Rights*. 8 uppl., Iustus.
- Chamberlain, Johanna (2020), *Integritet och skadestånd: om skyddet för personuppgifter och privatliv i svensk rätt*. Diss. Uppsala: Uppsala universitet.
- Danelius, Hans (2015), *Mänskliga rättigheter i europeisk praxis: en kommentar till Europakonventionen om de mänskliga rättigheterna*. 5 uppl., Norstedts juridik.
- de Schutter, Olivier (2013), 'Human Rights in Employment Relationships: Contracts as Power', i: Dorssemont, Filip, Lörcher, Klaus & Schömann, Isabelle (red.), *The European Convention on Human Rights and the employment relation*. 1 uppl., Hart Publishing s. 105–140.
- de Vries, Karin (2018), 'Right to respect for private and family life', i: van Dijk, Pieter m.fl. (red.) (2018), *Theory and practice of the European Convention on human rights*. 5. uppl., Intersentia s. 667–733.
- Eklund, Mia (2021), *Integritet och övervakning i arbetslivet - juridiska perspektiv på arbetsgivarens rätt att övervaka arbetstagare*. Unigrafia.
- Georgieva, Ludmila, & Kuner, Christopher (2020), 'Article 9 Processing of special categories of personal data', i: Kuner, Christopher m.fl. (red.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*. 1 uppl., Oxford University Press s. 365–384.
- Grahn, Erik & Kjällström, Susanna (2017), *Anställdas integritetsskydd: och dataskyddsförordningen*. 1 uppl., Wolters Kluwer.

- Herzfeld Olsson, Petra (2012), 'Folkrätten i arbetsrätten', i: Stern, Rebecca & Österdahl, Inger (red.), *Folkrätten i svensk rätt*. 1. uppl., Liber s. 204–229.
- Kleineman, Jan (2018), 'Rättsdogmatisk metod', i: Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*. 2 uppl., Studentlitteratur s. 21–46.
- Kotschy, Waltraut (2020), 'Article 6 Lawfulness of processing', i: Kuner, Christopher m.fl. (red.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*. 1 uppl. Oxford University Press s. 321–344.
- Källström, Kent (2000), 'Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet – Sverige'. *Arbetsliv i omvandling* vol. 2000 nr. 2 s. 85–99.
- Källström, Kent & Malmberg, Jonas (2019), *Anställningsförhållandet: inledning till den individuella arbetsrätten*. 5 uppl., Iustus förlag.
- Langille, Brian (2019), 'Introduction: The Capability Approach to Labour Law—Why are We Here?', i: Langille, Brian (red.), *The Capability Approach to Labour Law*. Oxford University Press s. 1–18.
- Lavrysen, Laurens (2018), 'System of restrictions', i: van Dijk, Pieter m.fl. (red.), *Theory and practice of the European Convention on human rights*. 5. uppl., Intersentia s. 307–330.
- Hendrickx, Frank (2019), 'Article 8 – Protection of personal data', i: Dorssemont, Filip m.fl. (red.), *The Charter of Fundamental Rights of the European Union*. Hart Publishing s. 249–272.
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (2011) (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*. 2. uppl., Norstedts juridik.
- Holmberg, Erik m.fl., Grundlagarna (3 juli 2019, version 3A, JUNO) kommentaren till 2 kap. 1 § regeringsformen.
- Malmberg, Jonas (1997), *Anställningsavtalet: om anställningsförhållandets individuella reglering*, Iustus.
- Nowak, Karol (2019), 'Begreppet mänskliga rättigheter', i: Dahlman, Christian & Wahlberg, Lena (red.), *Juridiska grundbegrepp: en vänbok till David Reidhav*. 1 uppl., Studentlitteratur s. 325–351.
- van Eecke, Patrick, & Šimkus, Anrijs (2020), 'Article 88 Processing in the context of employment', i: Kuner, Christopher m.fl. (red.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*, 1 uppl. Oxford University Press s. 1229–1239.
- Ramberg, Christina m.fl. (2018), *Rättskällor: en introduktion i kritiskt tänkande*. 1 uppl., Norstedts juridik.
- Sandgren, Claes (2005) 'Är rättsdogmatiken dogmatisk?', *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, vol. 118 nr. 4–5, s. 648–656.
- Schmidt, Folke (1994), *Löntagarrätt*. Rev. uppl., Juristförlaget.
- Selberg, Niklas & Sjödin, Erik (2012), 'Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på

- Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning'. *JT* vol. 2012–13 nr. 4, s. 846–877.
- Selberg, Niklas (2017), *Arbetsgivarbegreppet och arbetsrättsligt ansvar i komplexa arbetsorganisationer: en studie av anställningsskydd, diskriminering och arbetsmiljö*. Diss. Lund: Lunds universitet.
- Selberg, Niklas & Sjödin, Erik (2019), 'Den polycentriska arbetsrätten: Arbetsmarknad och arbetsrätt på 2010-talet' i: Selberg, Niklas & Sjödin, Erik (red.), *Lavalgenerationen: 2010-talets doktorsavhandlingar i arbetsrätt*. 1 uppl., Iustus förlag.
- Sigeman, Tore & Sjödin, Erik (2017), *Arbetsrätten: en översikt*. 7 uppl., Wolters Kluwer.
- Stenlund, Karolina (2021), *Rättighetsargumentet i skadeståndsrätten*. Diss. Uppsala: Uppsala universitet.
- Streinz, Thomas (2021), 'The Evolution of European Data Law', i: Craig, Paul & de Búrca, Gráinne (red.), *The Evolution of EU law*. 3 uppl. Oxford University Press s. 902–936.
- Tosoni, Luca & Bygrave, Lee A. (2020), 'Article 4(2). Processing', i: Kuner, Christopher m.fl. (red.), *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): a commentary*. 1 uppl. Oxford University Press s. 116–122.
- Westregård, Annamaria (2002), *Integritetsfrågor i arbetslivet*. Juristförlaget.
- Wilhelmsson, Thomas (2019), 'Den nordiska rättsvetenskapens metoder och fri digital rörlighet av rättsliga idéer inom EU'. *JT* vol. 2019–2020 nr. 1, s. 112–135.
- Zwaak, Leo, Haeck, Yves & Herrera Burbano, Clara (2018), 'Procedure Before the Court', i: van Dijk, Pieter m.fl. (red.) (2018), *Theory and practice of the European Convention on human rights*. 5. uppl., Intersentia s. 79–271.
- Öman, Sören (2001), 'Arbetsgivares behandling av personuppgifter' i: Eklund, Ronnie m.fl. (red.), *Festskrift till Hans Stark*. 1. uppl. Jure s. 413–427.
- Öman, Sören (2005), 'Privat e-post på arbetet', i: Nyström, Birgitta, Westregård, Annamaria & Vogel, Hans-Heinrich (red.), *Liber Amoricum Reinhold Fahlbeck*. Juristförlaget s. 685–708.
- Öman, Sören (2020), 'Något om saklig grund för uppsägning av arbetstagare i rättspraxis', 2020-02-25, tillgänglig på: <https://www.sorenoman.se/nagot-om-saklig-grund-for-uppsagning-av-arbetstagare-i-rattspraxis/> (hämtad 25 mars 2022).
- Öman, Sören (2021), 'Integritetsskydd i arbetslivet', i: Magnusson Sjöberg, Cecilia (red.), *Rättsinformatik: juridiken i det digitala informationssamhället*. 4 uppl., Studentlitteratur s. 268–274.

Öman, Sören, *Dataskyddsförordningen (GDPR) m.m.* (4 okt. 2021, Version 2, JUNO), kommentaren till inledning, artikel 1, 2, 4, 5, 6, 9, 17 & 79 (cit. Öman (2021) kommentaren till...).

Propositioner & statens offentliga utredningar

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

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

SOU 2002:18 Arbetstagarnas användning av informationsteknik.

SOU 2009:44 Integritetsskydd i arbetslivet.

SOU 2010:87 Skadestånds och Europakonventionen.

SOU 2014:31 Visselblåsare – Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

SOU 2017:39 Ny dataskyddslag – Kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning.

SOU 2017:52 Så stärker vi den personliga integriteten.

Prop. 2017/18:105 Ny dataskyddslag.

Prop. 2021/22:176 Flexibilitet, omställningsförmåga och trygghet på arbetsmarknaden.

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd – WP

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context*, antagen 13 sep. 2001, tillgänglig på <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> (besökt 13 maj 2022) (cit. WP48).

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Working document on the surveillance of electronic communications in the workplace*, antagen 29 maj 2002, tillgänglig på <https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/index_en.htm> (besökt 15 maj 2022) (cit. WP55).

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is “likely to result in a high risk” for the purposes of Regulation 2016/679*, antagna 4 apr. 2017, sist reviderade och antagna 4 okt. 2017, tillgänglig på <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/611236>> (besökt 19 maj 2022) (cit. WP248).

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Yttrande 2/2017 om behandling av personuppgifter på arbetsplatsen*, antaget den 8 juni 2017, tillgänglig på <<https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/610169/en>> (besökt 15 maj 2022) (cit. WP249).

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Riktlinjer om automatiserat individuellt beslutsfattande och profilering enligt förordning (EU)*

2016/679, antagna 3 oktober 2017, senast granskade och antagna 6 februari 2018, tillgänglig på <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/612053/en> (besökt 15 maj 2022) (cit. WP251rev.01).

Artikel 29-arbetsgruppen för uppgiftsskydd, *Guidelines on transparency under Regulation 2016/679*, antagna 29 nov. 2017, slutligt reviderad och antagna 11 apr. 2018, tillgänglig på <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/items/622227> (besökt 15 maj 2022) (cit. WP260).

European Data Protection Board - EDPB

EDPB, *Endorsement 1/2018*, 25 maj 2018, tillgänglig på https://edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb_en (besökt 15 maj 2022).

EDPB, *Riktlinjer 3/2019 för behandling av personuppgifter genom videoenheter*, version 2.0, antagna den 29 jan. 2020, tillgängliga på https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-32019-processing-personal-data-through-video_sv (besökt 15 maj 2022) (cit. EDPB riktlinjer 3/2019).

EDPB, *Riktlinjer 5/2019 om kriterier för rätten att bli bortglömd av sökmotorer enligt dataskyddsförordningen (del 1)*, version 2.0, antagna den 7 juli 2020, tillgängliga på https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-52019-criteria-right-be-forgotten-search-engines_sv (besökt 15 maj 2022) (cit. EDPB riktlinjer 5/2019).

EDPB, *Riktlinjer 05/2020 om samtycke enligt förordning (EU) 2016/679*, version 1.1, antagna den 4 maj 2020, tillgängliga på https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-052020-consent-under-regulation-2016679_sv (besökt 15 maj 2022) (cit. EDPB riktlinjer 05/2020).

EDPB, *Riktlinjer 07/2020 angående begreppen personuppgiftsansvarig och personuppgiftsbiträde i GDPR*, version 2.0, antagna den 7 juli 2022, tillgängliga på https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/guidelines/guidelines-072020-concepts-controller-and-processor-gdpr_sv (besökt 15 maj 2022) (cit. EDPB riktlinjer 07/2020)

Integritetsskyddsmyndigheten - IMY

IMY, *Kontroll och övervakning av anställda*, 2 juli 2021, tillgänglig på <https://www.imy.se/verksamhet/dataskydd/dataskydd-pa-olika-omraden/arbetsliv/kontroll-och-overvakning-av-anstallda/> (besökt 6 apr. 2022) (cit. IMY (2021a)).

- IMY, *Grundläggande principer*, 15 sep. 2021, tillgänglig på <https://www.imy.se/verksamhet/dataskydd/det-har-galler-enligt-gdpr/grundlaggande-principer/> (besökt 7 apr. 2022) (cit. IMY (2021b)).
- IMY, *Rättslig grund*, 30 apr. 2021, tillgänglig på <https://www.imy.se/verksamhet/dataskydd/dataskydd-pa-olika-omraden/arbetsliv/tillaten-behandling--vilka-krav-galler/rattslig-grund/> (besökt 5 apr. 2022) (cit. IMY (2021c)).
- IMY, *Syfte och tillämpningsområde*, 26 aug 2021, tillgänglig på <https://www.imy.se/verksamhet/dataskydd/det-har-galler-enligt-gdpr/introduktion-till-gdpr/syfte-och-tillampningar/> (besökt 18 mars 2022) (cit. IMY (2021d)).
- IMY, *Rättsligt ställningstagande IMYRS 2021:1 – innebörden av begreppet ”personuppgifter som rör lagöverträdelser som innefattar brott” i artikel 10 i dataskyddsförordningen*, 2021-12-08 (cit. IMY, *IMYRS 2021:1*).

Övrigt

- Abril, Danielle & Harwell, Drew (2021), 'Keystroke tracking, screenshots, and facial recognition: The boss may be watching long after the pandemic ends', *The Washington Post*, 24 sep. 2021, tillgänglig på <https://www.washingtonpost.com/technology/2021/09/24/remote-work-from-home-surveillance/> (besökt 15 feb. 2022).
- Akhtar, Pav & Moore, Phoebe (2016), 'The psychosocial impacts of technological change in contemporary workplaces, and trade union responses'. *International Journal of Labour Research*, vol. 8 nr. 1–2, s. 101–131.
- Beijmo, Mattias (2020), 'Så övervakas vi av våra arbetsgivare', *Futurion*, 6 okt. 2020, tillgänglig på <https://futurion.se/mattias-beijmo-sa-overvakas-vi-av-vara-arbetsgivare/> (besökt 15 feb 2022).
- Donovan, Lise (2021), 'Integritet i arbetslivet', *TCO*, 10 maj 2021, tillgänglig på <https://www.tco.se/tco-tycker/Arbetsmarknad/integritet-i-arbetslivet/> (besökt 9 mars 2022).
- Edwards, Lilian, Martin, Laura & Henderson, Tristan (2018) 'Employee Surveillance: The Road to Surveillance is Paved with Good Intentions', tillgänglig på <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3234382> (besökt 10 mars 2022).
- European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe (2018), *Handbook on European data protection law - 2018 edition*, tillgänglig på <https://fra.europa.eu/en/publication/2018/handbook-european-data-protection-law-2018-edition> (hämtad 18 mars 2022).
- Sartor, Giovanni & Lagioia, Francesca (2020), *The impact of the General Data Protection Regulation (GDPR) on artificial intelligence*, Europaparlamentet, tillgänglig på

- <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU\(2020\)641530](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/EPRS_STU(2020)641530)> (besökt 17 mars 2022).
- Samek Lodovici, Manuela m.fl. (2021), *The impact of teleworking and digital work on workers and society*, Publication for the committee on Employment and Social Affairs, Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Europaparlamentet, Luxembourg, tillgänglig på <[https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU\(2021\)662904](https://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document/IPOL_STU(2021)662904)> (besökt 16 mars 2022).
- Selberg, Niklas (2020), 'En agenda för framtidens arbetsrätt'. *Dagens arena*, tillgänglig på <<https://www.dagensarena.se/essa/en-agenda-framtidens-arbetsratt/>> (besökt 1 feb. 2022).
- Svenska Akademien, Integritet, Svensk ordbok (2021), tillgänglig på <<https://svenska.se/so/?id=135083&pz=7>> (besökt 2022-01-19).
- Wiklund, Peter (2022), 'Är du övervakad på jobbet?', Akavia aspekt, 10 jan. 2022, tillgänglig på <<https://www.akaviaaspekt.se/arbetsmiljo/ar-du-overvakad-pa-jobbet/>> (besökt 8 feb. 2022).

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 1975 s. 16.

NJA 1986 s. 489.

NJA 1997 s. 93.

NJA 2007 s. 747.

NJA 2015 s. 899.

NJA 2021 s. 286.

Arbetsdomstolen

AD 1932 nr 100.

AD 1934 nr 38.

AD 1934 nr 179.

AD 1935 nr 110.

AD 1943 nr 77.

AD 1967 nr 22.

AD 1967 nr 26.

AD 1983 nr 46.

AD 1985 nr 65.

AD 1985 nr 112.

AD 1990 nr 116.

AD 1991 nr 45.

AD 1997 nr 29.

AD 1998 nr 17.

AD 1998 nr 97.

AD 1999 nr 49.

AD 2001 nr 3.

AD 2004 nr 37.

AD 2004 nr 57.

AD 2009 nr 36.

AD 2009 nr 95.

AD 2010 nr 11.

AD 2010 nr 95.

AD 2011 nr 17.

AD 2012 nr 25.

AD 2012 nr 74.

AD 2013 nr 19.

AD 2015 nr 47.

AD 2015 nr 61.

AD 2015 nr 70.

AD 2021 nr 23.

EU-domstolen

C-465/00 *Österreichischer Rundfunk m.fl.*, EU:C:2003:294.

C-201/14 *Smaranda Bara m.fl.*, EU:C:2015:638.

C-708/18 *Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, EU:C:2019:1064.

C-439/19 *Latvijas Republikas Saeima*, EU:C:2021:504.

C-597/19 *M.I.C.M.*, EU:C:2021:492.

Europadomstolen

Antović and Mirković v. Montenegro, no 70838/13, 28 nov. 2017.

Bărbulescu v. Romania [GC], no 61496/08, 5 sep. 2017.

Copland v. the United Kingdom, no. 62617/00, 3 apr. 2007.

Demir and Baykara v. Turkey [GC], no. 34503/97, ECHR 2008.

Evaldsson and Others v. Sweden, no. 75252/01, 13 feb. 2007.

Köpke v. Germany (dec.), no. 420/07, 5 okt. 2010.

Libert v. France, no. 588/13, 22 feb. 2018.

López Ribalda and Others v. Spain [GC], no. 1874/13 and 8567/13, 17 okt. 2019.

Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland [GC], 27 juni 2017.

Wretlund v. Sweden (dec.), no. 46210/99, 9 mars 2004.

Förvaltningsrätt

Förvaltningsrätten i Stockholm, dom 16 feb. 2022 i mål nr 5102-21 och 5104-21.

Integritetsskyddsmyndigheten och Datainspektionen

Datainspektionens beslut 2006-09-22, dnr 1897-2005.

Datainspektionens beslut 2007-06-27, dnr 87-2007.

Datainspektionens beslut 2009-05-13, dnr 92-2009.

Datainspektionens beslut 2013-01-14, dnr 1369-2012.

Datainspektionens beslut 2017-05-16, dnr 120-2017.

Integritetsskyddsmyndighetens beslut 2021-06-09, DI-2018-22697.