

Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet

Rapporter till Nordiskt arbetsrättsligt möte 2000

Jonas Malmberg (red)

ARBETSLIV I OMVANDLING | 2000:2

ISBN 91-7045-575-9

ISSN 1404-8426



Arbetslivsinstitutet

ARBETSLIV I OMVANDLING

Redaktör: Eskil Ekstedt

Redaktion: Christina Bergqvist, Erling Bjurström, Marianne
Döös, Jonas Malmberg och Ann-Marie Sätre Åhlander

Grafisk produktion: Gabriella Stjärnborg

© Arbetslivsinstitutet & författare, 2000

Arbetslivsinstitutet,
SE-112 79 Stockholm

ISBN 91-7045-575-9

ISSN 1404-8426

Tryckt hos Elanders Gotab

Förord

Nordiskt arbetsrättsligt möte hölls den 23–25 augusti 2000 i Uppsala. Mötet arrangerades i samarbete mellan Arbetslivsinstitutet och universiteten i Helsingfors, Köpenhamn och Oslo. Vid mötet behandlades två frågeställningar, dels metoder att motverka låglönekonkurrens dels arbetstagares integritet. I denna bok återges de nationella rapporter som presenterades vid mötet.

Jag vill passa på att rikta ett varmt tack till de nationella rapportörerna, till Tore Sigeman och Birgitta Nyström, vilka fungerade som ordförande under mötet, samt till deltagarna vilka bidrog till en värdefull diskussion. Ett tack går också till Nordisk Forskerutdanningsakademi (NorFa) och Arbetslivsinstitutet som finansierade mötet.

Stockholm november 2000

Jonas Malmberg

Avdelning I Metoder att motverka låglönekonkurrens i Norden

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige 3

Jonas Malmberg

1. Inledning	3
2. Arbetstillstånd m.m.	4
3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling	6
3.1 <i>Inledning</i>	6
3.2 <i>Uteslutning av leverantörer</i>	7
3.3 <i>Sociala hänsyn vid prövning av anbud</i>	8
3.4 <i>Sociala klausuler vid offentliga kontrakt</i>	9
4. Stridsåtgärder mot arbetsgivare som inte är bundna av (svenska) kollektivavtal.	12
4.1 <i>Bakgrund</i>	12
4.2 <i>Stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbunden arbetsgivare</i>	12
4.3 <i>Stridsåtgärder mot kollektivavtalsbundna arbetsgivare</i>	16
4.4 <i>Den svenska modellen och europarätten</i>	22
5. Fackligt veto mot utlämnande av arbete	22
6. Utstationering	24

Metoder til at modvirke lavtlønskonkurrence i Danmark 29

Ruth Nielsen

1. Indledning	29
2. Begrænsning i udlændinges adgang til det danske arbejdsmarked	29
3. Ligeløn	30
4. Kollektive kampskridt for at modvirke lavtlønskonkurrence	30
5. International privatretlige spørgsmål. Udstationering	31
5.1 <i>Generelt</i>	31
5.2 <i>Vilkår der er reguleret i kollektive overenskomster.</i>	33
6. Sociale hensyn ved offentlige udbud	35
6.1 <i>Reguleringsramme</i>	35

6.2 Kontraktvilkår	35
6.3 Udvælgelseskriterier	37
6.4 Tildelingskriterier	38
6.5 Miljø	40
6.6 Uddannelse og oplæring af unge	41
6.7 ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter	41
6.8 Etnisk ligestilling, ligestilling mellem kvinder og mænd og lign	42
6.9 Erhvervsministeriets rapport om sociale klausuler i offentlige kontrakter	42
6.10 Sammenfatning	43
7. Outsourcing. Entrepriser	43
7.1 Fagligt veto	43
7.2. Virksomhedsoverdragelse	44
Metoder att motverka låglönekonkurrens i Finland	47
<i>Niklas Bruun</i>	
1. Introduktion	47
2. Arbetstillstånd m.m.	48
3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling	49
3.1 Bakgrund	49
3.2 Uteslutning av leverantörer	50
3.3 Sociala klausuler vid offentliga kontrakt	50
4. Speciallagstiftning för vissa arbetstagar kategorier	50
5. Allmängiltighetsregeln i arbetsavtalslagen	51
5.1 Allmänt om regeln, dess betydelse samt aktuella reformplaner	51
5.2 Nuläget	54
5.3 Särskilt om allmängiltigheten och låglönekonkurrensen	56
5.4 Låglönekonkurrens utanför allmängiltighetsregelns tillämpningsområde	57
6. Användning av utomstående arbetskraft samt uthyrning av arbetskraft	58

Metoder til å motvirke lavlønnskonkurranse i Norge	61
<i>Lars Holo</i>	
1. Innledning	61
2. Lønnsfastsettelse i Norge	62
2.1 <i>Allment</i>	62
2.2 <i>Organisasjonsgrad og dekningsgrad</i>	63
2.3 <i>Tariffavtaler</i>	64
2.4 <i>Almenngjøring av tariffavtaler</i>	66
2.5 <i>Boikott</i>	71
3. Grenseoverskridende arbeid	73
3.1 <i>Oppholdstillatelse og arbeidstillatelse</i>	73
3.2 <i>Utstasjoneringsdirektivet</i>	74
4. Tariffavtaler i konkurranserettslig perspektiv	77
4.1 <i>Offentlige anskaffelser og krav til lønns- og arbeidsvilkår</i>	77
4.2 <i>Tariffavtaler og konkurranse om tjenstepensjoner</i>	79
Avdelning 2 Arbetsgivarens kontroll – arbeidstagerens integritet	81
Introduktion	83
<i>Birgitta Nyström</i>	
Arbetsgivarens kontroll – arbeidstagerens integritet – Sverige	85
<i>Kent Källström</i>	
1. Inledning	85
2. Personlig och professionell integritet	87
3. Rättslig reglering	88
4. Särskilt om kontroll av arbetssökande	93
5. Särskilt om kontroll av anställda	95
<i>Säkerhetskontroller</i>	96
<i>Effektivitetskontroller</i>	97
<i>Kontroll av ordningen på arbetsplatsen</i>	97
6. Avslutning	98

Arbejdsgiverens kontrol med ansatte – Danmark	101
<i>Jens Kristiansen</i>	
1. Generelt om regelgrundlaget	101
<i>Almene regler</i>	101
<i>Arbejdsgivers ledelsesret</i>	102
<i>Sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen</i>	103
2. Ved ansættelsen	104
<i>Den frie ansættelsesret</i>	104
<i>Helbredsforhold</i>	105
<i>Strafbare forhold</i>	106
<i>Økonomiske forhold</i>	107
3. Under ansættelsen	108
<i>Generelt om kontrolforanstaltninger</i>	108
<i>Tv-overvågning</i>	109
<i>Kontrol med e-mails og hjemmesidebesøg</i>	110
<i>Alkohol- og narkotestning af ansatte</i>	111
4. Afsluttende bemærkninger	112
Arbejdsgiverens kontroll – arbetstagarens integritet – Finland	115
<i>Anders von Koskull</i>	
1. Bakgrund	115
2. Lagstiftningsläget – en översikt	116
3 Kontrollåtgärder som riktas mot arbetssökande	119
<i>3.1 Bedömning av arbetslösa arbetssökande – utkomstskydd</i>	120
<i>3.2 Insamling och behandling av uppgifter om arbetssökande</i>	120
<i>3.3 Kreditupplysningar och polisens tillförlitlighetsutlåtanden</i>	124
<i>3.4 Insamling av personuppgifter som en samarbetsfråga</i>	126
4. Arbetsgivarens kontrollåtgärder mot anställda	126
<i>4.1 Hälsa – Drogtest</i>	126
<i>4.2 Kontroll av elektronisk post (och telefon)</i>	127
5. Reformutsikter	128
<i>5.1 Proposition: Lag om integritetsskydd i arbetslivet</i>	128
<i>5.2 Säkerhetsutredningar</i>	132
<i>5.3 Krav på straffregisterutdrag</i>	133
6. Diskussion	133

Arbeidsgiverens kontrolladgang – arbeidstakerens integritet	139
<i>Helga Aune & Henning Jakhelln</i>	
1. Arbeidsgivers kontrolladgang – gammel problemstilling – nye presiseringer	139
2. Rettslig utgangspunkt for arbeidsgivers kontrolladgang	140
2.1 <i>Arbeidsgivers styringsrett</i>	140
2.2 <i>Behovet for å kontrollere veid mot behovet for personvern</i>	141
3. Grenser for arbeidsgivers kontrolladgang	141
3.1 <i>Allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet</i>	141
3.2 <i>Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4</i>	145
3.3 <i>Kollektive avtaler</i>	145
3.4 <i>Rettspraksis om grensen for arbeidsgivers kontrolladgang</i>	146
3.5 <i>Personvernlovgivning</i>	150
3.5.1 <i>Informasjonsteknologi og økt fleksibilitet</i>	151
3.5.2 <i>Personregisterloven av 09.06.1978 nr. 48</i>	153
3.5.3 <i>Personopplysningsloven av 14.04.2000, nr. 31</i>	155
4. Konklusjon	160

Avdelning I

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Norden

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Sverige

Av jur. dr Jonas Malmberg,
Arbetslivsinstitutet

1. Inledning

Ett grundläggande arbetsrättsligt problem är att arbetsrättsliga skyddsregler orsakar kostnader för företagen. Företag som tillämpar lägre skyddsnivåer kan därigenom skaffa sig konkurrensfördelar. Vidare antas att förekomsten av företag som tillämpar låga löne- eller skyddsnivåer gör det svårt för andra företag att bibehålla eller höja skyddsnivån för sina arbetstagare. Denna tanke formulerades redan i ingressen till ILO:s konstitution från 1919, där det heter:

“the failure of any nation to adopt humane conditions of labour is an obstacle in the way of other nations which desire to improve the conditions in their own countries.”

Mot bakgrund detta är det en central fråga, hur arbetsrättslig skyddsreglering skall göras tillämplig på ett sådant sätt att vissa arbetsgivare (företag) inte tillåts skaffa sig konkurrensfördelar genom att tillämpa lägre skyddsnivåer.

Det bör redan här understrykas att det inte föreligger något direkt samband mellan arbetskraftskostnader och konkurrenskraft. Det avgörande är inte arbetskraftskostnaderna i sig, utan kostnaderna i relation till produktivitet. Företag med höga arbetskraftskostnader kan klara sig utmärkt om deras produktivitet är hög. Det är också en vanlig uppfattning att höga arbetskraftskostnader kan ge incitament till rationaliseringar och därmed bidra till en strukturomvandling där resurser slussas till mer produktiva sektorer av samhället.¹ Det sagda är tillräckligt för att framhålla att inte varje skillnad i arbetskraftskostnad kan betraktas som osund konkurrens (social dumpning).

Frågan hur den arbetsrättsliga skyddsregleringen skall utsträckas till att omfatta alla arbetsgivare uppkommer på olika nivåer. På *internationell nivå* handlar det om att skilda arbetsrättsliga regler i olika länder kan ge länder med låga arbetsrättsliga skyddsnivåer konkurrensfördelar i kampen om marknadsandelar på

¹ Se t.ex. Deakin & Wilkinson, *Industrial Law Journal* 1994 s. 289–310. En sådan uppfattning präglade under stora delar av 1900-talet partsamverkan på den svenska arbetsmarknaden, se Johansson, *Tillväxt och klassarbete och De Geer, Arbetsgivarna*, s. 89 ff.

världsmarknaden eller i kampen om de internationella företagens investeringar. Ett sätt att motverka konkurrens av detta slag är genom internationella konventioner.² Den arbetsrättsliga regleringen som härrör såväl från ILO som EU kan delvis förklaras utifrån sådana överväganden.

När man möter problemet på *arbetsplatsnivå* är frågan ofta om en kollektivavtalsbunden arbetsgivare är skyldig att tillämpa kollektivavtalets villkor på arbetstagare som inte är fackligt anslutna. I Finland finns en uttrycklig lagregel som säger att arbetsgivaren normalt är skyldig i förhållande till kollektivavtalslutande fackförening att tillämpa kollektivavtalsbestämmelser även på oorganiserade och medlemmar i andra fackföreningar. Motsvarande princip har i de skandinaviska länderna utvecklats i rättspraxis, som en tyst utfyllnadsregel till kollektivavtal. Skälet till denna lösning är att arbetsgivaren inte skall tjäna på att anställa oorganiserade till lägre lön än kollektivavtalet förskriver.

Ämnet för denna rapport är vare sig den internationella nivån eller arbetsplatsnivån, utan konkurrens med lågt arbetsrättsligt skydd på *nationella varu- och tjänstemarknader*. Traditionellt har diskussionen här handlat om hur man undviker låglönekonkurrens av företag från det egna landet som inte är bundna av kollektivavtal. Som en följd av införandet av den inre marknaden har under senare år uppmärksamheten riktats mot risken för konkurrens på inhemsk marknad av utländska företag.

De följande avsnitten innehåller en översikt av de metoder att motverka låglönekonkurrens som förekommer i Sverige och den rättsliga regleringen av dessa.³ Vid redovisningen av de olika metoderna kommer särskild vikt att läggas vid hur dessa påverkats av europarätten (EU-rätten och Europarådets konvention för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna).

2. Arbetstillstånd m.m.

Ett traditionellt sätt att motverka låglönekonkurrens från utländska arbetsgivare eller arbetstagare är att uppställa restriktioner för utlänningar att bedriva näring eller arbeta här i landet. Kontrollen av tillträdet till marknaden upprätthålls av statsmakterna genom ett tillståndskrav.⁴ Som en följd av Sveriges närmande till EU har på detta område en avsevärd uppluckring skett under 1990-talet.

Avregleringen har bl.a. tagit sig uttryck i att kravet på tillstånd för utländska rättssubjekt att driva näring i landet har upphört. Detta gäller i förhållande till såväl rättssubjekt från EU/EES-området, som subjekt från andra länder. Undantag från huvudregeln att tillstånd inte krävs gäller för vissa branscher, såsom bank- och värdepappersrörelser. Kravet på näringstillstånd har ersatts med ett registre-

² Se vidare Malmberg & Johnsson, Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora.

³ De särskilda förhållandena på sjöfartens område kommer inte att beröras. Se härom Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden.

⁴ För äldre förhållanden se Nelhans, Utlänningen på arbetsmarknaden.

ringsförfarande. Alla utländska företag, utländska medborgare eller i utlandet bosatta svenska medborgare som lämnar begärda uppgifter blir registrerade och får bedriva näring här i landet.⁵

I samband med Sveriges medlemskap i EES avskaffades också kravet på *arbetstillstånd* i förhållande till utlänningar som är medborgare i ett EU/EES land. Beträffande utlänningar från andra länder upprätthålls alltså som huvudregel att dessa skall ha arbetstillstånd för att arbeta i Sverige (1 kap. 5 § utlänningslagen och 4 kap. 1 § utlänningsförordningen). Kravet på tillstånd gäller arbete som utförs i landet oavsett om det grundas på en anställning i Sverige eller utomlands och oavsett om arbetsgivaren är ett svenskt eller utländskt rättssubjekt.⁶

Varken utlänningslagen eller utlänningsförordningen innehåller några närmare angivelser av när arbetstillstånd skall meddelas. Några riktlinjer har dock antagits av riksdagen. Således anförde riksdagen 1984 att arbetskraftsinvandring fortsättningsvis endast borde tillåtas undantagsvis och sedan det genom arbetsförmedlingens aktiva medverkan visat sig att ett uppkommet arbetskraftsbehov inte kan tillgodoses inom landet.⁷ Efter inträdet i EU/EES gäller att arbetskraftsbehovet inte skall kunna tillgodoses inom EU/EES-området.

Jag skall inte beröra hur bedömningen av arbetskraftsbehovet sker. Istället skall något sägas om vilka krav som ställs på anställningsvillkor och arbetsförhållanden för att arbetstillstånd skall beviljas.

Av 4 kap. 6 § utlänningsförordningen framgår att Arbetsmarknadsstyrelsen, efter samråd med arbetsmarkandens parter, skall besluta om riktlinjer för när arbetstillstånd skall beviljas. För att beviljas permanent uppehållstillstånd av arbetsmarknadsskäl skall den sökande, enligt dessa riktlinjer, ha erhållit stadigvarande sysselsättning och full försörjning i det yrke som avses. Enligt uppgift innebär kravet på full försörjning att den sökandes lön inte får understiga 13 000 SEK per månad.

Beträffande tidsbegränsade arbetstillstånd framhålls följande.

”Personer med medborgarskap i länder utanför EU/EES får inte fungera som en regulator på svensk arbetsmarknad genom att tillåtas bli koncentrerade till arbetsplatser där svårigheter att rekrytera arbetskraft kan hänga samman med faktorer som lönesättning, arbetsmiljö, lokala förhållanden etc. Nivån avseende lön, försäkringsskydd och övriga anställningsvillkor skall lägst motsvara gällande svenska kollektivavtal inom branschen och får inte vara sämre än vad som gäller för motsvarande svensk arbetskraft. Arbetstiden skall vara av en sådan omfattning att arbetstagaren får en tillräcklig försörjning under vistelsen i landet.”

⁵ Lagen (1992:160) om utländska filialer m.m.

⁶ Av 4 kap. 1a–3a §§ utlänningsförordningen framgår en lång rad undantag från kravet på arbetstillstånd.

⁷ Se Wikrén & Sandesjö, Utlänningslagen, s. 102 f.

När det gäller prövning av arbetstillstånd i samband med utländsk entreprenadverksamhet skall klarläggas om det finns ett tillfredsställande skydd på arbetsplatsen och att anställningsförhållandena motsvarar vad som gäller på den svenska arbetsmarknaden eller i övrigt är godtagbara vid en jämförelse med svenska förhållanden.

Som regel beslutar Migrationsverket (tidigare Statens Invandrarverk) i frågor om arbetstillstånd. Innan verket beslutar att bevilja tillstånd skall verket samråda med länsarbetsnämnden. Samråd behöver inte ske om verket följer Arbetsmarknadsstyrelsens riktlinjer. I frågor av principiell betydelse eller av större vikt skall samråd ske med arbetsmarknadens parter (4 kap. 7 § utlänningsförordningen).

Det kan alltså noteras att staten alltjämt utövar kontroll över tillträdet till svensk arbetsmarknad i förhållande till arbetskraft utanför EU/EES. Kontrollen omfattar dels att ett behov av arbetskraft föreligger, dels att arbetstagarnas löne- och skyddsnivåer ligger på en nivå som är jämförbar med svenska förhållanden. Vidare kan noteras att arbetsmarknadens parter har ett visst inflytande i tillståndsprocessen.

3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling

3.1 Inledning

En annan metod att stärka upprätthållandet av en viss arbetsrättslig skyddsnivå är att offentliga organ vid upphandling av varor och tjänster kräver av leverantören att denne skall iaktta vissa anställningsvillkor eller liknande. Tanken att offentlig upphandling bör användas för att bidra till en höjning av den arbetsrättsliga skyddsnivån kommer bl.a. till uttryck i ILO:s konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part från 1949. Enligt konventionen är konventionsstaterna skyldiga att vid offentlig upphandling införa avtalsbestämmelser vilka garanterar att de berörda arbetstagarna löner, arbetstider och övriga anställningsvillkor som inte är sämre än andra arbetstagares, vilka utför samma typ av arbete i det område där arbetet skall utföras. De anställningsvillkor som avses är främst sådana som framgår av lag eller närmast tillämplig kollektivavtal.⁸ Sverige har inte ratificerat denna konvention.

Den svenska lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) trädde i kraft vid Sveriges inträde i EES år 1994. Lagen bygger huvudsakligen på EU:s upphandlingsdirektiv. Av 1 kap. 4 § följer att offentlig upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och i övrigt affärsmässigt. Vidare anges att anbudsgivare, anbudssökare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Reglerna är utformade i syfte att försvåra möjligheterna

⁸ Se vidare om konventionen Krüger, Nielsen & Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, s. 32 ff. och 207 ff.

att vid en upphandling gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt.

Frågan är i det följande vilka möjligheter upphandlande enheter har att ta hänsyn till anställningsförhållandena hos anbudsgivaren/leverantören.⁹ Frågekomplexet, som är i hög grad kontroversiellt, är under övervägande såväl inom EU som i Sverige. I ett meddelande från 1998 har kommissionen aviserat att den ämnar återkomma med ett dokument i syfte att förtydliga de gällande principerna för hanteringen av sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn vid offentlig upphandling.¹⁰ Något sådant dokument har dock ännu inte avgivits.¹¹ Vidare skall den svenska Upphandlingskommittén behandla möjligheterna att ta hänsyn till sociala och arbetsmarknadspolitiska krav samt att använda antidiskrimineringsklausuler vid offentlig upphandling.¹² Utredningen väntas lägga fram sitt slutbetänkande i december 2000.¹³

Möjligheten att inom ramen för offentlig upphandling ta sociala eller arbetsmarknadshänsyn kan diskuteras i relation såväl till möjligheten att utesluta leverantörer (kvalifikationskriterier) som till kriterierna för jämförelser av anbud (tilldelningskriterier) och till rätten att kräva sociala klausuler (kontraktskriterier).

3.2 Uteslutning av leverantörer

Möjligheten att *utesluta* leverantören behandlas bl.a. i 1 kap. 17 §.¹⁴ Av bestämmelserna framgår att en leverantör kan uteslutas bl.a. om denna är dömd för brott avseende yrkesutövningen (punkt 3) eller har gjort sig skyldig till allvarliga fel i sin yrkesutövning (punkt 4).

Det föreligger inte någon praxis som klart anger vilka typer av brott respektive överträdelse som avses. I EG-kommissionens grönbok framhålls att reglerna givetvis är tillämpliga när brottet eller det allvarliga felet leder till överträdelse av lagstiftning som syftar till att främja arbetsmarknads- och socialpolitiska mål. ”I dess fall gör sålunda de ovan nämnda bestämmelserna det indirekt möjligt för

⁹ Se även Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 388 ff. samt *Ingen diskriminering med skattemedel!* Avtalsklausuler mot diskriminering vid offentlig upphandling. Integrationsverkets rapport serie 2000:7.

¹⁰ KOM (98) 143

¹¹ Under 2000 har kommissionen lagt fram förslag till två nya upphandlingsdirektiv, KOM (2000) 275 slutlig och KOM (2000) 276 slutlig. Förslagen syftar främst till förenkling av upphandlingsregleringen och behandlar inte direkt frågan om sociala hänsyn. Se vidare Ruth Nielsen, nedan s. 35 ff.

¹² Dir. 1999:34.

¹³ Ett mått på frågeställningens kontroversiella karaktär är att flera av utredningens ledamöter och experter (borgerliga riksdagsmän respektive näringslivsföreträdare) i utredningens delbetänkande SOU 1999:139 reserverade sig mot tanken att tillåta sociala och arbetsmarknadspolitiska hänsyn, trots att frågan inte behandlades i det aktuella delbetänkandet (se SOU 1999:139 s. 360 ff.).

¹⁴ Motsvarande regler gäller vid upphandling under tröskelvärdena, se 6 kap. 9 §.

upphandlande enheter att söka nå sociala mål genom att från upphandlingsförfarandet utesluta anbudssökande, som inte iakttagit en sådan lagstiftning”.¹⁵

Av det sagda lär följä att det är möjligt att utesluta anbudsgivare som dömts för t.ex. arbetsmiljöbrott. En förutsättning är att det föreligger en lagakraftvunnen dom (punkt 3).

Vidare kan det mot bakgrund av EG-kommissionens yttrande med fog göras gällande att överträdelser av civilrättsligt sanktionerade arbetsrättsliga lagregler kan utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen (punkt 4). Inte varje överträdelse av t.ex. anställningsskyddslagen eller MBL bör dock anses som ett allvarligt fel. För att så skall vara fallet kan det vara rimligt att kräva att förseelsen antingen är av allvarlig art eller upprepad.

För att det skall vara fråga om allvarligt fel i yrkesutövningen krävs inte att anbudsgivaren överträtt lagregler. Som exempel på allvarliga fel i yrkesutövningen har nämnts överträdelser av etiska regler som gäller för leverantörens verksamhet.¹⁶ Mot bakgrund härav kan det göras gällande att anbudsgivare kan uteslutas om denne allvarligt åsidosatt kollektivavtal som gäller för arbetet eller vidtagit åtgärder som allvarligt strider mot vad som är allmänt godtaget på området (jfr 39 § MBL). Det bör dock understrykas att inte redan blotta misstanken om att en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen är tillräckligt för att denna skall uteslutas. Den upphandlande enheten måste kunna bevisa att så är fallet.¹⁷ Något krav på att det föreligger en lagakraftvunnen dom upprätthålls dock inte (såsom beträffande punkt 3).

Vidare kan en leverantör uteslutas om denne inte har fullgjort sina åliggande avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt (punkt 5).

3.3 Sociala hänsyn vid prövning av anbud

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall det anbud antas som har lägst pris eller är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Vid prövning av vilket anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt skall den upphandlande enheten, enligt bestämmelsen, ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd och miljöpåverkan. EG-direktiven innehåller liknande uppräknningar. Det har varit en omdebatterad fråga om upphandlande enheten ägt ta sociala hänsyn inom ramen för prövningen av vilket anbud som ekonomiskt mest fördelaktigt. Kommissionen har ansett att så inte är fallet. EG-domstolen har i avgörande nyligen intagit till motsatt ståndpunkt.¹⁸

¹⁵ Kommissionens grönbok Offentlig upphandling inom den Europiska unionen, avsnitt 5.41.

¹⁶ Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 127.

¹⁷ Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 128.

¹⁸ C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, dom den 26 september 2000.

”49. Domstolen erinrar om att de kriterier som de upphandlande myndigheterna skall följa vid prövning av anbud enligt artikel 30.1 i direktiv 93/37 skall vara antingen enbart det lägsta priset eller, då prövning sker till förmån för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, olika kriterier som kan variera beroende på kontraktet, exempelvis pris, tid för fullgörande, driftkostnader, lönsamhet, teknisk förtjänst.

50. Denna bestämmelse utesluter dock inte all möjlighet för de upphandlande myndigheterna att som kriterium använda ett villkor som har samband med att bekämpa arbetslösheten, under förutsättning att detta villkor är förenligt med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen sådan den framgår av fördragets bestämmelser om etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 29).

51. Även om ett sådant kriterium inte i sig är oförenligt med direktiv 93/37 krävs dock att det tillämpas med iakttagande av alla förfaranderegler i nämnda direktiv, bland annat de bestämmelser om offentliggörande som direktivet innehåller (se, i detta avseende, rörande direktiv 71/305, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 31). Härav följer att ett upphandlingskriterium som har samband med att bekämpa arbetslösheten uttryckligen skall anges i meddelandet om upphandling så att entreprenörerna skall kunna få kännedom om att ett sådant villkor uppställs (se, i detta avseende, domen i det ovannämnda målet *Beentjes*, punkt 36).”

Domen öppnar för att EG-rätten tillåter att sociala hänsynstaganden används som tilldelningskriterier, under förutsättning att dessa uppfyller kraven på icke-diskriminering och transparens. Det allmänna kravet på affärsmässighet i LOU torde dock i begränsa möjligheten till denna typ av hänsynstaganden i svensk rätt (se nästa avsnitt).

3.4 Sociala klausuler vid offentliga kontrakt

En annan fråga är om den upphandlande enheten i sina avtal får *kräva avtalsbestämmelser* enligt vilka leverantören åtar sig att *under avtalstiden* uppfylla vissa sociala eller arbetsmarknadspolitiska krav. Det handlar då om att uppställa krav på hur förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare skall vara utformat under kontraktstiden, och inte hur detta förhållande tidigare gestaltat sig. Anbudsgivare som inte accepterar de avtalsvillkor som den upphandlande enheten uppställer, kan normalt inte komma ifråga för upphandlingen. Vidare kan brott mot de förhållningsregler som följer av sådana sociala klausuler ge den upphandlande enheten rätt att häva avtalet. På detta sätt kan sociala klausuler skapa ett ökat tryck mot leverantörer att följa t.ex. vissa arbetsrättsliga regler.

Enligt EG-kommissionens tolkning skulle sådana krav inte anses strida mot EG:s upphandlingsdirektiv, så länge kraven inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra länder och villkoren klart anges i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget.¹⁹ Kommissionens tolkningen ligger väl i linje med Beentjes-domen.²⁰

För svensk rätt kompliceras frågeställningen av att LOU uppställer ett generellt krav på att offentlig upphandling skall genomföras affärsmässigt (1 kap. 4 § LOU). Kravet på affärsmässighet, vilket saknar direkt motsvarighet i EU-direktiven, är hämtad från äldre svenska regler om offentlig upphandling. Begreppet användes där för att markera att statliga myndigheter vid upphandling inte fick ta t.ex. sysselsättnings-, närings-, eller försvarshänsyn.²¹ Detta krav torde gå längre i begränsningen av tillåtna hänsyn än EG-rätten kräver.²²

Kan då något sägas om möjligheterna för upphandlande svenska enheter att i dag införa av sociala klausuler i offentliga kontrakt? Helt klart är det tillåtet med avtalsbestämmelser vilka ställer krav på att leverantören att denne inte under kontraktstiden får försätta i sig sådana situationer som skulle utgjort grund för uteslutning från anbudsprövning (jfr 1 kap. 17 § och 6 kap. 9 §). En avtalsbestämmelse som ger den upphandlande enheten rätt att häva avtalet om leverantören döms för arbetsmiljöbrott torde därmed vara acceptabel.

I övrigt får rättsläget anses något oklart. Vägledande praxis från högsta instans saknas. I det följande kommer några kammarrättsdomar samt vissa i praktiken förekommande avtalsbestämmelser att redovisas.²³

Före 1995 var det vanligt att krav uppställdes på att anbudsgivande företag skulle vara *bundet av kollektivavtal*. I en omdiskuterad dom från det året underkände Kammarrätten i Stockholm ett anbudsvillkor med krav på kollektivavtal. Ett sådant avtalsvillkor ansågs av kammarrätten missgynna vissa anbudsgivare, nämligen sådana som inte var bundna av kollektivavtal och därmed strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 4 § LOU.²⁴ Efter domen har Svenska kommunförbundet föreslagit sina medlemmar att istället använda följande villkor.

”Företaget får inte vidtaga åtgärd som kan antas åsidosätta lag eller kollektivavtal för arbetet eller annars strida mot vad som är allmänt godtaget inom den bransch som entreprenaden avser. Detta gäller dock endast om åtgärden grundar sig på omständighet som sägs i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9–11 §§ lagen om offentlig upphandling (LOU).

¹⁹ KOM (1998) 143 avsnitt 4.4.

²⁰ C-31/1987 REG [1988] s. 4635.

²¹ Prop. 1973:73 s. 50 ff.

²² Hentze & Sylvén, Offentlig upphandling, s. 42.

²³ Jag har i denna del kunnat utnyttja en PM upprättad av Göran Söderlöf, Svenska Kommunförbundet, vilken denne välvilligt ställt till mitt förfogande.

²⁴ 1995-03-28 Mål nr 1713-1995. För diskussion av domen se Hamskär & Junesjö, Lag & Avtal 1998 nr 7 s. 18 och Söderlöf & Bergström, Lag & Avtal 1998 nr 9 s. 23.

Företaget skall kräva samma utfästelse av den som företaget kan komma att anlita som underentreprenör.

Om företaget bryter mot vad som anges ovan får kommunen häva avtalet.”

Som synes bygger villkoret på tanken att samma hänsyn som är tillåtna för att utesluta en anbudsgivare också får uppställas för leverantören under kontraktstiden (se ovan). Vidare kan noteras att klausulen tycks utgå från att åsidosättande av kollektivavtal respektive vad som är allmänt godtaget inom branschen utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen (enligt 1 kap. 17 §).²⁵

Möjligen som en följd av nyssnämnda kammarrättsdom förekommer avtalsvillkor där anställningsförhållandena hos leverantören kopplas samman med kvalitén i leverantörens prestation. Därigenom blir de sociala hänsynen ”affärsmässiga” (jfr 1 kap. 4 §). Som exempel har nämnts att kvaliteten i verksamheter som vård och omsorg är direkt beroende av hur personalen fungerar. En god arbetsmiljö, en god personalpolitik och goda anställningsförhållanden i övrigt anses borga för kvalitet i vård och omsorg.

I Stockholms läns landsting och Malmö stad har diskuterats möjligheten att kräva att entreprenörer förbinder sig att respektera personalens yttrande- och meddelarfrihet avseende arbetsförhållandena i den verksamhet som utförs åt landstinget. Detta har därvid gjorts gällande att detta är betydelsefullt för upprätthållande av verksamhetens anseende och kvalitet.

Vidare anses personalkontinuitet vid upphandlingar som en viktig kvalitetsaspekt vid upphandling av vård- och omsorgstjänster. I sådana fall förekommer att upphandlande enheter uppställer krav på att leverantören skall erbjuda de arbetstagare som berörs av entreprenaden fortsatt anställning på oförändrade villkor.

Kammarrätten i Göteborg har i ett fall underkänt ett sådant villkor vid en upphandling av linjetrafik med buss, såsom stridande mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOA.²⁶ Vid tolkning av räckvidden av denna dom bör uppmärksammas att intresset av personalkontinuitet vid denna typ av verksamhet torde vara lägre än vid tjänster som berör vård- och omsorg.

Det ovan sagda antyder att möjligheterna att införa sociala klausuler i offentliga kontrakt är begränsad dels till sådana omständigheter som utgör grund att utesluta leverantörer (1 kap. 17 § och 6 kap. 9 §), dels grunder som i övrigt är affärsmässiga. Det har därvid gjorts gällande att krav på god arbetsmiljö, personal politik etc. vid upphandling av vissa typer av verksamheter, särskilt vård och omsorg, är viktiga kvalitetsaspekter och därmed affärsmässigt motiverade.

²⁵ Formuleringen i villkoret är hämtat från 39 § MBL. Se nedan avsnitt 5.

²⁶ 1998-08-28 i mål nr 3696/1998

Det bör återigen understrykas att kravet på affärsmässighet grundas på svensk rätt och inte utgår från EG-rättens krav.

4. Stridsåtgärder mot arbetsgivare som inte är bundna av (svenska) kollektivavtal.

4.1 Bakgrund

En första iakttagelse är att det i Sverige inte förkommer någon lagstiftning om minimilön. Inte heller förekommer något system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Istället är den främsta metoden att motverka låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden att fackföreningar genom stridsåtgärder söker tvinga oorganiserade arbetsgivare att teckna hängavtal. Hängavtalen innebär att arbetsgivaren förbinder sig att tillämpa det vid varje tidpunkt gällande förbundsavtalet. Avtalet är normalt identiskt med det avtal som träffats med arbetsgivarorganisationen. Tidigare var det vanligt att fackföreningar införde organisationsklausuler i sina hängavtal. Bruket av sådana klausuler tycks numera vara på väg att upphöra.

Det normala förfaringssättet är att fackföreningen utfärdar en nyanställningsblockad, dvs. ålägger sina medlemmar att inte ta anställning hos arbetsgivaren. Inte ens i de fall fackföreningen har medlemmar på arbetsplatsen, tycks det vara vanligt att dessa tas ut i strejk. Förklaringen härtill torde vara att åtgärder av detta slag oftast riktas mot mindre företag där organisationsgraden är låg. Sannolikt görs bedömningen att risken för påtryckningar eller repressalier är stor om medlemmarna på arbetsplatsen engageras i konflikten. För att påtryckningarna skall bli effektiva vidtas även sympatiåtgärder, antingen av den angripande fackföreningen själv eller av andra fackföreningar. Sympatiåtgärderna har vanligen karaktär av blockader riktade mot leveranser till eller från den angripna arbetsgivaren.

I det följande skall den rättsliga regleringen av denna typ av stridsåtgärder behandlas. Vid beskrivningen av dessa regler bör man hålla isär situationerna där *den angripne arbetsgivaren* är bunden av ett kollektivavtal och situationer där denne inte är bunden av något kollektivavtal.

4.2 Stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbunden arbetsgivare

Inledning

Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder garanteras i 2 kap. 17 § regeringsformen. Enligt bestämmelsen får rätten att vidta stridsåtgärder begränsas genom lag eller avtal. Den främsta lagstadgade begränsningen återfinns i 41 och 42 § MBL, vilka behandlar den fredsplikt som följer av kollektivavtal. Beträffande stridsåtgärder mot icke-kollektivavtalsbundna arbetsgivare finns endast några få bestämmelser

(vilka flertalet saknar intresse i detta sammanhang).²⁷ En sådan regel är förbudet mot stridsåtgärder mot enmans- och familjeföretag (41 b § MBL).²⁸ Trots återkommande diskussioner har lagstiftaren i övrigt avstått från att närmare ange gränserna för vilka stridsåtgärder som är tillåtna.²⁹ Någon motsvarighet till de regler som finns i utlandet om att stridsåtgärder skall ha rimligt fackligt syfte eller att åtgärden skall stå i rimlig proportion till syftet har inte införts.³⁰ Istället har lagstiftarens utgångspunkt alltsedan mitten av 1930-talet varit att det i första hand är en uppgift för arbetsmarknadens parter att ta sitt ansvar för att rätten att vidta stridsåtgärder inte missbrukas. Ytterst har dock statsmakterna ansatts sig berättigade att tillgripa lagstiftning för att avbryta pågående stridsåtgärder. Denna möjlighet har dock utnyttjats mycket sparsamt.³¹

Även arbetsdomstolen har – med något undantag³² – varit påtaglig försiktig med att utveckla principer som begränsar möjligheterna för arbetsmarknadens parter att tillgripa stridsåtgärder i icke-kollektivavtalsreglerade förhållanden.³³ Denna linje är väl förenlig såväl med regeringsformens stadgande att rätten att tillgripa stridsåtgärder får begränsas endast med stöd av lag eller kollektivavtal, som med den uppgiftsfördelning mellan lagstiftaren och arbetsmarknadens parter, vilken lagstiftaren givit uttryck för. Kontrasten är slående till den fredspliktsvänliga linje domstolen traditionellt upprätthållit när kollektivavtal gällt mellan parterna.³⁴

Att uttrycka saken så att stridsåtgärder vilka inte är förbjudna även är accepterade vore oriktigt. En rimligare historiebeteckning är att lagstiftaren har avstått från att ingripa så länge arbetsmarknadens parter inte missbrukar det förtroende dessa har givits. Det är således fråga om en självreglering av den typ som förekommer även inom andra sektorer av samhället.³⁵ Det måste också framhållas att arbetsmarknadens parter i sin praktiska gärning väsentligen levt upp till detta

²⁷ Se t.ex. 23 § lagen om offentlig anställning som bl.a. behandlar politiska strejker på den offentliga sektorn. Se vidare Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 229 ff.

²⁸ Regeln trädde i kraft den 1 juni 2000, och motsvarar den regel som gällde under år 1994. Se vidare 1999/2000:AU5 s. 32 ff. Se även prop. 1993/94:67 och 1993/94:AU4.

²⁹ Förslag i den riktningen har avvisats så som våren 2000 (prop. 1999/2000:32 och 1999/2000:AU5). För en översikt av äldre diskussionen, se SOU 1988:49 s. 151 ff.

³⁰ Se t.ex. Nyström, Arbetsmarknad & Arbetsliv 1997 nr 3 s. 17 ff.

³¹ Se t.ex. Sigeman i Schmidt, Facklig arbetsrätt s. 246 f.

³² Se framförallt AD 1989 nr 120 (nedan).

³³ Se t.ex. AD 1986 nr 113, AD 1989 nr 143 och 1993 nr 15. Se även AD 1980 nr 94 där domstolen godtog att arbetsgivare som stridsåtgärd innehöll förfallen lön. Domen föranledde riskdagen förbjöd sådana stridsåtgärder (41 a § MBL). Departementschefen betonade att detta inte skulle ses som något avsteg från principen utformningen stridsåtgärder är parternas sak (prop. 1983/84:165 s. 14 ff.).

³⁴ Se t.ex. AD 1980 nr 15. Se vidare t.ex. Göransson, Kollektivavtalet som fredspliktsinstrument s. 392 ff.

³⁵ Se t.ex. diskussionen om att införa en lagstiftning om franchising (1998/90:LU7, med hänvisningar).

förtroende.³⁶ Det förekommer flera arrangemang vilka syftar till att undvika missbruk av rätten att tillgripa stridsåtgärder. Här är tillräckligt att peka på huvudavtalet mellan SAF och LO som begränsar vissa typer stridsåtgärder och att rätten att vidta stridsåtgärder enligt fackförbundens stadgar normalt är förbehållen förbundens centrala ledning.³⁷ Det sistnämnda pekar på ett annat typiskt drag i den svenska modellen för reglering av arbetsmarknaden, nämligen att beslut, vilka innefattar ställningstaganden av svårbedömda rättsfrågor eller har tydlig policykaraktär, förbehålls de fackliga organisationerna.³⁸

Huvudregeln i svensk rätt är att fackföreningar får tillgripa stridsåtgärder mot arbetsgivare i syfte att teckna kollektivavtal. Några uttryckliga lagregler om att föreningen skall ha anställda på arbetsplatsen finns inte. Utgångspunkten är därför att en nyanställningsblockad av den typ som beskrevs ovan är tillåten. (Jag återkommer nedan till åtgärdens förenlighet med arbetsgivarens negativa föreningsrätt.)

Vad gäller då för de sympatiåtgärder som vidtas till stöd för fackföreningens blockad? Låt oss anta att den fackförening som vidtar stridsåtgärden är bunden av kollektivavtal med den arbetsgivare vars anställda deltar i sympatiåtgärden. Den grundläggande bestämmelsen om den fredsplikt som följer av kollektivavtal återfinns i 41 § MBL. Enligt bestämmelsen får *arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal* vidta stridsåtgärder endast om åtgärden dels har beslutats i behörig ordning och dels inte strider mot någon av de s.k. fyra punktförbuden. Stridsåtgärder som strider mot 41 § första stycket MBL betecknas som olovliga. Organisationernas ansvar ligger i att dessa inte får anordna eller på annat sätt föranleda olovlig stridsåtgärd (42 § MBL).

Endast det sista av dessa punktförbud är av intresse här. Enligt detta får en sympatiåtgärd inte företas till stöd för olovlig primäråtgärd. Motsatsvis av 41 § följer att bundenhet av kollektivavtal inte utgör hinder mot att kollektivavtalsparter vidtar sympatiåtgärder till förmån för annan som är inblandad i en lovlig arbetsmarknadskonflikt (primärkonflikt). Regeln förutsätter att en primärkonflikt verkligen är för handen. Något hinder finns inte mot att en och samma organisation vidtar både primärkonflikten och sympatiåtgärder.³⁹

Det avgörande för om en sympatiåtgärd är lovlig är alltså om primäråtgärden är lovlig. Så lång är det klart att såväl den primära nyanställningsblockaden och sympatiåtgärderna är tillåtna enligt svensk rätt. Den mer svårbedömda frågan är om dessa åtgärder kan tänkas strida mot arbetsgivarens negativa föreningsrätt.

³⁶ Se t.ex. Thörnqvist, C. Strejker på 2000-talet – ett historiskt och internationellt perspektiv, s. 32 ff. I Tegle, S., Har den svenska modellen överlevt krisen?, Arbetslivsinstitutet 2000.

³⁷ Se vidare t.ex. SOU 1984:19 s. 9 ff.

³⁸ Se t.ex. Bruun, *The Transformation of the Nordic Industrial Relations*, s. 18.

³⁹ Se vidare Bergqvist, Lunning & Toijer, *Medbestämmandelagen*, s. 428 ff.

Arbetsgivarens negativa föreningsrätt

Regler om rätten att tillhöra och verka för en förening eller att en sådan bildas (den positiva föreningsrätten) återfinns dels i 2 kap. 1 och 14 §§ Regeringsformen dels i 7-8 §§ MBL. Dessa regler omfattar inte den negativa föreningsrätten (dvs. rätten att stå utanför en förening).

Föreningsrätten behandlas även i artikel 11(1) i den Europeiska konventionen för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen). Genom lagen (1994:1219) har Europakonventionen blivit direkt tillämplig i Sverige. Vid tolkningen av lagen skall hänsyn tas till Europadomstolens tidigare och senare praxis.⁴⁰ Artikelns lydelse täcker bara den s.k. positiva föreningsrätten. Av Europadomstolens praxis följer att även den negativa föreningsrätten (rätten att stå utanför en förening) skyddas.⁴¹

Relationen mellan arbetsgivarens negativa föreningsrätt och kollektiva stridsåtgärder har ingående belysts i fallet *Gustavsson mot Sverige*.⁴² Det är inte alldeles enkelt att ur domarna utläsa hur den regel, som domstolen anser tillämplig, ser ut. Det tycks ligga närmast till hands att uppfatta artikel 11 som en avvägningsnorm där intresset bakom stridsåtgärden ställs mot arbetsgivarens intresse att stå utanför organisationen och de skador som stridsåtgärden förorsakar. Det närmare riktlinjerna för hur bedömningen skall ske är inte fullständigt klarlagda. Mot bakgrund av *Gustafsson-målet* och AD 1998 nr 17 (*Kellerman-målet*) kan dock följande typsituationer utskiljas.⁴³

För det första är det klarlagt att fackföreningen får tillgripa stridsåtgärder för att få tillstånd kollektivavtal om *det finns medlemmar på arbetsplatsen* och löne- och skyddsnivån för den anställda är lägre än som följer av kollektivavtal eller sedvänja inom branschen. Europadomstolens dom i resningsärendet tycks innebära att stridsåtgärder får tillgripas om fackföreningen har medlemmar på arbetsplatsen även om löne- och skyddsnivån för den anställda är likvärdig med på kollektivavtalsreglerade arbetsplatser. En sådan ordning är motiverad av att fackföreningarna skall kunna tillvara deras intressen, t.ex. genom samverkansförhandlingar enligt 11–13 §§ MBL. Även i dessa två fall lär dock stridsåtgärdena

⁴⁰ Prop. 1993/94:117 s. 73.

⁴¹ Se framförallt *Young, James och Webster mot United Kingdom* (dom 1981-08-13), *Sigurjónsson mot Island* (dom 1993-06-30) och *Gustafsson mot Sverige* (dom 1998-04-25 och 1998-04-25).

⁴² Fallet ha behandlats i två gånger av Europadomstolen, dels domen den 25 april 1998 dels i ett beslut den 30 juli 1998 i anledning en resningsansökan. Domarna analyseras i Agell, (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden* och Herzfeld-Osson, JT 1997–98 s. 606–614.

⁴³ Det kan erinras om att syftet med den typen av stridsåtgärder som diskuteras i denna framställning, liksom i *Gustafsson-fallet*, endast är arbetsgivaren skall träffa ett hängavtal, och inte att tvinga in denne i en organisation. Enligt domstolen omfattas även tvånget att teckna ett hängavtal ”to a degree” av skyddet för föreningsfriheten (*Gustafsson-domen* stycke 44). Detta tvång tillmäts dock vid intresseavvägningen lägre tyngd än tvång som syftar till att förmå arbetsgivaren att ansluta sig till en organisation.

vara otillåtna om villkoren i hängavtalen är ekonomiskt tyngre för arbetsgivaren än det avtal som fackföreningen slutit med arbetsgivarorganisationen.⁴⁴

Frågan är mer öppen för det fall den angripande fackföreningen *helt saknar medlemmar bland de anställda*. Det har antagits att stridsåtgärder i sådana fall är tillåtna i vart fall när de villkor som arbetsgivaren tillämpar är sämre än som följer av kollektivavtal eller sedvänja i branschen.⁴⁵ Intresset bakom stridsåtgärden är i ett sådant fall ett annat än när det finns fackföringsmedlemmar på arbetsplatsen. Om syftet i det senare fallet är att direkt skydda enskilda medlemmar, så är syftet i det förra fallet att upprätthålla en allmän löne- och skyddsnivå, och därmed undanröja risken att vissa företag skaffar sig konkurrensfördelar genom att tillämpa lägre löne- och skyddsnivåer. Det är utbredd uppfattning i Europa att en lägsta löne- och skyddsnivå skall upprätthållas av alla arbetsgivare i en bransch, oavsett om dessa har slutit kollektivavtal eller inte. Metoderna att uppnå detta resultat varierar dock. Vanligen sker detta genom att kollektivavtal görs tillämpliga på alla arbetstagare i en bransch.⁴⁶ Mot bakgrund härav måste det sägas vara ett legitimt fackligt intresse att säkerställa att kollektivavtalet utsträcks till alla företag i branschen och valet av metod torde ligga inom ramen för den "margin of appreciation" som enligt domstolens praxis skall tillkomma staterna.

Mer tveksam är frågan hur situationen skall bedömas i det fall att den angripne arbetsgivaren tillämpar villkor som motsvarar kollektivavtalets. I detta fall skulle kunna hävdas att det fackliga intresset av att träffa kollektivavtal är så uttunnat att det tvång som stridsåtgärderna innebär inte är försvarligt.⁴⁷ Det bör dock påpekas att det av Gustafsson-domen framgår att arbetsgivaren har bevisbördan för att anställningsvillkoren överensstämmer med kollektivavtalets villkor.⁴⁸ Mot bakgrund härav kan enligt min mening en stridsåtgärd i vart fall inte bedömas som otillåten förrän arbetsgivaren för fackföreningen förebringat sådan utredning att det klarlagts att de villkor som denne tillämpar är minst lika förmånliga som kollektivavtalets villkor.

4.3. Stridsåtgärder mot kollektivavtalsbundna arbetsgivare

Inledning

I avsnitt 4.2 var utgångspunkten att arbetsgivaren inte var bunden av något kollektivavtal. Situationen kommer i ett annat läge om arbetsgivaren redan är bunden av ett kollektivavtal *med en annan fackförening*. Även för denna situation har utgångspunkten varit att icke-kollektivavtalsbundna fackföreningar har rätt att tillgripa stridsåtgärder för att få till stånd ett eget kollektivavtal. Det förhållandet att tecknande av ett andra avtal kan leda till att arbetsgivaren blir bunden av

⁴⁴ Gustavssondomen stycke 52.

⁴⁵ Sigeman, Lag & Avtal 1998 nr 6 s. 21.

⁴⁶ Se vidare Ahlberg & Bruun, Kollektivavtal i EU.

⁴⁷ Jfr Agell i Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden s. 104 ff.

⁴⁸ Gustavsson-domen stycke 53.

två oförenliga avtalsförpliktelser har inte ansetts göra stridsåtgärderna otillåtna. Om ett andra kollektivavtal har träffats får frågan om respektive avtalsrättsverkningar lösas genom de regler om konkurrerande kollektivavtal som utvecklats i AD:s praxis.

Reglerna kan sammanfattas enligt följande. Om en arbetsgivare har träffat två kollektivavtal för samma verksamhet har det först träffade avtalets bestämmelser om anställningsvillkor företräde. Arbetsgivaren är därför inte skyldig att tillämpa det andra avtalets bestämmelser om anställningsvillkor. Beträffande andra bestämmelser i kollektivavtal än anställningsvillkor (dvs. regler som inte direkt berör förhållandet mellan arbetsgivaren och enskilda arbetstagare) har domstolen anlagt ett annat synsätt. Beträffande sådana villkor är arbetsgivaren bara fri från att fullgöra sina förpliktelser enligt det andra avtalet, om förpliktelserna enligt avtalen är oförenliga i den meningen att arbetsgivaren inte kan följa det andra avtalet utan att bryta mot det första.⁴⁹ Skillnaden i behandling mellan de två kategorierna av kollektivavtalsbestämmelser har sin bakgrund i att bestämmelser om anställningsvillkor regelmässigt är oförenliga. Detta följer av att arbetsgivaren normalt är skyldig att tillämpa ett kollektivavtals anställningsvillkor även på utanförstående arbetstagare.⁵⁰ Vidare bör framhållas att arbetsgivaren i vissa situationer kan bli skadeståndsskyldig gentemot den andra fackföreningen för att dess avtal inte kan tillämpas. Sådan skadeståndsskyldighet torde komma ifråga när den andra fackföreningen varken insåg eller borde ha insett att arbetsgivaren redan var bunden av ett kollektivavtal.

Den nyss beskrivna ordningen kom delvis att modifieras genom AD 1989 nr 120 (Britannia-domen). Domen rörde stridsåtgärder mot ett bekvämlighetsflaggat fartyg, på vilket ett filippinskt kollektivavtal var tillämpligt. I domen etablerar domstolen en ny regel enligt vilken fackliga organisationer – oavsett om de är bundna av kollektivavtal eller inte – är skyldiga att respektera kollektivavtal som en annan organisation redan träffat med arbetsgivaren, i vart fall i den meningen att de inte får vidta stridsåtgärder *i syfte att undantränga eller förändra* det första avtalet (Britannia-principen). Stöd för regeln fann domstolen bl.a. i grunderna för 42 § MBL. Regeln måste (beträffande rent svenska förhållanden) sägas ha accepterats av lagstiftaren genom införandet av den s.k. Lex Britannia (se nedan).⁵¹

⁴⁹ Se t.ex. AD 1978 nr 111, Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen, s. 317 f. och Sigeman i Schmidt, Löntagarrätt s. 130 ff.

⁵⁰ Se t.ex. AD 1977 nr 49 och Malmberg, Anställningsavtalet, s. 147 ff.

⁵¹ För en närmare redovisning av bakgrunden till målet eller analys av domskälen hänvisas till Schelin, Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden s. 435 ff. och Göransson, JT 1989–90 s. 536–545.

”I syfte att undantränga” lär betyda att den angripande fackföreningens syfte är att förmå arbetsgivaren att inte uppfylla sina åtaganden enligt det första kollektivavtalet. Stridsåtgärder vilka enbart syftar till att uppnå ett s.k. andrahandsavtal ligger således utanför regeln. Arbetsgivaren torde ha bevisbördan för att fackföreningens syfte är att undantränga det första kollektivavtalet.⁵²

Domen kritiserades hårt av de fackliga organisationerna. Kritiken ledde till att riksdagen antog en lag enligt vilken 42 § första och andra styckena – och därmed Britannia-principen – endast är tillämplig på anställningsförhållanden beträffande vilka MBL är direkt tillämplig. (42 § tredje stycket MBL). Uttrycket ”direkt tillämplig” syftar på MBL:s territoriella tillämplighet. Denna fråga regleras numera i första hand genom Romkonventionen.⁵³ Huvudregel i Romkonventionen är att lagvalet bestäms genom avtal (artikel 3). För anställningsavtal gäller ett undantag som innebär att arbetstagare alltid kan åberopa tvingande skyddsregler i det lands lag som skulle ha tillämpats om något avtal om lagval inte träffats (artikel 6 p. 1). Har något avtal om lagval inte träffats tillämpas lagen i det land till vilken avtalet har närmast anknytning (artikel 4). Beträffande anställningsavtal finns i artikel 6(2) två presumptionsregler om vad som skall anses med närmast anknytning. Där anges att ett anställningsavtal skall anses ha närmast anknytning till landet där arbetstagaren (a) vanligtvis fullgör sitt arbete (även om han tillfälligt är sysselsatt i annat land) eller, i andra hand, (b) där det driftställe genom vilket han anställdes är beläget.

Av förarbetena till Lex Britannia framgår att uttrycket ”anställningsförhållanden beträffande vilka MBL är direkt tillämplig” syftar på den lag som skall tillämpas för det fall något avtal om lagval inte har träffats, alltså numera Romkonventionens artikel 6(2).⁵⁴

Följden av Lex Britannia är således att kollektivavtalsbundna arbetsgivare med anställningsförhållanden på vilka MBL är direkt tillämplig skyddas mot stridsåtgärder med syfte att undantränga den första kollektivavtal. Arbetsgivare, med anställningsförhållanden på vilka MBL inte är direkt tillämplig, skyddas däremot inte mot motsvarande stridsåtgärder. Om ett kollektivavtal kommer till stånd skall den ”svenska” avtalet ha företräde framför det utländska (31 a § MBL).

⁵² Jfr Gustafssondomen stycke 53.

⁵³ Konventionen den 19 juni 1980 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Romkonventionen har genom lagen (1998:167) om tillämplig lag för avtalsförpliktelser blivit svensk lag. Lagen är tillämplig på avtal som ingåtts efter 1 juli 1998. Beträffande äldre svensk anställningsavtal tillämpas alltså äldre rätt (AD 2000 nr 45). Vid tolkningen av äldre lagvalsregler bör dock hänsyn tas till konventionen (NJA 1990 s. 734, Bogdan, Svensk internationell privat- och processrätt s. 235 och Pålsson, Romkonventionen s. 31).

⁵⁴ Prop. 1990/91:162 s. 17 f.

Lex Britannia och reglerna om fri rörlighet för tjänster

Det är en omdiskuterad fråga om Lex Britannia är fullt ut förenlig med EG:s regler om fri rörlighet.⁵⁵ Av särskilt intresse är reglerna om fri rörlighet för tjänster.⁵⁶ Dessa återfinns främst i artikel 49–50 Romfördraget.

Artikel 49 innebär enligt fast rättspraxis ett krav att medlemsstaterna skall avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet gentemot personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i ett annat medlemsland. Kravet omfattar såväl direkt som indirekt diskriminering. Vidare innebär artikeln en skyldighet för medlemsstaterna att avskaffa varje inskränkning – även sådana som påverkar som inhemska leverantörer och leverantörer från andra medlemsländer lika – som *förbjuder, hindrar eller gör det mindre tilltalande* för en utländsk leverantör att i ett medlemsland bedriva tjänster som han lagligen bedriver i det land där han är etablerad.⁵⁷

Lex Britannia (43 § tredje stycket) är inte direkt kopplad till arbetsgivarens nationalitet utan till frågan ifall MBL är direkt tillämplig på det relevanta anställningsförhållandet. Därför utgör Lex Britannia inte någon direkt diskriminering av leverantörer från andra EU/EES länder. Däremot lär Lex Britannia prima facie bedömas som indirekt diskriminerande, eftersom lagregeln i praktiken innebär att en svensk arbetsgivare som ingått kollektivavtal normalt kommer att skyddas mot vissa stridsåtgärder från andra fackföreningar, medan utländska arbetsgivare som tillfälligt utför arbete i Sverige inte ges motsvarande skydd.

Emellertid strider inte varje hinder mot den fria rörligheten mot artiklarna. Medlemsstaterna får uppställa regler eller vidta andra gärder, vilka utgör hinder mot den fria rörligheten för tjänster om dessa rättfärdigas av *tvingande hänsyn av allmänintresse* (overriding requirements relating to the public interest).

Av EG-domstolens praxis följer att skyddet för arbetstagare är ett tvingande hänsyn av allmänintresse.⁵⁸

I EG-domstolens praxis har aldrig prövats i vilken utsträckning (tillåtligheten av) fackliga stridsåtgärder, som syftar till att säkerställa sådana tvingande hänsyn, kan utgöra ett hinder mot den fria rörligheten av tjänster. Domstolen har dock framhållit att medel som är nödvändiga för att säkerställa att de tvingande hänsynen iakttas är tillåtna.⁵⁹ Att även stridsåtgärder, vilka kan utgöra hinder mot den

⁵⁵ Se t.ex. Ds 1994:13 särskilt s. 362 f., Andersson Låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden, Sigeman, Den svenska EES-arbetsrätten. En översikt s. 176 ff. och Nyström EU och arbetsrätten s.106

⁵⁶ Visserligen är reglerna om fri rörlighet av tjänster är subsidiära i förhållande till reglerna om fri etablering. Eftersom det är fråga om tjänst – och inte etablering – när någon tillfälligt utför prestationer i ett land torde likväl frågor om Lex Britannias tillämplighet i praktiken endast uppkomma i fråga om fri rörlighet av tjänster.

⁵⁷ Se t.ex. Craig & de Búrca, EU Law, s.762 ff.

⁵⁸ Se t.ex. C-279/80 Webb REG 1981 s. 3305

⁵⁹ Se t.ex. C-113/89 Rush Portuguesa REG 1990 s. I-1417, punkt 18.

fria rörligheten, skall accepteras vinner stöd av den s.k. *Montiförordningen*.⁶⁰ Förordningen, som tillkom som en reaktion mot franska bönders handgripliga protester mot import av jordbruksprodukter från bl.a. Spanien⁶¹, ålägger medlemsstaterna att i vissa fall ingripa mot hinder mot den fria rörligheten av varor som kan uppstå på medlemsstaternas territorium. I förordningen anges uttryckligen att förordningen inte får tolkas som att den på något sätt inverkar på utövandet strejkrätten, såsom de erkänns i medlemsstaterna (artikel 2). I samma riktning talar det förhållandet att det i Utstationeringsdirektivet (96/71/EG), vilket anges vara antaget i syfte att främja den fria rörligheten av tjänster, framhålls att direktivet inte skall inverka på den rättsliga regleringen i medlemsstaterna vad gäller rätten att vidta fackliga stridsåtgärder för att försvara yrkesintresse (ingressen stycke 22). Mot bakgrund av detta tycks det klart att stridsåtgärder är ett tillåtet medel för att säkerställa tvingande hänsyn av allmänintresse.

Man kan alltså utgå från att stridsåtgärder som vidtas mot en utländsk arbetsgivare i princip betraktas som ett medel som kan vara tillåtet för att säkerställa ett allmänt intresse (dvs. skydd för arbetstagare). För att så skall vara fallet måste dock två förutsättningar vara uppfyllda. För det första får det allmänna intresset ifråga inte redan vara tillgodosett genom regler i den medlemsstat där den person som tillhandahåller tjänster är etablerad. För det andra skall inte samma resultat kunna uppnås med mindre ingripande medel (*proportionalitetsprincipen*). När det gäller arbetsrättslig reglering har vissa bedömningar utvecklats för olika typer av bestämmelser.

En typ av bestämmelser gäller ersättningar som betalas direkt till arbetstagarna. Av rättspraxis följer att gemenskapsrätten inte hindrar medlemsstaterna att låta nationell lagstiftning eller nationella kollektivavtal beträffande *minimilön* gälla alla som innehar ett avlönat arbete, även tillfälligtvis, inom dess territorium.⁶²

Man kan fråga sig om ett svenskt kollektivavtal, vilket en utländsk arbetsgivare tvingats acceptera, verkligen anger minilön i den meningen som avses i EG-domstolens praxis, eftersom det förekommer arbetsgivare som inte är bundna av avtalet. Därmed omfattar kollektivavtalen inte alla arbetstagare.

Det har därvid gjorts gällande att de svenska arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal från konkurrenssynpunkt saknar betydelse och att reglerna i svenska kollektivavtal därför skulle accepteras som minimilöneregler i detta avseende.⁶³ Denna tanke vinner visst stöd av utstationeringsdirektivet (96/71/EG).

⁶⁰ Rådets förordning (EG) nr 2679/98 av den 7 december 1998 om den inre marknadens sätt att fungera i samband med den fria rörligheten för varor mellan medlemsstaterna.

⁶¹ Jfr C-265/95 Kommissionen mot Frankrike REG 1997, s. I-6990.

⁶² C-62/81 och C-63/81 *Seco m.fl.* REG 1982 s. 223, punkt 14; C-113/89 *Rush Portuguesa* REG 1990 s. I-1417 punkt 18, C-272/94 och *Guiot*, REG 1996, s. I-1905, punkt 12.

⁶³ Ds 1994:13 s. 336

Av direktivet framgår att medlemsstaterna får – men är inte skyldiga – att ålägga utländska företag att följa även sådana kollektivavtal som inte har s.k. erga omnes-effekt om dessa ”gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn”.⁶⁴ Formuleringen anses tillkommen för att täcka de danska och svenska kollektivavtalssystemen. Den närmare innebörden av regeln är inte helt klar. Det måste dock antagas att någon total täckningsgrad inte krävs. I annat fall har ju regeln inte någon annan innebörd än huvudregeln om att bara avtal med erga omnes-effekt kan utsträckas till gästande företag. Denna tolkning stöds även av ett uttalande av kommissionen i ett Explanatory Memorandum (av den 16 juni 1993).⁶⁵

Exakt vad som avses med minimilön tycks något oklart. Med minimilön torde avses de ersättningsnivåer som arbetsgivaren minst är skyldig att betala till arbetstagare inom lagens eller kollektivavtalets tillämpningsområde. För svensk rätt skulle det motsvara de villkor arbetsgivaren enligt kollektivavtal är skyldigt gentemot fackföreningen att betala även till utanförstående arbetstagare.⁶⁶

En annan typ av bestämmelser är regler som ålägger arbetsgivaren att betala försäkringspremier eller andra avgifter till fonder (motsvarande) till förmån för sina arbetstagare. Världlandet får ålägga det gästande företaget att betala sådana avgifter under två förutsättningar. För det första får arbetstagaren inte åtnjuta samma eller i väsentliga delar jämförbart skydd genom de skyldigheter som arbetsgivaren redan omfattas av i den medlemsstat där han är etablerad. För det andra måste de berörda arbetstagarna ges en rätt att kunna utkräva de förmåner som är kopplade till avgifterna.

Av det ovan sagda följer att Lex Britannia prima facie utgör ett klart fall av indirekt diskriminering. Som framgått kan bör dock stridsåtgärder som vidtas med stöd av Lex Britannia kunna godtas enligt EG-rätten om det skydd för arbetstagarna som eftersträvas inte redan vara tillgodosett genom regler i tjänsteutövarens är etableringsland och samma resultat kunna uppnås med mindre ingripande medel. Frågan om stridsåtgärdernas tillåtlighet i ett enskilt fall blir därigenom beroende av hur de fackliga organisationer utformar sina avtalskrav.⁶⁷ Samtidigt bör framhållas den rättsliga bedömningen av dessa frågor är behäftad med stor osäkerhet.

⁶⁴ Artikel 3:10 jämfört med 3:8 andra stycket.

⁶⁵ Uttalandet återges i SOU 1998:52 s. 85.

⁶⁶ Malmberg, Anställningsavtalet s. 158 ff. I Arblade-målet (domstolens dom 1999-11-23 i målen C-369/96 och C-376/96) befanns inte vissa regler om ”stämplar för ogynnsamma väderleksförhållanden och för lojalitet” innefattas i minimilönen. Skälet härtill var att stämplarna beräknades på grundval av arbetarens bruttolön och därför inte kunde utgöra en integrerad del av denna. Avgörande framstår som påtagligt formalistiskt.

⁶⁷ Se även Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen s. 448.

4.4 Den svenska modellen och europarätten

Hur har då rätten att tillgripa stridsåtgärder påverkats av europarätten? Som angavs inledningsvis har lagstiftarens traditionella utgångspunkt varit att det i första hand ankommer på arbetsmarknadens parter att på eget ansvar vidta ekonomiska stridsåtgärder, när fredsplikt inte råder på grund av kollektivavtal. Det noterades också att den svenska arbetsdomstolen i stort avstått från att genom rättspraxis uppställa gränser för parternas frihet att tillgripa stridsåtgärder (utanför kollektivavtalsförhållanden). Arbetsmarknadens parter har härigenom de facto åtnjutit en slags immunitet mot rättslig kontroll över användningen av stridsåtgärder. Som vi har sett har denna immunitet numera genombrutits. Men den rättsliga kontrollen utövas inte av vare sig den svenska riksdagen eller den svenska arbetsdomstolen, utan istället av domstolarna i Luxemburg och Strasbourg.

Samtidigt måste understrykas att hittillsvarande rättspraxis från dessa domstolar inte motsäger att det är en legitim uppgift för fackföreningar inte bara att direkt tillvarata sina medlemmars intressen genom att påverka anställningsvillkoren för dessa, utan även att motverka social dumpning genom att vaka över villkoren på arbetsmarknaden i dess helhet. Domstolarnas övervakning tycks begränsa sig till att kontrollera att fackföreningarna inte missbrukar den befogenhet som de i detta avseende som traditionellt åtnjutit.

5. Fackligt veto mot utlämnande av arbete

I 38–39 §§ MBL återfinns regler om fackligt inflytande i frågor om utlämnande av arbete till självständiga uppdragstagare. Regleringen är påfallande komplicerad och här kan inte annat än huvudreglerna redovisas.⁶⁸

Regleringen avser arbetsgivarens beslut att låta någon utföra visst arbete för hans räkning eller i hans verksamhet utan att denne därvid skall vara arbetstagare hos honom. Innan en arbetsgivare fattar ett sådant beslut skall han på eget initiativ förhandla med kollektivavtalsbärande fackförening. Förhandlingen skall i första hand hållas med den lokala fackföreningen. På begäran av denna skall även central förhandling hållas (38 § MBL).

Om central förhandling har hållits äger den centrala fackföreningen under vissa omständigheter förbjuda den tilltänkta åtgärden, nämligen om det kan antas att åtgärden

medför åsidosättande av lag eller kollektivavtal eller

annars strider mot vad som är allmänt vedertaget på avtalsområdet.

Den arbetsgivare som inte följer vetot kan åläggas att utge allmänt skadestånd.

Reglerna om fackligt veto infördes i MBL som ett svar på en diskussion om vad som vid den tiden betecknades som kringgående av arbetstagarbegreppet och

⁶⁸ Se vidare Bergqvist, Lunning & Toijer, Medbestämmandelagen, s. 383 ff.

utnyttjande av grå arbetskraft. Allteftersom ett större socialt och ekonomiskt ansvar lagts på arbetsgivare, hade det blivit vanligare att företag utnyttjade andra juridiska arrangemang att bedriva verksamheten än genom egna anställda. Detta antogs ske framförallt för att undgå de kostnader och det ansvar som följde av arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal, samt skyldigheter inom skatterätten. Missförhållanden var utbredda och välkända inom t.ex. varvsindustrin och bygg- och anläggningsbranschen.

I motiven angavs att syftet med regleringen inte var att hindra företag från att utnyttja främmande tjänster. Det betonades att arbetsfördelning mellan företag och specialisering av verksamhet är nödvändig för utveckling av näringslivet.⁶⁹ Vad man ville komma åt var de fall där företagens sätt att organisera verksamheten framstod som illojalt mot de regler som gäller på arbetsmarknaden. Regleringen syftade till att komma åt företeelser som redan var otillåtna enligt andra regler. Det nya var att ytterligare en kontrollmekanism tillskapades.

Som synes bygger regleringen på två av de drag för den svenska modellen som tidigare uppmärksammats (avsnitt 4.2). För det första anses det vara en uppgift för fackföreningarna att motverka social dumpning (dvs. att inte bara direkt bevaka villkor för de egna medlemmarna utan även att övervaka villkoren på arbetsmarknaden som helhet). Vidare har beslutanderätten lagts hos de centrala arbetstagarorganisationerna.

Reglerna var kontroversiella när de infördes och är så alltjämt. Kritikerna har framhållit att det finns risk att vetorätten utnyttjas för andra ändamål än de avsedda, t.ex. som ett medel i konkurrens mellan olika fackföreningar. Vidare pekas på att regleringen ger begränsade rättssäkerhetsgarantier. Den entreprenör som av fackföreningen blir anklagad för att t.ex. inte betala sociala avgifter, ges ingen möjlighet att försvara sig. Reglerna anklagas också för att anvisa ett alltför komplicerat förfarande, vilket kan leda till problem, särskild för små och medelstora företag.

Det fackliga vetot avskaffades år 1993 av den dåvarande borgerliga regeringen. Ett av argumenten, låt vara inte det viktigaste, var att det fackliga vetot inte var förenligt med EG-direktiven om offentlig upphandling. I propositionen framhölls att lagen om offentlig upphandling innehåller en uttömmande uppräkningslista av de fall när en leverantör kan uteslutas från upphandling och att den upphandlande enheten vid prövningen anbud skall anta det anbud som har lägst pris eller annars är mest ekonomiskt fördelaktigt. Departementschefen menade att något undantag för det fall att fackföreningen har lagt in veto inte finns i LOU och inte heller i de bakomliggande EG-direktiven.⁷⁰

⁶⁹ Prop. 1975/76:105 bil. 1 s. 310.

⁷⁰ Prop. 1993/97:67 s. 53 f. Se även Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 406 f. Vidare anfördes att vetoreglerna i vissa fall kunde antas strida mot EG:s konkurrensregler. Det framhölls att om vetorätten används mot flera arbetsgivare, och dessa sedan i samråd fattar

Efter valet 1994 återinfördes det fackliga vetot av den nya socialdemokratiska regeringen. I propositionen berördes inte frågan om vetoreglernas förenlighet med EG-rätten.⁷¹ Frågan diskuterades dock vid utskottsbehandlingen. Utskottet framhöll att förutsättningarna för att kunna ställa krav på en leverantör är olika i 39 § MBL och i 1 kap. 17 § upphandlingslagen. Särskilt gällde detta rekvisitet i 39 § att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde. Detta rekvisit gav, enligt utskottet, utrymme för att ställa krav som går väsentligt utöver vad upphandlingslagen medger.⁷² Vidare noterades att det för att tillgripa veto enligt 39 § MBL är tillräckligt att det *kan antas* att åtgärden kommer att medföra överträdelse av lag etc., medan uteslutning av anbudsgivare förutsätter att denna t.ex. *dömts* för brott eller det kan *bevisas* att denne gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning. Mot bakgrund härav var en anpassning av vetoreglerna till upphandlingslagen enligt utskottet nödvändig. I syfte att inte minska utrymmet för veto mer än nödvändigt beslutades att en vetoförklaring, som sker i samband med upphandling i på vilken LOU är tillämplig, endast får grundas på omständigheter som anges i 1 kap. 17 § LOU (eller, beträffande upphandling under tröskelvärdena, 6 kap. 9–11 §§ LOU).⁷³

6. Utstationering

Som en sista metod att motverka låglönekonkurrens skall Utstationeringsdirektivet (96/71/EG) helt kort beröras.⁷⁴ Direktivet antogs 1996 och är sedan december 1999 implementerat i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

Direktivet behandlar anställningsförhållandena för arbetstagare som tillfälligt utför arbete i ett annat land (värdlandet). Enligt Romkonventionen är värdlandets lag normalt inte tillämplig på sådana anställningsförhållanden. Tanken bakom utstationeringsdirektivet är att vissa av värdlandets arbetsrättsliga regler likväl skall tillämpas även på arbetstagare som tillfälligt utför arbete i landet. Redan av EG-domstolens praxis från tiden före direktivet framgår att värdlandet har rätt – men inte skyldighet – att tillämpa vissa minimivillkor i lagar och kollektivavtal, i vart fall allmängiltiga, på sådana gästande arbetstagare.⁷⁵ Den huvudsakliga nyheten i direktivet är att medlemsstaterna blir *skyldiga* tillämpa vissa minimivillkor även på dessa grupper.

beslut att inte använda de tjänster som erbjuds av en viss entreprenör, kan detta utgöra en konkurrensbegränsande samverkan mellan företag.

⁷¹ Prop. 1994/95:76 s. 19.

⁷² Att det kan ifrågasättas om denna uppfattning är riktig framgår ovan avsnitt 3.2.

⁷³ Bet. 1994/95:AU04. Frågan om vetoreglernas överensstämmelse med EG:s konkurrensrätt uppmärksammades inte detta lagstiftningsärende.

⁷⁴ Allmänt om direktivet se t.ex. SOU 1998:52, Davies CMLR 34 (1997) s. 571 ff., Eklund SvJT 2000 s. 260–269, Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten s. 342 ff. och Nyström, EU och arbetsrätten s. 112 ff.

⁷⁵ Se t.ex. C-113/89 Rush Portuguesa.

Den centrala bestämmelsen i direktivet återfinns i artikel 3. Enligt denna är medlemsstaterna *skyldiga* att se till att arbetstagare som tillfälligt stationerats på deras territorium garanteras vissa arbets- och anställningsvillkor. De arbets- och anställningsvillkor som åsyftas är sådana som

- är reglerade i lag eller – vid arbete som avser byggverksamhet – i allmän-giltiga kollektivavtal och
- berör vissa särskilt utpekade frågor (längsta arbetstid, betald semester, minimilön etc.)

Därutöver ger direktivet medlemsstaterna *möjlighet* att utsträcka även andra villkor till utstationerade arbetstagare. I bl.a. Sverige saknas system för allmän-giltigförklaring av kollektivavtal. Enligt en särskild bestämmelse i direktivet (artikel 3:8) kan länder som saknar allmängiltiga kollektivavtal, ”*om de så beslutar*”, istället utgå från kollektivavtal som gäller allmänt för en viss sektor, visst arbete eller ett visst geografiskt område. Denna möjlighet står öppen såväl för byggsektorn som för andra typer av verksamheter (artikel 3:10). Direktivet ger därigenom Sverige möjlighet att välja om de utländska arbetsgivarnas skyl-dighet att iaktta vissa arbets- och anställningsvillkor skall omfatta regler i kollektivavtal.

Ett av de viktigaste ändamålen med direktivet är att motverka social dump-ning. Den metod som direktivet anvisar är dock en annan än den som traditionellt används i Sverige. Medan uppgiften att motverka låglönekonkurrens i Sverige traditionellt åvilat fackföreningarna, bygger direktivet på tanken att det är staten som skall fastställa vilka regler som skall gälla för arbetstagare som inte direkt omfattas av svensk lagstiftning och svenska kollektivavtal.

Mot bakgrund härav är det inte förvånande att lagstiftaren valt en relativt minimalistiskt strategi vid implementeringen av direktivet. Detta märks främst genom att lagstiftaren valt att inte utnyttjat den möjligheten att låta svenska kollektivavtal bli tillämpliga på här i landet utstationerade arbetstagare (med stöd av artikel 3 stycke 8 och 10). I motiven angavs som skäl för detta bl.a., att det medel som arbetsmarknadens parter idag använder för att motverka social dump-ning i Sverige, i första hand att (under hot om stridsåtgärder) sluta kollektivavtal med utländska arbetsgivare, är tillräckliga för att hindra social dumping på den svenska arbetsmarknaden.⁷⁶

⁷⁶ SOU 1998:52 s. 84 ff., särskilt s. 90. och Prop. 1998/99:90 s. 26 f.

Källor

Offentligt tryck m.m.

- Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1993/94:AU4
Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1994/95:AU04
Arbetsmarknadsutskottet betänkande 1999/2000:AU5
Ds 1994:13 Lex Britannia
Kommissionens meddelande Offentlig upphandling inom den Europeiska unionen, 1998-03-11, KOM (98) 143.
Kommissionens grönbok Offentlig upphandling inom den Europiska unionen (antagen den 27 november 1996)
Kommittédirektiv 1999:34 Tilläggsdirektiv till Utredningen om översyn av Nämnden för offentlig upphandling
Lagutskottets betänkande 1998/90:LU7
Prop. 1973/73 angående riktlinjer för den offentliga upphandlingen
Prop. 1975/76:105 bil. 1 Lag om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1983/84:165 om ändring i lagen (1976:589) om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1990/91:162 om vissa fredspliktsregler
Prop. 1993/94:67 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler
Prop. 1993/97:67 om ändringar i lagen om anställningsskydd och i lagen om medbestämmande i arbetslivet
Prop. 1993/94:117 Inkorporering av Europakonventionen och andra fri- och rättighetsfrågor
Prop. 1994/95:76 Förändring av vissa arbetsrättsliga regler
Prop. 1998/99:90 Utstationering av arbetstagare
Prop. 1999/2000:32 Lönebildning för full sysselsättning
SOU 1984:19 Arbetsmarknadsstriden II
SOU 1988:49 Arbetsmarknadsstriden III
SOU 1998:52 Utstationering av arbetstagare
SOU 1999:139 Effektivare offentlig upphandling

Litteratur

- Agell, A. (red.), *Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden*, Iustus 1999.
Ahlberg, K. & Bruun, N., *Kollektivavtal i EU*, Juristförlaget 1996.
Andersson, G., *Låglönekonkurrens på den svenska arbetsmarknaden*. I Affärsjuridiska uppsatser 1993, Iustus 1994.
Bergqvist, O., Lunning, L. & Toijer, G., *Medbestämmandelagen. Lagtext med kommentarer*, Publica 2 uppl. 1997.
Bogdan, M., *Svensk internationell privat- och processrätt*, Norstedts 5 uppl. 1999.
Bruun, N., *The Transformation of the Nordic Industrial Relations*; I The Transformation of the Nordic Industrial Relations in the European Context, IIRA 4th European Regional Congress, Helsingfors 1994.

- Craig, P. & de Búrca, G., *EU Law – text cases and materials*, Oxford University Press 1998, Oxford.
- De Geer, H., *Arbetsgivarna. SAF i tio decennier*, SAF 1992.
- Davies, P., *Posted Workers: Single Market or Protection of National Labour Law Systems?*, *Common Market Law Review* 34 (1997) s. 571–602.
- Deakin, S. & Wilkinson, F., *Rights vs Efficiency? The Economic Case for Transnational Labour Standards*, *Industrial Law Journal*, vol. 23, 1994 s. 289–310.
- Eklund, R., *Utstationering av arbetstagare*. SvJT 2000 s. 260–269.
- Göransson, H., *Kollektivavtalet som fredspliktinstrument*, Juristförlaget 1988.
- Göransson, H., *Stop för stridsåtgärder mot bekvämlighetsflaggade fartyg?*, JT 1989–90 s. 536–545.
- Hamskär, I. & Junesjö, K., *Felaktig dom bidrar till lönedumpning*, Lag & Avtal 1998 nr 7 s. 18
- Hentze, M., & Sylvén, H., *Offentlig upphandling*, Norstedts 1998.
- Herzfeld-Osson, P., *Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen*, JT 1997–98 s. 606–614.
- Johansson, A. L., *Tillväxt och klassarbete*, Tiden 1989.
- Krüger, K., Nielsen, R. & Bruun, N., *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF 1997, Köpenhamn.
- Maier, L., *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, Jure 2000.
- Malmberg, J., *Anställningsavtalet*, Iustus 1997.
- Malmberg & Johnsson, *Social Clauses and Other Means to Promote Fair Labour Standards in International Fora – A Survey*, Arbetslivsrapport 1998:25, Arbetslivsinstitutet.
- Nelhans, J., *Utlänningen på arbetsmarknaden. De rättsliga förutsättningarna för utlännings tillträde till den svenska arbetsmarknaden*. Studentlitteratur 1973.
- Nyström, B., *EU och arbetsrätten*, Norstedts 2 uppl. 1999.
- Nyström, B., *Stridsåtgärder på en moderna arbetsmarknad*, Arbetsmarknad & Arbetsliv 1997 nr 3 s. 17–34.
- Pålsson, L., *Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser*. Norstedts 1998.
- Schelin, J., *Bekvämlighetsflagg och arbetsförhållanden*, Iustus 1997.
- Schmidt, F., *Facklig arbetsrätt*, Juristförlaget, reviderad upplaga 1997, ombesörjd av Ronnie Eklund, Håkan Göransson, Kent Källström och Tore Sigeman.
- Schmidt, F., *Löntagarrätt*. Juristförlaget reviderad upplaga 1994 ombesörjd av Tore Sigeman, Ronnie Eklund, Håkan Göransson och Kent Källström.
- Sigeman, T., *Den svenska EES-arbetsrätten. En översikt*. I Rosén (red.) EES-avtalet i svensk rätt, Juristförlaget 1993.
- Sigeman, T., *Den negativa föreningsrätten har tveksamma gränser*. Lag & Avtal 1998 nr 6 s. 21.
- Söderlöf, G. & Bergström, G., *Slopat krav på kollektivavtal inget problem vid offentlig upphandling*, Lag & Avtal 1998 nr 9 s. 23.
- Thörnqvist, C., *Strejker på 2000-talet – ett historiskt och internationellt perspektiv*; I Tegle, S., *Har den svenska modellen överlevt krisen?*, Arbetslivsinstitutet 2000.
- Wikrén, G. & Sandesjö, H., *Utlänningslagen med kommentarer*, Norstedts 6 uppl. 1999.

Metoder til at modvirke lavtlønskonkurrence i Danmark

Af professor, dr. jur. Ruth Nielsen,
Handelshøjskolen København

1. Indledning

I EU landene er de typiske måder at modvirke lavtlønskonkurrence på
lovbestemt mindsteløn
kollektive overenskomster
almengyldighed af kollektive overenskomster.

Lovbestemt mindsteløn findes i de fleste EU lande bortset fra de nordiske og Tyskland og almenyldige overenskomster findes i alle andre EU lande end Danmark, Sverige og England.¹

I Danmark findes der hverken lovbestemt mindsteløn eller almenyldige kollektive overenskomster. Her udgør almindelige, ikke almenyldige, kollektive overenskomster den primære måde at modvirke lavtlønskonkurrence på. Reglerne herom suppleres af forskellige andre regelsæt.

2. Begrænsning i udlændinges adgang til det danske arbejdsmarked

Efter udlændingelovens § 13 skal udlændinge have arbejdstilladelse for at tage lønnet eller ulønnet beskæftigelse, for at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed eller for mod eller uden vederlag at udføre tjenesteydelser i Danmark.

Efter § 14 er forskellige kategorier af udlændinge fritaget for arbejdstilladelse. Det gælder navnlig udlændinge, der er statsborgere i et andet nordisk land, og udlændinge, der har krav på fri bevægelighed efter EU-reglerne herom.

Efter udlændingelovens § 15 kan der knyttes betingelser til en arbejdstilladelse. Indenrigsministeren fastsætter nærmere regler om arbejdstilladelser, herunder om tilladelsernes indhold og varighed og om de betingelser, der kan knyttes til en tilladelse. Efter lovens § 16 kan Arbejdsministeren fastsætte regler om, at en udlænding, som har arbejdstilladelse eller er fritaget herfor, skal være medlem af en arbejdsløshedskasse, og om, at den, der beskæftiger en udlænding, skal underrette arbejdsformidlingen. Der har tidligere været bekendtgørelser herom, men de blev ophævet i 1995.²

¹ Se nærmere COM(2000) 113 final, Industrial Relations in Europe – 2000.

² BEK nr 675 af 09/08/1995.

3. Ligeløn

Historisk har lavtlønskonkurrence mod mænd været et af de midler, danske kvinder har brugt for at sikre sig en plads på arbejdsmarkedet. I mellemkrigstiden var Kvindeligt Arbejderforbund således modstander af ligeløn,³ der først fik støtte fra 1951 og fremefter efter ratifikationen af ILO konvention nr 100 om ligeløn fra 1950.

På EU niveau blev ligelønsreglerne oprindeligt indført i EF-Traktaten (nu artikel 141 EF) efter krav fra Frankrig for at modvirke lavtlønskonkurrence fra lande, der praktiserede mindre ligeløn end Frankrig. De nuværende danske ligelønsregler følger EU-reglerne.

4. Kollektive kampskridt for at modvirke lavtlønskonkurrence

Under en bestående overenskomst er der fredspligt for det forbund, der har indgået overenskomsten og dette forbunds medlemmer.

Der kan derimod som hovedregel anvendes kollektive kampskridt til støtte for krav om indgåelse af en kollektiv overenskomst, i tilfælde hvor der ingen overenskomst er.

Det er en arbejdsretlig grundsætning, at et fagforbund ikke lovligt kan etablere konflikt over for en arbejdsgiver med henblik på at opnå overenskomst om et arbejdsområde, der allerede er dækket af en overenskomst med et andet forbund, når de konkurrerende organisationer begge er medlemmer af Landsorganisationen i Danmark. En fravigelse fra denne grundsætning kræver meget stærke grunde.⁴

I andre tilfælde er hovedreglen, at et forbund ikke er afskåret fra at kræve overenskomst, blot fordi arbejdet allerede er dækket af overenskomst med en konkurrerende lønmodtagerorganisation.

Hvis fx en fremmed arbejdsgiver bringer lavtlønnet arbejdskraft til Danmark, og den lave løn har støtte i en kollektiv overenskomst, afskærer den allerede indgåede overenskomst ikke kollektive kampskridt i Danmark.

Til støtte herfor kan fx henvises til Arbejdsrettens domme i et par sager anlagt af Kristelig Arbejdsgiverforening mod LO,⁵ hvor Arbejdsretten udtalte, at det er den almindelige regel i dansk arbejdsret, at en fagforenings adgang til at anvende kollektive kampskridt med henblik på opnåelse af overenskomst alene er betinget af en faglig interesse, som har en passende styrke og aktualitet. Dette var utvivlsomt tilfældet i de foreliggende situationer, og retten fandt det uden betydning, at det arbejde, der søgtes overenskomstdækket, allerede var omfattet af overens-

³ Se nærmere Anne Olsen: Kvindeligt Arbejderforbund – mellem kvindekraft og partikraft i Anne Margrete Berg, Lis Frost og Anne Olsen (red): Kvindefolk. En danmarkshistorie fra 1600 til 1980, bd 2, Kbhvn 1984 s 237 (om løntrykkeri).

⁴ Citeret fra Arbejdsrettens dom af 9. december 1999 i AD 99.470 .

⁵ AD 98.632 og AD 98.702.

komst med en anden arbejdstagerorganisation, som stod i et frit konkurrenceforhold til det fagforbund, der havde iværksat strejke og blokade, og som ikke fandtes at have udvist passivitet af betydning med hensyn til udnyttelse af sin aktionsret. Da virksomhedernes nægtelse af at indgå overenskomst måtte anses for begrundet i den eksisterende overenskomstdækning, fandt retten ikke anledning til at tage stilling til, om det ville være lovligt at iværksætte konflikt til sikring af forbundets enkelte krav, herunder om anvendelse af en bestemt pensionsordning. Arbejdsretten udtalte videre, at en sympatikonflikt til understøttelse af en lovlig hovedkonflikt ikke i omfang og virkning må overskride grænsen for det rimelige under hensyn til vægten af de interesser, som konflikten tilsigter og lovligt kan tjene; og retten fandt ikke grundlag for at fastslå, at denne grænse var overskredet.

5. International privatretlige spørgsmål. Udstationering

Direktivet⁶ om udstationering er implementeret i Danmark ved udstationeringsloven,⁷ der trådte i kraft den 17.12.1999.

5.1 Generelt

I pkt 3 i præamblen til direktivet siges det at:

(3) gennemførelsen af det indre marked skaber et dynamisk miljø for udveksling af tjenesteydelser over grænserne ved at tilskynde et stigende antal virksomheder til midlertidigt at udstationere deres arbejdstagere med henblik på udførelse af arbejde i en anden medlemsstat end den, hvor de normalt er beskæftiget;

(5) en sådan fremme af tjenesteydelser over grænserne forudsætter fair konkurrence og forholdsregler, der garanterer, at arbejdstagernes rettigheder respekteres;

Ifølge direktivet skal Medlemsstaterne påse, at de virksomheder der er omfattet af direktivet, uanset hvilken lovgivning der finder anvendelse på ansættelsesforholdet, på en række nærmere angivne områder sikrer de arbejdstagere, der er udstationeret på deres territorium, de arbejds- og ansættelsesvilkår, som i den medlemsstat, på hvis område arbejdet udføres, er fastsat:

ved lov eller administrative bestemmelser, og/eller

ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, jf. stk. 8, for så vidt de vedrører de i et bilag til direktivet nævnte aktiviteter, der angår bygge- og anlægssektoren.:

⁶ Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 96/71/EF af 16. december 1996 om udstationering af arbejdstagere som led i udveksling af tjenesteydelser.

⁷ LOV nr 933 af 15/12/1999.

I bemærkningerne til det danske lovforslag til gennemførelse af direktivet siges det, at udstationeringsdirektivet må ses i lyset af den debat, der gennem nogle år havde været ført på europæisk plan om såkaldt social dumping. Betegnelsen social dumping anvendes i denne relation som udtryk for det forhold, at virksomheder, der udfører tjenesteydelser i et andet land, medbringer sit eget personale, hvis løn- og ansættelsesvilkår er på et lavere niveau end i det land, hvor arbejdet midlertidigt udføres. EF-traktatens bestemmelser om fri bevægelighed for tjenesteydelser bevirker, at virksomheder inden for EU uhindret skal kunne medbringe deres eget personale til udførelse af opgaver, hvilket har aktualiseret diskussionen om social dumping.

Spørgsmålet om hvilken lovgivning, der skal finde anvendelse i kontrakter med tilknytning til flere lande, afgøres efter Romkonventionen.⁸ Ved midlertidig udstationering af arbejdstagere fra et land (hjemlandet) til et andet (værtlandet) er det udgangspunktet, at lovgivningen i hjemlandet fortsat finder anvendelse, jf Romkonventionens artikel 6.

I forhold til fællesskabsretten kan anvendelsen af værtlandets regler virke som en hindring for den frie udveksling af tjenesteydelser. EU-Domstolen har imidlertid i flere domme fastslået, at fællesskabsretten ikke afskærer medlemsstaterne fra at anvende deres lovgivning eller kollektive overenskomster på enhver person, som er beskæftiget, selv midlertidigt, på deres område.

Debatten om social dumping kombineret med EU-Domstolens praksis førte til vedtagelsen af udstationeringsdirektivet. EU-Domstolens godkendelse af den praksis, som nogle lande førte, gjorde, at et initiativ vedrørende en koordinering af landenes praksis på dette område ikke kunne siges at være i modstrid med traktatens princip om fri bevægelighed for tjenesteydelser, men snarere understøttede det. Som anført i direktivets præambel, betragtningerne 13 og 14, bør der ske en koordinering af medlemsstaternes lovgivning, således at der kan fastsættes en kerne af ufravigelige regler for minimumsbeskyttelse, som skal overholdes i værtlandet af alle arbejdsgivere, som sætter arbejdstagere til at udføre midlertidigt arbejde på værtlandets område, uanset varigheden af udstationeringen. Direktivets kerne af regler er ifølge artikel 3, stk. 1, reglerne inden for følgende områder:

- a) Maksimal arbejdstid og minimal hviletid.
- b) Mindste antal betalte feriedage pr. år.
- c) Mindsteløn, herunder overtidsbetaling; dette gælder dog ikke for erhvervs-tilknyttede tillægspensionsordninger.
- d) Betingelserne for at stille arbejdstagere til rådighed, især via vikarbureauer.
- e) Sikkerhed, sundhed og hygiejne på arbejdspladsen.

⁸ Romkonventionen af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal finde anvendelse i kontraktlige forpligtelser.

- f) Beskyttelsesforanstaltninger med hensyn til arbejds- og ansættelsesvilkår for gravide kvinder og kvinder, der lige har født, samt for børn og unge.
- g) Ligebehandling af mænd og kvinder samt andre bestemmelser vedrørende ikke-forskelsbehandling.

5.2 Vilkår der er reguleret i kollektive overenskomster.

Det er ikke alene vilkår, der fremgår af lovgivningen, der er omfattet af direktivet, men også vilkår, der fremgår af kollektive overenskomster, der finder generel anvendelse, dog som udgangspunkt kun inden for byggesektoren. Af direktivets artikel 3, stk. 8, fremgår det, at

ved kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der finder generel anvendelse, forstås kollektive aftaler og voldgiftskendelser, der skal overholdes af alle virksomheder inden for den pågældende sektor eller erhvervsgren i det pågældende geografiske område.

Det karakteristiske er, at overenskomster, der er indgået mellem parterne på arbejdsmarkedet, ved lovgivningsmagts mellemkomst eller ved en administrativ afgørelse udstrækkes til også at gælde andre arbejdsgivere inden for det pågældende område, som ikke allerede er direkte omfattet af overenskomsten. Dette system kendes som nævnt ikke i Danmark.

I Danmark gælder kollektive overenskomster kun for de parter, der har indgået overenskomsten, eller som i øvrigt har erklæret at ville følge overenskomsten. Om en arbejdstager er omfattet af en overenskomst afhænger derfor af, om arbejdsgiveren ved aftale er bundet af en overenskomst.

Det fremgår imidlertid af direktivet, at lande som Danmark kan vælge at anvende deres overenskomster på virksomheder, der udstationerer arbejdstagere til landet. Det hedder således videre i artikel 3, stk. 8, at

hvis der ikke findes en ordning til konstatering af, at kollektive aftaler eller voldgiftskendelser finder generel anvendelse, jf. første afsnit, *kan* medlemsstaterne beslutte at lægge følgende til grund: – de kollektive aftaler eller voldgiftskendelser, der er alment gældende for alle tilsvarende virksomheder i det berørte geografiske område og i den pågældende sektor eller erhvervsgren og/eller – de kollektive aftaler, der indgås af de mest repræsentative arbejdsmarkedsparter på nationalt plan, og som gælder på hele det nationale område.

Det fremgår videre af direktivet, at det er en betingelse for at anvende et system som det danske, at det sikres, at der ikke sker forskelsbehandling mellem de udenlandske virksomheder, der skal følge overenskomstvilkår, samt nationale virksomheder »der befinder sig i en tilsvarende position«. Denne betingelse skal

sikre, at udstationeringsdirektivet ikke bruges som middel til en traktatstridig forskelsbehandling af udenlandske virksomheder i forhold til nationale.

I de møder, der blev afholdt mellem arbejdsmarkedets parter, de offentlige arbejdsgivere og Arbejdsministeriet, forud for implementeringen af udstationeringsdirektivet blev det drøftet, om Danmark skulle anvende muligheden for at anvende sine kollektive overenskomster på udstationerede arbejdstagere. Det blev antaget, at anvendelsen af kollektive overenskomster særlig ville være relevant for så vidt angår mindsteløn.

Der var enighed om, at man foreløbig bør afstå fra at udnytte muligheden. Denne konklusion er fremkommet efter en afvejning af på den ene side de principielle problemer, der vil være forbundet hermed, og på den anden side det aktuelle behov for udnyttelsen af direktivets mulighed. Blandt problemerne nævntes, at der i givet fald skal indføres en ordning til sikring af, at der ikke sker forskelsbehandling mellem udenlandske og danske virksomheder. I den forbindelse er det spørgsmålet, om den relevante overenskomst finder anvendelse på »alle tilsvarende virksomheder«, og i benægtende fald konsekvenserne heraf. For det andet skal udenlandske virksomheder på forhånd kunne oplyses om, hvad de pågældende vilkår er, særligt vedrørende mindsteløn. Den relevante overenskomst skal altså kunne identificeres, og det skal afklares, hvad mindstelønnen er.

Det blev i den forbindelse diskuteret, hvordan mindstelønsbegrebet skal forstås. Efter direktivets artikel 3, stk. 1, sidste afsnit, defineres mindsteløn i overensstemmelse med national lov og/eller praksis. Danske overenskomster indeholder groft sagt 2 forskellige lønsystemer, tidløn og præstationsløn, og inden for disse 2 hovedgrupper findes der varierende systemer. Som eksempel på en problemstilling, der ville skulle afklares, kan nævnes det spørgsmål, om en udenlandsk virksomhed ville kunne nøjes med at betale løn efter den gældende overenskomsts mindstesats, uagtet at en dansk virksomhed i samme situation ville være forpligtet til at betale en højere, individuelt bestemt løn som følge af medarbejdernes alder, anciennitet og kvalifikationer m.v.

Endelig ville der skulle tages stilling til, om man skal nøjes med direktivets udgangspunkt, hvorefter det kun er overenskomster inden for byggesektoren, der skal anvendes, eller om man skulle udnytte direktivets mulighed for at inddrage andre overenskomstområder. Hvis ikke alle overenskomstområder inddrages, ville der skulle ske en afgrænsning.

Ved det andet led i afvejningen – spørgsmålet om det konkrete behov – blev det lagt til grund, at der ikke for tiden er så store problemer med social dumping, at det ikke vil kunne løses ved fagforbundenes mulighed for på sædvanlig måde at forsøge at indgå overenskomst med de konkrete virksomheder. Der var dog enighed om, at situationen bør følges nøje, så man på et senere tidspunkt vil kunne anvende muligheden. Derfor blev det anbefalet, at der indsættes en revisionsbestemmelse i loven.

Resultatet blev, at den danske lov om udstationering ikke indeholder nogen regel om løn mv fastsat ved kollektive overenskomster, hvilket må anses for foreneligt med direktivet, der for så vidt angår løn kun er præceptivt i forhold til lovbestemt mindsteløn og visse almenyldige kollektive overenskomster, altså netop de reguleringsformer, der ikke benyttes i Danmark.

6. Sociale hensyn ved offentlige udbud

Det er omdiskuteret, i hvilket omfang der i forbindelse med offentlige kontrakter kan fremmes ”politiske” hensyn, herunder arbejdsmarkedspolitiske som fx krav om betaling af en vis løn.

6.1 Reguleringsramme

En række *almindelige forvaltningsretlige principper*, som fx den almindelige lighedsgrundsætning, forbudet mod magtfordrejning og proportionalitetsprincippet har betydning for, om det er lovligt at forfølge politiske formål ved tildelelse af offentlige kontrakter.

EU-direktiverne og dansk ret indeholder ikke et eksplicit krav om forretningsmæssighed. Der findes tværtimod en del danske regler der eksplicit foreskriver eller tillader ikke-kommerciel brug af offentlige udbud, ligesom Danmark har ratificeret ILO konvention nr 94, der forpligter centrale nationale ordregivere til at indsætte arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, jf nedenfor.

Hvis man ønsker at benytte offentlige kontrakter som et politisk styringsinstrument, kan de politiske kriterier (miljø, arbejdsmarkedspolitik, mv) indlægges på forskellige stadier af udbudsprocessen, nemlig enten i kontraktvilkårene, som udvælgelseskriterier eller som tildelingskriterier, se nærmere i det følgende.

Europa Kommissionen fremsatte den 10. maj 2000 forslag⁹ til et direktiv om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige indkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter, der kodificerer de tre ”klassiske” direktiver, der samles i én retsakt.

6.2 Kontraktvilkår

For det første kan politiske kriterier indgå som et *vilkår i den kontrakt, der udbydes*. Normalt vil udbudsmaterialet indeholde et kontraktudkast, som den vindende tilbudsgiver skal tilslutte sig. Hvis man fx ønsker at kombinere et beskæftigelsesprojekt for etniske minoriteter med et bygge- og anlægsarbejde, kan man udbyde en kontrakt, som dels handler om at få bygget et eller andet, dels om at få beskæftiget nogen fra den ønskede etniske gruppe. Her placeres det politiske kriterium som *kontraktvilkår*, fx beskæftigelse af en vis procentdel af en etnisk minoritet. Den kontrakt, der konkurreres om, har et (delvist) politisk indhold.

⁹ KOM(2000) 275.

Tilsvarende kan udbudsgiveren tænkes at sætte et lønvilkår ind som kontraktvilkår.

Efter EU-reglerne er det forbudt at benytte kontraktvilkår,¹⁰ der direkte eller indirekte diskriminerer pga nationalitet eller som i øvrigt hindrer den frie bevægelighed. Dette forbud kan illustreres med EU-Domstolens praksis.

I Storebælt-sagen¹¹ blev Danmark dømt for overtrædelse af art 28 EF, art 39 EF og art 49 EF samt bygge- og anlægsgdirektivet,¹² bla fordi A/S Storebæltsforbindelsen havde indbudt til at afgive bud på grundlag af en betingelse om, at der i størst muligt omfang skulle anvendes danske materialer og forbrugsgods, dansk arbejdskraft og materiel. Der må heller ikke indsættes kontraktvilkår, der henviser til nationale tekniske standarder. I Dundalk-sagen¹³ fastslog EU-Domstolen således, at en medlemsstat tilsidesætter sine forpligtelser efter art 28 EF, når den tillader, at en offentlig myndighed indsætter en klausul, hvorefter de materialer, der skal anvendes, skal være godkendt efter en national, teknisk standard. Det er også forbudt at kræve produkter af et bestemt mærke, jf UNIX-sagen,¹⁴ hvor EU-Domstolen fastslog, at Holland havde tilsidesat sine forpligtelser ved i en udbudsbekendtgørelse at undlade at tilføje angivelsen ”eller dermed ligestillet” efter en teknisk specifikation, hvorved der henvises til et produkt af et bestemt mærke (i sagen UNIX), idet udeladelsen heraf er i strid med art 28 EF.

Art, 3, stk 2 EF bestemmer at hensynet til ligestilling mellem kvinder og mænd skal integreres i alle Fællesskabets foranstaltninger og art 6 EF indeholder en tilsvarende bestemmelse om miljøhensyn. Disse krav om integration af ligestilling og miljø i udformningen og gennemførelsen af Fællesskabets politikker på alle områder er et argument for at anse det for foreneligt med EU-retten at fremme disse mål også ved tildeling af offentlige kontrakter.

EU-Kommissionen udsendte i 1989 en meddelelse om regionale og sociale aspekter af offentlige kontrakter,¹⁵ der for den juridiske dels vedkommende mest bestod af en fortolkning af EU-domstolens dom i Gebroeders Beentjes¹⁶ sagen. I denne fastslog EU-Domstolen, at en betingelse om at tilbudsgiver skulle beskæftige langtidsledige er forenelig med bygge- og anlægsgdirektivet, hvis den ikke bevirker en direkte eller indirekte forskelsbehandling pga nationalitet. En sådan betingelse skal nævnes i udbudsbekendtgørelsen og skal altså være kendt for alle potentielle og aktuelle tilbudsgivere fra starten af udbudsproceduren. 1989-meddelelsen er forholdsvis restriktiv i sin fortolkning af EU-retten.

¹⁰ Sml Storebælt-sagen, Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark [1993] Saml I-3353, hvor EU-Domstolen anså en ”køb dansk”-klausul for stridende mod art 28 EF, art 39 EF og art 49 EF og Dundalk og UNIX-sagerne.

¹¹ Sag C-243/89, Kommissionen mod Danmark, Saml 1993 I-3353.

¹² 71/305/EØF.

¹³ Sag 45/87, Kommissionen mod Irland, Saml 1988 s 4929.

¹⁴ Sag C-359/93, Kommissionen mod Holland, Saml 1995 I-157.

¹⁵ KOM(89)400, EFT 1989 C 311.

¹⁶ Sag 31/87, Gebroeders Beentjes BV. mod Nederlandene, Saml 1988 s 4635.

I EU-Kommissionens meddelelse fra 1998 om offentlige indkøb i EU¹⁷ udtales, at hensigten om bedst mulig anvendelse af offentlige midler ikke udelukker, at der tages hensyn til miljømæssige og sociale aspekter eller til forbrugerbeskyttelse, ligesom noget sådant ej heller kræver ændring af de eksisterende regler. EU-Kommissionen har bebudet en fortolkningsmeddelelse om miljøhensyn ved offentlige udbud, men den er i skrivende stund endnu ikke udsendt.

GPA¹⁸ art VI åbner op for, at tekniske specifikationer, der fastsætter egenskaberne ved de varer eller tjenesteydelser, der ønskes indkøbt, kan omfatte krav til *produktionsprocesser eller produktionsmetoder*. Ved vurderingen af, om der ved beskrivelsen af en offentlig kontrakt, der ønskes indgået, kan stilles fx krav om miljørigtige produktionsmetoder, forbud mod børnearbejde og lignende, giver formuleringen i GPA et argument for en bekræftende besvarelse. Uanset at formuleringen i direktiverne ikke er ordret den samme, kan det efter tilpasningen af direktiverne til GPA¹⁹ ikke antages, at retsstillingen efter EU retten er forskellig fra GPA-reglen.

6.3 Udvælgelseskriterier

For det andet kan de politiske kriterier indgå som *udvælgelseskriterier* ved bedømmelse af, hvilke tilbudsgivere, der er kvalificerede, fx kun sådanne der har et godt arbejdsmiljø eller en etnisk personalepolitik eller betaler en vis løn.

Udbudsdirektiverne indeholder en række detaljerede regler om hvilke krav, der kan stilles for at anse leverandører for kvalificerede i teknisk og økonomisk henseende til at deltage i en udbudsforretning. Ansøgere eller tilbudsgivere, der ud fra visse objektive kriterier må forventes at være dårlige kontraktparter kan udelukkes, uanset hvor gunstigt deres tilbud lyder, fx fordi det har en meget lav pris. Hvert af udbudsdirektiverne om indkøb,²⁰ bygge- og anlæg²¹ og tjenesteydelser²² indeholder en liste over forhold hos leverandørerne, som følge af hvilke de ordregivende myndigheder uden yderligere undersøgelse kan udelukke ansøgere eller tilbudsgivere, fx pga konkurs eller strafbart forhold.

Dårligt eksternt miljø, dårligt arbejdsmiljø, dårlig ligestillingsprofil i etnisk eller kønsmæssig henseende, lavt lønniveau og lignende kriterier er ikke eksplicit nævnt i direktiverne som kriterier for leverandørers egnethed. Det anses undertiden for et argument for, at sådanne hensyn skulle være forbudt som udvælgelseskriterium. Det er efter min vurdering en uholdbar fortolkning. De gene-

¹⁷ KOM(98)143.

¹⁸ Government Procurement Agreement (GPA) er en plurilateral aftale inden for WTO, som EU er part i.

¹⁹ Ved direktiv 97/52/EF.

²⁰ Art 20 i indkøbsdirektivet (93/36/EØF).

²¹ Art 24 i bygge- og anlægsdirektivet (93/37/EØF).

²² Art 29 i tjenesteydelsesdirektivet (92/50/EØF).

relle hensyn, der ligger bag reglerne, kræver, at der anvendes objektive, på forhånd tilkendegivne kriterier, som ikke på nogen måde, hverken direkte eller indirekte er diskriminerende pga nationalitet og som ikke lægger hindringer i vejen for den frie bevægelighed eller bryder ligebehandlingsprincippet. Politiske hensyn, som fx et menneskeretskriterium eller hensynet til overholdelse af en arbejdsklausul kan godt være foreneligt med disse principper.

EU-Domstolen har også antaget, at erfaring²³ kan indgå i udvælgelseskriterierne som en del af kravet til teknisk kunnen. Det er efter min vurdering vigtigt i forbindelse med politiske kriterier. Leverandører kan have eller mangle erfaring i miljørigtig produktion, etnisk personalepolitik, administration af en høj løns politik, osv, ligesåvel som de kan have eller mangle erfaring i at grave huller eller bygge broer. Bygge- og anlægstekniske erfaringer er klart lovlige udvælgelseskriterier i forhold til bygge- og anlægskontrakter, hvor de krævede erfaringer er relevante. På tilsvarende måde må socialtekniske og miljøtekniske erfaringer være lovlige udvælgelseskriterier i forhold til kontrakter, hvor disse erfaringer er relevante. Det hænger ikke sammen at tillade fx etnisk personalepolitik som kontraktvilkår, men forbyde at der lægges vægt på, om der er grund til at tro, fx fordi den pågældende har erfaring heri, at en leverandør kan administrere en etnisk personalepolitik.

6.4 Tildelingskriterier

Endelig kan politiske kriterier for det tredje tænkes benyttet som *kriterier for tildeling* af kontrakten. Kontrakten kan efter EU-reglerne enten tildeles til det billigste tilbud eller til det økonomisk mest fordelagtige. I sidstnævnte tilfælde er formuleringen i de nugældende regler.²⁴

- a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

I det forslag til kodificering af udbudsdirektiverne,²⁵ Kommissionen fremsatte i maj 2000, identificerede den 7 områder inden for hvilke der er behov for indholdsmæssige ændringer, heriblandt en styrkelse af bestemmelserne vedrørende tildelingskriterier og udvælgelseskriterier. Forslaget indfører i begrænsede udbud og udbud med forhandling en forpligtelse til kun at begrænse antallet af ansøgere, der opfordres til at afgive tilbud, gennem forud bekendtgjorte objektive kriterier.

²³ I Beentjes sagen antog EU-Domstolen, at et kriterium om særlig erfaring i det arbejde, der skal udføres, er et lovligt kriterium om teknisk kunnen med henblik på efterprøvningen af entreprenørernes egnethed i den i det daværende bygge- og anlægsgesetz artikler 20 og 26 forudsatte betydning.

²⁴ Her citeret fra tjenesteydelsesdirektivets (92/50/EF) art 36.

²⁵ KOM(2000) 275.

I art 53 foreslås følgende formulering af tildelingskriterier, når der anvendes økonomisk mest fordelagtige tilbud:

b) når tildelingen sker på grundlag af det for de ordregivende myndigheder økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier, som er direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

I nedenstående oversigt er den gældende formulering gengivet i venstre spalte og den foreslåede i højre spalte. Forskellene i teksterne er kursiverede.

a) når tildelingen sker på grundlag af det økonomisk mest fordelagtige bud, forskellige kriterier, der varierer efter aftalen, f.eks. kvalitet, teknisk værdi, æstetisk og funktionsmæssig værdi, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid, pris

b) når tildelingen sker på grundlag af det for de ordregivende myndigheder økonomisk mest fordelagtige tilbud, forskellige kriterier, *som er direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt*, f.eks. kvalitet, pris, teknisk værdi, æstetik og funktion, *miljømæssige karakteristika, driftsomkostninger, rentabilitet*, kundeservice og teknisk bistand, leveringsdato og leveringstid eller færdiggørelsestid.

Hvis man sammenligner de to formuleringer ses, at forskellene med hensyn til lovligheden af ikke-kommercielle tildelingskriterier går i forskellig retning.

I den foreslåede formulering henvises eksplicit til miljø, hvilket taler for en udvidelse til – i hvert fald visse – non-kommercielle hensyn.

På den anden side indsættes et krav om, at kriteriet skal være direkte forbundet med genstanden for den pågældende offentlige kontrakt, hvilket taler for at der skal være en vis snævrere sammenhæng mellem en offentlig kontrakt og de non-kommercielle hensyn, der kan forfølges ved tildelingen af den pågældende kontrakt.

GPA art XIII indeholder regler om tildeling af kontrakter. Tildeling af kontrakter skal efter denne bestemmelse ske i overensstemmelse med de kriterier og væsentlige krav, der er fastsat i udbudsmaterialet. Medmindre en ordregiver af offentlige hensyn beslutter at undlade at indgå en kontrakt, skal den indgå kontrakten med den bydende, hvis bud

- enten er det laveste
- eller det, der findes at være mest fordelagtigt ud fra de specifikke vurderingskriterier, der er fastsat i bekendtgørelserne eller udbudsmaterialet

Sammenligner man EU-reglerne med GPA er der således den forskel, at GPA ikke benytter ordet ”økonomisk”, men blot taler om det mest fordelagtige tilbud.²⁶

Kriteriet vedrørende det økonomisk mest fordelagtige tilbud kræver, at der sker en vurdering af de enkelte elementer i tilbuddet. Med henblik herpå angives i direktivet, at de ordregivende myndigheder kan basere sig på ”forskellige kriterier, som varierer alt efter det pågældende indkøb: fx pris, leveringstid, driftsomkostninger, rentabilitet, kvalitet, æstetik og funktionsmæssig værdi, teknisk værdi, service og teknisk bistand”. Denne liste er ikke udtømmende, men de elementer, der indgår i det økonomisk mest fordelagtige tilbud må være *objektive* kriterier, der kan anvendes ensartet på alle bud.

Alle kriterier, som de ordregivende myndigheder regner med at lægge til grund ved bestemmelsen af det økonomisk mest fordelagtige tilbud, skal være *anført i udbudsbekendtgørelsen eller i udbudsbetingelserne*. Kriterier, der ikke er blevet nævnt deri, kan ikke anvendes ved tildelingen af ordren. I direktiverne præciseres desuden, at kriterierne om muligt skal anføres i den præferenceorden, som de ordregivende myndigheder ønsker at anvende.

I Randstad-sagen²⁷ antog EU-Domstolen, at

39. selv om det i en procedure med offentlig licitation er tænkeligt, at Kommissionen vil vælge en virksomhed, hvis tilbud prismaessigt ligger højere end de andres, er denne omstændighed ikke eneafgørende;

40. andre faktorer oplyst af Kommissionen for at begrunde dens valg, navnlig Randstad' s referencer og den omstændighed, at de lønninger, firmaet betalte det midlertidige personale, i forhold til de af Kommissionen betalte priser var blandt de højeste, indgik i de overvejelser af teknisk art, som Kommissionen i medfør af finansforordningens artikel 59, stk. 2, var berettiget til at tage hensyn til ved sit valg.

6.5 Miljø

I Danmark bestemmer § 6 i miljøbeskyttelsesloven,²⁸ at offentlige myndigheder *skal* virke for lovens formål ved anlæg og drift af offentlige virksomheder samt ved indkøb og forbrug. Miljølovgivningen synes således at forudsætte, at der er vidtgående frihed på nationalt plan til at føre miljøpolitik ved hjælp af offentlige anskaffelser. Der er også udsendt et cirkulære²⁹ om miljø- og energihensyn ved

²⁶ Se for en diskussion af, om de forskellige formuleringer gør nogen forskel Krüger, Kai, Ruth Nielsen og Niklas Bruun: *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, Copenhagen 1998.

²⁷ Sag 56/77. Agence europeenne d'interims sa mod Kommissionen, Samling 1978 s 2215.

²⁸ Bestemmelsen er uddybet i Cirkulære nr 26 af 7.2.1995 om miljø- og energihensyn ved statslige indkøb.

²⁹ Cirkulære nr 26 af 7.2.1995.

statslige indkøb til samtlige statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder. Det bestemmer bla, at:

§ 2. Alle statslige institutioner og statsejede eller statskontrollerede virksomheder skal jf. § 51, nr. 7 i lov om miljøbeskyttelse, foretage miljøbevidst indkøb ved at inddrage miljøforhold ved indkøb af produkter og tjenesteydelser på lige fod med andre hensyn, f.eks. pris, kvalitet, leveringsbetingelser m.m.

De hensyn, miljøforhold her ligestilles med, fx pris, kvalitet, leveringsbetingelser mm, er nogle af dem, der sædvanligvis indgår i vurderingen af, hvad der er det økonomisk mest fordelagtige tilbud, jf foran.

I cirkulæret³⁰ om udbud og udlicitering af statslige drifts- og anlægsopgaver nævnes også arbejdsmiljøhensyn.

6.6 Uddannelse og oplæring af unge

I Danmark er der også udsendt et cirkulære³¹ om leverandørers uddannelses- og oplæringsindsats over for unge, der opfordrer til, at uddannelses- og oplæringsindsats for unge indgår som *kontraktvilkår* i offentlige aftaler. Som eksempler herpå kan angives, at andelen af beskæftigede unge under 25 år eller antallet af skriftlige aftaler om unges uddannelse og oplæring som led i ansættelsen skal være på et nærmere angivet niveau, der må anses for rimeligt ud fra leverandørernes forudsætninger, herunder gældende regler og kollektive aftaler. Kontraktvilkåret skal konkret udformes således, at det sidestiller nationale og udenlandske leverandører.

6.7 ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter

ILO Konvention nr 94 og Rekommendation nr 84 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter blev vedtaget i 1949. Danmark ratificerede konventionen i 1955.

Ifølge ILO-konvention nr 94 skal kontrakter, på hvilke den finder anvendelse (dvs offentlige bygge- og anlægskontrakter, tjenesteydelseskontrakter, mv indgået af *centrale* offentlige myndigheder), indeholde klausuler, der sikrer arbejdstagerne løn, arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til kollektiv overenskomst, voldgiftskendelser, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres.

I forbindelse med bygningen af Øresundsbroen rejste den danske fagbevægelse over for den svenske spørgsmålet, om Sverige også burde ratificere konventionen. Spørgsmålet har været genstand for udredning og synes at være kon-

³⁰ Nr 42 af 1.3.1994.

³¹ Cirkulære nr 44 af 10.4.1997.

troversielt i Sverige.³² Ligesom i forhold til miljøhensyn, kan det være en hindring for fælles dansk-svenske kontrakter, at der skal være arbejdsklausuler i dem efter de danske regler, hvilket (måske) er forbudt efter de svenske regler.

Finansministeriet i Danmark har udsendt et cirkulære³³ om udbud og udlisitering af statslige drifts- og anlægsopgaver, der i § 13, stk 4, bestemmer:

Specifikationen efter stk 1 skal, i det omfang det måtte være relevant, tillige indeholde oplysninger om arbejdsretlige krav eller forhold, jf bla lov om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse, lov om ligebehandling af kvinder og mænd, ILO-konvention nr 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter.

6.8 Etnisk ligestilling, ligestilling mellem kvinder og mænd og lign

Udbudsdirektiverne indeholder ikke eksplicite bestemmelser om ligestillings-spørgsmål. I forbindelse med forberedelsen af tjenesteydelsesdirektivet foreslog Europa-Parlamentet i 1991,³⁴ at der indsattes følgende bestemmelse:

2. Dette direktiv er ikke til hinder for gennemførelsen af eksisterende eller fremtidige nationale, regionale eller lokale bestemmelser vedrørende tildelelse af offentlige tjenesteydelses- eller bygge- og anlægskontrakter, hvis formål er at fremme og sikre ligestilling for de svageste sociale grupper på arbejdsmarkedet (kvinder, handicappede, medlemmer af etniske mindretal, vandrende arbejdstagere, religiøse samfund, langtidsledige, bistandsklienter osv.), forudsat disse bestemmelser er forenelige med Traktaten og Fællesskabets internationale forpligtelser.

Forslaget blev ikke medtaget i Kommissionens forslag til tjenesteydelsesdirektivet.

6.9 Erhvervsministeriets rapport om sociale klausuler i offentlige kontrakter

I januar 2000 afgav et udvalg under det danske erhvervsministerium rapport om Sociale klausuler i offentlige kontrakter.³⁵ Udvalget skulle tage stilling til klausuler til fremme af etnisk ligestilling og beskæftigelse på særlige vilkår (aktivering, mv). Det er sammenfattende udvalgets opfattelse, at offentlige institutioner er berettigede til i forbindelse med indkøb – ud over at lægge vægt på pris og kvalitet mv – også at opstille kontraktvilkår om, at den virksomhed, der handles med, vil arbejde for etnisk ligestilling og for at støtte beskæftigelse på særlige vilkår. Rapporten opstiller eksempler på mulige sociale klausuler, og fremhæver, at det vil være naturligt, at ordregiver selv i sin egen personalepolitik

³² Se nærmere EU&Arbetsrätt 1998 nr 1, <http://www.niwl.se/euarb/98-1/01main.asp>.

³³ Nr 42 af 1.3.1994.

³⁴ EFT 1991 C 158, s. 101.

³⁵ Rapport fra Udvalget om sociale klausuler, 20.januar 2000, j nr 95-150-29.

lever op til de samme krav, som dem, der stilles til tilbudsgivere. Rapporten accepterer således sociale klausuler som kontraktvilkår, men stiller sig afvisende over for at de kan benyttes som udvælgelses- og tildelingskriterier. I denne henseende er rapporten efter min vurdering mere restriktiv end EU-retten. Denne tillader som nævnt, at erfaring benyttes som udvælgelseskriterium. Hvis der lovligt kan kræves etnisk personalepolitik som kontraktvilkår, må det også være lovligt at lade erfaring i at få en etnisk personalepolitik til at fungere, indgå i egnethedsvurderingen af tilbudsgivere. Hvis kontraktvilkåret om etnisk personalepolitik kan gradueres, således at man kan efterspørge en mest muligt etnisk integreret personalepolitik, må kriteriet om etnisk ligestilling også kunne benyttes som tildelingskriterium, idet nogle tilbudsgivere vil opfylde det i højere grad end andre og deres tilbud vil dermed i forhold til den kontrakt, der skal indgås, være økonomisk mere fordelagtige.

6.10 Sammenfatning

Det fremgår af ovenstående, at dansk ret er forholdsvis åben overfor andet end kommercielle hensyn. For så vidt angår de offentlige kontrakter, der indgås af centrale myndigheder, dvs staten, følger det klart at ILO konvention 94, at der kan stilles krav om overholdelse af de gængse kollektive overenskomster på arbejdsområdet. For så vidt angår andre offentlige ordregivere, fx kommuner og statslige selskaber, må det antages, at der gælder det samme.

For så vidt angår private ordregivere følger det af aftalefriheden, at man kan aftale hvad man vil, herunder knytte an til kollektive overenskomster.

7. Outsourcing. Entrepriser

7.1 Fagligt veto

Der findes ikke danske lovregler svarende til de svenske om fagligt veto overfor udlicitering. Det forekommer, at der indgås kollektive aftaler om, at sådanne spørgsmål skal forhandles med organisationerne.

Som eksempel kan nævnes en sag³⁶ vedrørende udlicitering af rengøringen ved dommerembederne. I følge en organisationsaftale, der omfattede rengøringsarbejdet ved dommerembederne, skulle der optages drøftelser mellem de berørte parter bla i tilfælde af ønske om overgang af rengøringsarbejdet til entreprise.

Arbejdsretten fandt, at sådanne drøftelser i tre tilfælde alene eller i hvert fald i det væsentlige havde bestået i en orientering om det faktisk passerede, og under disse omstændigheder kunne det ikke tillægges betydning, at der ikke fra forbundets side var fremkommet relevante indsigelser, som kunne være indgået i justitsministeriets overvejelser. Ministeriet havde herefter begået overenskomstbrud og idømtes derfor en bod på 150.000 kr.

³⁶ Arbejdsrettens dom af 5. oktober 1994 i sag AD. 93.473.

7.2. Virksomhedsoverdragelse

Outsourcing af arbejdsopgaver vil ofte være omfattet af virksomhedsoverdragelsesdirektivet.³⁷ Som eksempel kan nævnes en sag³⁸ om et rengøringsselskab overtog rengøringen for et hotel i entreprise. Rengøringen havde hidtil været udført af 3 stuepiger, hvoraf 2 fik ansættelse i rengøringsselskabet, som imidlertid ikke aflønnede dem i henhold til den overenskomst, der havde været gældende i forholdet mellem stuepigerne og hotellet. Det pågældende fagforbund påstod rengøringsselskabet tilpligtet at overholde denne overenskomst, idet man henviste til virksomhedsoverdragelsesloven, ligesom man krævede bod af selskabet. Selskabet tog ved domsforhandlingens begyndelse bekræftende til genmæle over for påstanden om at selskabet efter virksomhedsoverdragelsesloven var indtrådt i overenskomsten, men gjorde gældende, at man havde befundet sig i en undskyldelig retsvildfarelse. Arbejdsretten fandt ikke fuldt tilstrækkelig anledning til at pålægge selskabet bod.

Direktivet finder anvendelse på overførsel af en virksomhed eller bedrift eller af en del af en virksomhed eller bedrift til en anden indehaver som følge af en overdragelse eller fusion. Som overførsel i henhold til dette direktiv anses overførsel af en økonomisk enhed, der bevarer sin identitet, forstået som en helhed af midler, der er organiseret med henblik på udøvelse af en økonomisk aktivitet, uanset om den er væsentlig eller accessorisk.

Virksomhedsoverdragelsesdirektivet er implementeret i Danmark ved Loven³⁹ om lønmodtageres retsstilling ved virksomhedsoverdragelse. Et udvalg arbejder på revision af loven med henblik på implementering af ændringsdirektivet,⁴⁰ der skal være gennemført 17. juli 2001.

Entrepriseaftaler kan være omgåelse af kollektive overenskomster. Som eksempel kan nævnes en sag,⁴¹ hvor 5 chauffører ansat i et aktieselskab A blev afskediget efter at have tilkendegivet, at de ikke ønskede at overføres fra den gældende overenskomst G til en overenskomst L med lavere aflønning end G. Herefter blev A's kørselsopgaver udført af et reetableret ApS B, og tre af de fem chauffører blev ansat i B under overenskomsten L. B leasede A's fem lastbiler. Tre tilladelser til vognmandskørsel udstedt til A blev brugt af B, hvis kontor ejedes af A, og hvor A havde værksted. B's bogholderi, herunder beregning af løn til chaufførerne blev ført af A. Det lagdes til grund, at overtagelsen af kørslen for A var en afgørende forudsætning for, at B blev reetableret. B havde ca. 85% af sin omsætning hos A. Det lagdes til grund, at overdragelsen af kørselsfunktionerne alene havde haft til formål at undgå at skulle lønne efter gældende

³⁷ 77/187/EØF ændret ved 98/50/EF.

³⁸ Arbejdsrettens dom i sag AD 86.472 (AT 1987 s. 121).

³⁹ LOV nr 111 af 21/03/1979.

⁴⁰ 98/50/EF

⁴¹ AD 91.196 (AT 1992 s. 55).

overenskomst. Herefter fandtes det overenskomststridigt, at A havde afskediget de fem chauffører og A tilpligtedes fortsat at overholde overenskomsten G. Endvidere idømtes A 50.000 kr. i bod. Spørgsmålet om efterbetaling blev henskudt til afgørelse ad sædvanlig fagretlig vej, eventuelt ved faglig voldgift.

Metoder att motverka låglönekonkurrens i Finland

Av professor Niklas Bruun,
Arbetslivsinstitutet

1. Introduktion

Finland har länge varit ett slutet land, ett land som kännetecknats av att andelen utländska invandrare, arbetstagare mm. varit relativt låg. Likaså har andelen utländska investeringar varit relativt ringa i Finland. Det har varit ytterst ovanligt att utländska företag etablerat sig på den finska marknaden och börjat konkurrera med egen medförd arbetskraft.

Även om det finska samhället i dessa avseenden är statt i snabb förändring markerat av de geopolitiska förändringarna på 1990-talet med Sovjetunionens sönderfall och det finska EU-medlemskapet som nyckelhändelser råder ingen tvekan om att helhetsbilden fortfarande är densamma. År 1999 fanns enligt statistiken ca 90.000 utlänningar bosatta i Finland som har en befolkning på över 5 miljoner. Andelen utlänningar ligger alltså klart under 2 %. Förklaringarna till detta är många, det finska språkets svårtillgänglighet, den sedan länge med nordiska mått mätt relativt höga arbetslösheten i Finland samt rädslan för att en liberal invandrapolitik skulle föra med sig omfattande invandrarrörelser från Ryssland brukar ofta anges som delförklaringar till detta fenomen.

Frågan om låglönekonkurrens har därför generellt sett inte varit en fråga om utländska företags arbetskraft i Finland eller om utländska arbetstagare i Finland. Däremot har den gällt en strävan att undvika lönekonkurrens mellan olika regioner, mellan olika grupper av anställda på arbetsmarknaden samt mellan grupper som varit egenföretagare och anställda. Efter att invandringen till Finland ökat har man också från fackets sida systematiskt i preventivt syfte velat förhindra att den utländska arbetskraften används som ett medel i lönekonkurrensen.

I Finland har lagstiftaren varit aktiv då det gällt att förhindra låglönekonkurrens. Kollektivavtalslagen innehåller ett uttryckligt stadgande som föreskriver att vid kollektivavtal bunden arbetsgivare är tvungen att tillämpa avtalets minimivillkor också i förhållande till oorganiserade arbetstagare och allmängiltighets-systemet förhindrar i hög grad låglönekonkurrens i förhållande till arbetsgivare som valt att inte organisera sig i en arbetsgivarorganisation. Detta är dock – som nedan framgår – inte en mekanism som helt förhindrar, utan en mekanism som begränsar möjligheterna att bedriva låglönekonkurrens.

2. Arbetstillstånd m.m.

Begränsningarna i utlänningars rätt att idka näring och arbeta i Finland har traditionellt varit ett av sätten genom vilka man kunnat begränsa konkurrensen däri även inberäknat lönekonkurrensen.

Fortfarande innehåller lagstiftningen dylika begränsningar, vilka är relevanta för arbetstagare och företag som kommer från länder som inte hör till EU eller Norden.

Utlänningslagen (1991/378) reglerar bland annat förutsättningarna för att få uppehålls- och arbetstillstånd i Finland. Med arbetstillstånd avses rätt att förvärvsarbeta i Finland. Ett sådant arbetstillstånd skall som huvudregel skaffas före ankomsten till landet (kap 4 § 24.3). Arbetstillstånd krävs dock icke av den som är medborgare i en stat som hör till det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet, den som har permanent uppehållstillstånd i Finland eller som har tidsbegränsat uppehållstillstånd och vissa särskilda i lagen definierade släktrationer till finska medborgare.

Arbetstillstånd kan beviljas av finländska diplomatiska beskickningar och konsulat utomlands eller i Finland av utlänningverk och den lokala polisen (utlänningslagen kap 4 § 26). Arbetstillstånd beviljas för en bestämd bransch, men tillståndet får förenas med begränsningar som gäller arbetsgivaren, regional giltighet för tillståndet eller arbetets natur (kap 4 § 27.2). Antalet arbetstillstånd som beviljats av finska myndigheter är frapperande lågt, år 1997 var antalet 1009, år 1998 sammanlagt 1084 och år 1999 sammanlagt 689.

Utlänningslagen innehåller också en bestämmelse som uttryckligen tar sikte på arbetsgivarens skyldigheter. Här föreskrivs att arbetsgivaren skall, innan en utlänning arbetsförhållande börjar, förvissa sig om att utlänningen har arbetstillstånd eller att han inte behöver arbetstillstånd. Arbetsgivaren skall vidare ge arbetsmyndigheten en försäkran om att den lön som betalas till utlänningen och övriga arbetsvillkor stämmer överens med de gällande kollektivavtalen eller, om det inte finns något kollektivavtal i branschen, om att de svarar mot den praxis som gäller finska arbetstagare. Dessutom innehöll lagen fram till slutet av år 1999 en passus om att dessa regler även gäller då arbetstagare som är anställda hos en utländsk arbetsgivare arbetar i entreprenad- eller underentreprenadarbete eller som hyrd arbetskraft visavi den som lämnat entreprenaden eller underentreprenaden eller på den som låter utföra arbetet. I samband med att lagen om utstationerade arbetstagare trädde i kraft i slutet av år 1999¹ ändrades utlänningslagen såtillvida att man till denna del intog en hänvisning till lagen om utstationerade arbetstagare. Bakgrunden till denna ändring är att lagen om utstationerade arbetstagare getts ett vitt tillämpningsområde. Den är tillämplig på utstationering från samtliga länder, inte endast från länder som hör till det europeiska sam-

¹ Lag om utstationerade arbetstagare (1146/1999) trädde i kraft 16.12.1999.

arbetsområdet. Utlänningslagen kap 4 § 29.3 har i ändrad lydelse följande innehåll:

Då arbetstagare som är anställda hos en utländsk arbetsgivare arbetar i entreprenad- eller underentreprenadarbete eller som hyrd arbetskraft, tillämpas vad som 1 och 2 mom. bestäms om arbetsgivarens skyldigheter på den som lämnat entreprenaden eller underentreprenaden eller låter utföra arbetet. I fråga om de arbetsvillkor som skall iakttas tillämpas emellertid vad som bestäms i lagen om utstationerade arbetstagare (1146/1999).

Utlänningslagen kan sålunda sägas ge uttryck för en klar linje vad gäller de villkor på vilka utlänningar får utföra arbete i Finland: Det är finska kollektivavtal och finsk lagstiftning som bestämmer de centrala villkoren för utförande av dylikt arbete. Detta gäller oberoende av om utlänningen har en finsk eller utländsk arbetsgivare. Då det gäller utstationering av arbetskraft hänvisar jag till det särskilda avsnittet där härtill anslutande frågor behandlas.

3. Sociala hänsyn vid offentlig upphandling

3.1 Bakgrund

Finland har genom lagstiftning om offentlig upphandling implementerat den omfattande EU-rättsliga regleringen, som sedermera kompletterats av TRIPS-avtalet.

Lagen om offentlig upphandling stiftades år 1992 (1505/1992) och den har kompletterats av en rad förordningar.²

Då det gäller möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling bör för Finlands del beaktas att Finland har ratificerat ILO-konventionen 94 angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part. Konventionen var dock inte föremål för någon egentlig uppmärksamhet i samband med att regleringen om offentlig upphandling implementerades. Detta torde dels bero på att konventionen inte varit särskilt välkänd i Finland på grund av att dess praktiska betydelse varit ringa, dels på grund av att kollektivavtalens allmängiltighetsreglering i Finland gjort att det varit mer eller mindre självklart att olika ekonomiska aktörer – inte minst anbudsgivare vid offentlig upphandling – måste följa den arbetsrättsliga minimiregleringen i Finland.

² Se F om sådan upphandling av varor, tjänster och byggnadsentreprenader som överstiger tröskelvärdet (380/1998), F om sådan upphandling som överstiger tröskelvärdena av enheter verksamma inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna (381/1998) och upphandlingsförordning för staten (1416/1993).

3.2 Uteslutning av leverantörer

Vad avser uteslutning av leverantörer följer den finska lagstiftningen långt direktivens ordalydelse. I lagen sägs sålunda (§ 6) att i en anbudstävlan kan en sådan kandidat eller anbudsgivare uteslutas som inte kan anses ha tekniska, ekonomiska eller andra förutsättningar för att genomföra upphandlingen eller som har försummat att betala skatt eller lagstadgade socialavgifter i Finland eller i det land där leverantörens huvudsakliga verksamhetsställe är beläget. En sådan kandidat skall på begäran ges upplysning om grunderna för uteslutningen. I förordningarna har man närmare angett vad detta inneburit, bl.a. sägs att en leverantör kan uteslutas om han ”genom ett lagakraftvunnet beslut har dömts för en lagstridig handling i anslutning till sin yrkesutövning” eller ”i sin yrkesutövning har gjort sig skyldig till en allvarlig förseelse, och upphandlingsenheten vid behov kan visa detta”. Mig veterligen finns ingen praxis rörande uteslutning av leverantörer på grund av brott mot arbetsrättsliga förpliktelser och formuleringarna ger här tveklöst ett visst tolkningsutrymme.

3.3 Sociala klausuler vid offentliga kontrakt

Inte heller frågan om sociala klausuler vid offentliga kontrakt har rönt större uppmärksamhet i Finland. Den generella problematiken är naturligtvis densamma för Finland som för övriga medlemsländer. Noteras kan dock att man i de finska förordningarna intagit uttryckliga bestämmelser om arbetarskydd och arbetsvillkor:

I F 380/1998 § 45 sägs till exempel: ”En upphandlingsenhet kan i förfrågningsunderlaget nämna de myndigheter hos vilka anbudsgivaren kan få information om de förpliktelser i fråga om arbetarskydd och arbetsvillkor i Finland som skall iakttas på monterings- eller arbetsplatsen eller den plats där tjänsten utförs. Upphandlingsenheten skall kräva att de anbudsgivare som deltar i anbudstävlan i sina anbud beaktar dessa förpliktelser som följer av den finska lagstiftningen. De bestämmelser som gäller granskning av exceptionellt låga anbud skall dock iaktas”.³

Eftersom den finska regleringen av kollektivavtals allmängiltiga verkan är lagbaserad ligger det nära till hands att utgå från att dylika villkor faller under tillämpningsområdet för förordningarna.

4. Speciallagstiftning för vissa arbetstagar kategorier

Inom den finska arbetsrättsliga traditionen kan man med fog hävda att ett sätt att åstadkomma ”låglönekonkurrens” har varit att låta vissa typer av arbeten utföras av personer som formellt inte getts arbetstagarstatus utan är någon form av

³ I F 381/1998 § 34 ingår motsvarande bestämmelse.

”egenanställda”. Som känt har facket motreaktion på detta i allmänhet varit en strävan att utvidga arbetstagarbegreppet till att gälla nya grupper av anställda.

Facket har historiskt sett lyckats väl i denna strävan. I finskt lagstiftnings-sammanhang finns dock vissa kategorier av anställda som nästan måste ses som en institutionaliserad form av kontrollerad låglönekonkurrens.

I familjevårdarlagen (312/1992) stadgas om att anställda som i kommun på grund av ett uppdragsavtal utför arbete i sitt hem inte står i arbetsavtalsförhållande till kommunen trots att alla lagstadgade kännetecken för ett arbetsavtal torde föreligga. Högst fyra barn får vårdas i ett privat hem inom ramen för ett sådant förhållande som har avsevärt oförmånligare anställnings- och sociala villkor än ett arbetsförhållande.

I socialvårdslagen (710/1982) och förordningen (607/1983) stadgas om närståendevårdares ställning på motsvarande sätt.

I lagen om arbetsmarknadsstöd (1542/1993) stadgas om arbetspraktik för vissa kategorier av arbetslösa, nämligen sådana som varit arbetslösa en längre tid. I lagens 6.2 § stadgas uttryckligen att medan ”en mottagare av arbetsmarknadsstöd deltar i arbetspraktik enligt denna lag står han inte i sett sådant arbetsförhållande till den som ordnar arbetspraktiken eller till Arbetskraftsbyrån som avses i 1 § lagen om arbetsavtal”.

I alla nämnda fall kan man säga att det handlar om en på lag baserad uttrycklig möjlighet att sysselsätta vissa grupper till klart lägre kostnader än vad som gäller på arbetsmarknaden i övrigt. Förfarandet har rönt kritik, samtidigt har lagregleringen av dessa grupper ofta motiverats genom att man hävdar att man genom lagregleringen stärkt rättigheter för grupper som redan tidigare stått utanför det arbetsrättsliga skyddsnätet. I den kontexten kan det faktum att man i lag särskilt reglerar undantagen till det i övrigt relativt vidsträckt arbetstagarbegreppet ses som ett led i strävandena att motverka låglönekonkurrens.

5. Allmängiltighetsregeln i arbetsavtalslagen

5.1 Allmänt om regeln, dess betydelse samt aktuella reformplaner

I Finland har man sedan länge haft ett system som på ett avgörande sätt avviker från de sätt på vilket man i Sverige och Danmark strävar till att garantera kollektivavtalssystemets ställning. Medan man i dessa länder helt undvikit att lagstiftningsvägen tvinga icke organiserade arbetsgivare att följa kollektivavtal har man i Finland haft en särskild bestämmelse i arbetsavtalslagen (§ 17) som gjort det obligatoriskt för icke bundna arbetsgivare att iaktta ”åtminstone de löne- och andra villkor, som bestämts för ifrågavarande eller därmed jämförligt arbete i

riksomfattande kollektivavtal, vilket bör anses vara allmänt i vederbörande bransch”.⁴

Detta system har använts som argument för att Finland inte har samma problem som Sverige och Danmark då det gäller att använda kollektivavtal som medel att implementera direktiv. Detta stämmer dock inte riktigt. För det första saknar den finska allmängiltighetsregeln såtillvida täckning att endast riksomfattande kollektivavtal som är allmänna i branschen har denna rättsverkan. I branscher där inget kollektivavtal finns eller där avtalet inte är riksomfattande uppstår ingen allmängiltighetsverkan. Likaså då kollektivavtalets täckning är så begränsad att avtalet inte skall tillämpas på minst ca 50 % av de anställda uteblir allmängiltighetsverkan. Kollektivavtalet är inte allmänt och det uppstår ingen skyldighet för utomstående arbetsgivare att följa dess villkor. Det finns alltså flera luckor i tillämpningsområdet för allmängiltighetsregeln. Vidare saknas allmängiltiga avtal vid så kallat kollektivavtalslöst tillstånd.

Allmängiltighetsregeln har också kritiserats på andra grunder. Man har menat att det är oskäligt att oorganiserade arbetsgivare måste följa kollektivavtalet i dess helhet och inte endast vissa centrala villkor. Vidare har man menat att det saknas tillgång till och information om kollektivavtalen samt att enskilda arbetsgivare inte har haft några rättsmedel till sitt förfogande, då det gällt att t.ex. få prövat om ett avtal är allmängiltigt eller ej.

Den finska arbetsavtalskommittén, som under de senaste fyra åren arbetat på en totalrevision av arbetsavtalslagen, analyserade ingående allmängiltighetsregeln också från EU-rättslig synpunkt.⁵ Arbetet utmynnade i att man föreslår en rad ändringar i allmängiltighetssystemet, utan att dock frångå de grundläggande utgångspunkterna i systemet. Allmängiltigheten har varit en kontroversiell politisk fråga och slutresultatet kan klassificeras som en kompromiss, som dock inte helt tillgodosåg småföretagens krav.

De aktuella paragrafförslagen (kap 2 §§ 7–9) lyder enligt följande :

7 § Kollektivavtals allmänt bindande verkan

Arbetsgivaren skall iaktta åtminstone vad som i det riksomfattande kollektivavtal som bör anses vara representativt för respektive bransch (*allmänt bindande kollektivavtal*) bestäms om de anställningsvillkor och arbetsförhållanden som gäller det arbete som arbetstagaren utför eller ett därmed närmast jämförbart arbete.

Ett villkor i ett arbetsavtal som strider mot motsvarande bestämmelse i det allmänt bindande kollektivavtalet är ogiltigt, och i stället skall bestämmelsen i det allmänt bindande kollektivavtalet iakttas.

⁴ Se närmare Bruun, Niklas i vänboken till Sten Edlund “Den svenska arbetsrätten i ett nytt Europa” (red Nyström), Carlssons 1993, s. 41–54.

⁵ Se betänkande av arbetsavtalskommittén (työsopimuslakikomitean mietintö) 2000:1 (Helsinki 2000) Finns endast att tillgå på finska.

En arbetsgivare som enligt lagen om kollektivavtal (436/1946) är skyldig att iaktta ett kollektivavtal där den ena avtalsparten är en riksomfattande arbetstagarförening får med undantag av vad som bestäms i 1 mom. tillämpa bestämmelserna i kollektivavtalet.

8 § Fastställande av allmänt bindande verkan och ändringsökande

Den myndighet som ansvarar för arbetarskyddet och för dess tillsyn skall genom beslut fastställa om ett riksomfattande kollektivavtal på det sätt som avses i 7 § 1 mom. är representativt inom sitt tillämpningsområde eller att ett kollektivavtal inte kan anses vara representativt inom sitt tillämpningsområde. Ändring i arbetarskyddsmyndighetens beslut söks hos arbetsdomstolen så som bestäms nedan och i lagen om arbetsdomstolen (646/1974).

Ändring i arbetarskyddsmyndighetens beslut kan sökas hos arbetsdomstolen genom skriftliga besvär. Besvärsmått tillkommer dem som ingått kollektivavtalet i fråga samt de arbetsgivar- och arbetstagarföreningar som senare har anslutit sig till avtalet, var och en särskilt, samt vilken arbetsgivare eller arbetstagarare som helst vars rättsliga ställning i en anställning är beroende av kollektivavtalets allmänt bindande verkan.

Besvärstiden är 60 dagar och börjar när arbetarskyddsmyndighetens beslut har publicerats i enlighet med 4 mom. Besvär skall tillställas den arbetarskyddsmyndighet som anges i 1 mom., och som skall vidarebefordra besvärshandlingarna och sitt utlåtande över dem till arbetsdomstolen.

Ärenden som gäller fastställande av kollektivavtals allmänt bindande verkan skall behandlas i brådska ordning. Såväl arbetarskyddsmyndighetens som arbetsdomstolens beslut skall utan dröjsmål publiceras i Officiella tidningen.

9 § Den tid ett avtal har allmänt bindande verkan

Arbetsgivaren skall iaktta de i 7 § 1 mom. avsedda bestämmelserna i ett kollektivavtal som fastställts som allmänt bindande från det att de trätt i kraft enligt lagen om kollektivavtal, om inte något annat följer av vad som bestäms nedan.

Det beslut som den i 8 § 1 mom. avsedda myndigheten eller arbetsdomstolen fattat om ett kollektivavtals allmänt bindande verkan gäller till dess myndigheten eller arbetsdomstolen fastställer att kollektivavtalet inte längre på det sätt som avses i 7 § 1 mom. kan anses vara representativt för sitt tillämpningsområde.

Om ett kollektivavtals allmänt bindande verkan fastställs annars än i samband med att avtalet träder i kraft, kan det bestämmas att tillämpningen skall börja vid en senare tidpunkt än vad som anges i 1 mom., om det finns grundad anledning till detta.

Enligt förslaget skall arbetsgivaren fortfarande följa de villkor som överenskommit i ett riksomfattande kollektivavtal. Nytt är förslaget om ett lagstadgat krav på att avtalet skall vara representativt i stället för allmänt. Med det siktar man till att uppnå en mångsidig prövning av om ett avtal skall ges allmängiltighetsverkan. Förutom den rena procentberäkningen som tidigare dominerat diskussionen skall man även beakta branschens organisationsgrad, syftet med regleringen att trygga minimivillkor, eventuella hängavtal mm.

De reella nyheterna gäller den administrativa hanteringen av allmängiltighets-systemet. Den tidigare automatiska allmängiltighetsverkan föreslås nu ersättas av ett administrativt myndighetsbeslut. Då ett kollektivavtal trätt ikraft skall arbetarskyddsmyndigheterna besluta om det är ett representativt avtal eller ej. Om beslutet skall informeras i den officiella tidningen. Skyldigheten att iaktta avtalet inträder dock från avtalets ingående. Över detta beslut har avtalets parter och alla enskilda arbetsgivare och arbetstagare som har intresse i frågan besvärsmätt under 60 dagar. Besvärinstans är arbetsdomstolen. Ett beslut rörande representativitet är i kraft tills det eventuellt undanröjs av ett nytt beslut. Avsikten är att de representativa avtalen skall finnas tillgängliga på nätet.

5.2 Nuläget

Frågan om allmängiltighetsregelns utformning har visat sig vara en svårlöst politisk nöt. Situationen har lett till att regeringen, som ursprungligen hade planerat att avge en proposition till ny arbetsavtalslag till riksdagen i maj fortfarande i augusti inte kunnat komma överens om en skrivning som alla regeringspartier kunnat omfatta. Diskussionerna har dels visat att reglerna om förfarandet inte till alla delar varit helt genomarbetat, dels har den nya lagens tillämpning på bil- och transportbranschens kollektivavtal i praktiken uppenbart tolkningsproblemen med den nya föreslagna lagtexten.

För att förstå den uppkomna konflikten måste man som bakgrund känna till de politiska målsättningarna hos de centrala politiska aktörerna. Samlingspartiet har deklarerat att man accepterar allmängiltighetssystemet, men motsätter sig en utvidgning av detsamma, medan socialdemokraterna krävt att allmängiltighetssystemet måste utvidgats till att klart gälla vissa kollektivavtal som tidigare utgjort gränsfall, det tydliga exemplet härpå är bil- och transportbranschens avtal.

För bil- och transportbranschens del föreligger en lagkraftvunnen dom från Kouvola hovrätt där käranden inte lyckades föra i bevis att branschens kollektivavtal var allmängiltigt. Bägge kollektivavtalsparterna hävdar att branschavtalet är allmängiltigt, medan arbetarskyddsmyndigheterna ansett motsatsen. Problemet är vilka alla personer som skall tas med i beräkningen då man beräknar antalet arbetstagare i branschen som helhet. Om man tar statistikcentralens arbetsplatsstatistik till grund får man med arbetstagare som utför arbete som faller utanför kollektivavtalets tillämpningsområde (funktionärer och andra som inte är chaufförer i bil- och transportbranschen). Om man endast beaktar arbetstagare

som de facto framför fordon (och tillhör tillämpningsområdet för avtalet) blir totalantalet i branschen betydligt lägre och följaktligen uppfylls kravet på 50 %:s täckning lättare.

Det politiska problemet kan kort sammanfattas på följande sätt: Ett av socialdemokraternas centrala mål med arbetsavtalsreformen har varit att garantera att allmängiltigheten bl.a. skall utsträckas till att gälla bil- och transportbranschens kollektivavtal. En skrivning som garanterar detta är mycket svår att förena med samlingspartiets krav på att systemet inte får utvidgas i synnerhet med beaktande av hovrättsdomen från 1999 som fastslår att avtalet inte haft allmängiltighetsverkan. Denna politiska ekvation har alltså till dags dato (augusti 2000) inte kunnat lösas.

I tryckningsskedet (oktober 2000) nåddes en politisk kompromiss i frågan. Den innebar att man kunde avlåta regeringens proposition 157/2000 rd. Propositionen innefattar som sådan den lagtextskrivning som arbetsavtalskommittén föreslog. Motiven har nu formulerats på följande sätt:

Enligt 17 § 1 mom. i den gällande lagen om arbetsavtal kan ett kollektivavtal vara allmänt bindande om det ”anses vara allmänt”. Eftersom detta sätt att uttrycka saken har medfört tolkningsproblem och meningsskiljaktigheter i praktiken, föreslås att ett kollektivavtal bör kunna ”anses vara representativt” för respektive bransch.

Avsikten är att grunderna för allmänt bindande verkan skall fastställas mera detaljerat än för närvarande och att den stabilitet som systemet med allmänt bindande verkan förutsätter samtidigt skall skapas.

När det bedöms och avgörs om ett kollektivavtal skall anses vara representativt eller inte skall utöver det nuvarande statistikmaterialet flera olika faktorer beaktas. Behovet att göra tolkningsgrunderna mångsidigare följer av förändringarna inom företagsverksamheten och deras verkningar på arbetsmarknaderna och av att det statistik material som används som bedömningsgrund ofta är föråldrat samt av att den näringsgrensindelning som utgör grund för statistiken inte till alla delar motsvarar kollektivavtalens tillämpningsområden. Ett syfte med de nya kriterierna är att besluten om kollektivavtalens allmänt bindande verkan med hjälp av dem i så hög grad som möjligt kan grunda sig på sådana fakta som är av betydelse med tanke på kollektivavtalens allmänt bindande verkan. En avsikt är att kollektivavtalens allmänt bindande verkan skall kunna tryggas också då representativiteten varierar och situationen är ostabil.

Skrivningen anses garantera att bil- och transportbranschens avtal inom överskådlig framtid skall anses vara allmängiltigt.

Vidare föreslår regeringen att man stiftar en särskild lag om fastställande av kollektivavtals allmänt bindande verkan. Lagen reglerar den nämnd som i första instans skall fastställa huruvida kollektivavtal har en allmänt bindande verkan.

5.3 Särskilt om allmängiltigheten och låglönekonkurrensen

Det finska allmängiltighetssystemet gäller kollektivavtalets arbetsvillkor som helhet, inte endast lönevillkor. Å andra sidan är minimilönerna enligt kollektivavtalet ofta endast en del av den lön som utgår till de anställda. Utvecklingen har gått mot att en allt större del av lönen utgår som resultatlön, bonus mm. och avtalas lokalt. Allt detta leder till att systemet i praktiken fungerar som ett minimilönesystem, inte som en garant för likartade lönenivåer hos organiserade och icke organiserade arbetsgivare. Systemet har i praktiken visat sig vara en relativt effektiv garant för att minimilönenivåer upprätthålls, det faktum att enskilda anställda kunnat förverkliga lönekrav i domstol och att arbetarskyddsmyndigheterna övervakat systemet har gett faktiska möjligheter att förverkliga det samma i praktiken.

År 1996 infördes en särskild bestämmelse i den finska lagen, som tog sikte på att utsträcka lagen till att också omfatta till Finland utstationerade arbetstagare, vilka har ett anställningsavtal som primärt underlyder utländsk rätt. I Finland ville man garantera att allmängiltighetsregeln skulle äga tillämpning också i dylika specialfall och man införde följande regel:

”Bestämmelserna i 1 och 2 mom. skall anses som sådana tvingande bestämmelser i finsk rätt som avses i artikel 7.2 i den i Rom den 19 juni 1980 ingångna konventionen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Romkonventionen), när ett arbetsavtal med stöd av vilket en utländsk arbetstagare utför arbete i Finland gäller annat arbete än sådan planering, övervakning och utbildning som hänför sig till anskaffning av en maskin eller en anordning eller ett expertsystem samt installation, reparation eller service av dessa eller transport av personer och varor via Finland eller till Finland, när detta arbete är av tillfällig natur och inte kan utföras med inhemsk arbetskraft.”

Denna regel som inte var helt odiskutabel⁶ kom sedan att upphävas i och med att Finland implementerade direktivet om utstationerade arbetstagare genom lagen om utstationerade arbetstagare. I denna lag räknas upp olika lagregler som måste iakttas också på anställningsavtal som underlyder främmande lands lag. Lagstiftaren utgår dock från att också allmängiltiga kollektivavtal via arbetsavtalslagens tvingande reglering kan komma att äga tillämpning för utländska arbetsgivare som utstationerar personal till Finland. I lagen föreskrivs (§ 2.3) att på ut-

⁶ Se Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, Kollektivavtal i EU. Om allmängiltiga avtal och social dumping (1996) s 153 ff.

stationerad arbetstagares arbetsavtal tillämpas dessutom kollektivavtalsbestämmelser om semester, arbetstid samt skydd i arbetet som ingår i avtal som är allmängiltiga enligt arbetsavtalslagen. Dessutom förerskrivs i lagen (§ 2.4) att till en utstationerad arbetstagare skall betalas minimilön. Som minimilön betraktas vederlag som bestäms med stöd av ett kollektivavtal som avses i 17.1 § lagen om arbetsavtal.

Allmängiltighetsregeln har alltså i den finska utstationeringslagen uttryckligen definierats som en minimilöneregeln. Kollektivavtalsparterna kan dock genom sättet att bestämma lön långt förfoga över nivån på denna minimilön. Vidare kan skrivningen i lagens 3 § påverka beräkningen och beräkningsgrunderna. Här sägs att när det skall fastställas om den lön som betalas till en utstationerad arbetstagare uppfyller de ovan relaterade kraven skall sådana särskilda ersättningar som betalas till arbetstagaren för att han eller hon är utstationerad och som inte avser faktiska kostnader som orsakas av utstationeringen, betraktas som en del av arbetstagarens lön. I praktiken kan denna gränsdragning vara svår att göra.

5.4 Låglönekonkurrens utanför allmängiltighetsregelns tillämpningsområde

Det finska kollektivavtalssystemet har som ovan framgått ett ytterst vidsträckt tillämpningsområde tack vare allmängiltighetsregeln. Trots detta finns det yrkesgrupper som inte omfattas av något kollektivavtal. För deras del har det länge varit något omstritt vad som gäller. Dels har man hävdats att det finns ett allmänt icke lagkodifierat krav på att löner skall vara skäliga, dels har man hävdats att oskäliga lönevillkor kan jämkas med stöd av rättshandlingslagens § 36.1.

Formuleringen av § 48.3 i den finska arbetsavtalslagen har något komplicerat den rättsliga bedömningen. Nämda stadgande föreskriver nämligen entydigt att skulle tillämpningen av i arbetsavtalet ingående andra villkor än villkor rörande lönen uppenbarligen stå i strid med god sed eller eljest vara oskälig, må villkoret jämkas eller lämnas utan beaktande. Frågan har alltså varit om stadgandet skall kunna tolkas *e contrario* så att jämkning av lönevillkor överhuvudtaget inte kan komma i fråga eller om jämkning skall vara möjligt med stöd av rättshandlingslagen. Högsta domstolen i Finland har numera avgjort frågan. Fallet gällde utomlands arbetande reseguider, som var anställda hos finländska paketreseföretag. För denna grupp anställda fanns inget kollektivavtal. En anställd krävde i domstol i första hand att resebyråbranschens kollektivavtal skulle anses allmängiltigt och att guidernas arbete skulle likställas med olika funktionärers arbete. I andra hand krävdes att lönen skulle jämkas. Högsta domstolen konstaterade att jämkning kunde komma i fråga, men återvisade fallet till första instans för en prövning av jämkningsförutsättningarna.

HD 1998:63. Det förelåg inget kollektivavtal för den yrkesgrupp den anställda representerade och något allmängiltigt kollektivavtal ägde heller inte tillämpning på den anställdas anställningsförhållande. Arbetstagaren kan

utan hinder av arbetsavtalslagens 48.3 § kräva jämkning av sina arbetsavtalsenliga lönevillkor med stöd av rättshandlingslagens 36 §.

Det föreligger alltså inget särskilt effektivt skydd mot låglönekonkurrens utanför allmängiltighetsregelns tillämpningsområde. Jämkning av lönevillkor måste göras skilt i varje enskilt fall och det är svårt att på ett generellt plan komma åt oskäligen lönevillkor genom jämkning.⁷

6. Användning av utomstående arbetskraft samt uthyrning av arbetskraft

På vissa områden och i vikande konjunkturer har arbetsgivare i Finland velat använda s.k. utomstående arbetskraft för olika arbetsuppgifter. Från facklig sida har man å andra sidan av flera skäl gärna sett att den befintliga arbetskraften i första hand används och att ökat arbetskraftsbehov täckts genom nyrekryteringar. Detta har dels garanterat en god rekryteringsbas också för facket, samtidigt som branschens kollektivavtal i allmänhet blivit tillämpligt.

Den finska regleringen av utomstående arbetskraft har dock aldrig gått lika långt som den svenska fackliga vetorätten. I lagen om samarbete inom företag (725/1978) ingår ett stadgande som utsäger att arbetsgivare skall informera företrädarna för den personalgrupp, vars arbetsuppgifter saken berör, om planerat avtal om anlitan av utanför företaget stående arbetskraft. Härvid skall utredning förebringas om den planerade omfattningen av dylik arbetskraft, om dess arbetsuppgifter och om tiden för avtalets bestånd.

Om vederbörande företrädare för personalen efter att ha fått ett sådant meddelande, så yrkar senast andra arbetsdagen efter att meddelandet erhållits, skall ärendet behandlas i samarbetsförfarande, dock icke under längre tid än en vecka efter det yrkandet framställdes. Arbetsgivaren får icke under denna tid sluta det avtal som är föremål för behandling. Fråga är alltså om ett slags uppskjutande vetorätt på maximalt en veckas tid. Vissa undantag till denna huvudregel finns också föreskrivna.

Frågan om användning av utomstående arbetskraft har också traditionellt i Finland reglerats på kollektivavtalsnivå. Vissa av dessa regler har varit omstridda, bland annat ströks vissa klausuler i metallbranschens avtal efter konkurrensmyndigheternas ingrepp. Likaså har kollektivavtalet inom pappersindustrin delvis skrivits om för att uppfylla konkurrensrättsliga krav. I praktiken har detta varit en fråga som har haft en klar relevans för låglöneproblematiken:

⁷ I förslaget till ny arbetsavtalslag kap 2 § 11 har man intagit ett stadgande som avser att garantera en viss minimilön också utanför allmängiltighetsregelns tillämpningsområde. Den lyder:

”Kollektivavtal om minimilönen saknas

Om inget kollektivavtal som är bindande enligt lagen om kollektivavtal eller inget allmänt bindande kollektivavtal skall tillämpas i en anställning och arbetsgivaren och arbetstagaren inte har avtalat om vederlag för arbetet, skall till arbetstagaren betalas en sedvanlig och skälig lön för det arbete han eller hon utfört.”

Det är främst städföretag som velat komma in på städmarknaden inom pappersindustrin, medan facket velat att pappersfabrikerna håller sig med egna städerskor som underlyder branschens kollektivavtal och hör till pappersindustrins fack. Den diffusa gränsdragning som man gjort i finska domstolar har varit att regler som syftar till att stärka de anställdas anställningstrygghet är godtagbara, medan regler som syftar till att begränsa arbetsgivarens möjlighet att fritt bestämma om han önskar nyrekrytera personal eller anlita företag som kan leverera tjänster ses som konkurrens- och effektivitetshämmande.

En annan särskild form av arbetskraftsnyttjande är uthyrning av arbetskraft. Beroende på vilka krav man ställer på löne- och andra villkor för uthyrd arbetskraft kan denna inom vissa områden användas som ett led i låglönekonkurrensen. I Finland har det rådande rättsläget länge varit omstritt om ett företag som hyr ut arbetskraft måste följa det allmängiltiga riksomfattande kollektivavtalets minimireglering för den bransch inom vilken uthyrningen sker. Motargumentet har varit att uthyrning av arbetskraft utgör en egen separat bransch som saknar allmängiltiga avtal.

Den tidigare relaterade arbetsavtalskommittén har gått in också på denna fråga. Man föreslår att ett uttryckligt stadgande i frågan intas i arbetsavtalslagen. Det lyder:

10 § Kollektivavtal som skall tillämpas i fråga om hyrda arbetstagares anställningar

Om en arbetsgivare har hyrt ut arbetstagare till en annan arbetsgivare (*användarföretag*) och den arbetsgivare som hyrt ut arbetstagare inte är bunden av ett kollektivavtal som avses i 7 § 3 mom. eller skyldig att i sina anställningsförhållanden iaktta något allmänt bindande kollektivavtal, skall i fråga om en hyrd arbetstagares anställning tillämpas åtminstone bestämmelserna i ett sådant i 7 § 3 mom. avsett kollektivavtal eller ett allmänt bindande kollektivavtal som är bindande för användarföretaget

Det föreslagna stadgandet innefattar alltså ett klart förslag om att användarföretagets kollektivavtal i andra hand blir bindande för uthyrarföretaget om det inte finns ett annat kollektivavtal som blir tillämplig. Regelns implicita syfte är att försöka åstadkomma kollektivavtalspraxis också inom uthyrningsbranschen. Problemet är naturligtvis att branschen är relativt disparat. Under alla omständigheter får den föreslagna ordningen ses som ett led i strävandena att förhindra låglönekonkurrens i Finland.

Metoder til å motvirke lavlønnskonkurranse i Norge

Av Advokat Lars Holo
Advokatfirmaet Arntzen, Underland & Co ANS
Oslo

1. Innledning

Nivået på lønns- og arbeidsvilkår hører til de konkurranseparametere som brukes mellom bedrifter i samme bransje nasjonalt så vel som mellom bedrifter internasjonalt. Temaet for denne rapporten har derfor både et nasjonalt og et internasjonalt sikte.

Også andre kostnadsfaktorer virker imidlertid inn på konkurranseevnen. Eksempler på konkurranseparametere som følger landegrensene, og som ikke inngår i EØS-avtalen, er offentlige avgifter og rentenivået. Avgiftsnivået stod i fokus i Norge tidligere i år da lastebileierne, med engasjert tilslutning fra de ansatte sjåfører vakte oppmerksomhet med sine "franske" aksjoner mot de norske dieselavgiftene. I august 2000 ble det tatt initiativ blant fagforbundsrepresentanter til aksjon mot Norges Banks renteøkninger.

Noen tilsvarende aksjoner mot lavlønnskonkurranse har vi ikke sett. I denne rapporten vil virkemidler mot slik konkurranse bli gjennomgått, deriblant aksjonsformene streik og boikott.

De økonomiske rammebetingelser og forholdene på arbeidsmarkedet vil være faktorer som generelt virker inn på konkurranseevnen. Det er grunn til å gå ut fra at lavlønnskonkurranse er mer aktuelt i bransjer og i land med høy arbeidsledighet. Så sent som i 1994 hadde Norge en relativt høy arbeidsledighet (6,0 % i følge statistikk publisert i september 1994), mens arbeidsledigheten nå i 2000 er ca 2,5 %. I årene 1989 og 1990, da arbeidsledigheten i Norge var sterkt økende, og vi i tillegg hadde hatt høy pris- og lønnsvekst gjennom et par desennier, vedtok myndighetene med støtte fra LO streng lønnsregulering med – i prinsippet – forbud mot lønnsøkning.

Inntektspolitikken fra myndighetenes side og, i en viss grad også lønnspolitikken i fagbevegelsen, har derfor i 1990-årene vært rettet inn mot å motvirke en for høy lønnsvekst. Innen fagbevegelsen har dette vært begrunnet med at det viktigste er reallønnsveksten, ikke den nominelle økning, og at inntektspolitikken ikke må være inflasjonsdrivende og at den ikke må medføre økt arbeidsledighet. Denne moderasjonslinjen har av den grunn vært kalt "solidaritetsalternativet". Fagbevegelsen har prioritert de lavest lønnede gruppene i sin tariffpolitikk.

Inntektsutviklingen for de lavtlønnede generelt har imidlertid vært gitt høyeste prioritet av Landsorganisasjonen i Norge og forbundene som er tilsluttet LO. En slik prioritering har hatt som mål å gi lavtlønnsyrkene større lønnsvekst enn de øvrige. Innen fagorganisasjoner for medlemmer med høy utdanning har en slik utvikling imidlertid bidratt til splittelse (blant annet ved at flere profesjonsforbund har brutt ut av Akademikernes Fellesorganisasjon, AF, og dannet sammenslutningen Akademikerne).¹

Lavlønnskurransen som problem har vært lite i fokus i 1990-årene. Det kan være typisk å merke at vi tradisjonelt ikke har noen generell lovgivning som direkte sikrer arbeidstakerne mot lavlønnskurransen i Norge. Større oppmerksomhet har i det politiske miljø vært rettet mot økt fleksibilitet og en effektivisering i bruken av samfunnets ressurser, deriblant ved å stimulere til konkurransen. Konkurranseloven (lov nr 65/1993) har til formål ”å sørge for effektiv bruk av samfunnets ressurser ved å legge til rette for virksom konkurranse”. Loven gjelder imidlertid ikke for lønns- og arbeidsvilkår, jf. § 1–3.

Dette betyr likevel ikke at fagbevelsen i Norge ikke har vært opptatt av å motvirke sosial dumping. Dette vil fremgå av denne rapporten flere steder.

2. Lønnsfastsettelse i Norge

2.1 Allment

I forhold til de øvrige medlemsland innen EU/EØS, er det vanskelig å plassere Norge i en bestemt gruppe m.h.t. arbeidsrettslig modell. Lov- og avtalesystemene i Europa er preget av mangfold og store forskjeller. Noen felles arbeidslivsmodell for EU eksisterer ikke. Medlemslandene har forsterket sine innbyrdes variasjoner fremfor å utvikle seg i retning av større grad av ensartethet.² Hovedskillet går mellom de mellom- og nordeuropeiske EU – og EØS-landene og landene i Sør-Europa.

I likhet med de øvrige nordiske land har kollektivavtalene i Norge en sentral betydning for fastleggelsen av lønns- og andre avtalevilkår. Med unntak av Danmark har imidlertid de nordiske land, inkludert Norge, klare innslag fra den kontinentale tradisjonen med en sterk kollektiv og individuell arbeidsrettlig lovgivning. I mange relasjoner gir det større mening å trekke sammenligninger mellom enkelte av de nordiske land og kontinentale land fremfor å behandle Norden som en enhet med grunnleggende innbyrdes likhet og med en grunn-

¹ At lavtlønnskurransen tilsynelatende ikke representerer et problem av betydning i Norge, kan kanskje være en medvirkende årsak til at jeg ikke fikk svar fra noen av de arbeidstakerorganisasjonene som jeg skrev til for å få nærmere opplysninger og vurderinger i forbindelse med arbeidet med denne rapporten til Nordisk Arbeidsrettslig Møte.

² Jf. OECD, ”Collective Bargaining: Levels and Coverage” I: Employment Outlook, Paris 1994. Det vises også til Jon Erik Dølvik og Torunn Olsen: Arbeidslivspolitik og fagorganisering i EØS og EU, FAFO-notat 1994: 8 side 59 flg.

leggende forskjell fra de øvrige deler av Europa. Kritisk til konseptet en ”nordisk modell” er blant andre Mjøset, Due m.fl. og Dølvik og Olsen.³ Dølvik og Olsen konkluderer slik om utviklingen innad i Norden:

”Utviklingen i de seinere åra har avdekket betydelige og økende ulikheter innen Norden, for eksempel med hensyn til fagbevegelsens struktur, forhandlingsordninger, arbeidsretten og tivsteløsninger. De nasjonale arbeidslivsmodellene i Norden er kommet under press uavhengig av EU-tilknytningen” (s.s. side 60).

2.2 Organisasjonsgrad og dekningsgrad

Ved bedømmelsen av de kollektive avtalers betydning for lønnsfastsettelsen og for de øvrige avtalte arbeidsvilkår må det skilles mellom organisasjonsgrad og de kollektive avtalers dekningsgrad.

Organisasjonsgraden i Norge har ligget stabilt på 56–57 %, noe som er relativt høyt i europeisk sammenheng, men relativt lavt i nordisk sammenheng. I Norge har ikke fagbevegelsen hatt noen funksjon i administrasjonen av utbetalinger under arbeidsledighet siden 1938. De landene som har høyest organisasjonsgrad i Vest-Europa (Sverige, Danmark, Island, Finland og Belgia) har det til felles at fagbevegelsen har spilt en sentral rolle i administrasjonen av ledighetsutbetalinger.⁴ Når det gjelder dekningsgraden for kollektivavtaler, er bildet annerledes. Norge ligger her ”midt på treet” med en dekningsgrad på 75 %. Dekningsgraden i de fleste EU-landene er høyere og i flere land stigende, for eksempel Frankrike (92 %) og Portugal (79 %), til tross for lav organisasjonsgrad (Frankrike ca. 10 % og Portugal ca. 35 %). Den høye dekningsgraden i land med lav organisasjonsgrad har dels sammenheng med allmenngjøring av tariffavtaler, dels med høy organisering på arbeidsgiversiden og dels med nedfelte tariffrettslige ufravikelighetsregler.⁵ Bildet er svært sammensatt også for Danmarks vedkommende, til tross for den relativt utbredte oppfatning om at den høye organisasjonsgraden (82–83 %) skulle tilsi en dekningsgrad for de kollektive avtaler på omkring 90 %.⁶ Nærmere undersøkelser viser imidlertid at den samlede dekningsgrad for kollektivavtaler i Danmark er på ca. 75 %, dvs likt med Norge. Dette er lavere enn blant annet Frankrike, som nevnt foran, Belgia (98 %) og

³ Jf. Due, J., C. Strøby-Jensen, J. Steen Madsen (1994), ”The Scandinavian Model in Europe – The choice of IR-roles for Labor Market Parties at national and EU level”, I: Transformation of Nordic Industrial Relations in the European Context, IIRA 4. Congress Helsinki, Due, J., C. Strøby-Jensen, J. Steen Madsen (1992), Adjusting the Danish Modell: Towards centralized Decentralization, FAOS, København Universitet og Dølvik og Olsen (s.s)

⁴ Dølvik og Olsen s.s., side 67.

⁵ Dølvik og Olsen s.s. basert på studien OECD Employment Outlook 1994: 167–194.

⁶ Slik Arbejdsministeriet, Det Kollektive Aftalesystem 1994, side 3 og 6, se nærmere Jens Kristiansen, Lønmodtagerbeskyttelse i dansk arbejdsrett 1997 side 246 følgende.

Østerrike (90 %).⁷ Vel så interessant er det imidlertid å studere dekningsgraden for kollektive avtaler særskilt innen offentlig og privat sektor. I Danmark er dekningsgraden for kollektive avtaler i offentlig sektor 95 %, mens den i privat sektor er så lav som 57–59 %.⁸ For samtlige lønsmottakere innen handel er dekningsgraden helt nede i 31 %, mens den bare er 27 % for de månedsavlønnede innen handel.⁹ For privatansatte funksjonærer var dekningsgraden i 1985 40 % og i 1993 45 %, mot tilsvarende år 71 % og 78 % for privatansatte arbeidere.¹⁰

For kvinners lønnsfastsettelse er dekningsgraden for kollektive avtaler noe høyere enn for de mannlige ansatte.¹¹

Forholdene som her er referert fra Danmark, er sannsynligvis ikke grunnleggende forskjellig fra forholdene i Norge. Lav lønn som konkurransefortrinn vil særlig være aktuelt i lavlønnsyrker der organisasjonsgraden og dekningsgraden for kollektive avtaler er lav. Problemstillingen gjelder imidlertid i prinsippet også i grupper på høyere lønnsnivå. Dette gjør seg kanskje særlig gjeldende der det er muligheter for utenlandske virksomheter til å konkurrere om oppdrag i Norge med hjemlandets lavere lønnsnivå som viktig konkurransefortrinn. Dette medførte i sin tid at LO og daværende Norsk Arbeidsgiverforening, NAF (nå Næringslivets Hovedorganisasjon, NHO) inngikk avtale med retningslinjer for fremgangsmåten for behandling av lønns- og arbeidsvilkår og annet ved søknader om å få bruke utenlandsk arbeidskraft på tidsbegrensede oppdrag i Norge (1975). Tilsvarende ble det i 1994 inngått en avtale mellom LO og NOPEF (Norsk Olje- og Petrokjemisk fagforbund) og NHO om en tilsynsordning for å hindre sosial dumping innen oljesektoren, den såkalte Oljeserviceavtalen.

Når lavlønnskurransen i dagens Norge ikke ser ut til å være et større aktuelt problem, vil dette ha sammenheng med flere forhold som beskrevet foran i kapittel 1, deriblant at fagbevegelsen har møtt problemstillingen aktivt fra lengre tid tilbake og opp til i dag.

2.3 Tariffavtaler

For kommunal og privat sektor gjelder arbeidstvistloven av 5. mai 1927 nr 1. Den inneholder regler om tariffavtaler og deres rettsvirkninger, regler om mekling i interessedvister og om domstolen Arbeidsretten (og om lokale arbeidsretter som er identiske med de ordinære domstolene i første instans, men med særskilte prosessregler, blant annet om meddommere med erfaring fra arbeidslivet). For statlig sektor gjelder en egen lov, tjenestetvistloven av 18. juli 1958 nr 2.

Som *tariffavtale* regnes etter den norske arbeidstvistloven (atvl) en avtale ”om arbeids- og lønsvilkår eller andre arbeidsvilkår”, som må være inngått mellom

⁷ OECD, s.s. side 173.

⁸ Jens Kristiansen s.s. side 252 med henvisninger.

⁹ Jens Kristiansen side 254.

¹⁰ Jens Kristiansen side 255 med henvisninger.

¹¹ Jens Kristiansen side 258

en arbeidsgiver eller en arbeidsgiverforening på den ene side og en fagforening på den annen side, § 1 nr 8. Såvel forbund som hovedorganisasjoner er å anse som fagforeninger i lovens forstand. En tariffavtales parter betegnes gjerne som tariffpartene. Etter norsk rett er en tariffavtale en rettslig bindende og gjensidig forpliktende avtale. For det første er den bindende og forpliktende for tariffpartene. Dernest er den også bindende for tariffpartenes medlemmer. For medlemmene er tariffavtalens bestemmelser rettslig forpliktende – og gir rettigheter – både for medlemmene overfor tariffpartene og mellom den enkelte arbeidsgiver og arbeidstaker på individuelt nivå. Medlemmer som begge er bundet av en tariffavtale kan derved heller ikke inngå avtaler seg imellom som strider mot tariffavtalens bestemmelser. Hvis en arbeidsavtale mellom slike medlemmer har bestemmelser som strider mot tariffavtalen, er disse for så vidt uten rettslig virkning, og tariffavtalens bestemmelser gjelder i stedet. (Se nærmere atvl § 3 nr 3). Et medlem som vil gjøre seg ubundet av tariffavtalen har begrenset mulighet til dette. En utmelding av organisasjonen vil ikke føre til ubundethet i forhold til avtalen før tariffavtalen selv utløper i henholdt til dens ordinære gyldighetstid, jf. atvl § 3 nr 4. En tariffavtale er en tidsbegrenset avtale og skal som alminnelig regel ha en fastsatt gyldighetstid, jf. atvl § 3 nr 1 og 2. Det alminnelige har hittil i praksis vært perioder på to år. Ved siste sentrale lønnsoppgjør våren 2000 ble det fra arbeidsgiversiden fremsatt krav om avtaleperioder på tre år. Dette vakte stor motstand og bidro til at riksmeklingsmannens forslag ble forkastet ved uravstemning. Det nye forslaget, som ble vedtatt, innebærer imidlertid også tre års varighetstid, men med nærmere bestemmelser om forhandlinger etter to år for det tredje avtaleåret.

Tariffavtalens parter har rådighet over tariffavtalen i den forstand at de kan endre den også i tariffperiodens løp, og som avtaleparter har de også et fortolkningsmonopol. Tariffpartenes felles forståelse av avtalens bestemmelser er bindende for deres medlemmer, på samme måte som tariffavtalen selv. Likeledes må en domstol bygge på den forståelse av tariffavtalen som avtalepartene er enige om.

Tariffautonomien er likevel ikke uten grenser. Tariffavtaler er, som avtaler ellers, undergitt avtalefrihetens alminnelige grenser. Tariffavtaler kan ikke stride mot lov. Domstolene må av eget tiltak sette til side tariffavtalebestemmelser som er uforenlige med lovregler.

Dette medfører bl.a. at konkurranselovens unntak i § 1–3 annet ledd for ”lønns- og arbeidsvilkår i tjeneste hos andre” er aktuelt. Generelt vil dessuten EØS-avtalens hoveddel og de rettsakter (EF-direktiver og forordninger) som er inkorporert i norsk rett som følge av EØS-avtalen aktualisere betydningen av at tariffavtaler ikke kan stride mot lov. Konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54 (jf. EF-traktatens artikkel 85 og 86 tidligere) kommer i fokus i en omfattende pensjonssak som for tiden er under behandling ved Arbeidsretten, som nå forelegger spørsmål for EFTA-domstolen, som har kompetanse til å gi råd-

givende, ikke bindende tolkningsuttalelser om EF-/EØS-reglene.¹² Tilsvarende kan de ulike ikke-diskrimineringsreglene om nasjonalitet, kjønn m.v. være praktisk viktige skranker for tariffavtalenes gyldighet og tolkning.

Et særlig tema i forbindelse med lavlønnskonkurranse er spørsmålet om allmenngyldighet. Etter norsk rett har som nevnt en tariffavtale bare bindende virkning for tariffpartene og for de arbeidsgivere og arbeidstakere som er medlemmer av vedkommende organisasjoner. En tariffavtale har følgelig ikke noen generell gyldighet (allmenngyldighet) eller "erga omnes" – virkning. Det er heller ingen regler i norsk rett som gir offentlige myndigheter en alminnelig adgang til å eget tiltak å fastsette at en tariffavtale skal gjøres allmenngyldig og forpliktende for alle arbeidsgivere/arbeidstakere i en bransje, sektor eller lignende.

I Norge har vi imidlertid to lover om allmenngjøring av tariffavtaler.

Den ene skal bare kort nevnes. Det er lov av 23. august 1996 nr 63 om allmenngjøring av bestemmelser i tariffavtale om Europeiske samarbeidsutvalg m.v., som innebærer en gjennomføring i norsk rett av Rådskonferensdirektiv 94/45/EF om Europeiske samarbeidsutvalg m.v. LO og NHO inngikk i 1995 avtale "om opprettelse av Europeisk samarbeidsutvalg eller tilsvarende samarbeidsformer" som et ledd i den norske implementeringen av direktivet. Loven er et utslag av at tariffavtalen mellom LO og NHO ikke har erga omnes-virkning. For at direktivet skal kunne være fyllestgjørende gjennomført i norsk rett, jf direktivets art, var det derfor nødvendig å gi en lov som kan etablere det nødvendige rettslige grunnlag til å gi tariffavtalens bestemmelser rettslig virkning for alle arbeidsgivere og arbeidstakere som i henhold til direktivet skal omfattes.

Loven er her nevnt for å belyse den norske rettstilstand for så vidt gjelder begrensningene i tariffavtalens virkefelt med hensyn til parter. Deres nærmere innhold faller utenfor temaet for denne rapporten.

2.4 Almenngjøring av tariffavtaler

Den alminnelige loven om allmenngjøring av tariffavtaler er lov av 4. juni 1993 nr 58. Lovens formål er i § 1-1 beskrevet slik:

"Lovens formål er å sikre utenlandske arbeidstakere lønns- og arbeidsvilkår som er likeverdige med de vilkår norske arbeidstakere har. Dette for å hindre at arbeidstakere utfører arbeid på vilkår som samlet sett er påviselig dårligere enn hva som er fastsatt i gjeldende landsomfattende tariffavtaler for vedkommende fag eller bransje, eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke".

¹² Saken har mye til felles med EF-domstolens tre saker om tjenestepensjonsordninger, jf dommer av 21.9.1999 i sakene betegnet som *Albany*, *Brentjens* og *Drijvende Bokken*. Arbeidsretten antar imidlertid at ikke alle tolkningsspørsmål som er aktuelle i denne saken er løst ved EF-domstolens tolkningsuttalelser i de tre sakene.

Som det fremgår, har loven ikke til formål å motvirke lavlønnskonkurranse mellom norske bedrifter innbyrdes.

Bakgrunnen for loven kommer til uttrykk i departementets høringsnotat av 25. juni 1992, dvs. like etter at EØS avtalen var blitt undertegnet 2. mai samme år. I notatet blir bakgrunnen beskrevet slik at regjeringen ”vil forhindre at en EØS-avtale fører til at utenlandske arbeidstakere, som utfører arbeid i Norge, kan utkonkurrere norsk arbeidskraft, ved at de har lønns- og arbeidsvilkår som er vesentlig dårligere enn de norske...”.¹³ Loven ble vedtatt i en tid hvor EF-kommisjonen arbeidet med det kontroversielle forslaget til direktiv om minstere rettigheter for arbeidstakere som utstasjoneres i et annet medlemsland (jf. senere direktiv 96/71/EF). Det var usikkert hva direktivet ville gå ut på, om det i det hele tatt ble vedtatt. Det var blant annet motsetninger mellom medlemslandene i sør, som hadde interesser i å kunne konkurrere med lavlønn mv., og landene i mellom- og nordeuropa. Som bakgrunn for det norske reguleringsbehovet lå blant annet EF-domstolens praksis som innebar at den traktatfestede retten til etablering og utførelse av tjenester i andre medlemsland ikke kunne begrenses av mottakslandet ved diskriminerende tiltak, som særskilte krav om oppholds- eller arbeidstillatelse eller krav til lønns- og arbeidsvilkår som ikke gjaldt for mottakslandets egne arbeidsforhold.¹⁴ Lovens formål viser som nevnt at den rettes inn mot *importert* lavlønnskonkurranse (sosial dumping). Dersom loven blir praktisert slik at norske arbeidsgivere kan praktisere lavlønnskonkurranse i større utstrekning enn tilsvarende utenlandske arbeidsgivere, kan dette etter omstendighetene innebære at de utenlandske arbeidsgivere blir utsatt for diskriminering i strid med EØS-avtalen. Dette har hittil ikke kommet på spissen, da loven ikke har vært benyttet, og ingen utenlandske arbeidsgivere har såvidt vites hittil påstått at noen tariffavtale diskriminerer dem til fordel for deres norske konkurrenter.

I lovens forarbeider, Ot.prp. nr 26 (1992–93) er det på side 17 gjengitt en oversikt over lønnskostnadene for voksne industriarbeidere i 1990 hentet fra det såkalte Beregningsutvalgets rapport (NOU 1992: 4). Oversikten gjelder direkte, indirekte og totale lønnskostnader i norske kroner i 1990. I rubrikken for gjennomsnittlig timefortjeneste pr. arbeidet time er ikke feriepenger og betaling for hellig- og høytidsdager tatt med. I rubrikken for indirekte personalkostnader i prosent av lønn for arbeidet tid er følgende elementer tatt med: lønn for helge- og feriedager, lønn under sykdom, velferdspermisjoner, arbeidsgiveravgift og andre

¹³ Lovens forarbeider er Ot.prp. nr 26 (1992–93) og Innst.O. nr 98 (1992–93). Loven trådte i kraft 1. januar 1994 dvs. samtidig med EØS-avtalen.

¹⁴ Se EF-domstolens dom av 03.02.1982 i sak 62 og 63/81, Seco og i sak C-113/89, dom avsagt 26.03.1990, Rush Portuguesa. Se videre EF-domstolens praksis etter tidspunktet for høringsnotatet: sak C-43/93, van der Elst, sak C-272/94, Climatec og C-398/95, Syndesmos. Sakene er bl.a. omtalt i K. Krüger, R. Nielsen og N. Bruun, ”European Public Contracts in a Labour Law Perspective”, 1998 side 186 flg.

sosiale kostnader. I rubrikken for gjennomsnittlig timefortjeneste pr. arbeidet time er ikke feriepengene og betaling for hellig- og høytidsdager tatt med. I rubrikken for indirekte personalkostnader i prosent av lønn for arbeidet tid er følgende elementer tatt med: lønn for helge- og feriedager, lønn under sykdom, velferdspermisjoner, arbeidsgiveravgift og andre sosiale kostnader.

	Gj.sn.time- fortjeneste pr. arbeidet time kr	Indirekte pers.kostn. i pst av lønn for arbeidet tid pst	Totale lønns- kostnader pr.time kr	INDEKS Norge=100
Norge	92,2	48	136,7	100
Tyskland-vest	76,9	75	134,9	99
Sverige	77,3	70	131,1	96
Sveits	85,9	52	130,7	96
Finland	77,2	69	130,1	95
Belgia	63,9	86	118,7	87
Nederland	64,8	76	114,1	83
Danmark	95,2	18	111,9	82
Østerrike	55,5	91	106,2	78
Italia	51,8	98	102,8	75
Frankrike	52,1	83	95,4	70
Storbritannia	57,2	36	77,7	57
Spania	72,8	53
Irland	52,5	34	70,5	52

Høringsnotatet medførte bred tilslutning til at de lovgivende myndigheter skulle treffe tiltak mot sosial dumping. Blant de organisasjoner som støttet dette, i det minste i prinsippet, var også organisasjoner på arbeidsgiversiden som Handels- og Servicenæringens Hovedorganisasjon (HSH). NHO erklærte seg også enig i at en tilslutning til EØS-avtalen kunne medføre fri bevegelighet av arbeidskraft som innebar fare for sosial dumping. På arbeidstakersiden fikk forslag om å hindre sosial dumping også tilslutning fra høytlønnede grupper som organisasjonene for oljearbeiderne.

Loven omfatter arbeidstakere på skip og flyttbare innretninger under norsk flagg, men ikke skip i norsk internasjonalt skipsregister (NIS). Videre omfatter loven petroleumsvirksomheten på den norske del av kontinentalsokkelen, både på faste og flyttbare innretninger, så vel under norsk som fremmed flagg.

I medhold av loven oppnevner Regjeringen en tariffnemnd som skal ha vedtakskompetanse etter loven.

Tariffnemnda kan treffe vedtak om at en landsomfattende tariffavtale helt eller delvis skal gjelde for alle arbeidstakere som utfører arbeid av den art avtalene omfatter i en bransje eller en del av en bransje. Vilåret er at krav om slik allmenngjøring er fremsatt av en arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjon som er part i avtalen og som er av en viss størrelse (arbeidstakerorganisasjonen må ha minst 10.000 medlemmer, mens arbeidsgiverorganisasjonen må ha minst 100 medlemmer som til sammen har minst 10.000 arbeidstakere). Bare slike organisasjoner kan kreve at nemnda realitetsbehandler et krav om allmenngjøring.

Dette innebærer at allmenngjøringsloven ikke er et generelt instrument for myndighetene med hensyn til inntektspolitikk, arbeidslivspolitik, innvandringspolitikk eller annet. Avtalepartene har som hovedregel selv herredømme over bruken av loven.

Vedtak om allmenngjøring kan bare gjelde de deler av tariffavtalen som regulerer de enkelte arbeidstakers lønns- og arbeidsvilkår.

En innvending mot loven har vært at den kan føre til sosial dumping hvis Tariffnemnda treffer vedtak om allmenngjøring av minstelønnsatser som er lavere enn de lønnsatser som faktisk praktiseres.¹⁵ Minstesatsene i norske avtaler kan ligge langt under det faktiske lønnsnivået, opp til 30–40 %. Mot denne kritikken av loven er det å si at § 3 gir Tariffnemnda adgang til, i særlige tilfeller, å fastsette andre lønns- og arbeidsvilkår enn de som følger av tariffavtalen. Dette kan naturligvis, i lys av lovens formål, jf § 1-1, være aktuelt der en allmenngjøring av minstelønnsnivået ville ført til sosial dumping eller andre uheldige virkninger. I tillegg kan denne bestemmelsen benyttes hvis den tariffavtalen som organisasjonen har krevd gjort gjeldende, ikke er den tariffavtalen som er den mest representative. Partene kan også fastsette krav om at det fastsettes en minstelønn av en viss størrelse. Nemnda må i slike tilfeller vurdere kravet og kan treffe vedtak om minstelønn for bransjen ut fra en vurdering av hva som må til for å hindre sosial dumping eller lignende i lys av lovens formål, jf § 1-1 som er sitert foran.

Dersom allmenne hensyn krever en regulering, kan Tariffnemnda også av eget tiltak treffe slikt vedtak. Dette er en unntaksbestemmelse som innebærer at nemnda kan treffe vedtak selv om ikke noen av avtalepartene har fremsatt krav om det. Den er også aktuell i de tilfelle hvor en organisasjon på arbeidsgiver- eller arbeidstakersiden ikke fyller lovens krav om tilslutning som beskrevet foran, men som samtidig har en holdbar begrunnelse for å be om at deres avtale blir allmenngjort.

Tariffnemndas vedtak er et offentligrettslig vedtak (forskrift) i henhold til forvaltningslovens bestemmelser. De lønns- og arbeidsvilkår som er fastsatt i Tariffnemndas vedtak, skal gjelde som ufravikelige minstevilkår i arbeids-

¹⁵ Jf. E. Stueland, F.E. Thoresen og P. Østvold (1994), Norsk fagbevegelse og den europeiske union, Oslo: SME/NTEU, også referert i Dølvik og Olsen s.s., side 72.

forholdet mellom en arbeidstaker som omfattes av vedtaket og dennes arbeidsgiver. Vedtaket fastsetter således minstevilkår. Vedtaket er derfor ikke til hinder for at det inngås tariffavtaler eller individuelle avtaler med bedre vilkår for arbeidstakerne.¹⁶

Overtredelser av Tariffnemndas vedtak er straffesanksjonert med bøter og rammer så vel forsettlig som uaktsom overtredelse.

Ettersom norske organisasjoner ofte ikke vil ha medlemmer i de utenlandske virksomheter, kan streikevåpenet være uaktuelt. Derimot forutsetter loven uttrykkelig at boikottaksjoner kan benyttes. Lovens § 5 lyder:

”§ 5 Boikott

Organisasjon som nevnt i § 3 kan iverksette boikott som tar sikte på å fremtvinge at en arbeidsgiver oppfyller sine forpliktelser etter vedtak som er truffet i medhold av samme paragraf, uten hinder av de begrensninger som følger av boikottloven § 2 c annet og tredje alternativ.

Forøvrig gjelder bestemmelsene i lov av 5. desember 1947 nr 1 om boikott.”

Boikottloven av 1947 blir nærmere omtalt nedenfor. Boikott er ifølge boikottloven § 2 c rettsstridig ”når den vil skade vesentlige samfunnsinteresser eller virke utilbørlig, eller når det ikke er noe rimelig forhold mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten og den skade som den vil føre med seg”. Det er de to siste av disse tre alternativene som ikke kommer til anvendelse overfor boikott som iverksettes for å fremtvinge at en arbeidsgiver oppfyller sine forpliktelser etter Tariffnemndas vedtak under allmenngjøringsloven.

Adgangen til allminnelig kamptiltak etter arbeidstvistloven, dvs. streik, er som nevnt begrenset når fagforeningen ikke har medlemmer i bedriften. En arbeidsgiver kan være medlem av en arbeidsgiverforening uten derved å være tariffbundet.¹⁷

¹⁶ I Karnov Norsk Kommentert Lovsamling 1999 side 2338 skriver kommentarforfatteren Einar Østerdahl Poulsson at dette likevel ikke gjelder ”hvor den tariffavtale som allmenngjøres er en normallønnsavtale med fravikelige lønns- og arbeidsvilkår” (note 20 til loven) Dette er imidlertid ikke i samsvar med lovens ordlyd. Lovens forarbeider inneholder heller ikke en slik uttalelse som kommentarforfatteren.

¹⁷ ARD 1991 side 122 og side 175. Etter Hovedavtalen LO-NHO er det et vilkår for å kreve tariffavtale gjort gjeldende ved en virksomhet at denne har en eller flere arbeidstakere som er medlem av vedkommende fagforbund innen LO. Hovedavtalen for perioden 1998–2001 har i § 3–7 punkt 2 fått følgende tilføyelse etter forannevnte bestemmelse om krav om medlemmer i bedriften: ”Er det ikke tidligere opprettet tariffavtale på bedriften for den aktuelle arbeidstakergruppen, er det et vilkår at LO/forbundet organiserer minst 10% av arbeidstakerne i bedriften innenfor tariffområdet. I bedrifter med færre enn 25 ansatte gjelder ikke ovenstående regler, men vil som hovedregel følges. Er tariffavtale allerede opprettet innenfor tariffområdet, kreves tilsvarende minst 30%. Vertikale overenskomster og overenskomster som gjøres gjeldende individuelt er unntatt.”

Allmenngjøringsloven har pr august 2000 vært i kraft i mer enn 6 1/2 år uten at Tariffnemnda har hatt noen saker til behandling etter henvendelse fra arbeidsgiver- eller arbeidstakersiden. Tariffnemnda har heller ikke av eget tiltak truffet vedtak fordi ”allmenne hensyn krever slik regulering”, jf. § 3 tredje ledd.

Undertegnede skriftlige henvendelse til et utvalg organisasjoner på arbeidstakersiden om hva som kan være grunnen til dette, er, som omtalt i note 1, ikke besvart. Fra NHOs avdeling for arbeidsrett er spørsmålet besvart med at utenlandsk konkurranse på det norske arbeidsmarked ikke har medført problemer av betydning. Det blir bl.a. pekt på at det kan ha en viss betydning at organisasjonsprosenten blant høyt utdannede arbeidstakere i Norge er relativt lav.

Det er vanskelig for rapportskriveren å gjøre seg opp noen helhetlig oppfatning av bakgrunnen for at Tariffnemnda ikke har hatt noen saker til behandling og heller ikke selv har truffet vedtak ut fra en vurdering av ”allmenne hensyn”. Med i bildet hører at heller ikke boikottvåpenet har vært tatt i bruk på grunn av lavlønnskonkurranse etter at EØS-avtalen trådte i kraft. Enkelte trekk i utviklingen på 1990-tallet er imidlertid omtalt i innledningen til rapporten, deriblant at fagbevegelsen selv har møtt situasjonen overfor utenlandske bedrifter direkte, men også at gode konjunkturer og mangel på arbeidskraft i mange sektorer har preget tiden etter 1994.

2.5 Boikott

Boikottloven er omtalt i avsnittet foran. Boikottaksjoner har i Norge særlig vært rettet mot skip under fremmed flagg som anløper norske havner og hvor representanter for den Internasjonale Transportarbeiderføderasjonen (ITF) iverksetter boikott på grunn av manglende lønnsutbetalinger, eventuelt underbetaling. Så sent som 7. august 2000 iverksatte ITF en boikottaksjon til støtte for russiske arbeidstakere om bord på et skip i Oslo som var innleid av et norsk fergereferi. Arbeidstakerne hadde ikke fått utbetalt hyre på seks måneder og ITF fremsatte krav om utbetaling av all skyldig hyre som betingelse for å oppheve boikotten/blokaden.

Boikottloven av 1947 definerer boikott som ”en oppfordring, avtale eller liknende tiltak som for å tvinge, skade eller straffe noen tar sikte på å hindre eller vanskeliggjøre en persons eller virksomhets økonomiske samkvem med andre”. Loven omfatter således både oppfordring og gjennomføring av tiltak. I følge forarbeidene skal imidlertid ikke loven omfatte en som passivt etterkommer en boikottoppfordring.¹⁸ Loven omfatter både hindring av samkvem med den boikottende selv og med tredjemann.

Hovedbestemmelsen i loven er § 2 som beskriver på hvilke kriterier en boikott vil være rettsstridig. For det første er en boikott rettsstridig når den har et rettsstridig *formål* eller ikke kan nå sitt mål uten å føre til et rettsbrudd (§ 2 a), når

¹⁸ Ot.prp. nr 70 (1947) side 9.

den blir foretatt eller holdt vedlike ved rettsstridige *midler* eller på en unødig opphissende eller krenkende måte eller ved usanne eller misvisende opplysninger (§ 2 b), når den vil skade vesentlige *samfunnsinteresser* eller virke *utilbørlig*, eller når det ikke er noe *rimelig forhold* mellom den interesse som skal fremmes ved boikotten og den skade som den vil føre med seg (§ 2 c, se ovenfor om unntak for de to siste alternativene når det gjelder boikott for å gjennomføre et allmenngjøringsvedtak av Tariffnemnda), og endelig når den blir foretatt uten at den som boikotten er rettet mot har fått rimelig *varsel*, eller uten at det på forhånd overfor ham og dem som en boikottoppfordring er rettet til, har gjort fyllestgjørende rede for *grunnen* til boikotten (§ 2 d). Reglene er i stor grad en kodifisering av domstolsskapte regler.¹⁹

Når det gjelder rettspraksis etter at loven trådte i kraft, vises til Høyesteretts avgjørelse i Rt. 1997 side 334 der en varslet boikott ble vurdert i forhold til § 2 a-c og funnet lovlig. De samme bestemmelsene ble vurdert i Rt. 1976 side 1073 hvor flertallet fant at en boikott av en elektromontør var rettsstridig. Boikottaksjonen som var til pådømmelse av Høyesterett i Rt. 1959 side 1080, *San Dimitris*, ble vurdert som rettsstridig etter bestemmelsen i § 2 c og d.

En særskilt problemstilling gjelder i forholdet mellom arbeidstvistloven § 6 nr 1 om fredsplikten i tariffavtaleperioden, og på den annen side boikott til fordel for andre enn de tariffbundne parter og deres medlemmer. Fredsplikten gjelder ikke hvis kamptiltaket (boikotten) er til fordel for tredjemann. I Norge vil følgelig slike aksjoner ikke utgjøre ”primäråtgärder”.²⁰ Høyesterett har vist tilbakeholdenhet mot å gå nærmere inn på spørsmålet om boikottaksjonens formål, til tross for at boikottlovens § 2 a medfører at en boikott vil være rettsstridig hvis dens ”formål” er rettsstridig. Det er imidlertid uklart hva rettsstridskriteriet i sistnevnte sammenheng vil innebære.²¹ Som imidlertid Schelin påpeker, får man en viss veiledning gjennom kriteriet i § 2 b som er gjengitt foran. I *Sam Dimitris*-dommen (Rt. 1959 side 221) fant Høyesterett at ITFs krav var i strid med § 2 c når det gjaldt krav om at rederiet skulle innbetale innmeldings- og medlemsavgifter for de ansatte til ITF og bidra til organisasjonens velferdsfond. Det samme har en lagmannsrett lagt til grunn for krav på etterbetaling av lønn for såvidt gjelder lønnsforskjellen i perioden fra påmønstring til inngåelsen av ITF-avtalen (såkalt *backpay*).²² Boikott for å inndrive forfalte lønnskrav er derimot

¹⁹ Se nærmere Guri Lenth som kommenterer loven i Karnovs Norsk Kommentert Lovsamling 1999 side 542 flg. Hun henviser til Høyesteretts avgjørelser fra tiden før loven ble gitt, i Rt. 1928 side 93 om rettsstridig formål, Rt. 1930 side 712 og Rt. 1934 side 567 om rettsstridige midler, Rt. 1914 side 372, Rt. 1917 side 51 og Rt. 1923 side 373 om uriktige og misvisende opplysninger.

²⁰ Se bl.a. Johan Schelin, ”Bekvæmlighetsflagg och arbetsförhållanden”, Iustus förlag 1997 side 431. Det vises også til Henning Jakhelln, ”Boikott av skip under bekvæmlighetsflagg”, tidsskriftet *Marlus* nr 123, Sjørettsfondet, Oslo 1986 side 15–16.

²¹ Jf. Jakhelln s.s. side 35–36 med henvisninger.

²² ND 1981 side 177, *Nawala* (Hålogaland lagmannsrett).

tillatt. Det samme gjelder krav om tariffavgifter som en også har i en rekke norske avtaler.²³

Som det fremgår av boikottlovens § 2 d må imidlertid den annen part få ”rimelig varsel”. Ett døgn varsel har vært underkjent i norsk rettspraksis.²⁴ I praksis betyr dette, som Johan Schelin påpeker på side 438, at rederen må varsles om den forestående aksjonen mens fartøyet ennå befinner seg til havs. Som Jakhelln påpeker, er formålet med varselet å forhindre at boikott foretas på sviktende faktisk grunnlag samtidig som partene får mulighetene til å komme fram til en løsning før boikott iverksettes og i det hele sikre at ikke boikotten bærer preg av direkte ”overfall”.

Hvorvidt en boikott i norsk havn til støtte for en arbeidskonflikt som eventuelt er ulovlig i henhold til flaggstatens rettsregler er ulovlig, vil bero på en konkret vurdering på grunnlag av boikottlovens norske regler og ut fra en norsk tradisjon og et norsk normsett med hensyn til rettsstridsvurderingen og utilbørighetsvurderingen. At hovedkonflikten er rettsstridig i henhold til flaggstatens rettsregler, er derfor ikke avgjørende for en bedømmelse etter norsk rett av den norske boikottaksjonen.

3. Grenseoverskridende arbeid

3.1 Oppholdstillatelse og arbeidstillatelse

I henhold til kongelig resolusjon i 1975 om innvandringsstopp, med senere forlengelser og endringer, ble innvandringspolitikken i et sysselsettingspolitisk lys regulert løpende med en meget restriktiv holdning til arbeidsinnvandring. Denne reguleringsteknikken er nå endret slik at innvandringspolitikken utøves på grunnlag av og innen rammene til utlendingsloven.²⁵ Hovedprinsippet er at Norge skal ha en regulert og kontrollert innvandring som særlig oppnås gjennom visumregler, grensekontrollen, tillatelsessystemet og de negative reaksjoner i form av bortvisning og utvisning.²⁶

EØS-avtalens regler er innarbeidet i lovens kapittel 8. Rådsforordning 1612/68 EØF om fri bevegelighet for arbeidstakere m.v. innenfor EF, er innarbeidet i EØS-avtalen og er gjort direkte gjeldende i norsk rett ved implementering ord for ord ved EØS-arbeidstakerloven av 27. november 1992 nr 112.

For de utlendinger som må ha arbeidstillatelse, gjelder krav om konkret tilbud om arbeid, som hovedregel som heltidsarbeid og med lønns- og arbeidsvilkår

²³ ND 1989 side 189, Dorthe Oldendorff, Eidsivating lagmannsrett.

²⁴ ND 1986 side 249, Explorer II, Midhordland herredsrett, HND 1989 side 278, Linda Star, Trondheim byrett.

²⁵ Lov av 24. juni 1988 nr 64 om utlendingers adgang til riket og deres opphold her, med tilhørende forskrifter.

²⁶ Se nærmere Eli Fisknes, Utlendingsloven Oslo 1994 og samme forfatter i Karnov Norsk kommentert lovsamling 1999 side 1924 flg.

som ikke må være ”dårligere enn etter gjeldende tariffavtale, regulativ eller det som ellers er normalt for vedkommende sted og yrke”.²⁷ Dette er i tråd med den tidligere omtalte avtalen mellom LO og daværende NAF (nå NHO) inngått i 1975, med retningslinjer for fremgangsmåten for behandlingen av lønns- og arbeidsvilkår og annet ved søknader om å få bruke utenlandsk arbeidskraft på tidsbegrensede oppdrag.

EØS-borgere har som kjent rett til oppholdstillatelse på visse formelle vilkår. Arbeidstakeren skal fremlegge bekreftelse fra arbeidsgiver på ansettelse i normalt minst halv stilling i vedkommende yrke. I forskriften er det fastsatt at søkeren må godtgjøre at arbeidsforholdet er reelt og av et visst omfang, dersom det ikke dreier seg om heltidsarbeid. Ved vurderingen skal det tas i betraktning om lønnen ”er tilstrekkelig til søkerens underhold”.²⁸

Allmenngjøringsloven, som er behandlet foran, ble som nevnt utarbeidet på bakgrunn av den da forestående EØS-avtalen.

3.2 Utstasjoneringsdirektivet

Rådsdirektiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting er gjennomført i norsk rett ved nytt kapittel XII B, § 73 K-§ 73 Q i arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr 4 (aml). Reglene trådte i kraft 7. januar 2000.

Direktivets og de gjennomførte lovbestemmelers formål er dels å sikre rettferdig konkurranse og dels å garantere at arbeidstakernes rettigheter blir respektert.²⁹ Direktivet kan rettslig karakteriseres som internasjonale lovvalgsregler. Dette er fremhevet i preambelets punkt 6 og det er i de etterfølgende punkter i preambelet henvist til Romakonvensjonen av 19. juni 1980 om lovvalg. Visse materielle regler i det land arbeidstakerne utstasjoneres i skal komme til anvendelse for de utsendte arbeidstakere på samme måte som for mottakslandets egne arbeidstakere. Direktivet fastlegger således ikke nærmere bestemmelser om de materielle rettigheters innhold og beskyttelsesnivå. På dette punkt skiller gjennomføringsreglene i aml kapittel XII B seg fra tariffavtaler som eventuelt ligger til grunn for allmenngjøringsvedtak av Tariffnemnda ved at allmenngjøringsloven tilsikter å etablere bestemte materielle rettigheter. Allmenngjøringsloven er da heller ikke en lov som gjennomfører et EF-direktiv.

Ettersom Norge ikke har noen alminnelig gjeldende minstelønnsbestemmelser verken i form av lovbestemmelse eller tariffavtaler som i seg selv har allmenn rekkevidde, kan heller ikke direktivets artikkel 3 nr 1 første ledd c gjennomføres på annen måte enn eventuelt ved vedtak av Tariffnemnda i medhold av all-

²⁷ Jf. utlendingsforskriften § 2.

²⁸ Jf. fremmedforskriftens § 161.

²⁹ Jf. Preambelets punkt 5.

menngjøringsloven som er gjennomgått foran. De norske gjennomføringsbestemmelser har tatt konsekvensen av dette ved § 73 M annet ledd som lyder:

”Hvis arbeidsforholdet for en utsendt arbeidstaker faller inn under anvendelsesområdet for et vedtak etter lov 4. juni 1993 nr 58 om allmenngjøring av tariffavtaler m.v., skal de bestemmelser som er allmenngjort og som gjelder lønn eller arbeids- og ansettelsesvilkår etter § 73 M i denne lov, gjelde for arbeidsforholdet”.

Under høringsrunden for loven ble det diskutert om loven skulle gis en bestemmelse som ville innebære at lønns- og arbeidsvilkår fastsatt i tariffavtaler som ikke er allmenngjorte, likevel skulle kunne gjøres gjeldende for utsendte arbeidstakere i Norge. LO tok opp dette alternativet og viste til direktivets artikkel 3 nr 8 andre ledd. Denne bestemmelsen sier imidlertid uttrykkelig at en slik ordning bare kan gjennomføres dersom ”det ikke finnes ordninger for å erklære at tariffavtaler eller voldgiftskjennelser skal ha allmenngyldighet”. Departementet avviste forslaget og begrunnet det slik:

For det første ville LO's forslag innebære en annen konstruksjon enn det ordinære partsforholdet som er vanlig mellom partene i en tariffavtale. Det heter i den forbindelse i proposisjonen:

”I eit møte mellom LO og departementet opplyste representantar for fleire store fagforbund at dei på sine respektive område meiner å ha temmeleg god kontroll med utanlandske verksemder som sender arbeidstakarar til Noreg. Utanlandske arbeidsgivarar inngår i stor grad avtalar med dei norske forbunda, slik at arbeidstakarane får dei same rettane som norske arbeidstakarar. Utanlandske arbeidstakarar kan også velje å melde seg inn i eit norsk fagforbund og på den måten bli omfatta av ein norsk tariffavtale. Departementet meiner at det er vanskeleg å ha oversikt over konsekvensane for dei ordningane som gjeld i dag, dersom ein lovfester at tariffavtalevilkår som ikkje er nærmare konkretiserte, skal leggjast til grunn mellom arbeidsgivaren og arbeidstakaren i eit utsendingsforhold. I prinsippet vil det vere det same som skjer dersom det blir gjort vedtak etter allmenngjeringslova. Forskjellen er at ein då tek heilt konkrete vilkår i bruk, som kan vere kjende på førehand for den utanlandske verksemda.”

For det andre mente departementet at en ordning som foreslått av LO kunne bli vanskelig å praktisere. Etter direktivet er det et krav at det ikke skal skje forskjellsbehandling mellom utenlandske virksomheter som sender ut arbeidstakere til Norge, og norske virksomheter på tilsvarende område. Dersom utsendingsvirksomheten gjennom lov blir pålagt å følge tariffavtalevilkår, skal de ikke komme

dårligere ut enn nasjonale virksomheter som er ubundne av tariffavtalen.³⁰ Dette tilsier, fortsatte departementet, at det i tilfelle må skje en sammenligning med virksomheter som er konkurransemessig i en tilsvarende situasjon, dvs. virksomheter av tilsvarende størrelse som opererer på det samme markedet. Departementet mente at en slik konkret sammenligning i det enkelte tilfelle kunne vise seg å være svært vanskelig å gjennomføre.

For det tredje mente departementet at allmenngjøringsloven ga et tilstrekkelig virkemiddel for å sikre mot uheldige tilfelle. LO var på sin side usikker på om allmenngjøringsloven er tilstrekkelig til å hindre sosial dumping "så lenge staten ikkje kan ta initiativ til allmenngjering". Til dette bemerket departementet i proposisjonen at allmenngjøringslovens § 3 tredje ledd åpner for at Tariffnemnda på eget initiativ kan gjøre vedtak om allmenngjøring dersom allmenne hensyn krever det (se nærmer omtale foran i denne rapporten). Departementet avsluttet med å bemerke at det ville være i organisasjonenes interesse å følge med og eventuelt kreve allmenngjøring dersom situasjonen skulle tilsi det.

Departementet uttalte for øvrig i innledningskapittelet i proposisjonen:

"For arbeidstakarar utanfor EØS-området har Utlendingsdirektoratet høve til å setje som vilkår for at det blir gitt arbeidsløyve, at lønns- og arbeidsvilkåra ikkje er dårlegare enn etter gjeldande tariffavtale, regulativ eller det som elles er vanleg for vedkommande stad og yrke, jf. utlendingsforskrifta 21. desember 1990 § 2. Dette er i tråd med ein avtale som blei inngått mellom LO og N.A.F. (no NHO) i 1975, med retningslinjer for framgangsmåten for behandling av lønns- og arbeidsvilkår o.a. ved søknader om å få bruke utanlandsk arbeidskraft å tidsavgrensa oppdrag.

Fleire fagforbund har eigne løysingar for å hindre sosial dumping. Ved hjelp av samarbeid med systerforbund i andre land har norske forbund, når dei har fått informasjon om at ei utanlandsk bedrift skal sende arbeidstakarar til Noreg, inngått avtale med arbeidsgivarane om å følgje norsk tariffavtale. Eit døme på etablerte ordningar finst innanfor oljesektoren, der det i 1994 blei inngått ein avtale mellom LO/NOPEF og NHO om ei tilsynsordning for å hindre sosial dumping, den såkalla "Oljeserviceavtalen". Ved hjelp av inspektørar avdekkjer ein uakseptable lønns- og arbeidsforhold for utanlandske arbeidstakarar. I dei aller fleste tilfella oppnår ein at det blir inngått tariffavtalar med dei utanlandske arbeidsgivarane, også under trugsmål om at det elles vil bli reist krav om allmenngjering av dei aktuelle tariffavtalane. Utsendingsdirektivet og

³⁰ Denne problemstillingen gjør seg imidlertid gjeldende også for allmenngjøringsloven, jf dens formål som i følge § 1-1 bare retter seg mot utenlandske foretak, se min redegjørelse foran i avsnitt 3.1.

forslaget til føresegner for utsendte arbeidstakarar vil ikkje vere til hinder for at ordningar som alt eksisterer, held fram.”³¹

4. Tariffavtaler i konkurranserettslig perspektiv

4.1 Offentlige anskaffelser og krav til lønns- og arbeidsvilkår

De EØS-baserte regler om offentlige anskaffelser er i Norge gjennomført ved lov av 16. juli 1999 nr 69 om offentlige anskaffelser. Loven avløser tidligere lov av 27. november 1992 nr 116.

Loven har til formål å:

”Bidra til økt verdiskapning i samfunnet ved å sikre mest mulig effektiv ressursbruk ved offentlige anskaffelser basert på forretningsmessighet og likebehandling”, jf § 1.

Den retter seg mot offentlige oppdragsgivere som er nærmere definert i § 2, herunder statlige, kommunale og fylkeskommunale organer og rettssubjekter som er kontrollert av offentlige organer og som tjener allmennheten og ikke er av industriell eller forretningsmessig karakter. I tillegg gjelder loven, med visse begrensninger, også virksomheter innenfor sektorene vannforsyning, energi, transport og telekommunikasjon. Ytterligere gjelder loven andre rettssubjekter i saker om bygge- og anleggskontrakter dersom det offentlige yter tilskudd på mer enn 50 % av kontraktens verdi.

Loven gjelder ifølge § 3 anskaffelser av varer, tjenester og bygge- og anleggsarbeider som foretas av de nevnte oppdragsgivere.

Grunnleggende krav til oppdragsgiver er i følge § 5 at virksomheten skal ”opptre i samsvar med god forretningsskikk, sikre høy forretningsetisk standard i den interne saksbehandling og sikre at det ikke finner sted forskjellsbehandling mellom leverandører.” Etter samme bestemmelse skal en anskaffelse ”så langt det er mulig være basert på konkurranse”. Utvelgelse av kvalifiserte anbydere og tildeling av kontrakter ”skal skje på grunnlag av objektive og ikke-diskriminerende kriterier”.

Norge er tilsluttet ILO-konvensjonen nr 94 om arbeidsklausuler i offentlige kontrakter. Formålet med konvensjonen er å sikre at lønns- og arbeidsvilkår holdes på et nivå som ikke er mindre fordelaktig enn det som gjelder for samme type arbeid innenfor det samme geografiske området. Konvensjonen krever at virksomheter som leverer anbud på entrepriser som er omfattet av konvensjonen, må gjøres oppmerksom på innholdet i klausulene. Konvensjonen omfatter også fremstilling og levering av varer og tjenester der utenlandske virksomheter står

³¹ Sitatene hentet fra Ot.prp. nr 13 1999-2000, som utgjør forarbeidet til aml kapittel 12 B med implementering av rådsdirektiv 96/71/EF om utsending av arbeidstakere i forbindelse med tjenesteyting.

for arbeidet. Dersom arbeidet skal utføres i et annet land, vil det være de lønns- og arbeidsvilkår som er vanlige i det distrikt i det land arbeidet blir utført, som skal etterleves. Videre kreves ordninger som sikrer effektiv oppfølging av klausulene og at det blir gjennomført tilstrekkelige straffetiltak dersom klausulen ikke blir etterlevd. Konvensjonen gjelder kontrakter der minst én av partene er en offentlig myndighet. Videre er det et vilkår at kontrakten medfører utbetaling av offentlige midler.

Dersom det ikke foreligger allmenngjøring av tariffavtale på grunnlag av loven om allmenngjøring av tariffavtaler (behandlet foran i rapporten), kan det være vanskelig å fastslå konkret hva som er det aktuelle nivå for lønns- og arbeidsvilkår. Utstasjoneringdirektivets norske regler (aml § 73 M som er behandlet foran) vil i et slikt tilfelle heller ikke gi avklaring, da lønns- og arbeidsvilkårene for utstasjonerte arbeidstakere i Norge forutsettes fastlagt av Tariffnemnda i medhold av allmenngjøringsloven.

Dette tilsier at oppdragsgiveren gjør det klart i anbudsinnbydelsen hva som skal gjelde med hensyn til lønns- og arbeidsvilkår. Dette reiser spørsmålet om slike krav vil være forenlige med loven om offentlige anskaffelser.

Forarbeidene til loven er blant annet NOU 1997:21, som har utkast til forskrifter til loven. I forskriftsutkastets § 10–11 om opplysninger om arbeidsmiljø m.v., heter det at oppdragsgiver kan i konkurransegrunnlaget gi de nødvendige opplysninger om forpliktelser som er knyttet til norske bestemmelser om arbeidsmiljø og arbeidsvilkår, og oppdragsgiver som gir slik informasjon, kan be leverandørene om å tilkjennegi at de ved utarbeidelsen ved tilbudet har tatt hensyn til forpliktelser som er knyttet til gjeldende bestemmelser om arbeidsmiljø og arbeidsvilkår på stedet der arbeidet skal utføres. Det er imidlertid ikke gitt selvstendige regler om på hvilket grunnlag de ikke lovfestede lønns- og arbeidsvilkår skal klarlegges når det ikke foreligger vedtak av Tariffnemnda. Det må antas at oppdragsgiver da kan innhente opplysninger om de tariffavtaler som gjelder for tilsvarende arbeid og supplere disse med opplysninger om det faktiske lønnsnivå for det tilfellet at tariffavtalene ikke gir uttrykk for dette (ved minstelønnsavtaler).

Forutsatt at dette gjøres i anbudsdokumentene og praktiseres likt for de ulike anbydere, er det alminnelig antatt at slike vilkår ikke vil være i strid med avgjørelseskriteriene i loven om offentlige anskaffelser.³²

³² Jf bl.a. K. Krüger, R. Nielsen og N. Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, side 246: "There is no conflict or contradiction between the EU legal regime on public procurement and the ILO Convention No 94. The Public Procurement Directives are built on the assumption that national labour law sets the standards for work performed within the framework of public contracts and ILO Convention No 94 can be regarded as one way of creating this national standard."

Utenom selve lønnsaspektet, vil utstasjonierungsreglene i henhold til Direktiv 96/71/EF gjennomført i norsk rett i aml kapittel 12 B til en viss grad gjøre ILO-konvensjon nr 94 overflødig.

Når det gjelder implementeringen av ILO-konvensjon nr 94 i norsk rett, er dette ikke gjennomført i lovs form eller ved forskrift. Spørsmålet er behandlet i NOU 1997:21 om offentlige anskaffelser. I avsnitt 10.5.3 er det uttalt at konvensjonen omfatter subjekter begrenset til de sentrale statlige organer som Regjeringen har instruksjonsmyndighet over. Konvensjonens bestemmelser vil derfor kunne bli gjennomført ved instruks i rundskrivsform overfor de aktuelle sentrale statlige myndigheter. Slike instruks er hittil (august 2000) ikke utferdiget. På en tilfeldig forespørsel til Vegdirektoratets juridiske avdeling får rapportskriveren opplyst at konvensjonens regler ikke blir lagt til grunn ved offentlige anbud innenfor denne etatens arbeidsområde.

4.2 Tariffavtaler og konkurranse om tjenstepensjoner

De tre domsavgjørelsene av EF-domstolen, alle datert 21. september 1999, i sakene *Albany*, *Brentjens* og *Drijvende Bokken* (jf note 12) gjelder spørsmålet om forholdet mellom obligatoriske pensjonsfond og konkurransereglene i EF-traktatens artikkel 85, 86 og 90 (nå artikkel 81EF, 82EF og 86EF), jf de tilsvarende bestemmelser i EØS-avtalens artikkel 53, 54 og 61.

Den norske Arbeidsretten behandler to saker om tilsvarende spørsmål, sak nr 7/1999 og sak nr 3 /2000. Sistnevnte sak er stilt i bero i påvente av avgjørelsen av den førstnevnte.

Når denne rapport skrives, er Arbeidsretten i ferd med å utarbeide spørsmålsskrift til EFTA-domstolen for å få rådgivende tolkningsuttalelse om de aktuelle EØS-rettslige spørsmål.

Den omtvistede tariffavtalen gir Kommunenes Sentralforbund, KS, og de kommuner som er medlemmer av KS, en plikt til å sørge for at kommunal tjenstepensjon tegnes i et bestemt forsikringsselskap, Kommunal Landspensjonskasse, KLP. Tariffavtalen har nærmere bestemmelser om vilkår for og prosedyren ved eventuell flytting av tjenstepensjonen til annet selskap. Disse avtalebestemmelsene hevdes fra enkelte kommuners side å være i strid med konkurransereglene i EØS-avtalens artikkel 53 og 54.

Ved tariffoppgjøret våren 2000 ble imidlertid tariffavtalen endret på flere punkter slik at tvisten for den nye tariffavtaleperioden ikke har samme omfang som den opprinnelig hadde.

Avdelning 2

Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet

Introduktion

Av professor Birgitta Nyström
Umeå universitet

Avvägningen mellan arbetsgivarens kontrollbehov och arbetstagarens integritet har under senare år blivit ett allt mera aktuellt och omdiskuterat problem. Detta gäller inte bara i de nordiska länderna. Både arbetsmarknadens parter och lagstiftaren har börjat intressera sig för frågan. I Sverige har arbetstagarens integritet ägnats uppmärksamhet vid ett par seminarier vid större juristmöten de senaste åren. Det nordiska arbetsgivarjuristmötet sensommaren 1999 hade den svåra balansen mellan kontroll och integritet som ett konferenstema. Den juridiska forskningen har börjat studera problematiken, och med tillfredsställelse kan konstateras att t.o.m. doktorsavhandlingar verkar vara på gång. Statligt utredningsarbete pågår på flera håll¹ och EU börjar intressera sig för frågan.

Varför har frågor kring arbetsgivarens kontroll och arbetstagarens integritet börjat bli så uppmärksammade? Flera faktorer spelar in. Den tekniska utvecklingen har ökat möjligheterna för arbetsgivaren att enkelt och omärkligt kontrollera de anställda. Samtidigt har medicinska framsteg möjliggjort kartläggningar av enskilda människors förutsättningar och brister i fysiska och psykiska hänsenden. Möjligheterna att kontrollera de anställda har alltså ökat högst väsentligt, och samtidigt har också arbetsgivarens behov av kontroll ökat, i vart fall på vissa områden. Det kan t ex gälla säkerhetsfrågor i verksamheten, arbetstagarnas användande av dyrbar och kvalificerad utrustning, ensamarbete, distansarbete mm. Den allmänna utvecklingen på arbetsmarknaden, med bl a höjda kvalifikationskrav, har också medfört att arbetstagarens personliga förutsättningar och personliga förhållanden blivit av större intresse för arbetsgivaren. Dessutom har skyddet för grundläggande mänskliga och sociala rättigheter, som kan utgöra skydd för olika integritetskränkningar i första hand mot staten men också mellan individer, bland annat genom internationaliseringen och EU blivit allt mera centralt i diskussionerna i de nordiska länderna.

I fyra mycket intressanta uppsatser (från Sverige, Danmark, Finland och Norge) behandlas denna viktiga avvägning mellan kontroll och integritet.

Sammanfattningsvis kan beträffande de nordiska länderna mycket översiktligt konstateras:

¹ I Sverige har en utredning tillsatts 1999 som skall se över behovet av lagstiftning för att stärka skyddet för den enskilde arbetstagarens personliga integritet. I Finland finns ett färdigt lagförslag om integritetsskydd i arbetslivet.

att arbetsgivarens rätt att kontrollera sina anställda härleds ur arbetsledningsrätten, men att arbetsledningsrätten på olika sätt beskurits av hänsyn till arbetstagarens personliga integritet,
att arbetssökandes integritetsskydd generellt sett är svagare än anställdas,
att det i varierande omfattning och med sikte på delvis skilda situationer finns lagstiftning och kollektivavtalsbestämmelser på olika nivåer som berör området och begränsar arbetsgivarens kontroll,
att det inte i något land – ännu i alla fall² – finns någon heltäckande lagstiftning på området,
att det i rättspraxis utformats vissa grundläggande kriterier,
att det finns grundläggande krav på saklighet; arbetsgivarens kontroll skall ha verksamhetshänsyn, och proportionalitet; det skall finnas en proportion mellan mål och medel, samt
att det f.n. saknas klara, heltäckande regler för vilka kontrollåtgärder en arbetsgivare får vidta och var gränserna går för skyddet för arbetstagares privata sfär.

² Det finska lagförslaget om integritetsskydd i arbetslivet förväntas bli antaget. Denna lag kommer då att bli den i Norden mest heltäckande lagen på området.

Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet – Sverige

Av professor Kent Källström
Stockholms universitet

1. Inledning

Den åldrade slavinnan i Eyvind Johnsons roman *Strändernas svall* konstaterar att när husbonden endast äger slavens kropp och inte dennes tankar och drömmar är det inte fråga om verkligt slaveri. Episoden belyser den grundläggande föreställningen om att mänsklig värdighet förutsätter att individen har rätt att inte tvingas avslöja sina tankar och sina privata förhållanden. Integritetsskyddet är emellertid inte endast fråga om mänsklig värdighet. I grunden är det också fråga om att skapa en balans mellan det privata och det offentliga, att avgränsa den privata sfären gentemot det sociala livet. Individen skall därigenom skyddas från otillbörlig påverkan. Det finns risk för sådan påverkan om myndigheter har möjlighet att ta reda på och registrera känsliga uppgifter om en enskilds individprivatliv.

I svensk rätt brukar man använda termen integritetsskydd som en sammanfattande benämning på regler som skyddar den privata sfären. Inom detta rättsområde regleras metoder och begränsningar i fråga om att insamla, sprida och registrera information om enskildas privatliv och personliga förhållanden. Utgångspunkten är att det är individen själv som bestämmer hur och till vilka information skall spridas.

Gränsdragningen mellan privatlivet och det sociala livet syftar i första hand till att begränsa den offentliga maktutövningen i förhållande till medborgaren. Det är fråga om att reglera offentliga myndigheters möjligheter att samla in och registrera uppgifter om enskilda. Det är den rättsliga relationen mellan staten och den enskilde som är viktig från demokratisynpunkt och som uppmärksammas i Europakonventionen (artikel 8) och i Regeringsformens (RF) andra kapitel.

I den rättsliga relationen mellan enskilda har integritetsfrågorna inte fått samma uppmärksamhet. I avtalsrelationer är utgångspunkten istället den s k partsautonomin, dvs att båda parter skall fungera som fria och oberoende rättssubjekt i förhållande till varandra. Begreppet avser bl a att part inte med bindande verkan kan avstå ifrån sina möjligheter att ta till vara sina intressen. Partsautonomin har fått störst uppmärksamhet när det gäller juridiska personer och aktualiserades exempelvis i samband med medbestämmandereformen då det fastslogs att medbestämmandet inte fick utformas så att arbetsgivaren upphörde att fungera som ett självständigt rättssubjekt. Detta innebär bland annat att vardera

parten disponerar över sina interna angelägenheter och att dessa påverkar avtalsrelationen endast om de ingår i avtalssfären som avtalsvillkor eller som avtalsförutsättning.

Partsautonomin skapar på samma sätt som reglerna om den personliga integriteten en skyddad sfär kring rättssubjektet men syftar inte till att upprätthålla mänsklig värdighet eller demokrati. Det är istället fråga om att upprätthålla en rimlig balans mellan avtalsparterna. Om ena parten ges möjlighet att få information om andra partens interna förhållanden rubbas balansen i avtalsrelationen. Att partsautonomin och integriteten påverkar balansen i en avtalsrelation har uppmärksammats i flera olika sammanhang inom arbetsrätten. Sålunda har exempelvis arbetsgivarens informationsplikt enligt 19 § medbestämmandelagen inskränkts på så sätt att arbetsgivaren inte är skyldig att informera om förhållandet mellan företaget och dess ägare.

Under senare år har frågor rörande integritetsskydd i anställningsförhållanden och i samband med rekrytering av personal fått ökad aktualitet och frågan har tagits upp i lagstiftningssammanhang. I SOU 1996:63 Medicinska undersökningar i arbetslivet behandlas behovet av särskilda regler för medicinska kontroller och drogtester i arbetslivet. Utredningsmannen fann inte behov att genom lagstiftning begränsa möjligheterna att genomföra medicinska kontroller i arbetslivet. Inte heller fanns behov av att särskilt lagreglera narkotika- och alkoholtester. Narkotikatester borde enligt utredningen kunna regleras av arbetsmarknadens parter. I Dir 1999:73 har regeringen givit en särskild utredare i uppdrag att se över behovet av lagstiftning för att stärka skyddet för den enskilde arbetstagarens personliga integritet. Översynen skall i första hand avse frågor om användning av drogtester och andra medicinska kontroller samt frågor om användning av persondatorer, e-post och Internet i arbetet. I direktiven anges att utgångspunkten bör vara att den nuvarande tekniska och organisatoriska utvecklingen i arbetslivet är positiv för tillväxt, bättre arbetsvillkor och bättre arbetsmiljö. Individerna måste dock kunna känna trygghet i arbetssituationen vilket bl a förutsätter respekt för den personliga integriteten.

Det finns säkert flera förklaringar till att integritetsfrågorna förts fram i den arbetsrättsliga diskussionen. I grunden är det sannolikt fråga om en oro från arbetstagarna och deras organisationer att ny teknologi och nya övervakningsmöjligheter kan komma att medföra en förändrad gränsdragning mellan det privata och det sociala livet. Denna gränsdragning påverkar ytterst maktförhållandena och kan medföra en förskjutning av balansen mellan avtalsparterna. Bortsett från dessa grundläggande förändringar finns det också mer närliggande förklaringar till att arbetstagarens privatliv fått större uppmärksamhet i arbetslivet. De arbetsrättsliga reglerna har utformats på ett sådant sätt att det är ofrånkomligt att frågor rörande arbetstagarens personliga förhållanden får relevans för anställningen. För det första har ett förstärkt anställningsskydd gjort det intressant för arbetsgivare att inhämta olika typer av information om arbetssökande samt att

skärpa kontrollen av de anställda. För det andra har det rehabiliteringsansvar som ålagts arbetsgivaren gjort det nödvändigt att inhämta uppgifter som många gånger kan vara känsliga för den enskilde arbetstagaren. Rehabiliteringsansvaret, dvs skyldigheten att utforma arbetsplatsen och anpassa arbetsuppgifterna till arbetstagarens individuella förutsättningar, medför exempelvis att gränsen mellan den privata sfären och det sociala livet förskjuts. Frågor om arbetstagarens personliga förhållanden, alkoholvanor, sjukdomar mm, är sådana frågor som överförs från den privata sfären till det sociala livet på arbetsplatsen. Detta påverkar givetvis synen på reglerna om integritetsskydd.

Något som också bör framhållas är att ett ökat inslag av tjänsteproduktion förutsätter att arbetstagarna på ett helt annat sätt än tidigare arbetar självständigt. En traditionell arbetsorganisation bygger på en direkt övervakning genom chefer och arbetsledare på alla nivåer. Dagens arbetsorganisation innehåller ett betydligt mindre inslag av sådan direkt övervakning. Detta skapar i sin tur behov av nya former av kontrollåtgärder för att arbetsledningen skall kunna fungera effektivt. I dessa nya arbetssituationer kan det vara svårt att hitta den rätta avvägningen mellan avtalsparternas intressen.

I det följande skall behandlas hur gränsen dras mellan den privata sfären som den enskilde disponeras över och det sociala livet på arbetsplatsen. Under 2 behandlas några allmänna utgångspunkter av teoretisk art för integritetsskyddet. Under 3 behandlas den rättsliga regleringen av olika kontrollformer. Under 4 och 5 behandlas sedan hur dessa regler har tillämpats på arbetssökande respektive anställda.

2. Personlig och professionell integritet

I ett historiskt perspektiv ter det sig främmande att tala om skydd för arbetstagarens personliga integritet.¹ I ett samhälle där husbonde och tjänstefolk lever och bor tillsammans flyter privatliv och arbetsliv ihop på ett sätt som gör det omöjligt att dra en skarp gräns mellan det privata och det sociala livet. I anställningsförhållanden saknas en tradition av innebörd att arbetstagaren skall anses tillförsäkrad integritet gentemot arbetsgivaren och även idag måste man räkna med att andra intressen än den personliga integriteten kommer att överväga i ett anställningsförhållande. Som redan framhållits innehåller den moderna arbetsrättsliga lagstiftningen regler som förutsätter att arbetsgivaren tar del av uppgifter som rör arbetstagarens person. Det är bl.a. dessa nya regler som kräver att man finner en ny balanspunkt i anställningsavtalet där arbetsgivaren inte tillåts undergräva arbetstagarens skyddade position genom att utnyttja informationsteknologin.

¹ Reinhold Fahlbeck, Employee Privacy in Sweden, *Comparative Labor Law Journal* vol. 17 1/1995 s. 139–174.

Skyddet för den personliga integriteten i anställningsförhållanden kan sägas innebära preciserade regler för partsautonomin och balansen mellan parterna. Integritetsfrågorna bör därför inte endast betraktas som en fråga om mänskliga rättigheter, mänsklig värdighet och främjande av demokrati utan också en fråga om rimlig balans i avtalsförhållandet.

I och med att integritetsskyddet har som syfte att såväl slå vakt om mänsklig värdighet som att skapa balans i ett avtalsförhållande kan man tala om två former av integritet. För det första har vi skyddet för den *personliga integriteten* som främst syftar till att skapa fria och självständiga individer som fritt kan delta i samhällslivet. För det andra kan man tala om *professionell integritet* som avser en sfär som skyddas för att uppnå balans i avtalsförhållandet. Den professionella integriteten kan avse uppgifter om en enskild arbetstagares yrkesmässiga förhållanden som inte är av strängt personlig karaktär men som ändå den enskilde arbetstagaren själv förfogar över. Det finns en viktig skiljelinje mellan företags-hemligheter enligt 1 § FHL, som företaget disponerar över, och sådan individuell kunskap och erfarenhet som den anställde använder i sin anställning, men som han själv disponerar över. En försäljare skall exempelvis inte tvingas avslöja sin säljteknik och sitt sätt att närma sig kunderna. Inte heller skall en anställd tvingas avslöja sitt privata kontaktnät även om detta har betydelse för hans sätt att utföra sina arbetsuppgifter. Inte heller skall en arbetstagare behöva avslöja kontakter med andra presumtiva arbetsgivare. I det följande kommer begreppet professionell integritet för att markera en skyddsregel som inte tar sikte på att säkerställa individen som fri medborgare utan som har till syfte att skapa balans i avtalsförhållandet och slå vakt om partsautonomin.

3. Rättslig reglering

I RF 2:2 finns den grundläggande bestämmelsen som skyddar medborgaren mot den offentliga makten. Enligt bestämmelsen är varje medborgare ”skyddad mot tvång att ge till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende”. Regeln syftar till att garantera den negativa åsiktsfriheten genom att förbjuda tvångsåtgärder från myndigheter gentemot enskilda. Utanför bestämmelsen faller i vart fall enligt ordalydelsen åtgärder som innebär att en förmån erbjuds en enskild för att denne skall avslöja exempelvis uppfattning i religiöst hänseende

I RF 2:3 stadgas förbud mot åsiktsregistrering utan den enskildes samtycke. Här förutsätts inte att uppgifterna åtkommit tvångsmässigt. Vidare skall ”i den utsträckning som närmare anges i lag” den personliga integriteten skyddas i samband med upprättande av dataregister. De närmare reglerna finns i den på EG-rätten baserade personuppgiftslagen (SFS 1990:204).

Utöver dessa båda bestämmelser finns bestämmelsen i RF 2:6 som skyddar medborgaren mot påtvingade kroppsliga ingrepp. Bestämmelsen har tillämpats på

beslut om läkarundersökning som fattats med stöd av interna föreskrifter inom en myndighet (se nedan AD 1984 nr 94). Det är inte endast den rent fysiska integriteten som skyddas. I bestämmelsen finns också skydd mot ”kroppsvisitation, husrannsakan och liknande intrång samt mot undersökning av brev eller annan förtrolig försändelse och mot hemlig avlyssning eller upptagning av telefonsamtal eller annat förtroligt meddelande”.

Man kan fråga sig vilken betydelse regeringsformens bestämmelser har för anställningsförhållanden. Helt klart är att reglerna inte är tillämpliga på den privata arbetsmarknaden. Däremot gäller bestämmelserna i princip för offentliga anställningar. Förtroliga försändelser och meddelanden torde exempelvis vara skyddade för anställda inom stat och kommun. Detta innebär att RF 2:6 har betydelse för exempelvis sådan e-post som innehåller förtroligt meddelande.

Såväl RF 2:2 som 2:6 innehåller krav på tvångsmässighet. Detta torde innebära att bestämmelserna endast begränsar möjligheterna att utnyttja den offentliga makten mot enskilda. Däremot finns det som framhållits inget som hindrar att en myndighet får fram privata uppgifter eller medicinska undersökningar genom att erbjuda en förmån. Att uppställa krav på att genomgå en sådan undersökning för att erhålla en anställning skulle därför inte stå i strid med RF 2:6.

Europakonventionen är i flera olika avseenden mer långtgående än Regeringsformen. I Europakonventionens artikel 8 anges att envar har rätt till respekt för sitt privat och familjeliv, sitt hem och sin korrespondens. Något krav på tvångsmässighet finns inte utan den privata sfären skall respekteras i alla sammanhang.

Europakonventionen var ursprungligen avsedd att reglera förhållandet mellan staten och medborgarna. Bestämmelserna är också utformade främst som ett skydd för medborgaren i samband med offentlig maktutövning. Egentligen borde konventionen ha begränsad betydelse i anställningsförhållanden eftersom dessa i svensk rätt bygger på avtalsrättslig grund. Till skillnad från många andra länder gäller detta även för offentliga tjänstemän. Europadomstolens praxis innebär emellertid att konventionen har en begränsad effekt även i förhållandet mellan enskilda (s k Drittwirkung). Domstolen synes utgå ifrån att staten har ett visst ansvar för att rättsreglerna mellan enskilda grundas på respekt för den privata sfären och avsaknad av sådant skydd kan konventionen tillämpas även i förhållandet mellan enskilda. Sannolikt är det dock endast fråga om grova kränkningar mellan enskilda som Europadomstolen skulle ingripa mot. Europakonventionen har därför sannolikt en begränsad praktisk betydelse. Man skulle exempelvis kunna tänka sig att en arbetsgivare som avlyssnar de anställdas telefonsamtal skulle kunna bryta konventionen. Sådana intrång skyddas dock enligt intern svensk rätt av uttryckliga straffbestämmelser (se 4:8 BrB).

Sedan 1995 gäller Europakonventionens regler som svensk lag. Därigenom finns en intern svensk lagbestämmelse med generellt skydd för privatlivet. Man kan fråga sig om den svenska inkorporeringslagen innebär att Europakonventionens regler skall ges en mer vidsträckt tillämpning i intern svensk rätt än vad

som fallet i Europadomstolens praxis. I Kellerman-domen förklarar Arbetsdomstolen att avsikten med inkorporeringslagen måste ha varit att konventionens bestämmelser skulle kunna åberopas även i förhållandet mellan enskild (AD 1998 nr 17). Detta synes också vara utgångspunkten i OKG-domen (AD 1998 nr 97). Arbetsdomstolen synes emellertid endast vara beredd att tillämpa konventionen på samma sätt som Europadomstolen och man kan därför räkna med att även i intern svensk rätt upprätthålls kravet på att det skall vara fråga om en grov kränkning för att konventionen skall ha effekt mellan enskilda.

Sammanfattningsvis anses enligt svensk rätt artikel 8 i Europakonventionen kunna tillämpas mellan enskilda trots att ordalydelsen snarast tyder på att den endast gäller i förhållandet mellan en enskild och en offentlig myndighet. I förhållandet mellan enskilda är det dock fråga om att tillämpa bestämmelsen enbart på grova kränkningar som har sådan karaktär att de inskränker den frihet som medborgare bör ha i ett demokratiskt samhälle. Ett större företag som sorterar arbetssökande efter politisk uppfattning skulle sannolikt bryta mot Europakonventionen. Bestämmelserna i denna saknar sanktion men man det finns argument för att företaget i detta fall likväl skulle kunna åläggas skadestånd (jfr dock Tore Sigeman, Gustafsson-domens konsekvenser på svensk arbetsrätt. En probleminventering rörande skyddet mot organisationstvång i arbetslivet. Rättsfondens skriftserie nr 34).

Brottsbalken innehåller flera regler som skyddar mot olovliga kontroller. I 4:8 BrB finns förbud mot olovlig telefonavlyssning och avslöjande av brevhemlighet. Vidare skyddas förseglade försändelser och andra uppgifter som förvaras i låsta förvar genom straffbestämmelsen i 4:9 BrB (intrång i förvar). Samtliga regler kan tillämpas i anställningsförhållanden. Här skall inte dessa regler behandlas i detalj men det bör observeras att straffpåföljd inte är den enda sanktionen för brott mot reglerna. Även privaträttsliga sanktioner finns och den enskilde kan kräva skadestånd, vilket omfattar också s k ren förmögenhetsskada och ideell skada.

Som framhållits rör integritetsskyddet möjligheterna att insamla och registrera uppgifter om enskilda. För den myndigheter gäller det ovan nämnda förbudet i RF 2:3 mot politisk registrering. I praktiken handlar registrering av uppgifter i ett företag om databearbetning och den generella lagstiftningen om databearbetning av personuppgifter blir därmed tillämplig. Med ett EG-direktiv som grund infördes 1998 personuppgiftslagen. Huvudprincipen i denna lag är att personuppgifter endast får behandlas i register om den registrerade samtycker eller om det är föreskrivet i lag. Vidare får behandling ske om det är nödvändigt för att kunna sluta avtal med den registrerade eller för att fullgöra en rättslig skyldighet. I lagen ges vidare regler för behandlingar känsliga uppgifter (ras, hudfärg, politiska åsikter, religiös eller filosofisk övertygelse samt medlemskap i fackförening). Lagen stadgar en allmän skyldighet för den registeransvarige att uppgifter skall behandlas på ett korrekt sätt och i enlighet med god sed. Innebörden av detta är främst att uppgifterna som registreras måste vara riktiga, eller i vart

fall rättas om fel upptäcks, samt att hanteringen av uppgifterna alltid måste ske med rimlig hänsyn till den registrerade.

Man kan fråga sig hur personuppgiftslagen påverkar skyddet av den anställdes integritet. Först kan konstateras att lagen inte hindrar ett företag att begära samtycke från de som anställs så att registrering av uppgifter kan ske i obegränsad omfattning. Lagen medger också undantag för behandling av känsliga uppgifter som är nödvändiga för att fullgöra arbetsrättsliga skyldigheter. Såvitt man kan se innebär personuppgiftslagen få inskränkningar i arbetsgivarens möjligheter att hantera personuppgifter. Detta ligger i linje med vad som tidigare framhållits att de skyldigheter som den moderna arbetsrättsliga lagstiftningen ålägger arbetsgivaren förutsätter att han har tillgång till känsliga uppgifter om arbetstagarens person. Man skulle till och med kunna påstå att det arbetsrättsliga regelsystemet motverkar ett långt gående integritetsskydd för den enskilde.

I det föregående har behandlats allmänna regler till skydd för den personliga integriteten. I det följande skall redovisas de lagregler som särskilt tar sikte på kontroller av arbetstagare.

Det saknas med få undantag lagregler som direkt tar sikte på arbetsgivarens möjligheter att genomföra olika former av kontroller. Den enda uttryckliga lagregeln är 30 § lagen om offentlig anställning (LOA). I offentliga anställningar kan periodisk hälsoundersökning genomföras i fråga om anställda vilkas arbetsuppgifter är sådana att brister i hälsotillståndet kan medföra risk för ”människoliv, personliga säkerhet eller hälsa eller för betydande skador på miljö eller egendom”. I lagen förutsätts dock att arbetstagarens skyldighet att genomgå läkarundersökning finns fasställd i kollektivavtal eller i en föreskrift av regeringen.

Bestämmelsen i 30 § LOA gäller endast om inte det finns någon annan bestämmelse i lag eller förordning som meddelats med stöd av lag. Förslag har framförts från Luftfartsutredningen om att det i den nya luftfartslagen skulle tas in en bestämmelse om möjlighet att föreskriva drogtester för den som fullgör tjänst av betydelse för flygsäkerheten (SOU 1999:42).

Regeln i 30 § lagen om offentlig anställning har sin bakgrund i de speciella förhållanden som gäller inom den offentliga sektorn. Tidigare tillsattes en offentlig tjänst genom en ensidig förvaltningsakt. Relationen mellan myndigheten och tjänstemannen hade då inte avtalsrättslig karaktär utan reglerades på förvaltningsrättsligt. Genom stats- och kommunaltjänstemannalagar och senare genom lagen om offentlig anställning har tjänsteförhållandet fått ett ökat avtalsrättsligt inslag för att genom 1994 års lag om offentlig anställning slutligen bli helt och hållet öppet för avtalsreglering. Numer har privat och offentlig anställning i princip samma karaktär om man bortser från de särskilda lagregler som gäller offentlig tjänst.

Lagen om offentlig anställning bör ses mot bakgrund av kravet i RF 11:10 att grundläggande bestämmelser om statstjänstemännens rättsställning skall

meddelas i lag, dvs riksdagen måste medverka vid normgivningen. Bestämmelsen avser att garantera statstjänstemännens självständighet i förhållande till regeringsmakten. Kravet på riksdagens medverkan gäller endast grundläggande bestämmelser medan detaljföreskrifter kan meddelas av regeringen. Som redan berörts förutsätts exempelvis i 30 § LOA att regeringen kan utfärda föreskrifter om periodiska hälsokontroller utan stöd av riksdagen. Det är inte fråga om generellt krav på lagstöd i den meningen att det skulle råda ett förbud mot att tillämpa vanliga regler om anställningsavtal. I den mån det finns enhetliga regler för hela arbetsmarknaden kan dessa tillämpas på statstjänstemän. De betraktas då som "enskilda" i den mening som avses i RF 8:2.

I RF 8:3 begränsas offentliga myndigheters möjligheter att fatta beslut som innebär ingrepp i den enskildas personliga och ekonomiska förhållanden. Sådana ingrepp måste ha stöd i lag. Enligt motiven gäller emellertid inte denna legalitetsprincip i fråga om beslut om åligganden för en offentliganställd inom ramen för dennes anställningsavtal. Det har ifrågasatts om inte legalitetsprincipen gäller alla inskränkningar i rättigheterna i 2 kap RF (prop 1975/76:209 s 161 samt Holmberg & Stjernquist, Grundlagarna, 1 uppl 1980, s 257). Med detta synsätt skulle exempelvis ett påtvingat kroppsligt ingrepp kräva lagstöd även om det sker inom en offentlig anställning. Även om en sådan argumentation i sig är konsekvent innebär "privatiseringen" av den offentliga anställningen, dvs att civilrättsliga regler tillämpas i ökad utsträckning, att tvångsmomentet inte längre föreligger i den mening som avses i 2 kap RF. Numer finns det inget stöd för att legalitetsprincipen i 8:3 skulle innebära inskränkningar i en offentlig arbetsgivares möjligheter att på avtalsrättslig väg genomföra exempelvis medicinska undersökningar och drogtest. Frågan är belyst i rättsfallet AD 1984 nr 94 som dock anknyter till det rättsläge som gällde före 1994 då fortfarande förvaltningsrättsliga principer hade genomslag i den offentliga anställningen.

AD 1984 nr 94 rörde en vägbussförare som var anställd av Statens järnvägar (SJ). På SJ:s initiativ hade bussföraren genomgått läkarundersökning vid fyra olika tillfällen, två av undersökningarna var sk periodiska medan övriga två var extraordinära. Han beordrades att genomgå undersökningarna med stöd av föreskrifter som SJ antagit internt. Tvisten gällde om SJ haft rätt att påkalla läkarundersökningarna. Bussföraren hävdade dels att läkarundersökningarna var ett sådant påtvingat kroppsligt ingrepp som är otillåtet enligt RF 2:6 och dels att undersökningar av denna karaktär krävde lagstöd på grund av regeln i RF 11:10. Statens ståndpunkt att det inte var fråga om ett påtvingat ingrepp i strid med 2:6 RF grundades främst på att skyldigheten att genomgå den medicinska undersökningen var av privaträttslig karaktär.

AD fann att det var fråga om ett påtvingat kroppsligt ingrepp i strid med RF 2:6. Bussföraren hade beordrats att genomgå undersökningen med stöd av föreskrifter som myndigheten antagit. Det var fråga om att tillämpa en förvaltningsrättslig bestämmelse gentemot en enskild och ansågs därför som myndighets-

utövning. Domstolen påpekade också att beslut om läkarundersökning med stöd av 13 kap 2 § lag om offentlig anställning (som gällde fram till 1994) skulle betraktas som myndighetsutövning. (En medicinsk undersökning som påkallas med stöd av ett sådant kollektivavtal som avses i nuvarande 30 § LOA kan inte anses som myndighetsutövning eftersom det varken är fråga om en ensidig förvaltningsakt eller tillämpning av en författningsbestämmelse.)

Den slutsats som kan dras av AD 1984 nr 94 är att ett tvångsvist ingrepp i den mening som avses i RF 2:6 förutsätter att det är fråga om en offentligrättslig maktutövning som har karaktär av myndighetsutövning. Ett åtagande i ett anställningsavtal inom den offentliga sektorn kan därför inte anses stå i strid med ifrågavarande bestämmelse. Förbudet i RF mot tvångsvisa kroppsliga ingrepp borde därför inte hindra att en offentlig arbetsgivare föranstaltar om en läkarundersökning med stöd av arbetsledningsrätten. Som redan framhållits bör inte heller den legalitetsprincip som enligt RF 8:3 gäller ingrepp i enskildas personliga och ekonomiska förhållanden kunna tillämpas på åligganden som följer av en anställning (prop 1973:90 s 302 samt minoritetens yttrande i AD 1984 nr 94).

På den privata arbetsmarknaden saknas särskilda regler för kontroller av anställda. Beslut om införande av olika former av kontroller anses falla inom arbetsledningsrätten. En laglig grund för detta finns i 3 kap 2a § arbetsmiljölagen som ger arbetsgivaren en skyldighet att planera, leda och kontrollera verksamheten så att den uppfyller arbetsmiljölagens krav. Enligt 3 kap 4 § arbetsmiljölagen är arbetstagaren skyldig att medverka vid genomförandet av olika kontrollåtgärder. Reglerna om medbestämmandeförhandlingar i 11–13 §§ medbestämmandelagen måste iakttas. Eftersom införandet av olika kontrollsystem måste anses som en viktigare förändring av verksamheten eller anställningsvillkoren får man utgå ifrån att arbetsgivaren är skyldig att ta initiativ till förhandlingar med den lokala fackliga organisationen innan han fattar beslut i en sådan fråga. Kan parterna inte enas har arbetsgivaren rätt att efter avslutade förhandlingar fatta beslut.

Den enda inskränkningen i arbetsgivarens beslutanderätt är att beslutet inte får strida mot lag eller goda seder. Detta innebär att kontrollerna måste utformas så att de inte kommer i konflikt med Europakonventionens bestämmelser (särskilt artikel 8) och inte heller med de sedvanerättsliga normer som finns etablerade på arbetsmarknaden. Innehållet i begreppet god sed finns behandlat i flera domar från arbetsdomstolen (se AD 1943 nr 77, 1991 nr 45, 1997 nr 29 och 1998 nr 97).

4. Särskilt om kontroll av arbetsökande

Från rättslig synpunkt är det viktigt att hålla isär kontrollåtgärder som genomförs inom ramen för ett anställningsavtal och sådana som riktas mot utomstående. Gränslinjen går med andra ord mellan tester och kontroller som utförs på anställda och sådana som avser arbetsökande som genomförs inom ramen för ett

anställningsförfarande. Utmärkande för den sistnämnda typen av kontroller är att de är riktade mot en person som inte står i ett avtalsförhållande till företaget. Den arbetsökande hamnar utanför det kontraktsrättsliga norm- och sanktions-systemet. Exempelvis kan ersättning för ren förmögenhetsskada normalt inte utgå.

Den enklaste formen av kontroll är att den arbetsökande i samband med anställningsintervjuer frågas ut om sina personliga förhållanden. Vid sådana intervjuer kan det förekomma att en arbetsökande får frågor som rör såväl familjeliv som fritidsaktiviteter. Svensk rätt saknar regler som begränsar arbetsgivarens möjligheter att ställa frågor till arbetsökande. Någon motsvarighet till den straffsanktionerade bestämmelsen i den norska arbetsmiljöloven, § 55 A, som förbjuder arbetsgivare att fråga ut arbetsökande om deras inställning i politiska, religiösa och kulturella frågor, finns således inte. Den offentlige arbetsgivaren måste dock iakttä bestämmelsen i RF 2:2 om skydd för den negativa åsiktsfriheten som hindrar myndigheter att tvinga medborgare att ge till känna sin åskådning i politiskt, religiöst, kulturellt eller annat sådant hänseende. Som redan antytts kan det dock ifrågasättas hur långt verkningarna av denna bestämmelse sträcker sig. Bestämmelsen rör tvång att ge till känna sin uppfattning och den arbetsökande befinner sig inte i en tvångssituation. Enligt uttalanden i förarbetena till RF anses det inte att en tvångssituation föreligger i det fall en enskild måste tillkännage sin uppfattning för att få en förmån. Exempelvis kan den som söker vapenfri tjänst istället för militärtjänstgöring utfrågas om sin religiösa uppfattning utan att det kommer i konflikt med RF 2:2. På motsvarande sätt går det knappast att hänga upp ett utfrågningsförbud direkt på denna bestämmelse. En annan sak är att frågor av denna art är ett indicium på att den tillsättande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn vid tillsättningen. (Beträffande den negativa åsiktsfriheten se prop 1975/76:209 s 145)

Man får utgå ifrån att det i de flesta fall saknas möjligheter att med rättsliga medel hindra en arbetsgivare att ställa frågor till en arbetsökande om hans privata förhållanden. Det kan dock ifrågasättas om de uppgifter som en arbetsökande lämnar rörande den privata sfären kan åberopas mot denne om han senare anställs. Om en arbetstagare i samband med anställningen lämnat felaktiga uppgifter som är relevanta för anställningsavtalet i enlighet med förutsättningslärans relevansbedömning kan anställningsavtalet ogiltigförklaras eller sägas upp. När det gäller uppgifter som hänför sig till den skyddade sfären torde det dock föreligga immunitet för den anställde. Det finns med andra ord inte någon skyldighet att svara sanningsenligt. Det har exempelvis inte ansetts att en arbetsökande har skyldighet att uppge graviditet i samband med ett anställningsförfarande (Folke Schmidt, Löntagarrätt, 2 uppl. 1980, s 31). Detsamma torde gälla uppgifter som en arbetstagare lämnat om förhållanden som inte får ges betydelse vid anställning enligt övriga diskrimineringslagar, dvs uppgifter rörande omfattningen av funktionshinder, sexuell läggning, ras, hudfärg,

nationellt eller etniskt ursprung eller trosbekännelse. I det fall lagen förbjuder en arbetsgivare att beakta en viss omständighet kan en felaktig uppgift om en sådan omständighet knappast kunna ges relevans i avtalsrättsligt hänseende.

Immuniteten kan dock inte gälla undantagslöst. Diskrimineringslagarna gäller inte situationer där det finns annat ideellt eller särskilt intresse som uppenbarligen väger tyngre än de intressen som bär upp de olika diskrimineringslagarna (se 3 § lag om förbud mot diskriminering i arbetslivet av personer med funktionshinder, 16 § 2 st p 3, 17 § 2 st och 19 § 2 st jämställdhetslagen, 3 § 2 st lagen om förbud mot diskriminering i arbetslivet på grund av sexuell läggning, samt 8 § 2 st lag om åtgärder mot etnisk diskriminering i arbetslivet). Även inom den skyddade sfären måste man räkna med att det i undantagsfall finns förutsättningar som har relevans enligt förutsättningsläran.

Det förekommer också att arbetsgivaren kontrollerar uppgifter om den anställde som finns i läkarjournaler och liknande. I dessa fall krävs den arbetsökandes medverkan för att kontroll skall kunna ske. Även kontroll av arbetsökandes betalningsmoral förekommer och sådan kreditupplysning kan ske utan en arbetsökandes medgivande.

5. Särskilt om kontroll av anställda

Arbetsgivarens rätt att kontrollera de anställda utgör ett led i utövandet av arbetsledningsrätten. Ett viss lagstöd för dessa kontroller finns som nämnts ovan i 3 kap 2a § arbetsmiljölagen som stadgar att arbetsgivaren skall planera, leda och kontrollera verksamheten på ett sätt som gör att arbetsmiljön uppfyller lagens krav och att han förebygger att arbetstagare utsätts för ohälsa och olycksfall.

Kontrollåtgärder som sker inom ramen för arbetsledningsrätten kan utifrån kontrollåtgärdens syfte indelas i säkerhetskontroller, effektivitetskontroller och kontroll av ordningen på arbetsplatsen. Säkerhetskontroller kan vara medicinska tester och drogtestar om dessa syftar till att förebygga skador på personer och egendom. Kontroller för att upprätthålla ordningen kan åtgärder i samband med in- och utpassering för att förebygga stölder eller att arbetsplatsen utnyttjas för brottslighet eller verksamhet som inte hör hemma på arbetsplatsen. Ordningen på arbetsplatsen kan också röra sådant som hör samman med religions- och åsiktsfriheten. Arbetsgivaren kan hindra att politiskt och religiös propaganda sprids på arbetsplatsen eller med arbetsplatsen som bas. I syfte att upprätthålla ordningen på arbetsplatsen kan arbetsgivaren inte bara tvingas tillgripa ingripande åtgärder som kroppsvisitering utan också övervakning av e-post och andra meddelanden

Den rättsliga regleringen är densamma oavsett syftet med kontrollen. Artikel 8 i Europakonventionen ger som framhållits ovan den enskilde skydd mot grova ingrepp i den personliga integriteten även i förhållande till andra medborgare. Den allmänna rättsprincipen att arbetsledningsrätten inte får utövas i strid med lag och god sed eller eljest framstå som otillbörlig innebär ett längre gående

skydd. Det är också denna rättsprincip som Arbetsdomstolen använt sig av då den tagit ställning till olika typer av kontrollåtgärder.

Begreppet god sed syftar på de restriktioner en arbetsgivare bör ålägga sig med hänsyn till den enskilde arbetstagaren men också till andra intressenter. Det är fråga om en intresseavvägning där arbetsgivarens intresse av att genomföra kontrollen skall vägas mot det obehag som arbetstagaren utsätts för. På samma sätt som den s k bastubadarprincipen kan härledas ur en allmän proportionalitetsprincip är det också här fråga om proportionalitet. En kontrollåtgärd måste ha ett syfte och det arbetsgivaren vill uppnå med åtgärden måste stå i rimlig proportion till ingreppet i den personliga sfären.

Även om det fråga om samma rättsprincip som reglerar alla typer av kontroller kommer intresseavvägningen att se olika ut beroende på kontrollens syfte. I det följande kommer därför de olika kontrollerna att behandlas var för sig.

Säkerhetskontroller

Arbetsgivaren har enligt den rollfördelning som gäller enligt arbetsmiljölagen ansvaret för ordning och säkerhet på arbetsplatsen (3 kap 2a § arbetsmiljölagen). Med stöd av dessa regler har arbetsgivaren ansetts kunna genomföra kontroller även om de innebär intrång i den privata sfären (se Arbetsdomstolens domar 1991 nr 45, 1997 nr 29 och 1998 nr 97). Som Arbetsdomstolen framhållit i AD 1991 nr 45 har arbetstagaren en lagstadgad skyldighet att följa de säkerhetsföreskrifter som arbetsgivaren utfärdar (3:4 arbetsmiljölagen).

Intresseavvägningen vid medicinska kontroller som tar sikte på säkerheten demonstreras tydligt i OKG-domen (AD 1998 nr 97).

Vid kärnkraftsanläggningen i Oskarhamn hade arbetsgivaren med stöd av samtliga fackföreningar utom Svenska Elektrikerförbundet utfärdat en instruktion som innebar att samtliga anställda skulle genomgå test med avseende på alkohol och narkotika vart tredje år. Testningen skulle genomföras i samband med en ordinär hälsoundersökning. En av Elektrikerförbundets medlemmar vägrade att underkasta sig testet och förbundet vände sig till Arbetsdomstolen med yrkande om att domstolen skulle förklara att medlemmen inte var skyldig att genomgå testning. Domstolen kom därmed att pröva den principiella frågan om arbetsgivaren ensidigt med stöd av arbetsledningsrätten kunde ålägga en arbetstagare att genomgå testning.

I sin dom konstaterade Arbetsdomstolen att narkotikatestning på det sätt som angavs i instruktionen vid kärnkraftverket inte kunde anses strida mot god sed eller framstå som otillbörlig. Narkotikatestningen kunde inte anses förnedrande för den anställda i den form den genomfördes och arbetsgivaren vid kärnkraftverket hade ett befogat intresse att visa att alla rimliga åtgärder vidtagits för att åstadkomma en drogfri miljö. Detta vägde enligt domstolen tyngre än integritets-synpunkterna.

Däremot ansåg Arbetsdomstolen att det inte stod i överensstämmelse med god sed att tvinga arbetstagarna att genomgå test med avseende på alkoholmissbruk. Här kom integritetssynpunkterna att vägra tyngre eftersom testet inte på ett effektivt sätt kunde utpeka missbrukarna. En alldeles övervägande del av de positiva proven berodde på andra faktorer än alkoholmissbruk och för att komma fram till den verkliga orsaken skulle ett stort antal personer som inte var missbrukare tvingas genomgå omfattande undersökningar inom ett område som i hög grad var känsligt från integritetssynpunkt.

Det är uppenbart att kontroller av arbetstagare som hänger samman med säkerheten på arbetsplatsen intar en särställning. Arbetsdomstolen fann att det låg i linje med den arbetsrättsliga lagstiftningen, närmast 3 kap 2 § och 3 kap 4 § arbetsmiljölagen, att ge arbetsgivaren rätt att utföra kontroller i syfte att höja säkerheten på arbetsplatsen och att arbetstagarna hade en skyldighet att medverka vid dessa kontroller. Proportionalitetsprincipen gäller dock. De kontrollåtgärder som vidtas måste framstå som ändamålsenliga från olika synpunkter.

Effektivitetskontroller

Kontroller som genomförs i effektivitetssyfte har inte på samma sätt som säkerhetskontroller stöd i lag. Arbetsgivarens allmänna rätt att leda och fördela arbetet ger honom rätt att i skälig omfattning inhämta uppgifter av arbetstagaren om mängden av utfört arbete (Folke Schmidt, Tjänsteavtalet 1959, s 205f). Utgångspunkten är dock att det är fråga om en kontroll som syftar till att fastställa lönen. Vilka uppgifter en arbetstagare måste stå till tjänst med i fråga om arbetets utförande är en omstridd fråga och reglerades tidigt i centrala avtal om arbetsstudier.

Man får räkna med att effektivitetskontroller alltid kan ske i form av sedvanlig övervakning, dvs kontroll av att arbetstagaren befinner sig på arbetsplatsen och kontroll av arbetsprestationerna. I övrigt tillämpas proportionalitetsprincipen.

Man kan fråga sig hur intresseavvägningen skall gå till vid kontroller som syftar till att skapa en effektiv verksamhet. I praxis, som ligger långt tillbaka i tiden, synes arbetsgivarens intresse främst sammanhålla med möjligheten att kontrollera att lönen blir den rätta. Detta syfte väger särskilt tungt. I övrigt måste arbetsgivare välja den form av kontroll som är minst ingripande för arbetstagaren. Man måste också utgå ifrån att enbart effektivitetshänsyn inte kan motivera sådana ingripande åtgärder som accepteras vid ordnings- och säkerhetssammanhang.

Kontroll av ordningen på arbetsplatsen

När det gäller ordningen på arbetsplatsen rör rättspraxis främst frågor om kroppsvisitation och liknande ingripande åtgärder. Redan 1943 konstaterade Arbetsdomstolen att arbetsgivaren hade en ensidig rätt att genomföra kroppsvisitation för att förhindra stölder på arbetsplatsen (AD 1943 nr 77). Folke

Schmidt menade att domen skulle ses mot bakgrund av förhållandena under de oroliga beredskapsåren och att domen inte skulle anses vägledande. I AD 1997 nr 29 synes dock utgångspunkten vara densamma som i 1943 års dom. Målet rörde ett företag där de lokala parterna träffat en överenskommelse om rätt för arbetsgivaren att genomföra utpasseringskontroller för att förhindra stölder. Tvisten rörde huruvida en arbetstagare kunde sägas upp enbart på den grunden att han vid ett tillfälle vägrat öppna sin väska i samband med utpassering. Arbetsdomstolen fann att saklig grund för uppsägning ej förelåg. Arbetsgivarens rätt att genomföra kontroller vid utpassering ifrågasattes inte. Däremot kunde han inte sägas upp på grund av en enda vägran då arbetsgivaren inte i förväg gjort klart för de anställda att en vägran skulle leda till uppsägning. I den information som lämnats hade det endast angivits att påföljden skulle diskuteras med den fackliga organisationen.

När det gäller kontroller med syfte att skapa ordning på arbetsplatsen innebär proportionalitetsprincipen att relativt ingripande åtgärder kan komma ifråga för att förhindra stölder och liknande brottslighet som är direkt riktad mot arbetsgivaren. I fråga om brottslighet som inte är riktad mot arbetsgivaren blir bedömningen en annan. Arbetsgivaren torde exempelvis inte kunna genomföra kontroller för att exempelvis avslöja ett innehav av barnpornografi. Inte ens misstanke torde ge rätt att kontrollera en arbetstagare i fråga om ett sådant brott. Här blir det istället fråga om att tillämpa Rättegångsbalkens regler om förundersökning i samband med brott.

6. Avslutning

Som framgått saknas klara regler som anger vilka kontrollåtgärder en arbetsgivare får vidta samt var gränsen går för den privata sfären. Kontroller som avser ordning, säkerhet och effektivitet bedöms utifrån proportionalitetsprincipen. En kontrollåtgärd anses som en tillåten arbetsledningsåtgärd om det råder ett rimligt förhållande mellan åtgärdens effekt på enskildes integritet och det åtgärden syftar till. Kravet kan uppställas att arbetsgivaren alltid klargör syftet med åtgärden och att han väljer den mest ändamålsenliga åtgärden för att uppnå syftet.

Skyddet för den personliga integriteten i arbetslivet är föremål för överväganden inom en utredning (se dir 1999:73). I direktiven sägs att behovet av skydd för arbetssökande skall uppmärksammas. Arbetssökande är ju så gott som oskyddade.

När det gäller skydd för arbetstagares integritet kan rent allmänt konstateras att personliga uppgifter har en helt annan relevans för anställningen än tidigare. Arbetsgivarens rehabiliteringsansvar som grundas på arbetsmiljölagen och lagen om allmän försäkring har gjort att frågor om arbetstagarens hälsotillstånd inte kan ses som en rent privat angelägenhet. Rehabilitering, exempelvis i samband med drogmissbruk, förutsätter att den enskilde arbetstagarens privata förhållanden

uppmärksammas i arbetsledningen. I och med att företagshälsovården arbetar på uppdrag av arbetsgivaren hindrar inte heller sekretessen inom sjukvården att uppgifter om arbetstagares hälsotillstånd sprids inom företaget. Utvecklingen inom arbetsrätten har gått mot allt fler regler som skall förmå arbetsgivaren att beakta den enskildes privata förhållanden och detta motverkar effekterna av de integritetsskyddande reglerna.

Arbejdsgiverens kontrol med ansatte – Danmark

Af professor, dr. jur. Jens Kristiansen,
Københavns Universitet

1. Generelt om regelgrundlaget

Almene regler

Retsbeskyttelse af lønmodtageres personlige integritet og privatliv er blevet et ganske aktuelt emne i dansk arbejdsret indenfor de senere år. Der er ikke foretaget større, mere systematiske teoretiske eller praktiske udredninger af emnet, men der har været en vis offentlig debat, navnlig i kølvandet af konkrete sager og afgørelser.

Danmark Riges Grundlov – der senest er revideret i 1953 – indeholder ikke en generel beskyttelse af hverken den personlige integritet (værdighed) eller privatlivets fred. I § 72 om boligens ukrænkelighed er der givet et vist værn af kommunikationshemmeligheden, der indebærer, at denne alene kan brydes på grundlag af en retskendelse eller med hjemmel i lov. Straffelovens kapitel 27 indeholder derimod en række almene regler om privatlivets fred. Særligt § 263 om indgreb i brevhemmeligheden, § 264a om fotografering af personer samt § 264d om videregivelse af personoplysninger af privat karakter har almen betydning for integritetsværnets omfang.

Privatlivets fred er anerkendt som en menneskeret i art. 8 i Den Europæiske Menneskerettighedskonvention, der i 1992 blev indarbejdet i dansk ret ved lov, jf. nu lovbekendtgørelse nr. 750 af 19.10.1998 om Den europæiske Menneskerettighedskonvention. Menneskerettighedsdomstolen har udtalt, at staten har en vis pligt til i medfør af konventionens art. 8 til at beskytte private mod andre privates krænkelse af deres privat- og familieliv, men har ikke taget stilling til, om dette gælder i forholdet mellem arbejdsgivere og lønmodtagere.

Bestemmelsen i art. 8 har hidtil spillet en forholdsvis tilbagetrukket rolle i dansk ret, og ingen rolle overhovedet i dansk arbejdsret. Dens ideologiske budskab har formentlig stigende betydning, og den er for nylig påberåbt i en dansk klage til Menneskerettighedsdomstolen i en sag om netop en kontrolforanstaltning i arbejdslivet, jf. nærmere herom i afsnit 3.

Registerlovgivningen udgør i dag det centrale almene værn for den personlige integritet og private sfære, jf. lov nr. 429 af 31.5.2000 om behandling af personoplysninger. Loven trådte i kraft 1. juli 2000 og har afløst de to registerlove for

henholdsvis den private og offentlige sektor. Den implementerer tillige direktiv 95/46 EF om beskyttelse af fysiske personer i forbindelse med behandling af personoplysninger og om fri udveksling af sådanne oplysninger. Personopplysningsloven gælder som udgangspunkt for alle dele af den offentlige og private sektor.

Den ny personopplysningslov viderefører i vidt omfang den tidligere lovgivnings principper, og afgørelser truffet i medfør heraf vil derfor fortsat have betydning for fastlæggelsen af gældende ret på dette område. Datatilsynets (tidligere Registertilsynets) afgørelser er administrativt endelige, men kan indbringes for domstolene, hvilket dog kun yderst sjældent sker. Tilsynets afgørelser refereres i Årsberetningen og på hjemmesiden www.datatilsynet.dk.

Det følger af personopplysningslovens § 2, stk.1, at regler i love, der giver borgerne en bedre retsbeskyttelse, har forrang. Af forarbejderne fremgår, at dette også er tilfældet, når retsbeskyttelsen er ringere, såfremt dette har været intentionen. Forrangen forudsætter, at reglerne er i overensstemmelse med direktivet, hvilket i første omgang vurderes af Datatilsynet. Der er i denne forbindelse særligt grund til at nævne helbredsopplysningsloven og tv-overvågningsloven. Bestemmelsens rækkevidde har dog også betydning for relationen mellem lovens saglighedskrav og ledelsesretten, hvilket i praksis navnlig vil få betydning for ansættelsessituationen, jf. nærmere herom ndf. afsnit 2.

Arbejdsgivers ledelsesret

Anvendelse af kontrolforanstaltninger i arbejdslivet har traditionelt været reguleret af ledelsesretten, og ledelsesretten spiller fortsat en væsentlig principiel og praktisk rolle på dette område. Ledelsesretten har karakter af en uskreven retsgrundsætning, og udgør et selvstændigt grundlag for såvel private virksomheders som offentlige myndigheders handlinger – herunder indgreb – i forhold til de ansatte, jf. f.eks. FOB 1993, s. 162. I denne sag udtalte Folketingets Ombudsmand, ”at det følger af den offentlige arbejdsgivers ledelsesret, at arbejdsgiveren kan fastsætte kontrolforanstaltninger i forhold til personalet”.

Af større praktisk interesse er det, at ledelsesretten er et af de grundlæggende kollektivarbejdsretlige principper. Den er fastslået direkte i de kollektive overenskomster – de såkaldte hovedaftaler – mellem organisationerne på både det private og offentlige arbejdsmarked. Den kollektive ledelsesret omfatter kun de arbejdsgivere der er medlemmer af en arbejdsgiverorganisation med overenskomst eller arbejdsgivere med egen overenskomst med en faglig organisation.

Ledelsesrettens indhold er først og fremmest udviklet gennem retspraksis på det kollektive overenskomstområde, dvs via de særlige fagretlige organer Arbejdsretten (tidligere Den faste Voldgiftsret) og faglig voldgift. Det blev tidligt fastslået i retspraksis, at ledelsesretten giver arbejdsgiver adgang til at iværksætte kontrolforanstaltninger på arbejdspladsen, men samtidig blev der opstillet forskellige principper for dens udøvelse.

Den faste Voldgiftsret udtalte således i en grundlæggende kendelse fra 1913 (sag 106), at arbejdsgiverens krav om, at medarbejderne skulle udføre arbejds-sedler med henblik på kontrol af arbejdets omfang var berettiget, da kontrollen ”ikke har andet Formaal end at sikre, at Arbejdet gaar sin normale Gang” og ”ikke har nogen for Arbejderne krænkende Form”. En kontrolforanstaltning skal således både være sagligt begrundet og respektere de ansattes krav på en værdig behandling. Kendelsen bygger tillige (forudsætningsvis) på det synspunkt, at mere særegne kontrolforanstaltninger skal godkendes forudgående ved en retlig prøvelse, hvis medarbejderne (den faglige organisation) modsætter sig kontrolforanstaltningen.

De opstillede kriterier for kontrolforanstaltningers retsmæssighed tager i første række sigte på tilfælde under ansættelsen. Retspraksis har traditionelt overladt arbejdsgiveren en væsentlig større handlefrihed ved ansættelser. Arbejdsgivere kan som udgangspunkt frit ansætte medarbejdere, herunder frit stille spørgsmål og foretage tests, undersøgelser m.v.

En arbejdsgiver har ifølge de kollektive overenskomster en pligt til at udøve ledelsesretten i samarbejde med de ansatte og disses repræsentanter. Det fremgår udtrykkeligt af hovedaftalernes regler om ledelsesretten, men det nærmere indhold af samarbejdspligten er fastlagt i de særlige samarbejdsaftaler. Det centrale element i samarbejdsaftalerne er, at der skal oprettes samarbejdsudvalg i virksomheder af en vis størrelse. På det private område er det som regel, når der er mindst 35 ansatte i virksomheden, mens det på det offentlige område er ved mindst 25 ansatte i myndigheden. Samarbejdsudvalgene er som altovervejende hovedregel sammensat af et lige stort antal repræsentanter valgt af henholdsvis ledelsen (A-siden) og medarbejderne (B-siden).

Iværksættelse af kontrolforanstaltninger hører uden tvivl til kredsen af emner som skal drøftes forudgående i samarbejdsudvalget. B-siden er ikke udstyret med vetoret i forhold til påtænkte foranstaltninger, heller ikke ved mere indgribende kontrolforanstaltninger. Ledelsen har ret til selv at disponere, hvis A- og B-siden ikke kan blive enige om et emne, om end samarbejdsaftalerne anfører, at begge parter er forpligtet til at tilstræbe enighed. En manglende overholdelse af informations- og høringspligten i forhold til samarbejdsudvalget og medarbejderne er et overenskomstbrud, der kan sanktioneres med bod.

Sikkerhed og sundhed på arbejdspladsen

Arbejdsmiljøloven fastlægger en lang række (strafsanktionerede) krav til indretningen af arbejdspladsen, og kan – principielt – ses som en systematisk undertagelse fra ledelsesretten. Det grundlæggende princip er, at arbejdsgiveren skal sikre de ansatte et sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt arbejdsmiljø. Forsvarlighedsstandarder har – på linie med ledelsesretten – karakter af en retlig standard, men dens nærmere indhold er ikke udviklet gennem retspraksis, men gennem et meget stort antal bekendtgørelser, cirkulærer m.v.

I denne sammenhæng er det navnlig bekendtgørelse nr. 867 af 13.10.1994 om arbejdets udførelse der spiller en praktisk rolle. Bekendtgørelsen pålægger arbejdsgiveren at planlægge og tilrettelægge arbejdet, så det i alle led kan udføres fuldt forsvarligt ud fra både en enkeltvis og samlet vurdering af de forhold i arbejdsmiljøet, som på kort eller langt sigt kan have indvirkning på den fysiske eller psykiske sundhed. Ledelsesmæssige dispositioner, som virker skadeligt i forhold til de ansattes psykiske tilstand, fx. en kontrollerende eller overvågende foranstaltning, er principielt omfattet af arbejdsmiljøreglerne.

Arbejdstilsynet henviser imidlertid som altovervejende udgangspunkt sådanne sager til samarbejdsudvalgssystemet indenfor det kollektive overenskomstsistem. Denne praksis beror på et fælles udvalgsarbejde mellem Arbejdstilsynet og arbejdsmarkedets parter, jf. om de nærmere retningslinier og grænsedragninger i Arbejdstilsynets cirkulæreskrivelse 7/1995 om psykosociale risikofaktorer. I praksis beskæftiger Arbejdstilsynet sig reelt alene med en kontrolforanstaltning, når den har karakter af en positiv velfærdsforanstaltning, dvs er påkrævet af hensyn til de ansattes sikkerhed på arbejdspladsen, fx. TV-overvågning for at modvirke røverier i særligt udsatte butikker o.lign.

2. Ved ansættelsen

Den frie ansættelsesret

Ledelsesretten sonderer principielt mellem ansættelsen af medarbejdere og forholdene for medarbejderne under ansættelsen. Der er et væsentligt videre spillerum ved ansættelsen, også hvad kontrolforanstaltninger angår. I dette afsnit behandles ansættelsessituationen, mens forholdene under ansættelsen behandles i afsnit 3.

Ved ansættelse af medarbejdere er ledelsesretten ifølge retspraksis formentlig kun underlagt et forbud mod, at arbejdsgiveren varetager såkaldte ”illegitime hensyn”. Herved sigtes i første række til organisationsfjendtlige hensyn, fx. at arbejdsgiveren systematisk undlader at beskæftige organiserede eller direkte stiller som betingelse for ansættelse, at vedkommende udmelder sig af en organisation.

I ansættelsessituationen spiller lovgivningen imidlertid en voksende rolle, og der knytter sig en særlig interesse til den nye personoplysningslov. I modsætning til den tidligere registerlovgivning omfatter den ikke blot registrering og videregivelse af fortrolige oplysninger, men al behandling af personoplysninger, herunder indsamling af sådanne oplysninger. Indsamling af oplysninger må ifølge § 5 alene ske til ”udtrykkeligt angivne og saglige formål”.

Loven gælder efter § 2 som udgangspunkt for ”behandling af personoplysninger, som helt eller delvis foretages ved hjælp af elektronisk databehandling” eller ”ikke-elektronisk behandling af personoplysninger, der er eller vil blive indeholdt

i et register”. Det vil formentlig normalt ikke være tilfældet ved indsamling af personoplysninger i forbindelse med ansættelse, men loven gælder tillige ”for anden ikke-elektronisk systematisk behandling, som udføres for private”. Dette begreb er videreført fra de tidligere registerlove, men kan som noget nyt tillige anvendes i relation til indsamling af oplysninger.

Forarbejderne til loven indeholder ikke mange fortolkningsbidrag på dette punkt, herunder i hvilket omfang loven finder anvendelse på arbejdsgiveres indsamling af oplysninger om jobansøgere i forbindelse med ansættelse. Det er imidlertid ganske nærliggende, at loven som minimum må omfatte de tilfælde, hvor arbejdsgiveren generelt kræver forskellige (typer) oplysninger af jobansøgere, fx. i særlige oplysningsskemaer, i form af særlige tests, ved fremlæggelse af erklæringer o.lign. Loven synes dermed at introducere en principiel nydannelse i dansk arbejdsret i form af et saglighedskrav til arbejdsgivere ved ansættelse.

Det nærmere indhold af saglighedskravet ved ansættelser er usikkert. Det er således uafklaret, hvilket forhold der er mellem lovens saglighedskrav og ledelsesretten (der som nævnt har karakter af en retsgrundsætning). Datatilsynets (kommende) praksis får derfor stor betydning på dette område.

Arbejdsgiveres brug af tests og erklæringer i forbindelse med ansættelse har navnlig givet anledning til debat i relation til helbredsoplysninger, straffeattester og kreditværdighedsvurderinger. De handles hver især nærmere i det følgende.

Helbredsforhold

I begyndelsen af 1990'erne blev spørgsmålet om sortering af arbejdskraften efter genetiske forhold et varmt politisk emne i Danmark. Regeringen blev i en folketingsbeslutning fra 1991 pålagt at fremsætte et lovforslag om forbud mod genetiske tests i forbindelse med bl.a. ansættelse.

Det viste sig imidlertid vanskeligt at afgrænse genetiske forhold fra helbredsforhold i almindelighed, og et sagkyndigt udvalg fremsatte i stedet et forslag om en generel lov om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet, jf. betænkning 1269/1994 om helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet. Betænkningens forslag danner i det væsentlige baggrund for lov nr. 86 af 24.4.1996 om brug af helbredsoplysninger på arbejdsmarkedet m.v.

Helbredsoplysningsloven bygger grundlæggende på det princip, at en arbejdsgiver ikke må indhente mere generelle oplysninger om arbejdssøgendes (eller ansattes) helbred. Der kan alene indhentes oplysninger om specifikke (aktuelle) helbredsforhold og alene, når oplysningerne har væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde, jf. lovens § 2.

Loven indeholder et udtrykkeligt forbud mod, at arbejdsgiveren anmoder om, indhenter eller gør brug af helbredsoplysninger i det sigte at få belyst jobsgøgendes risiko for at udvikle eller pådrage sig sygdomme, jf. § 2, stk. 4. Bestemmelsen er central, fordi den afskærer arbejdsgiveren fra at undersøge jobansø-

geres fremtidige risici for at pådrage sig sygdomme, og dermed sortere jobansøgere efter sådanne forhold. En arbejdsgiver kan fx. ikke stille krav til jobansøgende om at få foretaget en HIV-test med henblik på at vurdere risikoen for, at vedkommende senere vil udvikle AIDS.

I alle tilfælde er det den jobansøgende selv der skal stå for fremskaffelsen af de helbredsoplysninger som arbejdsgiveren (lovligt) anmoder om, herunder lægeerklæringer o.lign. Loven fastslår udtrykkeligt i § 10, stk. 4, at undersøgelsens resultater alene må udleveres til den undersøgte. Der er tillige i § 9 nærmere regler om lægens pligt til at informere den der skal undersøges.

Helbredsoplysningsloven bygger således generelt på en strengere standard end personoplysningsloven og går som nævnt forud for denne. Loven indeholder dog også den – for arbejdsgivere – væsentlige regel, at en lønmodtager inden ansættelse af egen drift (eller på spørgsmål) skal oplyse om eventuelle sygdomme eller symptomer på sygdomme, som vil have væsentlig betydning for lønmodtagerens arbejdsdygtighed ved det pågældende arbejde.

Strafbare forhold

I de senere år har der været en vis debat om private og offentlige arbejdsgivers brug af straffeattester i forbindelse med ansættelse. Straffeattester rekvireres fra det Det centrale Kriminalregister, som er omfattet af personoplysningslovens – og den tidligere registerlovgivnings – regler for videregivelse af oplysninger. Rigspolitichefen har tillige fastsat en særlig instruks for Kriminalregistret.

En arbejdsgiver kan som hovedregel ikke selv rekvirere straffeattester fra Kriminalregistret, uanset der foreligger saglige grunde bag anmodningen. Fremskaffelse af straffeattest må derfor ske via den enkelte jobansøger.

Lovgivningen bygger på det principielle standpunkt, at privatpersoner skal have adgang til at få indsigt i registrerede oplysninger om sig selv, jf. lovens § 31. En borger har på linie hermed adgang til at få en udskrift af sin egen straffeattest fra Kriminalregistret. Privatpersoner kan dog – ifølge forskrifterne for Kriminalregistret – kun få straffeattester med oplysninger om nyere straffbare forhold. Straffedomme slettes efter højst 5 år (afhængig af grovheden) fra løsladelsestidspunktet (ubetinget frihedsstraf) eller domstidspunktet (betinget dom og bøde).

En offentlig arbejdsgiver kan selv i et vist omfang rekvirere straffeattester fra Kriminalregistret til brug for ansættelser. Oplysningerne slettes i disse tilfælde først efter 10 år for alle former for straf. Det skal fremgå af ansøgningen til Kriminalregistret, at jobansøgeren har givet samtykke til indhentelsen af straffeattesten. I andre tilfælde er offentlige arbejdsgivere henvist til at kræve straffeattest fra jobansøgeren selv.

Finansministeriet har i et cirkulære af 14.1.1963 stillet forskellige krav til statslige myndigheders rekvirering af straffeattester. Det er bl.a. et krav, at straffeattester ikke anvendes til systematisk at udelukke straffede eller grupper af

straffede fra bestemte stillinger. Der skal i alle tilfælde foretages en konkret vurdering med vægt på henholdsvis stillingens og lovovertrædelsens karakter. Offentlige arbejdsgiveres, herunder kommuners, adgang til at forlange straffeattest er tillige underlagt de almindelige forvaltningsretlige sagligheds- og proportionalitetsprincipper.

Det er tilsyneladende blevet meget almindeligt, at både private og offentlige arbejdsgivere stiller krav om fremskaffelse af straffeattest i forbindelse med ansættelse. Den markante stigning i antallet af rekvirerede straffeattester er bl.a. sket i kølvandet af en række konkrete – tildels meget alvorlige – sager om seksualforbrydelser mod børn i offentlige institutioner.

De straffeattester, som Kriminalregistret udskriver til såvel borgeren selv som offentlige myndigheder, indeholder typisk alle straffedomme (der er omfattet af indsigtsretten). En straffeattest viser således ikke blot arbejdsgiveren, om jobansøgeren er straffet for de forhold, som betinger den saglige interesse, fx. straffedomme for seksualforbrydelser eller berigelsesforbrydelser, men også andre – og i den konkrete sammenhæng irrelevante – straffedomme.

Udviklingen i retning af, at arbejdsgivere kræver straffeattest på stadig flere områder og for stadig flere personalegrupper har givet anledning til en hel del debat i de senere år. Det er i forbindelse hermed blevet anført, at der bør udarbejdes en lovbeskyttelse efter samme model som helbredsoplysningsloven, jf. Peter Blume, Beskyttelse af oplysninger om strafbare forhold, i Jørn Vestergaard og Flemming Balvig (red.), ”Med lov ...”, 1998, s. 35ff.

En arbejdsgivers rekvirering af straffeattest fra jobansøgere vil formentlig være omfattet af personoplysningsloven, og dermed saglighedskravet i § 5. Det er sandsynligt, at dette saglighedskrav i sig selv vil medføre en skærpet retstilstand, især på det private område.

Økonomiske forhold

Indhentelse af økonomiske oplysninger om jobansøgere er navnlig en forholdsvis udbredt praksis på det private arbejdsmarked. Den tidligere registerlovgivning omfattede ifølge forarbejderne ikke arbejdsgiveres adgang til at skaffe økonomiske oplysninger om jobansøgere fra kreditoplysningsbureauer m.v.

Indsamling af oplysninger om jobansøgers økonomiske forhold må derimod antages at være omfattet af den ny personoplysningslov og kræver dermed et sagligt formål. Det er nærliggende, at der kun foreligger et sagligt formål for personer i ledende eller særligt betroede stillinger. Almindelige medarbejdere i privat og offentlig virksomhed falder antagelig udenfor det område, hvor det vil være det fornødne saglige formål med at fremskaffe sådanne oplysninger, herunder ved henvendelse til kreditoplysningsbureauer.

I modsætning til straffeattester fra kriminalregisteret kan arbejdsgivere selv fremskaffe soliditets- og kreditværdighedsoplysninger fra kreditoplysningsbureauer. Jobansøgers retsbeskyttelse ligger på dette område ikke i et samtyk-

kekraft, men i det opstillede saglighedskrav. Det er sandsynligt, at Datatilsynet vil kræve, at kreditoplysningsbureauer angiver en række begrænsninger for kundernes (ikke mindst arbejdsgiveres) brug af soliditetsoplysninger.

Personoplysningsloven indeholder en række særlige regler om driften af kreditoplysningsbureauer. De må ifølge § 20 alene behandle oplysninger som er af betydning for bedømmelse af økonomisk soliditet og kreditværdighed, og de skal som altovervejende hovedregel slette oplysninger som taler imod kreditværdighed, hvis oplysningerne er mere end 5 år gamle. Den registrerede har ret til indsigt i de registrerede oplysninger om sig selv, jf. § 22. Der er forskellige begrænsninger i adgangen til at videregive (navnlig summariske) oplysninger om økonomisk soliditet og kreditværdighed, jf. § 23.

3. Under ansættelsen

Generelt om kontrolforanstaltninger

Indførelse af kontrolforanstaltninger i forhold til ansatte er som nævnt i det indledende afsnit underlagt en række forskellige principper allerede i medfør af ledelsesrettens selv. De koncentrerer sig om saglighed, ligebehandling, proportionalitet samt respekt for de ansattes værdighed og privatliv.

Kontrolforanstaltninger i medfør af ledelsesretten skal som minimum være sagligt begrundet. Det formuleres normalt som et krav om en driftsmæssig begrundelse, herunder hensynet til ansattes og brugeres sikkerhed. I nyere praksis synes der generelt at være en tendens i retning af at arbejde med et forholdsvis bredt saglighedsbegreb, som bl.a. omfatter et hensyn til virksomhedens ”image”.

Saglighedskravet rummer ligeledes et forbud mod vilkårlig behandling af medarbejderne. Dette forbud tager navnlig sigte på de tilfælde, hvor en kontrolforanstaltning (ubegrundet) alene retter sig mod en afgrænset del af medarbejdergruppen. En kontrolforanstaltning skal omfatte samtlige relevante medarbejdere, herunder ledere.

Der lægges yderligere vægt på, om der er et rimeligt forhold mellem mål og midler. En iøvrigt driftsmæssigt begrundet ledelsesmæssig foranstaltning kan være for vidtgående i forhold til det mål som søges opnået. Synspunktet er navnlig relevant, når ledelsen lige så godt kunne have anvendt en mindre indgribende fremgangsmåde. Proportionalitetshensynet må tillægges en særlig vægt, når en ledelsesmæssig foranstaltning berører de ansattes privatliv. I disse tilfælde er det imidlertid ikke tilstrækkeligt blot at betragte problemstillingen ud fra en proportionalitetsmæssig synsvinkel.

Hensynet til beskyttelse af de ansattes privatliv er et mere fundamentalt hensyn, som arbejdsgiveren i almindelighed må respektere i forbindelse med udøvelsen af ledelsesretten. Det almindelige udgangspunkt er således, at arbejds-

giver ikke i medfør af ledelsesretten kan regulere og kontrollere de ansattes private adfærd. En arbejdsgiver kan fx. ikke overvåge de ansatte i deres fritid.

De kollektivarbejdsretlige principper suppleres i stigende grad af forskellige former for lovgivning. Personoplysningsloven gælder principielt også ved kontrolforanstaltninger overfor ansatte, men dens saglighedskrav vil formentlig i disse tilfælde i vidt omfang læne sig op den fagretlige praksis, så dens selvstændige betydning er ikke nær så stor som i ansættelsessituationen. De mere specifikke love – tv-overvågnings- og helbredsoplysningsloven – supplerer derimod ledelsesretten på en mere direkte facon.

I de senere år har potentielt følelige indgreb som tv-overvågning af arbejdspladsen, kontrol med ansattes benyttelse af internettet samt alkohol- og narkotestning (urinprøver) givet anledning til debat.

Tv-overvågning

Ledelsesretten sætter visse grænser for arbejdsgiverens tv-overvågning af ansatte. Der er næppe tvivl om, at der skal foreligge et særligt kvalificeret grundlag for at iværksætte tv-overvågning af de ansatte (modsat tv-overvågning med henblik på at undgå tyverier og røverier fra udenforstående).

Retspraksis har accepteret, at en privat virksomhed lod et detektivbureau foretage (skjult) overvågning af arbejdspladsen hovedsaglig udenfor normal arbejdstid. Detektivbureauet benyttede sig bl.a. af videoptagelser. Overvågningen var begrundet i en konkret mistanke om betydelige uregelmæssigheder på værkstedet, og den førte til politianmeldelse og bortvisning af en række medarbejdere. Den faglige voldgiftsret fandt i sin kendelse af 17.4.1992 (Arbejdsretligt Tidsskrift B-sektionen 1991–95, s. 67) ikke, at overvågningen under de givne omstændigheder var så krænkende, at den var i strid med ledelsesretten.

Kendelsen førte til en del debat i navnlig faglige kredse og til forhandlinger mellem fagforeninger og arbejdsgiverforeninger om overenskomstmæssige regler for tv-overvågning af ansatte. Forhandlingerne endte imidlertid resultatløse, og fagforeningerne rejste i stedet sagen politisk.

Den daværende tv-overvågningslov beskyttede alene mod tv-overvågning på offentligt tilgængelige steder, og arbejdspladser faldt dermed udenfor lovens område. Ved en ændring af loven i 1998 blev den imidlertid udvidet til også at omfatte arbejdspladser, jf. lov nr. 1016 af 23.12.1998 om forbud mod privates tv-overvågning m.v. Efterfølgende blev loven udvidet til også at gælde for offentlige arbejdsgivere.

Lovens § 3 pålægger arbejdsgivere – private som offentlige – en pligt til at informere de ansatte om tv-overvågning ved skiltning eller på anden tydelig måde. Det er tilstrækkeligt, at der generelt skiltes på arbejdspladsen med overvågning. Der er ikke krav om, at de enkelte kameraer er markeret særskilt. Der er tale om en væsentlig begrænsning i lovens rækkevidde, da teknologien i dag giver vidtgående mulighed for skjult/diskret overvågning.

Den skjulte overvågning som blev accepteret i kendelsen fra 1992 ville ikke være lovlig efter den ny regel i tv-overvågningsloven, selv om den grundede sig på en konkret mistanke om tyverier m.v. En arbejdsgiver må i et sådant tilfælde i stedet rette henvendelse til politiet med henblik på sædvanlig politimæssig efterforskning af forholdet.

Tv-overvågningsloven stiller alene krav om informering af de ansatte i forbindelse med Tv-overvågning. Den begrænser ikke arbejdsgiverens adgang til i det hele taget at foretage overvågning, fx. ved at opstille et saglighedskrav. Den fagretlige praksis om ledelsesrettens udøvelse spiller derfor fortsat en rolle ved siden af loven. Tilsvarende spiller personoplysningsloven en rolle for arbejdsgiverens brug af indsamlede oplysninger (tv-optagelser), som ikke er reguleret af tv-overvågningsloven.

Kontrol med e-mails og hjemmesidebesøg

Arbejdsgivers kontrol med ansattes IT-kommunikation – og især ansattes e-mail og søgning på hjemmesider – er ikke direkte reguleret som tv-overvågning af ansatte. Den er til gengæld omfattet af de generelle bestemmelser i straffelovens § 263 og personoplysningsloven samt de kollektivarbejdsretlige principper.

Det er omdiskuteret i teorien i hvilket omfang ansattes *e-post* er omfattet af meddelelshemmeligheden i straffelovens § 263, stk. 1, nr. 1. Ifølge denne bestemmelse er det afgørende, at der er tale om en ”lukket meddelelse”. I en dom af 22.3.2000 fra Køge ret er det antaget, at bestemmelsen omfatter e-mail, og at det derfor er strafbart (”uberettiget”) at skaffe sig adgang til en e-mail til en anden person. I det konkrete tilfælde blev tiltalte frifundet, fordi e-mailen fejlagtigt var sendt til ham, og han først kunne gøre sig bekendt hermed efter at have læst indholdet.

Datatilsynet har i en afgørelse af 19.9.2000 fastslået, at en e-mail er omfattet af personoplysningsloven. Sikkerhedskopiering og eventuel gennemgang af ansattes e-mail er derfor omfattet af lovens generelle restriktioner. Afgørende for, om arbejdsgiveren må gøre sig bekendt med indholdet er i første række, om der foreligger en ”berettiget interesse og hensynet til den registrerede ikke overstiger denne interesse”, jf. lovens § 6, stk. 1, nr. 7. Ifølge Datatilsynet er det tilfældet med sikkerhedskopiering af e-mails og eventuel gennemgang heraf i forbindelse med konkret mistanke om misbrug. Det er dog i alle tilfælde en forudsætning, at de ansatte på forhånd er informeret om sikkerhedskopieringen og den eventuelle brug heraf.

Ved anvendelsen af både straffelovens § 263 og personoplysningsloven opstår det spørgsmål, om arbejdsgiveren har adgang til at definere al indgående post som arbejdsrelateret og dermed åbne al post i en central poståbning. Teorien er usikker, men fremhæver, at en sådan central poståbning i hvert fald må forudsætte, at de ansatte er informeret på en klar måde herom, jf. Mads Bryde Andersen, *Overvågning af medarbejdernes internetkommunikation*, i Jørn

Vestergaard & Flemming balvig (red.), ”Med lov ...”, s. 53ff, og Peter Blume, Ansattes e-post, UfR 1999/B194ff. Dommen fra Køge ret tager ikke direkte stilling til spørgsmålet, men Datatilsynet fastslår derimod i sin afgørelse af 19.9.2000, at arbejdsgiveren ikke må læse privat e-post

Ansattes besøg på *hjemmesider* er ikke omfattet af straffelovens § 263, stk. 1, nr. 1, da der ikke er tale om meddelelser. En kontrol med de ansattes brug af (konkrete) hjemmesider kan derimod give arbejdsgiveren væsentlig information af privat karakter om den ansatte. Sådanne personrelaterede informationer er uden tvivl omfattet af personoplysningsloven.

Registertilsynet har i en afgørelse af 20.4.1999 taget stilling til en statslig myndigheds registrering af de ansattes hjemmesidebesøg i forhold til den tidligere registerlovgivning. Myndigheden gav samtlige ansatte adgang til internettet, men ønskede samtidig at kunne foretage logning af den enkelte medarbejders anvendelse af internettet med angivelse af tidspunkt og anvendt service eller hjemmeside (sagen vedrørte ikke e-mails). Formålet med loggen var at udarbejde en ”hitliste” og tilvejebringe et grundlag for ledelsens styring af internetbrugen.

Ifølge Registertilsynets afgørelse var kontrollen lovlig, da den havde et sagligt formål. Tilsynet forudsatte dog, at den enkelte medarbejder på forhånd var gjort opmærksom på, at der blev foretaget logning af hjemmesidebesøg.

Datatilsynet har i en afgørelse af 19.9.2000 fastslået, at en privat virksomheds tilsvarende logning af ansattes hjemmesidebesøg er lovlig i henhold til personoplysningslovens § 6, stk. 1, nr. 7. Datatilsynet forudsætter ligeledes, at de ansatte på forhånd er blevet informeret om logningen og den eventuelle brug heraf.

Alkohol- og narkotestning af ansatte

Testning af ansattes personlige og fysiske forhold spiller ikke samme rolle som testning af jobansøgers forhold. Der er i praksis et væsentligt større behov for at teste potentielle medarbejdere end allerede ansatte medarbejdere. Ledelsesretten giver som nævnt heller ikke samme juridiske adgang til at teste under ansættelsen som ved ansættelsen.

Helbredstestning af ansatte er omfattet af helbredsoplysningsloven og er omfattet af de samme restriktioner som helbredstestning ved ansættelsen, jf. herom i afsnit 2. Loven giver dog arbejdsgiveren en række yderligere muligheder for at teste lønmodtagere i et arbejdsmiljømæssigt sigte med Arbejdstilsynets accept eller når det er nødvendigt for at tilgodese væsentlige driftsmæssige hensyn, forudsat der er indgået kollektivt overenskomst med den relevante lønmodtagerorganisation herom, jf. lovens §§ 3 og 5.

Helbredsoplysningsloven omfatter ikke foranstaltninger der retter sig mod at konstatere, om den ansatte er påvirket af alkohol eller narkotiske stoffer. Iværk-

sættelse af sådanne kontrolforanstaltninger, herunder blod- og urintestning, følger de almindelige ledelsesretlige principper.

Ved kendelse af 23.2.2000 i en sag mellem Dansk Sø-Restaurations Forening og Restaurationsbranchens Forbund mod DFDS A/S blev der taget stilling til en urintestning af ansatte. Spørgsmålet var, om et rederi uvarslet kunne pålægge de ansatte ombord på skibe at aflevere en urinprøve til brug for testning af alkohol, narkotika eller andre rusmidler. Ordningen blev indført af sikkerhedsmæssige grunde og betingede ikke urintestning af en konkret mistanke, men indførte den som en generel mulighed i forhold til samtlige ansatte. Der eksisterede inden en tilsvarende ordning med blodprøver med henblik på alkohol.

Under sagen blev det dokumenteret, at der havde været konkrete problemer ombord med indtagelse af narkotiske stoffer. Det var yderligere oplyst, at urinprøven afgives i lukket enrum og derefter straks afleveres til kontrollanten der er uafhængig af arbejdsgiveren. De lægelige oplysninger under sagen indikerede, at der var en betydelig usikkerhed knyttet til prøverne, idet urinen kan vise rester af narkotiske stoffer længe efter indtagelsen. Det var ikke nærmere oplyst, hvor længe og hvorledes prøverne blev opbevaret.

Opmanden accepterede urintestningen som retmæssig i forhold til ledelsesretten med hovedvægt på, at samtlige medarbejdere indgår i sikkerhedsbesætningen og de senere års skibskatastrofer i nordiske farvande. Opmanden understregede samtidig, at accepten alene gælder i forhold til testning for alkohol og narkotika. Der blev derimod ikke stillet særlige krav til arbejdsgiverens håndtering af urinprøverne eller testresultaterne i øvrigt.

Kendelsen gav anledning til betydelig offentlig debat, og de faglige organisationer rettede henvendelse til arbejdsministeren med henblik på at få lovgivning på området efter samme model som helbredsoplysningsloven. Arbejdsministeren har imidlertid anført, at sagen ikke giver regeringen anledning til at foreslå lovgivning om emnet, men opfordret arbejdsmarkedets parter til selv at tage hånd om problemet i de kollektive aftaler. Dansk Sø-Restaurations Forening har i juni indbragt sagen for Den europæiske Menneskerettighedsdomstol med påstand om, at den danske stat har krænket konventionens art. 8 ved ikke at yde ansatte tilstrækkelig retsbeskyttelse mod urintestning.

4. Afsluttende bemærkninger

Som det fremgår af de foregående afsnit er det et karakteristisk træk for arbejdsgiveres kontrol med de ansatte, at der er tale om et ganske spredt og komplekst regelgrundlag. Det er også iøjnefaldende, at der i de senere år har været en hel del debat om fænomenet, dog ofte alene i tilknytning til konkrete sager uden nogen systematisk og principiel tilgang.

De generelle kollektivarbejdsretlige regler om arbejdsgiverens ledelsesret udgør stadig det primære udgangspunkt for iværksættelse af kontrolforanstalt-

ninger. Men det er et ganske markant træk – navnlig indenfor de allerseneste år – at der er en udvikling i retning af, at stadig flere spørgsmål tages op i en lov-mæssig sammenhæng.

Lovene giver navnlig en bedre beskyttelse i ansættelsessituationen, hvor ledelsesretten traditionelt har stået meget stærkt. Personoplysningsloven er formentlig på vej til at indføre et langt bredere saglighedsprincip end det der hidtil har været anvendt i forbindelse med ansættelser. Forholdet mellem personoplysningsloven og ledelsesretten er dog ikke ganske klart, og udviklingen kommer derfor i meget høj grad til at afhænge af de krav, som Datatilsynet vil stille på dette område.

For så vidt angår forholdene under ansættelsen tilfører lovene navnlig et processuelt element gennem den stærke betoning af både informations- og samtykkepligten i forhold til den enkelte medarbejder. Sådanne individuelt orienterede pligter har ikke spillet samme centrale rolle indenfor ledelsesretten, hvor pligten til at informere og drøfte kontrolordninger har ligget på et kollektivt plan (samarbejdsudvalget).

Udviklingen synes generelt at indebære en bredere og mere udviklet retsbeskyttelse af jobansøgere og ansattes integritet i arbejdslivet. Det er dog på samme tid iøjnefaldende, at beskyttelsen i højere grad synes at bevæge sig i retning af mere processuelt orienterede principper som informations- og samtykkekrav. Det kan måske rumme en vis risiko for, at iværksættelse af kontrolforanstaltninger reduceres til et spørgsmål om informering af den enkelte medarbejder som tilfældet i udpræget grad er med tv-overvågningsloven. Denne lovgivning giver reelt ikke de ansatte meget beskyttelse mod tv-overvågning.

Det er et karakteristisk træk for de love som især knytter integritetsbeskyttelse op på processuelt orienterede pligter, at de har en almen karakter. Tv-overvågningsloven har fx. et alment sigte, og arbejdspladser er efterfølgende søgt indplaceret i denne almene ramme.

Heroverfor står navnlig helbredsoplysningsloven med entydigt fokus på retsforholdet mellem arbejdsgiver og lønmodtager med en kombineret materiel og processuel beskyttelse. Dermed bygger loven i højere grad videre på de mere materielt orienterede principper som den kollektive ledelsesret har bygget på, men på et højere niveau, især i ansættelsessituationen.

Set ud fra en integritets- og privatlivsmæssig synsvinkel er der gode grunde til at tage en række af de omdebatterede emner op i en specifik arbejdsretlig ramme. De principper der er udviklet for ledelsesrettens udøvelse er ikke tilstrækkelige med deres nuværende indhold, men det vil næppe være nogen reel forbedring blot at udskifte dem med nogle meget almene sagligheds- og procedurekrav. Der synes at være mere potentiale i en videreudvikling af de eksisterende arbejdsretlige principper med direkte forfokus på det særegne retsforhold som består mellem arbejdsgivere og lønmodtagere.

Arbetsgivarens kontroll – arbetstagarens integritet – Finland

Av lektor, jur. lic. Anders von Koskull,
Svenska handelshögskolan,
Helsingfors

1. Bakgrund

Behov mot behov. Behovet av skydd för personlig integritet förankras ofta i förändringar i samhället. Förändrade förhållanden i det ekonomiska livet och produktionssätt anges också som bakgrund till utvecklingen av arbetsgivares kontrollbehov och -metoder. Dessa i sin tur anges som en delorsak till arbetstagarens behov av integritetsskydd. Teknologisk utveckling med ändringar i arbetsätt, företagets strävan efter högre effektivitet med växande krav på insatser hos dem som är i arbetslivet är vanliga faktorer som nämns. Arbetsgivaren försöker i sin effektivitetssträvan minska risker även då det gäller arbetskraften.¹

Nya tillämpningar av modern teknologi skapar nya former för kontrollmöjligheter. Dessutom kan teknologin på grund av sin sårbarhet ”förutsätta” kontroll. Dramatiska exempel på sårbarhet och kontrollkrav är kärnkraft och hantering av farliga kemikalier vilka påkallar särskilda säkerhetsarrangemang. En del av debatten om personlig integritet i arbetslivet kan länkas till teman om risk-samhället och säkerhetsstaten. I den norska modellen för personvårnsintressen talar man om kollektiva intressen i en rimlig övervakningsnivå och i ett robust samhälle. Dessa intressen måste delvis avvägas mot de individuella personvårnsintressena. Personlig integritet är som känt ett vagt begrepp och förhållandena i arbetslivet varierar kraftigt. Det är därför inte oproblematiskt att skapa och hantera väl fungerande bestämmelser om gränser för kontroll samt integritetsskydd. Vi konfronteras med rättens gränser.

Debatten om skydd för personlig integritet har inte varit särskilt livlig i Finland och det gäller också för arbetslivets del. Olika frågor inom temat dyker sporadiskt upp i massmedia och min bedömning är att inslagen under de senaste tio åren klart ökat. Drogtest, test vid val av anställda och jobbsökande har uppmärksamrats och även gentest har tagits upp. Prestationskontroll har däremot yttest sparsamt problematiserats. Kontroll och integritet ser inte ut att i högre grad engagera arbetsmarknadens parter. Också den rättsvetenskapliga litteraturen om

¹ Översiktligt om bakgrunden till arbetsgivarkontroll och integritetsskydd i modernt arbetsliv, *Simitis* 1991, 7–12 och för Finlands del *Raatikainen* 1999, 19. *Lyon* 1994, 119–135, beaktar även ”postmoderna” tendenser.

integritetsskydd i arbetslivet (eller annars) är knapp.² Då regeringen i år gav en proposition om skydd för personlig integritet i arbetslivet, kan man inte se det som ett resultat av uttalade krav från arbetsmarknadens parter eller civilsamhället (om förslaget i avsnitten 2 och 5).

2. Lagstiftningsläget – en översikt

I detta avsnitt redogör jag för de viktigaste lagar som berör arbetsgivarkontroll och integritetsskydd i arbetslivet. Särskilt vill jag lyfta fram den nya finska grundlagen och det färskta förslaget till lag om integritetsskydd i arbetslivet. – För de flesta frågor inom temat gäller att prejudikat från de högsta domstolarna och avgöranden från arbetsdomstolen är få eller obefintliga.

Grundlagen (GL) för republiken Finland trädde i kraft 1.3.2000 (1999:731).³ De *grundläggande fri- och rättigheterna* eller, med en praktisk finlandism, *grundrättigheterna* genomgick en större reform redan 1995, då II kapitlet i den dåvarande regeringsformen ändrades. Dessa reformerade bestämmelser infördes så gott som oförändrade i den nya grundlagen.

Traditionellt har grundrättigheterna i Finland haft sin starkaste effekt som krav på lagstiftningens innehåll och eventuella krav på kvalificerad majoritet vid stiftande av lag. Relativt sent och försiktigt har domstolarna i sina utslag motiverat avgöranden med grundlagens rättighetsbestämmelser.⁴ Den upphävda regeringsformen 1919 tog inte direkt ställning till domstolarnas rätt att pröva lagars grundlagsenlighet. I praktiken dominerade den uppfattningen att domstolar inte hade en sådan lagprövningsrätt. Ståndpunkten motiverades med bl.a. regeringsformens tillkomsthistoria. Ett av målen med reformen av de konstitutionella grundrättigheterna var att de mer omedelbart än tidigare skall kunna ”omsättas i praktiken” i förvaltning och vid domstol. Detta mål främjas också av att en domstol enligt GL 106 § har lagprövningsrätt, eller *rätt att i ett enskilt mål ge en grundlagsbestämmelse företräde*, om tillämpningen av en lagbestämmelse ”uppenbart skulle strida mot grundlagen”.

Integritetsskyddet i grundlagen. I grundlagens rättighetssystem finns det flera bestämmelser som har uppenbar relevans för den rättsliga utformningen av integritetsskyddet i arbetslivet. Andra bestämmelser åter ”har potential” som relevanta rättskällor för den normativa utformningen av personlig integritet.

Alla har rätt till liv och till *personlig frihet, integritet och trygghet* (GL 7 §). I förarbetena beskrivs närmast aspekter på *fysisk integritet*, men i deltaljmotiven

² Den enda boken *Raatikainen* 1999, väl dokumenterad och praktiskt inriktad, är vid sidan av lagstiftning den viktigaste källan för denna rapport. Raatikainen är anställd vid dataombudsmannens byrå. Se även *Suviranta* 1995, *von Koskull* 1996 och 1999.

³ De officiella svenska versionerna av författningsmaterial från Finland kan inhämtas på internet: http://finlex.edita.fi/index_r.html och riksdagstrycket på www.riksdagen.fi.

⁴ *Hallberg* 1985, *Scheinin* 1991, 211–213.

till regeringspropositionen nämns helt kort att begreppet även omfattar den ”mentala integriteten”.

Under rubriken ”Skydd för privatlivet” (10 §) stipuleras att vars och ens privatliv, heder och hemfrid är tryggade med fortsättningen att närmare bestämmelser om skydd för personuppgifter stadgas genom lag. I detta sammanhang bestäms också att brev- och telefonhemlighet samt hemligheten för andra förtroliga meddelanden är okränkbara. Privatliv används här både i vidare bemärkelse (10 § rubriken) och i snävare bemärkelse (ett av skyddsobjekten i 10 §).⁵ I förarbetena pekar man också på kopplingen mellan skyddet för personlig frihet och personlig integritet å ena sidan och skyddet för privatliv å andra sidan.

Begreppen personlig integritet och privatliv definieras inte i grundlagen (eller annan finsk lagstiftning) och inte heller i förarbeten till dem. Det är inte någon tillfällighet. Personlig integritet (privatliv) vill inte låta sig fångas i en rättsligt tillfredsställande definition.⁶

Terminologisk förvirring – och en precisering (?). Bruket av termen *personlig integritet* är litet förvillande i svenskspråkig författningstext i Finland. I GL 7 § skyddas alltså personlig integritet (henkilökohtainen koskemattomuus) med tyngdpunkten på fysisk integritet. GL 10 § är rubricerad skydd för privatlivet och innehåller bl.a. att ”bestämmelser om skydd för personuppgifter utfärdas genom lag”. I PUL 1 § anges som målsättning att trygga skyddet för privatlivet samt övriga grundläggande fri- och rättigheter som tryggar skyddet för den *personliga integriteten* – på finska yksityisyys, ungefär ”privacy”. På motsvarande sätt används personlig integritet i förslaget till integritetsskydd i arbetslivet. Jag har här, beroende på sammanhanget, försökt använda *personlig integritet* dels på grundlagens villkor och dels som ett vidare överbegrepp såsom vårt tema förutsätter.

Horisontell effekt. Frågan om vilka effekter grundrättigheter kan få har givetvis många dimensioner. Här pekar jag på frågan om de grundläggande rättigheternas eventuella *horisontella effekt* (i tysk debatt *Drittwirkung*). Traditionellt har den normativa verkan hos grundrättigheter gällt förhållandet mellan den enskilde och den offentliga makten (vertikal effekt). Med horisontell effekt betecknar man i detta sammanhang de grundläggande rättigheternas eventuella direkta rättsliga effekter mellan enskilda. I propositionen till den nya grundlagen konstateras med en kort och försiktig skrivning att grundlagens rättigheter kan ha sådana effekter att de kan tillämpas direkt i relationer mellan enskilda.⁷

Taget på allvar betyder integritetsskyddet (GL 7 och 10 §) alltså en skyldighet för staten att skapa, upprätthålla och främja skydd för personlig integritet mellan

⁵ Nieminen 1999, 112, Viljanen 1999b, 333.

⁶ T.ex. Blume 2000, 77 om att begreppet personlig integritet saknar en juridiskt tillfredsställande definition – också internationellt sett. Se även Mahkonen 1997 och hans kritik av olika privacydefinitioner i USA och England.

⁷ Om horisontell effekt och den nya grundlagen, se Viljanen 1999 a, 153–156 och *Kommittébetänkande 1992:3*, 129–132.

enskilda. Den horisontella effekten kan komma till uttryck på olika sätt. En variant är att grundlagsbestämmelser *tillämpas direkt* i ett förhållande mellan enskilda. Viktigare blir väl att grundlagsbestämmelsen ställer *krav på lagstiftning* och dess innehåll. Av GL 10 § framgår också att behandling av personuppgifter regleras närmare i lag och det har införts på ett sätt som låter visa att man avsett också relationen mellan enskilda i tankarna.⁸ De praktiska skyddsbehoven talar också för det. Spår av sådana krav ser man t.ex. i förslagen till lagstiftning om integritetsskydd i arbetslivet och lag om säkerhetsutredningar. Dessutom kan grundlagsbestämmelsen påverka tolkningen av lagstiftning och lägre författningar, vilket syns i dataombudsmannens ställningstaganden (*tolkningseffekt*).

I en rättslig argumentation om skydd för personlig integritet i arbetslivet kan även andra grundläggande fri- och rättigheter aktualiseras. Jämlikhet och jämställdhet mellan könen (GL 6 §) kan vara centrala. Dessa värden och rätten till personlig integritet och frihet handlar enligt många mening ytterst om *människovärde* som också åtnjuter grundlagsskydd (7 § 2 och 1 § 2 mom.).⁹ Integritetskränkningar kan bli aktuella genom begränsningar i rörelsefriheten (9 §). Frågor om religions- och samvetsfrihet (11 §) kan ingå t.ex. i frågor om behandling av personuppgifter och aktualiseras som integritetskränkning. Integritetskränkningar kan vidare vara arbetarskyddsfrågor och länkas till grundlagens bestämmelse om att den offentliga makten skall sörja för skyddet av arbetskraften (18 § 2 mom.).

Som rättigheter som indirekt kan skydda *arbetsgivarens kontrollintressen* kan man se egendomsskyddet (15 §) och utanför grundlagen den gällande djupt förankrade traditionen av arbetslednings- och övervakningsrätt (ArbavtL 1 §, 13 §).

Personuppgiftslagen (PUL, 1999:523, ersatte personregisterlagen 1987:471). Det förefaller som om beredningen av PUL i sista hand koncentrerades på att implementera EGs persondataskyddsdirektiv (95/46/EG). PUL är en *allmän* och *sekundär lag* (1 § och 2 § 1 mom.). PUL *tillämpas på* elektronisk behandling av personuppgifter och därutöver på behandling av uppgifter som ingår (eller är avsedda att ingå) i manuella register (2 § 2 mom.). Behandlingsbegreppet är omfattande och täcker personuppgiftens hela levnadsbana.

Trots skillnader mellan de nordiska personuppgiftslagarna har de en gemensam bas i synnerhet i EGs persondataskyddsdirektiv men också i andra internationella dokument. Det faktum att PUL och annan lagstiftning på området är direktivbaserade får sina konsekvenser för lagtolkningen.

Av betydelse för vårt tema kan också vara Lag om integritetsskydd vid telekommunikation och dataskydd inom televerksamhet (1999:565)

⁸ Se *Nieminen* 1999, 135 ff. om horisontell effekt av skydd för personlig integritet och privatliv och *Viljanen* 1999 b, 340, 350, understryker statens skyldighet att trygga skyddet på dessa områden.

⁹ T.ex. *Bloustein* 1964 i polemik mot mer ekonomiskt orienterade resonemang.

Den finska *arbetsavtalslagen* (1970:320) är en generell lag som reglerar huvudsakligen individualarbetsrättsliga frågor i anställningsförhållandet. Lagen innehåller inte någon generell bestämmelse om integritetsskydd, men enstaka bestämmelser är av betydelse för kontrollbefogenheter och integritetsskydd. Arbetsgivarens arbetslednings- och övervakningsrätt framgår som en allmän befogenhet (1 §, 13 §). Kommittébetänkandet med förslag till ny arbetsavtalslag skulle inte medföra några nyheter på dessa punkter.¹⁰

Jämlik behandling, diskrimineringsförbud och jämställdhet. En arbetsgivare skall behandla sina arbetstagare (och arbetssökande) opartiskt så att ingen utan fog diskrimineras. Diskrimineringsgrunderna är börd, religion, ålder, politisk verksamhet eller fackföreningsverksamhet och andra jämförbara grunder. (ArbavtL 17 § 3 och 4 mom., även GL 6 § 1–2 mom.). I rättslitteraturen anser flera författare att bestämmelsen dessutom medför en allmän skyldighet för arbetsgivaren att behandla sina arbetstagare opartiskt och sakligt. Likabehandlingsskyldigheten är i denna analys mer omfattande än den kriminaliserade diskrimineringen.¹¹ I högsta domstolen har dessa bestämmelser inte avsatt särskilt många fall. För *jämlikhet mellan könen* gäller jämställdhetslagen (1986:609) som numera har en uttrycklig förankring i grundlagen (6 § 4 mom.). Enskilda bestämmelser i arbetslagstiftningen stöder också jämlikhets- och jämställdhetssträvandena, t.ex. utformningen av anställningstryggheten och bestämmelser om skydd för föräldraskap.

En proposition till lag om integritetsskydd i arbetslivet har regeringen denna vår (2000) givits till riksdagen, sedan den föregående riksdagen förkastat en tidigare (majoritets)regeringsproposition i ämnet.¹² Det tidigare lagförslaget fick i utskottsbehandlingen hård kritik med stöd av de juridiska sakkunniga som hördes. Grundlagsutskottets avvisande hållning till förslaget utformning vittnar också om den konstitutionella rättighetsideologins småningom framåtryckande positioner.¹³ Propositionen behandlas i avsnitt 5.

De internationella normernas betydelse förbigås här, men kommenteras kort i det avslutande avsnittet.

3 Kontrollåtgärder som riktas mot arbetssökande

En arbetsgivaren har både direkt på lag och på ändamålsenlighet grundade orsaker att ha uppgifter om den som söker jobb och den som är anställd hos honom.

¹⁰ I *von Koskull* 1996, 404–409, har jag utgående från den norska personvårnsintressemodellen beskrivit den arbetsrättsliga skyddsprincipens och integritetsintressenas ”nedslag” i finsk arbetsrätt, bl.a. arbetsavtalslagen. *Kommittébetänkande 2000:1*. (enbart finsk text).

¹¹ *Bruun* 1983 var först med denna analys, se även *Liukkunen* 2000. Betänkandet har lett till en regeringsproposition: 157/2000.

¹² Reg.prop.75/2000, den förkastade är Reg.prop. 121/1998.

¹³ GrUU 27/1988 rd och GrUU 27a/1988 rd. Perspektiv på reformen av de grundläggande fri- och rättigheterna och möjligheterna till ett nytt paradigm ges i *Länsineva – Viljanen* 1998.

Informationsbehov finns också hos myndigheter med koppling till arbetslivet. Om man som tumregel håller att informationen skall minimeras, bör man i alla fall beakta att många av arbetstagarens rättigheter kan vara beroende av att informationen är lagom fullständig.

3.1 Bedömning av arbetslösa arbetsökande – utkomstskydd

Personlig integritet kan anses innefatta rätt att bli behandlad utgående från korrekta, adekvata och relevanta uppgifter (jfr PUL 9 § 1 mom. relevanskrav och 2 mom. felfrihetskrav med förbud mot behandling av oriktiga, ofullständiga eller föråldrade personuppgifter).

För arbetslösa gäller att olika krav skall vara uppfyllda för att personen skall ha rätt till ”arbetsrelaterat utkomstskydd”. Kraven innebär en sammankoppling av socialskydd (utkomstskydd) och arbetskraftspolitik (sysselsättning) med kontroll av beredskapen att arbeta eller studera på erbjudna villkor. Denna kontrollverksamhet utförs som massförvaltning i en vittförgrenat och brokig nätverk. Tidigare studier visar uppenbara rättssäkerhetsproblem. De har berott dels på lagstiftningens utformning och dels på det praktiska förfarandet i administrationen.¹⁴

I en färskare studie¹⁵ problematiseras frågor om *faktaunderlag för och bedömningar* av de arbetslösas beteende eller attityder. Studien visar på två praxisförankrade presumtionsregler. Då arbetsgivarens och arbetstagarens uppgifter om arbetstagarens arbetsvillighet kolliderar, är det arbetsgivarens som vinner tilltro. I studien analyseras fall där det förefaller att vara främst arbetsgivaren som skall ge innehåll åt bestämmelsen att det erbjudna arbetet skall vara lämpligt med hänsyn till arbetstagarens arbetsförmåga. Mer generellt är resultatet att det förekommer avgöranden som inte uppfyller kraven på sakliga, relevanta och lagom fullständiga uppgifter som grund för beslut med avstängning från bidrag som följd. De faktiska orsakerna till att den enskildas rätt till god förvaltning inte förverkligas är uppenbarligen många.¹⁶ För mig som författare till studien blev det en insikt att jag med utgångspunkt i integritetsintressen (personvård) hamnade i frågeställningar som i traditionell terminologi hör hemma i krav på rättssäkerhet och god förvaltning.¹⁷

3.2 Insamling och behandling av uppgifter om arbetsökande

Variationerna i sätten för rekrytering till jobb är stora och de är delvis beroende av yrken och verksamhetsområden. Traditionellt har arbetsgivare sökt arbetskraft

¹⁴ Nummijärvi 1991, Heinonen 1991, Mikkola 1979.

¹⁵ von Koskull 1999.

¹⁶ Dessa kritiska påpekanden utesluter givetvis inte att det finns arbetslösa som får kontantförmåner på oriktiga grunder. I den politiska diskussionen har dessa fall fått större uppmärksamhet än det faktum att stöden på varierande grunder ”underutnyttjas”.

¹⁷ Schartum 1993, 28–87, har belyst förhållandet mellan rättssäkerhet, ”personvård” och service.

via arbetsförmedlingen eller genom annonser i massmedia. I dag uppmanas arbetssökande ofta att fylla i formulär på Internet. Många arbetsgivare har också formulär eller adresser för elektroniska meddelanden från arbetssökande utan att enskilda poster är utlysta. Också utanför sådana ramar kontaktar arbetssökande arbetsgivare med önskan om anställning. Arbetsgivare eller rekryteringsföretag kan också på eget initiativ samla uppgifter om personer som potentiella kandidater för jobb. För de olika varianterna, som är fler än dem jag uppräknat, kan skilda bestämmelser gälla i de enskilda fallen. I den fortsatta framställningen är det emellertid bara i något enstaka fall jag påtalar sådana skillnader.

Behandlingsförutsättningar. Behandlingen av uppgifter om arbetssökande börjande med insamlingen faller i allmänhet under PUL (2 §, om tillämpningsområdet, se avsn. 2 ovan). Det innebär bl.a. följande. För att en personuppgift skall få behandlas (behandling omfattar ”allt” från insamling till utplåning av uppgiften) måste någon av de allmänna förutsättningarna för behandling vara uppfylld (8 §). För jobbsökande är behandlingsgrunden antingen den jobbsökandes entydiga samtycke (8 § 1 mom. 1 pt)¹⁸ eller att anknytningskravet (8 § 1 mom. 5 pt) anses uppfyllt. I bestämmelsen om anknytningskrav nämns som exempel ett tjänstgöringsförhållande (anställningsförhållande). Ansökningar som samlas hos arbetsgivaren på något av ovanstående sätt bildar i allmänhet ett personregister i PULs mening. Redan under den tidigare lagen jämställdes jobbsökande med anställda som grund för behandling.¹⁹ Mot det kan man polemisera och hävda att anställningsrelationen präglas av fler skyddsbestämmelser och lojalitetsförpliktelser och att den jobbsökande är mer utsatt än den anställde. I propositionen till PUL konstateras det att bestämmelsen är lika avfattad som i personregisterlagen. Det kan uppfattas som att den gamla tolkningslinjen accepteras.²⁰

Allmänna bestämmelser för behandling. Behandlingen av jobbsökandes personuppgifter skall uppfylla de krav som sammanfattas i aktsamhetsplikten (5 §) planeringskravet (6 §) och ändamålsbundenheten (7 §) och principerna för uppgifternas art, relevanskrav och felfrihetskrav (9 §).

Legitima uppgifter. Det konstateras ofta att PUL bygger på en princip om *minimering* av de personuppgifter som behandlas. Enligt min mening kan denna princip härledas ur PULs relevanskrav och felfrihetskrav (9 §) och anknytningskrav (8 § 1 mom. 5 pt.) samt kraven på ändamålsbundenhet och aktsamhetsplikt med krav på god informationshantering (5 §). Å andra sidan bör uppgifterna vara lagom fullständiga så att beslutspremisserna blir rättvisande. Den synpunkten kan också inrymmas i felfrihetskravet.

¹⁸ Samtycke definieras i 3 § 7 pt. Som grund för behandling är kravet alltså ett *entydigt* samtycke

¹⁹ Raatikainen 1999, 46–47.

²⁰ Reg.prop. 96/1998, 40–41.

Vid rekrytering till jobb är det viktigt att de upplysningar som inhämtas och i övrigt behandlas är uppgifter som legitimt kan motiveras med urvalsprocessen (relevanskravet). Tumregeln är att uppgifterna skall röra lämplighet, yrkesmässigt kunnande, intresse för arbetet och motivation för det. *Dataombudsmannen* har flere gånger tagit ställning till insamling av uppgifter om arbetssökande (och anställda). DaO har ansett att uppgifter om familjeförhållanden och om barn i en blankett för arbetssökande i allmänhet inte kan accepteras. Uppgifterna kan dock vara motiverade till exempel vid utlandsarbete. Det är också skäl att särskilja mellan de uppgifter som är godtagbara för urvalet och de uppgifter som behövs då ett anställningsförhållande inleds. DaO har funnit att bl.a. följande uppgifter om arbetssökande inte får insamlas: namn på och kontaktuppgifter till den arbetsökandes pojk- eller flickvän, den arbetsökandes underhållsskyldighet, den arbetsökandes konkurs eller uppgifter om utsökning, uppgifter om makes hälsa, arbete och inkomster samt utgifter.²¹

Samtycke ger inte rätt att behandla onödiga uppgifter (PUL 7 § och relevanskravet i 9 §). I massmedia uppmärksammas då och då att det i formulär för jobb-sökare eller i intervjusituationer förekommer frågor om familjeplanering. Rekryterande arbetsgivare vill veta om en kvinnlig jobbsökare planerar att få barn eller kanske är gravid eller hur hon sköter barnens dagvård. Det förekommer också frågor till kvinnor över 35 år angående deras vårdnadsansvar för sina föräldrar eller eventuellt för mannens föräldrar. Jämställdhetsombudsmannen har konstaterat att sådana frågor är olagliga. Ståndpunkten är den samma också då problematiken tas upp av en konsult som är arbetsgivarens uppdragstagare.²² Jag antar att JämOs ställningstagande bygger på följande tankemönster. Kön och föräldraskap får inte användas för negativ särbehandling. Information på dessa punkter är alltså irrelevant och därför får frågorna inte få ställas. – Den avgöranden omständigheten bakom dessa laglighetsövervakares ställningstaganden är den innebörd man ger åt *relevanskriteriet*. Vid prövning av det avvägs integritetsintressen mot arbetsgivarens kontrollbehov, implicit eller explicit.

Urvals- och rekryteringstjänster. Tjänsteföretag som för rekryterande företagsräkning finner och, alternativt eller, väljer ut lämpliga kandidater för anställning har blivit allt vanligare. Rättsligt bedöms denna verksamhet för närvarande i huvudsak utgående från bestämmelserna i PUL. De allmänna förutsättningarna för behandling av personuppgifter skall vara uppfyllda. T.ex. utgångspunkterna för anknytningskrav, relevanskrav, god informationsbehandlingssed och felfrihet inverkar också här.

Headhunting betecknar i allmänhet att ”jägaren” antingen a) på eget initiativ insamlar en basuppsättning av potentiella arbetstagare för framtida rekryterande arbetsgivare, eller b) att han börjar insamla informationen på uppdrag av en

²¹ Raatikainen 1999, 97–98 om DaOs ställningstaganden.

²² Aamulehti 2.11.1996, JämO enligt *Iltalehti* 9.10.1999.

rekryterande arbetsgivare. Den viktigaste rättskällan för verksamheten är PUL. I fallet a) saknar headhuntern den krävda anknytningen till arbetstagarkandidaten. Därför måste headhuntern för denna verksamhet ha datasekretessnämndens tillstånd för sin verksamhet (PUL 8 § 1 mom. 9 pt. och 43 § 1 mom.). Dessutom måste jägaren informera den potentiella arbetstagaren (24 §). Om en person själv kontaktar headhuntern som inkluderar honom i sin kandidatsamling är anknytningskravet uppfyllt och det behövs inte något tillstånd av datasekretessnämnden för den typen av verksamhet.²³ Kvalitetskraven på vardera typen av verksamheter ställs enligt PUL.

Hälsouppgifter som känsliga uppgifter. Enligt grundlagen får ingen utsättas för negativ särbehandling på grund av hälsotillstånd eller handikapp. Utgångspunkten i PUL är att den registeransvarige²⁴ inte får behandla känsliga uppgifter (11 §). En arbetsgivare kan ofta konfronteras med detta förbud från vilket det i PUL görs undantag i 13 punkter (12 §). De följande kommentarerna är inriktade på uppgifter om hälsa.

Med en blankett för arbetssökande eller i samband med en anställningsintervju är det enligt dataombudsmannens praxis tillåtet att insamla allmänna uppgifter av den jobbsökande om dennes hälsotillstånd. Däremot är frågor om enskilda sjukdomar, mentala störningar, uppgifter om orsaker till vård och vårdperioder, uppgifter om bruk av medicin inte behövliga och inte sakligt motiverade ens i intervjuer. Sådana känsliga uppgifter kan insamlas av arbetsplatshälsovården i samband med att anställningsförhållandet redan inletts.²⁵

Person- och lämplighetsbedömningstest. Tron på test och lämplighetsbedömningar är stark i Finland. De används i stor utsträckning också vid rekrytering nedanom de högre skikten i företag och också under anställningsförhållandets gång. Företagen som på uppdrag utför test, test- och bedömningsmetoder och skolningen hos dem som ombesörjer test och bedömningar varierar kvalitetsmässigt i hög grad. Anställda vid institutet för arbetshygien har låtit förstå att det förekommer test som säljs med framgång, trots att de kan betecknas som humbug. Test och bedömningar har väckt frågor om deras tillförlitlighet och den testades ställning. För arbetsgivaren blir det en fråga om han får den kvalitet han förväntar sig för sina utgifter.

Gällande lagstiftning innehåller inte några direkta och uttryckliga bestämmelser särskilt för person- och lämplighetsbedömningar. *PULs bestämmelser* om behandling av personuppgifter blir ofta aktuella (PUL 2 §). Dessutom kan man härleda begränsningar för testverksamheten i arbetslivet från kraven på saklig

²³ Raatikainen 1999, 48, 59.

²⁴ Registeransvarig används i den svenskspråkiga direktivtexten och i PUL (och motsvarande rekisterinpitäjä på finska). Termen avser dock det samma som i de tyska, franska och engelska direktivversionerna, alltså den som ansvarar för behandling av personuppgifter.

²⁵ Raatikainen 1999, 99–100 med referat av DaO 26.4.1991.

behandling och förbud mot diskriminering enligt arbetsavtalslagen och jämställdhetslagstiftningen.

Då PUL är tillämplig, gäller för test och bedömningar samma regler om insamling av uppgifter som behandlades ovan. Test och bedömningar av personlighet bör kunna motiveras med arbetsgivarens verksamhet och de arbetsuppgifter eller det arbetsområde som rekryteringen gäller (relevanskravet). Eftersom test används i beslutsfattande som gäller den enskilde ställer PUL också krav på tillförlitligheten hos dessa data²⁶ (se PUL 9 § 2 mom. felfrihetskravet och akt-samhetsplikten med krav på god informationshantering 5 §).

Test, bedömningar och samtycke. Dataskyddsmyndigheterna har betonat att den testade bör ge sitt samtycke till test och personlighetsbedömningar. Samtycke förutsätter att man vet vad man samtycker till, eller med andra ord att den som testas borde veta åtminstone när, vilket test och varför test utförs. Dessutom borde det framgå vilka följder testet kan ha, vem som får resultaten, hur resultaten kan komma att användas och hur länge de bevaras. Ju känsligare uppgifter som metoden leder till, desto mer är det skäl att den berörda personen informeras om de frågor som ansluter sig till testet.²⁷ – Det är klart att den grundsyn som ligger bakom dessa direktiv också ställer stränga tillförlitlighetskrav på själva genomförandet av test och bedömningar. *Drogtest* behandlas under rubrik 4.

3.3 Kreditupplysningar och polisens tillförlitlighetsutlåtanden

Kreditupplysningar. En arbetsgivare har möjlighet att få uppgifter om en arbetstages kreditvärdighet. Enligt en undersökning tillmäts sådana upplysningar ofta stort värde för bedömning av en persons förmåga att hantera ekonomiska frågor och även allmänt hans trovärdighet. Det finns en påtaglig risk att beslutsfattare drar förhastade slutsatser av anteckningar om betalningsstörningar. Uppgifterna ger i allmänhet inte bakgrunden till störningarna (t.ex. överraskande eller oförutsägbar händelse, en borgensförbindelse åt en nära anhörig eller spelskulder o.s.v.). Det finns inte heller något klart bevisat entydigt samband mellan betalningsstörningar och en persons förmåga att sköta sitt jobb. *Raatikainen* rekommenderar därför att en rekryterande arbetsgivare som ser betalningsstörningar hos en jobbsökande går igenom frågan med denne.²⁸

Arbetsgivarens möjlighet att lagligt få kreditupplysningar om en jobbsökande baserar sig på PUL 20 § 4 mom. Det är egentligen inte uppenbart på grund av lagrummet, men i regeringspropositionen nämns jobbsökande men inte anställda som en tillåten målgrupp. I propositionen förutsätts att jobbsökaren i anställningen skulle komma att ha omedelbart ansvar för arbetsgivarens egendom. En annan grund är att anställningen annars kräver särskilt förtroende. Av relevans-

²⁶ Raatikainen 1999, 109–110.

²⁷ Raatikainen 1999, 111–112.

²⁸ Raatikainen 1999 151–152, refererar *Jani Eerola* TÄYS ROISTO! Stakes Raportteja 218. Saarijärvi 1997.

kravet och god informationshanteringssed följer att kreditupplysningar borde begäras enbart om dem som är ”med på slutrakan” om jobbsökarna är många. Då den rekryterande arbetsgivaren begär upplysningarna, skall han informera jobbsökaren om det (PUL 24 §). Relevanskravet ställer även i övrigt krav på att begäran bör kunna motiveras på ett godtagbart sätt. Den som överlåter kreditupplysningar ansvarar för att överlåtelsen är laglig.

Polisutlåtanden om tillförlitlighet. En rekryterande arbetsgivare kan begära och få ett utlåtande av polisen om en enskild arbetssökares eller en anställds tillförlitlighet. Initiativet skall tas av arbetsgivaren. Behovet av informationen och utlåtandet bör beaktas i samband med planeringen av behandlingen av de arbetsökandes personuppgifter. Polisen prövar om grunderna för att ett tillförlitlighetsutlåtande är uppfyllda. De grundläggande bestämmelserna finns i polispersonregisterlagen (1995:509) 23 §.²⁹ De ordinära tillförlitlighetsutlåtandena har under de senaste tio åren varierat mellan 3000 och 8000. År 1999 var de knappt 9000. 52 % av utlåtandena gavs på begäran av olika privata samfund. Den största delen av dessa utlåtanden gick till teknologiföretag.³⁰

Polisen kan ge ett s.k. ordinärt tillförlitlighetsutlåtande för arbete som ger tillgång till statshemligheter. Andra kategorier är företagshemligheter eller uppgifter som, ifall de yppas utan tillstånd, kan förorsaka fara för statens säkerhet eller betydande allmän fördel eller betydande enskild ekonomisk fördel (PolRegisterL 23 § 1 mom. 2 pt.). Dessa utlåtanden ges av skyddspolisen (PolRegisterF 9 §).

Motsvarande utlåtanden ges också angående personers rätt att vistas på ställen som har betydelse för statens säkerhet eller betydande allmän fördel eller enskild ekonomisk fördel (PolRegisterL 23 § 1 mom. 3 pt.) t.ex. flygstationer, kärnkraftverk, teleoperatörers centraler.

Den rekryterande arbetsgivaren får utlåtandet som muntlig information. I sitt utlåtande kan polisen redogöra för fakta medan bedömningen av en persons lämplighet för jobbet blir uteslutande arbetsgivarens angelägenhet. Om arbetsgivaren antecknar uppgifter och fogar dem till ansökningshandlingarna, måste de i enlighet med PULs bestämmelser förstöras när de inte längre behövs. För denna typ av uppgifter liksom för t.ex. hälsouppgifter gäller att de inte skall hanteras av fler än vad som är praktiskt nödvändigt.

Den som är föremål för en tillförlitlighetsbedömning har en begränsad *insyns rätt* så att han får besked om att ett utlåtande begärs om honom eller att ett utlåtande ges om honom. Undantag kan göras om kommunikationen förorsakar uppenbar fara för statens säkerhet (PolRegisterL 23 § 4 mom.). Den jobbsökande har inte rätt att få information om utlåtandets innehåll, om kommunikationen

²⁹ En närmare beskrivning av bestämmelser och den praktiska verksamheten ingår i *Kommittébetänkande 2000:2*, 17–29 och *Raatikainen 1999*, 152–156.

³⁰ *Kommittébetänkande 2000:2*, 26–27. En ökning på 600 utlåtanden jämfört med 1998 motiveras till stor del med Finlands EU ordförandeskap.

bedöms äventyra säkerhet. Det finns en möjlighet för DaO att granska utlåtandet, men han kan inte yppa detaljer för den person som utlåtandet gäller. – I avsnitt 5.2 behandlar jag reformplaner om tillförlitlighetsutlåtanden.

3.4 Insamling av personuppgifter som en samarbetsfråga

Om samarbetslagen (1978:725) är tillämpligt på en arbetsgivare medför det en viss allmän informationsplikt och i s.k. samarbetsärenden en särskild informationsplikt med förhandlingsplikt. Till dessa samarbetsfrågor hör beslut om de uppgifter som insamlas vid anställningen (6 § 8 pt.). Lagen tillämpas på företag vars personal i anställningsförhållande normalt är minst 30 personer (2 § 1 mom.). Arbetsgivarens informations- och förhandlingsskyldighet aktualiseras endast om företaget avser att förändra sina uttalade rekryteringsprinciper eller sin stadgade kutym. Informations- och förhandlingsskyldigheten begränsas uttryckligen till det. Bestämmelsen förutsätter inte att en arbetsgivare måste ha ett program eller fastslagna principer för insamling av uppgifter vid anställning.³¹

4. Arbetsgivarens kontrollåtgärder mot anställda

Många av de frågeställningar jag behandlat i avsnitt 3 om arbetssökande kan *mutatis mutandis* överföras på kontrollåtgärder mot anställda och deras integritetsskydd. Men emellanåt finns det uttryckliga bestämmelser som föranleder skillnader (t.ex. tolkningen av bestämmelsen om kreditupplysningar, ovan 3.4) och emellanåt är det olikheter i de faktiska förhållandena som föranleder skillnader.

4.1 Hälsa – Drogtest

Hälsa. Som komplement till avsn. 3.2 följer här bara några kommentarer. Det finns en lagstadgad företagshälsovård (1987:743) som förutsätter eller ger möjlighet för olika typer av hälsoundersökningar. I regelverket ingår också bestämmelser om att arbetstagare i vissa fall är tvungna att underkasta sig hälsoundersökning. Allmänt taget torde reglerna hanteras varsamt. Då det gäller uppgifter om den anställdes hälsa är det ett genomgående drag i integritetsskyddet att man försöker skilja mellan de uppgifter som hälsovårdspersonal får och de uppgifter (i allmänhet allmänna omdömen) som förmedlas till arbetsgivaren.

I offentligheten har det rapporterats om betänkliga hälsotest på arbetsplatser. HIV-testning för bankanställda eller för servicestationspersonal kan knappast anses försvarliga, då man väger sjukdomens förekomst och spridningssätt och arbetsgivarens intressen mot personlig integritet.

Drogtest. Bruk av alkohol och narkotika kan i många avseenden vara en säkerhetsrisk på en arbetsplats och med iakttagande av en helhetsbedömning kan detta bruk också vara en grund för arbetsgivaren att avsluta avtalsförhållandet. Alkohol

³¹ Laatonen – Savonen – Äimälä 1991, 68–69.

är traditionellt ett betydande problem i nordiskt arbetsliv, medan narkotika är ett mindre utbrett, men växande fenomen. Innehav och olagligt bruk av narkotika är ett brott i Finland (SL 50:1). Avtalet om anvisning till vård mellan arbetsmarknadsparterna AFC (TT) och FFC gäller både alkohol- och narkotikabruk.

Restelfallet.³² Restel är en stor hotell- och restaurangkedja som hade lanserat ett anti-drogprogram. Alla arbets sökande skulle testas och anställda skulle genom slumpmässigt urval anvisas till testning. Den som vägrade låta testa sig ansågs ha givit ett positivt prov. Avsikten var att den anställda som givit ett positivt prov skulle ingå ett vårdavtal. Avtalet innehöll en bestämmelse om att arbetsplats-hälsovården och arbetsgivaren får kunskap om hur vården och rehabiliteringen framskrider.

DaO utgick från relevanskravet (dåvarande personregisterlagen) och hävdade att bestämmelserna om arbetsplatshälsovården bör tolkas så att samtliga *arbets sökande* inte kan anvisas till test. För *anställda* ansåg DaO att det på objektiva grunder måste finnas orsaker att anta att den som anvisas till test inte kan uppfylla sin arbets skyldighet på ett sakligt sätt. DaO konstaterade att integriteten inte entydigt kan undanröjas med ett avtal och att den anställdes och arbets sökandes position är utsatt på det sättet att innebörden av den testades samtycket kan diskuteras. DaO pekar på olika branscher och varierande behov och därav varierande rätt för arbetsgivaren att föreskriva test. DaO diskuterade dessutom testens pålitlighet och frågor om resultat om t.ex. bruk av medicin ger positivt utslag. För överlåtelse av testresultat angående narkotikatest skall de gängse reglerna om överlåtelse av medicinsk information iakttas, ansåg DaO.

4.2 Kontroll av elektronisk post (och telefon)

I normalfallet är apparaturen (dator, server, nät, programvara osv.) för elektronisk post på en arbetsplats arbetsgivarens egendom och avsedd för arbetet. Arbetstagarrens rätt att använda elektronisk post för privat kommunikation är beroende av arbetsgivarens direktiv. Situationen påverkas också av eventuell kutym på arbetsplatsen som arbetsgivaren godkänt (eventuellt implicit). Det är skäl att särskilja mellan en arbetstagarrens rätt att använda e-post för privat bruk och arbetsgivarens rätt att följa med vem arbetstagarren korresponderar med och ytterligare arbetsgivarens rätt att ta del av informationen.

DaO rekommenderar att man på arbetsplatserna tar i bruk spelregler.³³ Brev- och telefonhemligheten samt hemligheten i fråga om andra förtroliga meddelanden är enligt grundlagen okränkbara. Bestämmelsen skyddar både avsändaren och mottagaren (Reg.prop. 309/1993 Brotts mot kommunikationshemligheten är

³² DaO 16.10.1997 om narkotikatest i arbetslivet. Som rättskällor hänvisade DaO till det konstitutionella integritetsskyddet, personregisterlagen och lagstiftningen om arbetsplatshälsovård.

³³ DaO 5.10.1999 om bruk av elektronisk post på arbetsplatserna med stöd av GL 10 § 2 mom., SL 39:3, L om integritetsskydd vid telekommunikation och dataskydd inom televerksamhet (1999:565).

kriminaliserade). I förarbetena tas inte särskilda användarkategorier upp så skyddet anses gälla för alla användarkategorier. Kränkning av kommunikationshemligheten beror också på om brevet är adresserat till en enskild person så att den privata kommunikationens natur framgår.

Det är möjligt att vi småningom får ett prejudikat angående elektronisk post, den anställdes skyddsbehov och arbetsgivares möjlighet att skydda sig vid misstanke om läckage av affärshemligheter.³⁴

5. Reformutsikter

5.1 Proposition: Lag om integritetsskydd i arbetslivet

Tillämpningsområde. Förslaget till lag om integritetsskydd (ArIntegritetL) avser en lag som tillämpas både i offentligt tjänsteförhållande och i anställningsförhållande (arbetsförhållande). Lagens bestämmelser om *arbetstagare* gäller i tillämpliga delar även dem som söker anställning (2 §). Lagen är primär och den sekundära PUL kommer att komplettera dess bestämmelser.

Utgångspunkten är att var och en har rätt att själv bestämma hur de egna personuppgifterna används och lämnas ut (självbestämmanderätt). Avsikten är att skapa ett ramverk för avvägningen mellan arbetsgivarens informationsbehov och arbetstagarens integritetsskydd. På grund av arbetslivets mångfald har lagberedarna stannat för högst generella bestämmelser. Med nödvändighet kommer avvägningstemat att gå igen i lagtillämpningen.

Direkt relevans för arbetstagarens anställningsförhållande krävs för att arbetsgivaren skall få behandla personuppgifter (3 §). Kravet gäller även vid behandling av personuppgifter i anslutning till medicinska test, hälsouppgifter och drogtest. Formuleringen *direkt relevans* är skarpare än i PUL (relevans, 9 § 1 mom.), men detta förtydligas inte i motiven. Arbetstagarens samtycke kan inte kompensera bristande direkt relevans. Det motiveras med arbetstagarens beroende ställning. Kravet på direkt relevans berättigar en arbetssökande att t.ex. låta bli att besvara frågor som faller utanför det kriteriet eller att arbetstagaren ber om en förklaring angående relevansen. Lagberedarna medger dock att arbetstagaren (kanske särskilt en arbetssökande) är i en svag position. Man poängterar att relevanskravet kan berättiga den anställda att ge ett bristfälligt eller icke fullständigt svar och att det inte får leda till negativa konsekvenser för arbetstagaren.³⁵

³⁴ En teknologichef X hos teleoperatören Sonera beslöt att gå över till konkurrenten Telia. Hos Sonera misstänkte ledningen att material med affärshemlighetskaraktär läckte till Telia, teknologichefens blivande arbetsgivare. Fyra personer på Middle managementnivå hos Sonera började följa med Xs e-postkommunikation. Ärendet behandlas i första hand som en straffprocess som kränkning av förtrolig kommunikation. *Helsingin Sanomat* 2.12.1999.

³⁵ Reg.prop. 75/2000, 19 internetversion 19.6.2000. Negativa konsekvenser syftar sannolikt på vilseledande vid anställning som grund för arbetsgivaren att avsluta arbetsförhållandet.

Insamling och upplysningsplikt. Enligt lagförslaget skall personuppgifterna i första hand insamlas hos arbetstagaren (4 §, självbestämmanderätten GL 7 §). Arbetsgivaren skall dock vid behov ha möjlighet att inhämta uppgifter från andra källor. Det förutsätter arbetstagarens samtycke, utom då uppgifterna behövs för att utreda arbetstagarens tillförlitlighet (ArIntegritetL 4 § 1 mom.). Då arbetsgivaren fattar beslut med stöd av uppgifter som han insamlat av andra än arbetstagaren, skall arbetsgivaren informera den berörda arbetstagaren om innehållet i uppgifterna. Det skall ske innan uppgifterna används i beslutsfattande som gäller arbetstagaren. Denna informationsskyldighet går längre än PUL och samtidigt är den avsedd att tillämpas med beaktande av PULs bestämmelser om rätten att kontrollera sina personuppgifter (24 §).

Person- och lämplighetsbedömningstest Verksamheten att utföra test kräver inte någon auktorisering. I lagförslaget har man utgått från att test som belyser personligheten eller involverar lämplighetsbedömningar alltid i någon mån gör intrång på den personliga integriteten. Testresultaten påverkar dessutom beslut om enskilda personers ställning och därför bör testresultaten vara korrekta.

I lagförslaget har man försökt balansera mellan arbetsgivarens behov av bedömningar, testens osäkerhetsmoment och den enskildes behov av integritetsskydd. Arbetsgivaren kan låta testa en arbetstagare enbart med hans samtycke (ArIntegritetL 5 §). Syftet med testet eller bedömningen skall vara att få en utredning av förutsättningarna för att sköta arbetsuppgifterna eller behovet av utbildning och övrig lämplighetsbedömningar.

Arbetsgivaren påförs ett *ansvar för testverksamhetens kvalitet*. Arbetsgivaren skall se till att testmetoderna är tillförlitliga och att de används av sakkunniga. De uppgifter som fås genom testen skall vara korrekta med beaktande av testmetoden och dess beskaffenhet. Därför föreslår man att arbetsgivaren ”i mån av disponibla möjligheter utreder testmetodens tillförlitlighet”.³⁶

Arbetstagarens intresse i *insyn* tillfredsställs vad gäller test genom en bestämmelse som ger honom avgiftsfritt rätt att få det skriftliga utlåtande som givits om honom. Om utlåtandet ges muntligt till arbetsgivaren, skall den jobbsökande få en utredning om innehållet. I detaljmotiven framhålls att utlåtandet skall ges i en form som är begriplig för den testade. Av utredningen skall framgå åtminstone syftet med testet och dess resultat och dessutom de bedömningar som påverkat resultatet.

Hälsouppgifter och kontroll. Enligt förslaget är det endast personer som är legitimerade för hälso- och sjukvård³⁷ som tillåts utföra kontroller eller test som gäller arbetssökandes hälsa eller för provtagning i anslutning till hälsovård. Bestämmelsen gäller också alkohol- och narkotikatest. Avsikten är att få ett slags

³⁶ Detta krav skall också beaktas vid bedömning av straffbarheten (ArIntegritetL 11 § jämte detaljmotiv).

³⁷ Bestämmelser finns bl.a. i lagen om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården (559/1994), folkhälsolagen (66/1972) och lagen om privat hälso- och sjukvård (152/1990).

kvalitetsgaranti (utbildning, tystnadsplikt, hälsovårdspersonalens medvetenhet om skyldigheter). Bestämmelsen sammanhänger också med gränsdragningen för arbetsgivarens ansvar för test och undersökningsmetoder.

Alkohol- och narkotikatest. I lagförslaget utgår man från att drogtest är motive-
rade i vissa situationer. Testen medför dock både etiska och praktiska aspekter
som bör beaktas innan testningen inleds. Alkohol- och narkotikatest måste ut-
föras av utbildad legitimerad hälsovårdspersonal. Eventuella positiva narkotika-
sällningar bekräftas vid ett laboratorium som är insatt i testningen. Därigenom
skall man undvika bl.a. felaktig information genom inverkan av medicin och för-
hastade slutsatser.

Arbetsgivarens testbehov skall bedömas utgående från reella hot. Arbets-
givaren bör beakta möjligheten att använda metoder som inte är lika integritets-
kränkande som drogtest. Som sådana nämns allmänna säkerhetsarrangemang,
personalutbildning och introduktion för nyanställda samt teknisk brottsbe-
kämpning.

Propositionen förefaller att ställa en *högre tröskel* för drogtest vid anställning
än då arbetsförhållandet redan existerar. Vid bedömningen av testresultaten skall
man särskilt beakta arbetsplatsens, och arbetets karaktär. Enbart ett behov att
utreda den arbetssökandes tillförlitlighet är inte en tillräcklig grund för att rele-
vanskravet skall uppfyllas.

Insyn. I motiven betonas en upplysningsplikt för arbetsgivaren som innan
testet utförs bör upplysa den arbetssökande om vilken betydelse testresultatet har
för anställningsförhållandet.

Drogtest och frivillighet. Arbetsgivaren kan enligt lagförslaget inte tvinga en
arbetstagare att delta i ett drogtest, utan det krävs uttryckligen arbetstagarens
samtycke. En vägran att delta i ett test får inte ha några direkta följder. Enligt
motivuttalandena är slumpmässig screening acceptabel enbart om det för arbets-
platsen finns gemensamt godkända regler för hantering av rusmedelsfrågor.

Gentest (6 § 3 mom.) Arbetsgivaren får inte kräva att en arbetssökande eller en
anställd skall delta i en genetisk undersökning. Arbetsgivaren har inte heller rätt
att få veta om han eller hon genomgått en genetisk undersökning. Den föreslagna
bestämmelsen skulle medföra att arbetsgivaren inte får behandla uppgifter som
fått fram genom genetiska undersökningar. Förbudet är kategoriskt och kan inte
åsidosättas genom den undersöktes samtycke.

Endast indirekt kan arbetsgivaren få del av resultat där gentest är involverade.
Om en arbetstagare har genomgått en genetisk undersökning har arbetsgivaren
rätt att få uppgifter om arbetstagarens eller arbetssökandens lämplighet för
arbetet. Men arbetsgivaren får inte därmed rätt att få kännedom att resultatet nåtts
genom en genetisk undersökning.

Behandling av uppgifter om arbetstagares hälsotillstånd. Enligt PUL 11 §
4 pt. är huvudregeln att det är förbjudet att behandla uppgifter om hälsotillstånd
o. dyl. *känsliga uppgifter*. Undantag från denna bestämmelse existerar på angivna

grunder (12 §), men det förutsätter dock tillräckliga skyddsåtgärder för den personliga integriteten i den nationella lagstiftningen. En undantagsgrund är uttryckligt samtycke av den som behandlingen berör. Avsikten med förslaget i ArIntegritetL 7 § är att åstadkomma en precisering för arbetslivets behov. Uppgifterna insamlas hos arbetstagaren (samtycke) eller med arbetstagarens skriftliga samtycke hos någon annan.

I lagförslaget uppräknas de behov för vilka arbetsgivaren får rätt att behandla uppgifter om en arbetstagares hälsotillstånd. Behoven är att uppgifterna behövs för utbetalning av lön för sjukdomstid eller jämställbara förmåner anknutna till hälsotillstånd. Andra godtagbara skäl är att utreda om arbetstagaren har godtagbara grunder för frånvaro från arbetet eller att arbetstagaren uttryckligen önskar att hans eller hennes arbetsförmåga utreds utgående från uppgifter om hälsotillståndet. Till detta kommer grunder i annan lag. – Normeringstekniskt innebär detta att relevanskravet givits ett materiellt innehåll och att de nämnda grunderna bör tolkas mot bakgrunden av relevanskravet.

Arbetsgivarbegreppet är ju oftast en förenklande benämning som döljer flere personer. I lagförslaget bestäms att uppgifter om hälsotillstånd får behandlas endast av personer som i beredningssituationer eller beslutsfattande där uppgifterna är indragna har att hantera dem. Det ankommer på arbetsgivaren att dra upp gränslinjer för vem som på detta sätt kan komma i beröring med uppgifterna inom arbetsgivarorganisationen. Dessa personer har tystnadsplikt angående hälsouppgifterna.

En bestämmelse om teknisk övervakning och datanät ingår i lagförslaget. Den innehåller inte några materiella bestämmelser. Bestämmelsen om teknisk övervakning innehåller inte några materiella normer i frågan, utan är inriktade på ett samarbetsförfarande, procedurbestämmelser. Det föreskrivna participationsförfarandet ger inte rätt att avvika från bestämmelser i annan lagstiftning.

Med övervakning avses här sådan övervakning som utgår från arbetsgivarens rätt att leda och övervaka arbetet. Bestämmelsen medför i första hand förfaranderegler angående syftet med arbetsgivarens tekniska övervakning och datanät. Syftet med, ibruktagande av och metoder för teknisk övervakning samt användningen av elektronisk post och datanät görs till *samarbetsfrågor*. Det betyder att arbetsgivaren får särskild informations- och förhandlingsplikt enligt samarbetslagen (jfr. avsnitt 3.4) innan han fattar sitt beslut i dessa frågor. Samarbetslagens bestämmelse kompletteras för mindre företag med en bestämmelse om *hörande* av arbetstagare eller personalföreträdare.

Kraven på arbetsgivarens aktivitet utsträcks att omfatta också fasen efter samarbets- eller samrådsförfarandet. Då skall arbetsgivaren nämligen *definiera* dels ändamålet och metoderna för samt ibruktagandet av den tekniska övervakningen av arbetstagarna. Det samma gäller användningen av elektronisk post och datanät.

Den information som arbetsgivaren kan inhämta genom teknisk övervakning och i övrigt behandla begränsas av arbetslednings- och övervakningsrätten under påverkan av PULs relevanskrav. Propositionsförfattarna påminner här dessutom om grundlagens skydd för personlig integritet, brev- och telefonhemlighet samt hemligheten i fråga om andra förtroliga meddelanden och om möjligheterna att inskränka dem.

Tillsyn. Arbetskyddsmyndigheterna skall (ArIntegritetL 9 §) tillsammans med dataombudsmannen övervaka att lagen iakttas. Myndigheterna är självständiga och oavhängiga av varandra i sin tillsynsuppgift men kan bistå varandra. Arbetsministeriet och arbetskyddsmyndigheterna ansvarar för övervakningen av att samarbetslagen iakttas.

Sanktionsfrågor hör till dem som blir försummade i denna rapport. Här konstaterar jag endast att ArIntegritetL innehåller en *straffbestämmelse* med hänvisning till kriminaliseringarna av dataintrång, personregisterbrott och – förseelse, tystnadsplikt. Dessutom föreslås kriminalisering av vissa handlingar mot ArIntegritetL (11 §).

5.2 Säkerhetsutredningar

Enligt *ett utkastet till lag om säkerhetsutredningar* är avsikten att förutom statens säkerhet³⁸ (liksom tidigare) även skydda enskilda värdefulla affärs- eller yrkeshemlighet eller annan därmed jämförbar synnerligen betydande enskild ekonomisk fördel. Lagen är avsedd att ersätta de gällande bestämmelserna om säkerhetsutlåtanden (avsn. 3.5). Skyddsbehoven bör enligt en uttrycklig bestämmelse tolkas restriktivt (3 §) och integritetsintrång skall inte ske i högre grad än vad som är uppenbart nödvändigt. Lagen specificerar de register som får utnyttjas för utredningarna och dem som kan begära om säkerhetsutredningar.

En säkerhetsutredning förutsätter att den som är föremål för utredningen i förväg har givit sitt skriftliga *samtycke*. På ett privat samfunds begäran kan utredningen ske enbart om den berörda personen godkänner de villkor som uppställs angående den registrerades dataskydd och andra villkor som behövs för utredningen. Den som är föremål för en säkerhetsutredning har en rätt till *insyn*. Han har rätt att få de uppgifter om honom som ingår i utredningen, med undantag för uppgifter ur register i vilka han inte har insyn.

Innehållsligt motsvarar de föreslagna säkerhetsutredningarna de nuvarande säkerhetsutredningarna. En ny kategori tillkommer: en *omfattande säkerhetsutredning*. En sådan kan bli aktuell inom en särskilt säkerhetsklassificerad del av statsförvaltningen. En omfattande säkerhetsutredning kan även omfatta den berörda personens ekonomiska ställning och i särskilda fall kan en omfattande

³⁸ *Kommittébetänkande 2000:2*. I lagförslaget 2 § nämns Finlands interna och yttre säkerhet, försvar och förberedelser för undantagsförhållanden, Finlands förhållanden till annan stat eller internationell organisation, den offentliga ekonomin och dataskydd av synnerligen stor betydelse för skyddande av dessa intressen.

säkerhetsutredning omfatta också personens anhöriga. Här föreslås granskningsrätt med möjlighet att framställa anmärkningar för de berörda innan uppgifterna ges åt den som begärt utredningen.

5.3 Krav på straffregisterutdrag

I denna rapport har frågeställningen oftast varit inriktad på en arbetsgivares möjligheter till kontroll och hur detta avvägs mot den enskildes integritetsskydd. Nu finns det ett förslag om att vissa arbetsgivare blir skyldiga att utreda bakgrunden hos personer som skall arbeta med vissa uppgifter.

Justitieministern har i slutet av september 2000 mottaget ett enhälligt förslag av en arbetsgrupp.³⁹ Enligt förslaget blir arbetsgivare skyldiga att av den som väljs till arbetsuppgifter som gäller minderåriga barn kräva straffregisterutdrag. Begäran skall riktas till person som redan valts för denna uppgift och alltså inte till samtliga kandidater för jobbet. I utdraget noteras enbart eventuella brott mot sedlighet, sexualbrott, grova brott mot liv samt narkotikabrott. Arbetsgivaren har inte rätt att insamla uppgifterna eller registrera dem, utan skall snabbt återställa intyget. Arbetsgivaren skall enligt egen prövning bedöma vilken betydelse eventuella uppgifter om straff skall ges i anställningsfrågan.

Arbetsgruppen motiverar sina förslag med den ökade uppmärksamhet som övergrepp mot barn fått. Samtidigt hänvisar man till det offentliga ansvar för barnens säkra och trygga uppväxtförhållanden. Utanför den föreslagna arbetsgivarskyldigheten ligger enskilda företagare och organisationer.

Justitieminister Johannes Koskinen har kommenterat förslaget i positiv anda och från ministeriets håll hoppas man att regeringen kan överlåta ett lagförslag till riksdagen före årsskiftet.

6. Diskussion

Debatten om integritetsfrågor och arbetsgivarbefogenheter har alltså inte varit livlig i Finland, men det är uppenbart att intresset ökat under de senaste tio åren. Den ovanligt snabba ekonomiska nedgång med stor arbetslöshet som ägde rum i Finland under 90-talet har sannolikt haft en dämpande effekt på ”whistle blowers” och facket. Förslaget till lag om integritetsskydd i arbetslivet är en reform som ganska entydigt drivits uppifrån. Det är ett regelverk som förefaller att i många fall ta integritetsfrågor på allvar. Samtidigt är det fråga om kompromisser gjorda inom trepartsmönstret. I likhet med jämställdhetslagstiftning och diskrimineringslagstiftning kan det också med den föreslagna lagen i praktiken vara *svårt* för de enskilda arbetstagarna och jobbsökande att *hävda sitt integritetsskydd*. Övervakningsmodellen med delat ansvar kan väcka många frågor.

³⁹ Arbetsgruppens rapport finns på finska på adressen www.om.fi/5860.htm.

De gällande *finska bestämmelser* som påverkar integritetsskydd och arbetsgivarens kontrollmöjligheter har många rötter i *internationella dokument*. Dem har jag inte behandlat här, redan av utrymmesskäl. De relevanta dokumenten från FN, OECD, ER, EG o.s.v. har väl ungefär samma ställning i de nordiska länderna. Internationella förpliktelser och rekommendationer har varit en viktig pådrivare då det gällt att åstadkomma först personregisterlagen och sedan personuppgiftslagen. I fråga om PUL sattes inte enbart tidtabellen av internationella engagemang, utan minimiinhållet var också givet ”utifrån”.

Men också internationella dokument med svagare normativ styrka (soft law) har spelat en betydande roll. Den internationella arbetsorganisationen ILOs *Code of practice on the protection of workers' personal data* åberopas flitigt av propositionsförfattarna till lagförslaget om skydd för personlig integritet i arbetslivet. Efter den förkrossande kritiken av det tidigare förslaget, är det som om man omsorgsfullt försökt förankra lagförslaget dels i den nya grundlagen och dels i rekommendationen av ILOs experter. På det sättet kan ILOs expertrekommendation få ett större inflytande än dess normativa status bäddar för.

ILOs code och det finska lagförslaget pekar också på ett annat tema, nämligen normering genom allmän normering eller *sektorreglering* och denna fråga kan dessutom omfattas av internationaliseringstemat. En EG reglering av persondataskydd framstår som naturlig då enhetsmarknaden är för handen. Arbetslivets behov var knappast den pådrivande faktorn. Men också i arbetslivet kunde det i många skeden leda till svårigheter om de nationella reglerna inom unionen är starkt divergerande (persondataskyddsdirektivet tolererar en del i huvudsak mindre variationer). Det är också möjligt att större variationer för integritetsskydd inom arbetslivet skulle ge osunda konkurrens fördelar. Vi minns diskussionen om direktivets räckvidd gällande manuella register och risken för persondataparadis i en övergångsfas. Väsentlig är frågan om hur långt en allmän reglering av persondataskydd på ett ändamålsenligt sätt kan beakta behoven i arbetslivet.

Simitis har i en policyartikel talat för att EG borde gå vidare med sitt persondataskyddsdirektiv och att det bör kompletteras genom en sektorreglering. Han är inte den förste om denna åsikt, men han är målmedveten och tydlig i sin argumentation. Persondataskyddsdirektivet och motsvarande allmän lagstiftning är bra utgångspunkter, men de är inte tillräckliga. Alla sektorrekommendationer – internationellt finns det mycket av dem – vittnar om behovet av bestämmelser som är klart anpassade till ifrågavarande verksamhetsområde. EU kan anses ha tagit första steget med telekommunikationsdirektivet (97/66/EG).⁴⁰

Simitis lanserar en del utgångspunkter för en särskild reglering av integritetsskydd i arbetslivet. Dem kan jag inte gå in på här. Men jag har låtit mig inspireras snarare av de frågor han tar upp än av hans behandling av dem. Med dessa rikt-

⁴⁰ *Simitis* 1999, 51–53, *Kuitenbrouwer* 1990, 196–198.

märken går jag kommenterande igenom två punkter i förslaget till finska persondataskyddsbestämmelser för arbetslivet.

Tillämpningsområde. Medan PUL kopplar manuell behandling av personuppgifter till register utgår man i ArIntegritetL från olika aktiviteter i arbetslivet. Det betecknar jag som en fördel, eftersom det i enskilda fall kan vara osäkert när ett register föreligger. Samtidigt behöver registrets existens inte vara något gott kriterium för skyddsbehovet. Den omständigheten att det finns uppgifter i en sådan oorganiserad form att de inte utgör ett register är inte liktydigt med att det inte finns legitima skyddsbehov.

Individuella och kollektiva rättigheter. Om de nya grundrättigheterna befästs för arbetslivets del (jämte EU utvecklingen) och om ArIntegritetL blir verklighet understryks den enskilda arbetstagarens individuella rättigheter kraftigare än vi är vana vid i den nordiska modellen. Om ambitionerna på ett integritetsskydd i arbetslivet ställs högt är det uppenbart att det krävs en i praktiken välfungerande kombination av individuella och kollektiva rättigheter. Inom EU varierar formerna för arbetstagares participation i avsevärd grad. Den finska modellen betyder i sin lagstadgade form arbetsgivarens informationsskyldighet och förhandlingskyldighet innan arbetsgivaren fattar beslut. Det finns några undantag men annars är det alltså fråga om en rätt till dialog och information. Juridiskt är dialogkravet i rättspraxis inte särskilt omfattande och i företagen tillämpas lagen i högst varierande anda. På denna punkt går man inte särskilt långt i ArIntegritetL men den medför en *principiell nyhet*.

Eftersom små företag (under 30 anställda i bolaget) inte är tvungna att tillämpa samarbetslagen förefaller bestämmelsen om att höra arbetstagarna eller deras personalföreträdare att vara banbrytande. Å andra sidan kan man utgående från allmänt integritetsskydd hävda att en arbetsgivare utan ett sådant kollektivt arrangemang i alla fall hade varit tvungen att informera arbetstagarna om insamlingen av uppgifter. I det perspektivet kan de nya samarbetskyldigheterna närmast underlätta situationen för arbetsgivaren.

Vad gäller participationsrättigheternas omfattning i sak skulle ArIntegritetL innebära en utvidgning gällande bl.a. teknisk övervakning och datanät. Den utvidgade bestämmelsen gäller bl.a. teknisk övervakning. Här valde man att inte gå in på de principiella eller materiella frågorna om övervakningen av arbetstagare. I stället har man valt en procedurlösning. I alla fall bör grundlagens integritetsskydd, ArIntegritetLs portalparagraf och PULs regler bli tillämpliga. Övervakning är ett tveeggat svärd. Enligt beteendevetare kan den höja effektivitet och minska på slarv och oärligt beteende. Men beteendevetare vittnar också om att övervakningen kan uppfattas som påträngande, störande, tecken på brist på förtroende och inverka negativt på prestationsförmågan eller -viljan.

Tänjas åt olika håll. Här överger jag Simitis landmärken. Lagsystematik och arbetsfördelningar inom administration bjuder på många optimeringssituationer. Sektorerlgeringen betyder att den allmänna persondataskyddslagstiftningen är ett

slags bas. Vid sektorreglering för arbetslivets del blir kopplingen till arbetsrätten påtagligare än tidigare. Arbetsgivarens legitima kontrollbehov och arbetstagarens integritet handlar om skyddsintressen. Arbetstagarens integritetsintressen domineras av det som i en regeringsproposition kallades ”mental integritet”. Ser man till människovärde som skyddsintresse så är vi kanske redan inne i området för psykiskt arbetarskydd. Lagstiftningen för detta område är mindre utvecklad i Finland, än till exempel i Sverige och Norge. I beredningen av ArIntegritetL har det sannolikt funnits politiska hinder för längre gående innovationer. Men i forskning och lagberedning är det kanske skäl att försöka utveckla integrations-skyddet genom att granska beröringspunkterna mellan integritetsskydd och psykiskt arbetarskydd.

Litteratur

- Bloustein, Edward J.: *Privacy as an Aspect of Human Dignity: An Answer to Dean Prosser*. New York University Law Review 39: 962–1007, 1964. Reprinted in Schoeman (ed.) *Philosophical Dimensions of Privacy*, Cambridge, 1984.
- Blume, Peter : *Samtykke i databeskyttelseretten*, UfR, nr 7, 19 februar 2000, 77–82.
- Bruun, Niklas: *Työsopimuslain 17 §:n 3 momentin tulkinnasta*. Työoikeudellisen Yhdistyksen vuosikirja 1983. Helsinki 1983, 17–31.
- Hallberg, Pekka: *Vilken betydelse har de konstitutionella grundrättigheterna i förvaltningsrättsliga ärenden?* Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland (här efter JFT) 1985, 491–499.
- Heinonen, Liisa: *Työttömyysturvan työvoimapolitiittiset edellytykset*. Helsinki 1991
- Komittébetänkande 1992:3. *Betänkande av kommittén för grundläggande fri- och rättigheter*. (sammandrag på svenska 10 s.) Helsinki 1992
- Kommittébetänkande 2000:1. *Betänkande av arbetsavtalskommitté*. Helsinki 2000 (ej svensk text)
- Kommittébetänkande 2000:2. *Henkilöstöturvallisuustoimikunnan mietintö*. Personalsäkerhetskommisionens betänkande. (Sammandrag på svenska 2 s). Helsingfors
- Konstari, Timo: *Henkilörekisterilaki*. Helsinki 1992
- von Koskull, Anders: *Personvård och personalrekrytering, eller transformation och skygglappar*. JFT 1996, 391–433.
- von Koskull, Anders: *Bedömning av personuppgifter. Rekrytering till arbete under hot om avstängning från utkomstskydd I-II*. JFT 1999:4, 223–271 och 1999:5, 301–325
- Kuitenbrouwer, Frank: *Data Surveillance and the Workplace. Amongst Friends in Computers and Law*. H.W.K. Kaspersen - A. Oskamp (Ed.s) Deventer-Boston 1990
- Lautanen, Lasse – Savonen, Eerki – Äimälä, Markus: *Yhteistoimintalaki*. Jyväskylä 1991
- Liukkunen, Ulla: *Työsyryntää koskevan lainsäädännön ja uusien EY aloitteiden kannalta*. Työpoliittinen aikakauskirja 2000:1, 67–73
- Lyon, David: *The Electronic Eye*. Cambridge 1994
- Lämsineva, Pekka – Viljanen, Veli-Pekka: (toim.) *Perusoikeus puheenvuoroja*. Turku 1998.
- Mahkonen, Sami: *Oikeus yksityisyyteen*. Juva 1997
- Liisa Nieminen: *Yksityiselämän ja perhe-elämän suoja perusoikeutena*. Liisa Nieminen (toim.) *Perusoikeudet Suomessa*. Helsinki 1999, 107–147.
- Nummijärvi, Anja: *Naisten työttömyysturvasta*. Helsinki 1991
- Raatikainen Ari: *Yksityisyyden suoja*. Helsinki 1999
- Simitis, Spiros: *Developments in the protection of worker's personal data*. Conditions of Workers Digest (ILO), Volume 10,2/1991,7–24.
- Simitis, Spiros: *Reconsidering the Premises of Labour Law: Prolegomena to an EU Regulation of the Protection of Employees' Personal Data*. European Law Journal, Vol.5. Mo.1. March 1999, 45–62
- Schartum, Dag Wiese: *Rettsikkerhet og systemutvikling i offentlig forvaltning*. Oslo 1993

Scheinin, Martin: *Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa*. Jyväskylä 1991

Suviranta, Antti: *Worker privacy in Finland*. Comparative labour law journal 17, 1(1995), 45–50.

Viljanen, Veli-Pekka: *Perusoikeuksien soveltamisala*. Pekka Hallberg (huvudred.)Perusoikeudet. Juva 1999, 111–156 (Viljanen 1999a)

Viljanen, Veli-Pekka: *Yksityiselämän suoja*. Pekka Hallberg (huvudred.)Perusoikeudet. Juva 1999, 333–351 (Viljanen 1999b)

Arbeidsgiverens kontrolladgang – arbeidstakerens integritet¹

Stipendiat Helga Aune
Professor Henning Jakhelln
Oslo universitet

1. Arbeidsgivers kontrolladgang – gammel problemstilling – nye presiseringer

Regler om arbeidsgivers adgang til å kontrollere ansattes adferd i arbeidstiden er historisk gamle. Formålet med kontrolltiltak har tradisjonelt vært for å sjekke at virksomheten mottar arbeidsytelse i henhold til ansettelsesavtalen og/eller at lønn står i forhold til prestasjon. Grenser for arbeidsgivers kontrolladgang følger av allmenne rettsprinsipper, lov, kollektive avtaler og rettspraksis. Begrensningene av kontrolladgangen har sin begrunnelse i arbeidstakernes behov for vern av den personlige integritet.

Kontrolltiltak varierer i form. Kontroller kan dreie seg om alt fra stempelkort til video-overvåkning, medisinsk testing, rutinemessig drifting av en virksomhets datanett for å hindre at kapasiteten sinkes av ”junk-mail” eller store bilde- eller musikkfiler, kontroll av en persons helse, økonomiske historie, kontroll av vandel.

Kontrolltiltakene kan finne sted i forkant av en ansettelse for å se om den arbeidssøkende er egnet for stillingen. Arbeidsmiljølovens § 55A² angir enkelte begrensninger for hva som er tillatt å spørre om i en ansettelsesprosess. Det følger av § 55A, første ledd at arbeidsgiver ikke skal kreve opplysninger om innstillinger til politiske, kulturell eller religiøse spørsmål eller

¹ Artikkelen er et sammendrag av professor Henning Jakhellns rapport ”Arbeidsgivers kontrolladgang – med særlig henblikk på fjernarbeid” og stipendiat Helga Aunes foredrag over samme tema i anledning Arbeidsrettslig møte i Uppsala 23–25 august 2000. Jakhellns rapport er bygget på hans fremstilling Fjernarbeid (Complex 5/96 – Tano 1996), særlig s. 143 flg. [se nå Henning Jakhelln: Arbeidsrettslige studier, II (Universitetsforlaget 2000) s. 1061 flg., særlig s. 1167–1195]. Jakhellns rapport ble sendt ut i forkant av konferansen og redegjorde for rettstilstanden frem til 1996. I foredraget trakk Aune opp hovedlinjene og fokuserte på rettsutviklingen etter 1996 med spesiell vekt på ny lov om personvern og problemstillinger knyttet til arbeidstakeres bruk av informasjonsteknologi. Samme arbeidsfordeling er anvendt i denne artikkelen slik at Aune står for redigering og struktur på artikkelen, oppdatering av rettspraksis, kapittel 1, 2 og 4 samt det vesentligste av kapittel 3.5, mens Jakhelln står for redegjørelsen av rettstilstanden frem til 1996.

² Lov av 04.02.1977 nr.4.

om de er medlem av lønnstakerorganisasjoner. Tilsvarende forbud gjelder spørsmål om søkerens eventuelle homofile legning. Arbeidsgiveren må heller ikke iverksette tiltak for å innhente slike opplysninger på annen måte. Unntaket er hvis slike opplysninger er begrunnet i stillingens karakter eller dersom det inngår i vedkommende arbeidsgivers virksomhet å fremme bestemte politiske, religiøse eller kulturelle syn og stillingen er av betydning for gjennomføringen av formålet, jf arbeidsmiljølovens § 55A, 1. ledd, siste punkt.

Majoriteten av arbeidsgivers kontrolltiltak finner likevel sted mens arbeidsforholdet består. Da vil kontrolltiltakene tradisjonelt bestå i å sjekke om arbeidstaker faktisk leverer den ytelse vedkommende er ansatt til å gjøre, eller at vedkommende overholder krav som følger av helse-, miljø- og sikkerhetslovgivning. For en del yrkesgrupper stilles det særlige krav til helsetilstand og kontrolltiltakene kan således være nødvendig for å sikre den nødvendige helse er til stede eller at ingen arbeider under påvirket tilstand. Andre kontrolltiltak har som formål å sjekke at virksomhetens utstyr ikke blir misbrukt.

Formene for kontroll endres i takt med tidens utvikling, spesielt den teknologiske. Det rettslige grunnlaget for arbeidsgivers kontrolladgang er likevel felles for alle former for kontroll, med utgangspunkt i arbeidsgivers styringsrett. I kapittel 2 beskrives det rettslige utgangspunkt for reglene om kontroll. I kapittel 3 gjennomgås ulike begrensninger i arbeidsgivers adgang til å kontrollere. Oppsummerende bemerkninger følger i kapittel 4.

2. Rettslig utgangspunkt for arbeidsgivers kontrolladgang

2.1 Arbeidsgivers styringsrett

Det rettslige utgangspunkt for alle former for kontroll fra arbeidsgivers side er styringsretten. Styringsretten oppstår som en følge av inngåelsen av en ansettelsesavtale. Styringsretten er arbeidsgivers rett til å lede, fordele og kontrollere arbeidet. Styringsretten som sådan er ikke lovfestet, men følger forutsetningsvis av de individuelle ansettelsesavtaler og gjenspeiles i det kollektive avtalesystem.

I utgangspunktet er det arbeidsgiver som fastsetter hvilke kontrolltiltak som skal benyttes og hvordan kontrollen skal skje. Styringsrettens grenser og følgelig skrankene for arbeidsgivers kontrolladgang, følger av allmenne rettsprinsipper, lov, kollektive avtaler og rettspraksis. Regler om arbeidsgivers kontrolladgang og begrensninger av denne er spredt i ulike lover og kollektive avtaler.

2.2 Behovet for å kontrollere veid mot behovet for personvern

Det er to behov som står mot hverandre ved vurderingen av hvor grensen for arbeidsgivers kontrolladgang skal gå. Arbeidsgiver har et visst behov for å kontrollere at arbeidstakere utfører arbeid i henhold til arbeidsavtalen. Dette behovet må avveies mot arbeidstakerens behov for vern av den personlige integritet.

Arbeidstaker har i kraft av arbeidsavtalen akseptert å stille sin arbeidskraft til disposisjon for arbeidsgiver for en avtalt tid og til avtalt pris. Å stille sin arbeidskraft til disposisjon medfører ikke et opphør av det vern som vedkommende har som privatperson. Grensene for vernet av den personlige integritet er like fullt er til stede, men må i visse tilfeller modifieres.

I praksis er det utviklet allmenne kriterier for i hvilke tilfeller arbeidsgiver har adgang til å kontrollere arbeidstakere. Det er for det første et vilkår at kontrolltiltaket er egnet og nødvendig for å gjennomføre formålet. Videre er det et vilkår at arbeidstaker er gjort kjent med kontrolltiltaket, det vil si at arbeidstakeren er informert om at kontroller vil kunne finne sted og i tillegg har kunnskap om på hvilken måte kontrollene vil bli utført. Kunnskap om kontrolltiltak anses som vesentlig for at arbeidstakerne skal kunne ivareta sitt personvern.

Det er videre et vilkår at kontrolltiltaket ikke praktiseres vilkårlig, det vil blant annet si at man ikke uten grunn kan behandle en gruppe arbeidstakere annerledes enn andre grupper av arbeidstakere. Innholdet av disse vilkårene er nærmere presisert i rettspraksis.

3. Grenser for arbeidsgivers kontrolladgang

3.1 Allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet

Allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet utgjør en grense for arbeidsgivers kontrolladgang³. Domstolene har i sin praksis bygget på de allmenne prinsippene om vern av den personlige integritet og utviklet et ulovfestet, domstolsskapt personvern. Sakene for domstolene har dreid seg om forhold som beskyttelse av navn, innsyn i egen legejournal og bruk av overskuddsinformasjon i etterforskningsaker⁴. Senere er prinsippene blitt lovfestet i ulike lover som ivaretar personvern.

³ De allmenne prinsipper om vern av den personlige integritet var utgangspunktet for den moderne personverndebatt som startet på midten av 1800 tallet. Allerede i 1890 laget Bernhard Getz et utkast til straffelov hvor begrepet ”privatlivets fred” ble introdusert, jf NOU 1997:19 – Et bedre personvern, s. 21, 1. spalte.

⁴ Ot prp nr 92 (1998.99) Om lov om behandling av personopplysninger (personopplysningsloven), s. 9, 2. spalte.

Vernet av den personlige integritet følger også av internasjonale avtaler. Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjons⁵ artikkel 8 nr. 1 som har følgende ordlyd:

”Enhver har rett til respekt for sitt privatliv og familieliv, sitt hjem og sin korrespondanse.”

Den Europeiske Menneskerettighetskonvensjon er gjort til norsk lov ved lov om styrking av menneskerettighetenes stilling i norsk rett (menneskerettighetsloven), lov av 21. mai 1999 nr. 30, jf § 2. Menneskerettighetsloven er en følge av Grunnlovens § 110 c som sier at:

”Det paaligger Statens Myndigheder at respektere og sikre Menneskerettighederne.

Nærmere Bestemmelser om Gjennomførelsen af Traktater herom fastsættes ved Lov.”

Det følger av menneskerettighetslovens § 3 at ved motstrid mellom annen lovgivning og bestemmelser i de konvensjonene og protokoller som angitt i menneskerettighetslovens § 2, skal bestemmelser som angitt i § 2 gå foran annen lovgivning.

Det er ingen tvil om at de alminnelige prinsipper om vern av den enkeltes personlige integritet også må legges til grunn i arbeidsforhold. Det er imidlertid vanskeligere å angi eksakt hvilke begrensninger i arbeidsgivers kontrolladgang som følger av disse prinsippene. De alminnelige domstoler og Arbeidsretten har i sin praksis⁶ definert kriteriene som angir grensene for arbeidsgivers kontrolladgang begrunnet i de alminnelige prinsipper om vern av den enkeltes person.

Det er således grunn til å bemerke at Høyesterett i Rt. 1986 s. 1250 anså det avgjørende om tiltaket var ”egnet til og nødvendig for” å gjennomføre formålet. Denne uttalelse ligger på linje med det Arbeidsretten har lagt til grunn, at kontrolltiltak må være begrunnet i saklige behov og at arbeidsgiver ikke kan iverksette kontrolltiltak som åpenbart ikke er egnet til å fremme formålet, eller kontrolltiltak som går ut over formålet. I Rt. 1986 s. 1250 var forholdet at Diakonhjemmets sosialhøgskole hadde fastsatt personalpolitiske retnings-

⁵ Europarådets konvensjon av 4. november 1950 om beskyttelse av menneskerettighetene og de grunnleggende rettigheter.

⁶ Uttrykket personvern brukes her i den noe bredere betydning som uttrykket personlighetens rettsvern innebærer. Av rettspraksis som knytter seg til personvernet på det generelle plan nevnes særlig avgjørelsene i Rt. 1952 s. 1217 (filmatisering av drap på en lensmann), Rt. 1967 s. 1373 (reservasjonsrett for fagforeningsmedlemmer overfor vedtak i fagorganisasjon om obligatorisk hjemforsikring) og Rt. 1977 s. 1035 (pasienters rett til innsyn i egen sykejournal). Om terminologien kan for øvrig merkes Ole Tokvam: Personvern og straffesvar – straffelovens § 390 (Complex 4/1995), med videre henvisninger.

linjer, slik at hovedtyngden av personalgruppen skulle være bekjennende kristne; at søkere til stillinger skulle spørres om sitt forhold til den kristne tro, og forholdet til den kristne tro skulle telle med ved en samlet vurdering ved ansettelse. De avgjørende spørsmål var her, slik Høyesterett så det, dels om skolens formål berettiget slike spørsmål, og dels om hovedtyngderegelen var ”egnet til og nødvendig for” å gjennomføre formålet. Høyesterett besvarte begge spørsmål bekreftende. Bestemmelsen i arbeidsmiljølovens § 55 A ble således ikke ansett for å hindre at disse spørsmål ble stilt, og ILO-konvensjon nr. 111 om ikke-diskriminering ble heller ikke ansett avgjørende, jfr. reservasjonen i konvensjonens art. 2.

Ytterligere er det særlig grunn til å merke avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616, som bygger på de generelle personvern hensyn som gjør seg gjeldende i arbeidsforhold, og som videre legger til grunn at de enkelte lovregler må ansees som kasuistiske uttrykk for disse hensyn.⁷ Forsåvidt gjelder vernet om arbeidstakeres personlige integritet har avgjørelsen derfor betydning langt ut over den konkrete sak og det konkrete saksforhold det var tale om. Ved at det legges vesentlig vekt på den alvorlige integritetskrenkelse som et video-opptak av en arbeidstaker innebar, bygger avgjørelsen opp om arbeidstakeres rett til vern mot inngrep i personlig integritet.⁸ Avgjørelsen synes således å være på linje med de utviklingstendenser som her gjør seg gjeldende, også på det internasjonale plan.⁹

Rt. 1991 s. 616 dreide seg i utgangspunktet om et straffeprosessuelt spørsmål; spørsmålet om adgangen til å avskjære som bevis et video-opptak

⁷ For ordens skyld nevnes at det senere er vedtatt lovendringer, slik at ulovlig video-opptak av bl.a. arbeidssted nå blir rammet både av personregisterlovens § 37 a og strl. § 390 b, jfr. lovendringer av 11. juni 1993 nr. 78, og nedenfor i avsnitt 11.8.

⁸ Avgjørelsen i Rt. 1991 s. 616 er senere fulgt opp i kjennelse av Agder lagmannsrett av 5. oktober 1992 i sak 92-655 K, hvor arbeidsgiver under en avskjedssak ble nektet å føre video-opptak som bevis. Video-opptaket var gjort uten at de ansatte var gjort kjent med at video var montert og at opptak ble gjennomført. Lagmannsretten bemerket bl.a. at det ”er ingen grunn til å vurdere spørsmål om avskjæring av den type av bevis annerledes i rene avskjedssaker enn dersom det er tale om straffesaker, ikke minst fordi dette vil kunne motvirke denne form for krenkelser, slik Høyesterett har fremhevet betydningen av.” Lagmannsrettens kjennelse ble påkjært til Høyesteretts Kjæremålsutvalg, som ved kjennelse av 10. des. 1992 (Inr. 714 K/1992, jnr. 418/1992 forkastet kjæremålet fordi det ikke ble funnet å foreligge saksbehandlingsfeil. (Avgjørelsen er ikke referert i Rt.).

⁹ Jfr. Henning Jakhelln: *Menneskerettighetene*, Grunnlovens § 110 c og arbeidsretten, i Njål Høstmælingen [red.]: *Gjennomføring av internasjonale menneskerettigheter i norsk rett* (1996) s. 176 flg. [inntatt i Henning Jakhelln: *Rettslige studier IV* (Universitetsforlaget 2000) s. 1720 flg.] med videre henvisninger til det betydelige arbeid som pågår innenfor ILO med henblikk på beskyttelse av arbeidstakeres personlige data, overvåkning på arbeidsplassen og regulering av prøver på arbeidsplassen. Ytterligere kan merkes EU's personvern direktiv 95/46/EØS av 24. okt. 1995, som i art. 1 nr. 1 fastsetter at medlemsstatene skal sikre ”beskyttelsen af fysiske personers grundlæggende rettigheder og frihedsrettigheder, især retten til privalivets fred, i forbindelse med behandling av personoplysninger”. I den engelske tekst benyttes uttrykket ”their right to privacy”.

som arbeidsgiver hadde foretatt av en arbeidstaker på arbeidsplassen, men uten at arbeidstakeren var kjent med at det ble foretatt et slikt video-opptak. Høyesterett kom til at video-opptaket måtte avskjæres som ulovlig ervervet bevis. Det måtte konstateres at straffelovens bestemmelser, arbeidsmiljølovens bestemmelser eller bestemmelsene i personregisterloven neppe var direkte anvendelige. Høyesterett viste imidlertid til at hemmelig overvåkning av ansatte fremtrådte som et alvorlig inngrep i arbeidsmiljøet, og viste videre til at de forskjellige lovbestemmelser på ulike måter tok sikte på å verne om den personlige integritet. ”Selv om det kan være noe diskutabelt om hemmelige video-opptak på arbeidsplassen rammes av positive lovbestemmelser, er det etter min oppfatning klart at fremgangsmåten medfører et slikt inngrep i den personlige integritet at den ut fra almindelige personvern hensyn i utgangspunktet bør ansees uakseptabel. Dette må etter min mening være tilstrekkelig til at et slikt bevis i denne sammenheng bedømmes under synsvinkelen ulovlig ervervet bevis” (Rt. 1991 s. 616, på s. 623).

Merkes kan også RG 1993 s. 77 Asker og Bærum, hvor administrerende direktør hadde gått inn på arbeidstakerens private brukerområde i bedriftens databaserte postsystem. Siden dette var gjort uten at den ansatte på forhånd blir gjort oppmerksom på at arbeidsgiver hadde en slik adgang, måtte forholdet ut fra alminnelige personvernregler anses som et inngrep i den personlige integritet. Retten fant at det var uberettiget av administrerende direktør å gå inn på arbeidstakerens private brukerområde i bedriftens databaserte postsystem. I brukerveiledningen for den type postsystem som bedriften hadde var A0-filen beskrevet som ”privat”, og det var også angitt at ingen andre kunne få inngang på dette området med mindre de hadde lese- eller skrive-tilgang til den aktuelle disk. Retten la til grunn at bedriften måtte ha anledning til å gå inn på den enkelte arbeidstakers private brukerområde ”dersom bedriften har fastsatt regler eller instruks som gir ledelsen en slik rett, og de ansatte er kjent med disse reglene” (s. 84). Det forhold ”at ledelsen uten de ansattes viten går inn på de ansattes ”private” område på dataanlegget [må] anses som et inngrep i den personlige integritet. Retten ser det slik at det er en viktig side ved det ulovfestede personvern at den enkelte er klar over hva andre vet om en selv. Dette innebærer også at en ansatt skal kjenne til hvilke opplysninger og dokumenter arbeidsgiver har tilgang til. Retten finner således at det å gå inn på ansattes private fil på dataanlegget, uten at den ansatte på forhånd blir gjort oppmerksom på det i form av instruks, ved alminnelig kjent praksis eller ved innhenting av samtykke, må regnes som en krenkelse av de krav på beskyttelse av privat informasjon som arbeidstaker må ha overfor arbeidsgiver” (s. 85).

3.2 Arbeidsmiljøloven av 4. februar 1977 nr. 4

Arbeidsmiljøloven har ingen regler som direkte regulerer arbeidsgivers adgang til å kontrollere sine ansatte. Indirekte setter loven grenser for arbeidsgivers kontrolladgang i reglene om tilrettelegging av arbeidet jf arbeidsmiljølovens § 12. Det følger av arbeidsmiljølovens § 12 nr. 1 at de ansatte ikke skal utsettes for blant annet psykiske belastninger under utførelsen av sitt arbeid. Det følger av arbeidsmiljølovens § 12 nr. 1, siste punkt at arbeidstakerne ikke skal utsettes for trakassering eller annen utilbørlig oppreden. Arbeidsmiljølovens § 12 nr. 2, 4. ledd¹⁰ sier at arbeidet skal tilrettelegges på en slik måte at den ansattes verdighet ikke krenkes.

Stadige kontroller og måten kontroller blir utført på kan for noen arbeidstakere utgjøre en psykisk belastning.

3.3 Kollektive avtaler

Begrensninger i arbeidsgivers kontrolladgang følger også av kollektive avtaler. I praksis er disse bestemmelsene en lovfesting av Arbeidsrettens praksis.

Hovedavtalen mellom LO-NHO – § 9, pkt. 2 – pålegger partene en informasjons- og drøftelsesplikt ved innføring av kontrolltiltak.

I tilleggssavtale V – Avtale om kontrolltiltak i bedriften – til Hovedavtalen LO-NHO [1994] er det i punkt 1 fastsatt:¹¹

”Kontrolltiltak kan ha sitt grunnlag i tekniske, økonomiske, sikkerhets- og helsemessige omstendigheter, samt andre sosiale og organisatoriske forhold i bedriften. Tiltak som innføres skal ikke gå ut over det omfang som er nødvendig, og må være saklig begrunnet i den enkelte bedrifts virksomhet og behov.”

I punkt 2 er det ytterligere fastsatt:

”Alle ansatte eller grupper av ansatte skal stilles likt i forhold til den kontroll som gjennomføres i henhold til pkt. 1.”

Det som her er fastsatt i tilleggssavtale V, må i hovedsak kunne karakteriseres som en sammenfatning av de resultater Arbeidsretten var kommet frem til i

¹⁰ Det fremgår av Innst. O. 2/1994–95 s. 18 at bestemmelsen er motivert med sikte på bruk av påkledning som er kjønnsdiskriminerende, eller som gir inntrykk av en nedsettende eller krenkende holdning, og hvor ”toppløs servering” er nevnt som et eksempel. Bestemmelsen er imidlertid utformet helt generelt, og må derfor antas å ha en vesentlig videre rekkevidde enn de spesielle forhold som knytter seg til de ansattes påkledning m.v.

¹¹ Denne tilleggssavtale ble første gang vedtatt i tilknytning til Hovedavtalen av 1982 mellom Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Arbeidsgiverforening.

sin praksis, og vil derfor kunne legges til grunn også utenfor det område hvor Hovedavtalens bestemmelser direkte gjelder.

Videre må merkes Hovedavtalen LO-NHO [1994] § 9–13 nr. 2, hvor det bl.a. er fastsatt, at hvis ”direkte og kontinuerlig TV-overvåking av den enkelte ansatte i arbeidssituasjonen er aktuell, skal hensikt og behov klarlegges. Slik overvåking bør i størst mulig utstrekning unngås. Krav til saklighet i lov om personregister m.m. må håndheves.”¹²

Hovedavtalen mellom Norges Arbeidsgiverforening for Virksomheter med Offentlig tilknytning (NAVO) og Landsorganisasjonen i Norge v/ LO-Stat [1996] § 37 nr. 2 er etter ordlyden ennu mer restriktiv; ”direkte og kontinuerlig TV-overvåking av den enkelte ansatte i arbeidssituasjonen” må bare skje i den utstrekning det er ”tvingende nødvendig”.

3.4 Rettspraksis om grensen for arbeidsgivers kontrolladgang

Arbeidsretten har ved flere anledninger tatt standpunkt til kontrolltiltak m.h.t. overholdelsen av fastsatt arbeidstid. Allerede i ARD 1918–19 s. 233 la Arbeidsretten til grunn at arbeidsgiver kunne innføre bruk av stemplingsur for å kontrollere at arbeidstiden ble overholdt, og de ansatte fikk ikke medhold i at arbeidstiden måtte forkortes med den tid det tok å passere stemplingsuret. Tilsvarende kan merkes ARD 1950 s. 16, ARD 1958 s. 19 og ARD 1968 s. 44. Likedan har Arbeidsretten lagt til grunn at arbeidsgiver også måtte ha rett til å bestemme hvor ofte kontrollen med arbeidstiden skulle finne sted, jfr. ARD 1940 s. 17, og at arbeidstakerne ikke hadde rett til å nekte at inn- og utstempling ble foretatt i arbeidstøy og ikke i gangklær, jfr. ARD 1959 s. 1.

Arbeidsgivers kontrolladgang omfatter ikke bare selve arbeidstiden, men også forhold for øvrig som gjelder anvendelsen av arbeidstiden og utførelsen av arbeidet. Arbeidsgiver kan således gjennomføre tiltak som tar sikte på en mer effektiv bruk av arbeidstiden, f.eks. gjennom arbeids- og tidsstudier, eller bruk av jobbstempling. Tilsvarende gjelder tiltak som tar sikte på å gi et bedre grunnlag for planlegning av rasjonaliseringstiltak m.v.

I ARD 1958 s. 189 uttalte Arbeidsretten således bl.a. at ”bedriften har rett til å gjennomføre studier til analyser av produksjonen, herunder også arbeids- og tidsstudier med ytelsesvurdering.” Tilsvarende gjelder innføring av jobbstempling med sikte på å fremme og effektivisere planlagt vedlikeholdsarbeid, jfr. ARD 1961 s. 90, og ARD 1971 s. 49 om tiltak som tar sikte på å gi et bedre grunnlag for planlegning av rasjonaliseringstiltak m.v.

Videre vil arbeidsgiver kunne gjennomføre tiltak som tar sikte på kontroll med bedriftens omsetning m.v.,¹³ og kontrolltiltak i forbindelse med inn- og

¹² Tilsvarende bestemmelse ble første gang vedtatt i Hovedavtalen av 1982 mellom Landsorganisasjonen i Norge og Norsk Arbeidsgiverforening, § 6 nr. 7.

¹³ Jfr. ARD 1937.114 om innføring av et system ved en restaurant som innebar at kelnerne for hver bestilling skulle føre spesifisert regning på en såkalt paragonblokk, forsynt med

utpassering fra bedriftens område for å sikre at personer ikke bringer med seg noe som tilhører bedriften. Arbeidsretten har således lagt til grunn at arbeidsgiver i en viss utstrekning vil kunne pålegge de ansatte og andre som arbeider ved virksomheten veskekontroll ved inn- og utpassering av bedriftens område, jfr. ARD 1951 s. 201, og har også lagt til grunn at det forsåvidt kan foretas stikkprøvekontroll av de ansattes private kjøretøyer, jfr. ARD 1978 s. 110.

ARD 1951 s. 201 gjaldt bryggerier m.v. som hadde innført en kontrollordning som innebar at alle som passerte ut av bedriftene skulle trykke på en knapp, og ved rødt lys skulle vedkommende være underkastet veskekontroll m.v. I protokoll mellom arbeidsgiverforeningene (NAF og BAF) og de ansattes forbund (NNN) var bl.a. bestemt: ”Kontrollen skal omfatte samtlige som passerer ut av bedriftene (herunder også eks.vis kunder som har hentet varer) og søkes gjennomført så effektivt som mulig.” Arbeidsretten bemerket bl.a. ”at installasjonsfirmaene har tariffmessig rett til å lede og fordele arbeidet, og at de derfor har rett til å kreve at de arbeidere som sendes ut til bryggeriene underkaster seg den personkontroll bryggeriene forlanger gjennomført for å gi elektromontørene adgang til sine bedrifter” (s. 206).

I ARD 1978 s. 110 hadde bedriften innført en ordning med stikkprøvekontroll av de ansattes privatbiler når de forlot bedriftens område. Arbeidsretten viste til tidligere avgjørelser i ARD 1937 s. 114, 1951 s. 201, 1958 s. 189, 1959 s. 1 og 1968 s. 44, hvorefter det var ”fastslått at bedriftene i kraft av sin styringsrett har tariffrettslig adgang til å iverksette kontrolltiltak av forskjellig karakter overfor arbeidstakerne. Vilåret for at det foreligger en slik adgang er imidlertid at det saklig sett er behov for vedkommende kontrolltiltak og at tiltaket ikke praktiseres vilkårlig, i det mening at man uten reell begrunnelse setter enkelte arbeidstakergrupper i en særstilling. I denne forbindelse er dessuten å merke at kontrolltiltak ikke på tariffrettslig holdbar måte kan innføres med mindre informasjons- og drøftelsesplikten i Hovedavtalens § 9 punkt 2 er blitt loyalt etterlevet. – Etter det opplyste må det videre antas at bedriftens vurdering av behovet for enkeltvis stikkprøvekontroll av de ansattes kjøretøyer på ingen måte kan tilsidesettes som åpenbart grunnløs eller som motivert av utenforliggende hensyn. Endelig kan det ikke sees at den praktiserte kontroll etter sin karakter påfører arbeidstakerne ulemper av en slik størrelsesorden at kontrollen av den grunn er tariffrettslig angripelig” (s. 114–115).

gjennomslag. Regningen skulle leveres den betalende gjest og gjennomslaget tas vare på og leveres ved oppgjøret om kvelden. Gjennomslagenes beløp skulle tilsvare de beløp som i dagens løp var gjort på kassa-registeret. Arbeidsretten uttalte bl.a.: ”Det må være et naturlig behov for bedriften å kunne føre effektiv kontroll med, at dens kunders betaling svarer til de bestillinger, som er gjort. Adgang til å anvende den fremgangsmåte, som bedriften finner tjenlig i dette øiemed, må tilkomme bedriften som et direkte utslag av den beføielse til å lede arbeidet, som i sin almindelighet må ligge i bedriftens hånd.”

Som det fremgår av ARD 1978 s. 110 la Arbeidsretten også til grunn at det gjelder begrensninger m.h.t. arbeidsgivers kontrolladgang. Det må saklig sett være behov for vedkommende kontrolltiltak, slik at det ikke må være åpenbart grunnløst eller motivert av utenforliggende hensyn. Dessuten må tiltaket ikke praktiseres vilkårlig, slik at enkelte arbeidstakergrupper uten reell begrunnelse settes i en særstilling. Videre må kontrolltiltaket ikke påføre arbeidstakerne ulemper av en slik størrelsesorden at kontrollen av den grunn blir urettmessig. Det må også merkes at Arbeidsretten i ARD 1959 s. 1 presiserte at arbeidsgiver ikke kan pålegge kontrolltiltak som går utover det som er formålet, eller som er åpenbart uegnet til å fremme formålet, eller som i utrensmål griper inn i arbeidernes fritid.

Hensynet til beskyttelsen av det enkelte individs integritet er også kommet til uttrykk i Høyesteretts praksis på en rekke ulike rettsområder. De to sentrale dommene fra Høyesterett om grensen for arbeidsgivers kontrolladgang er gjennomgått foran: Rt. 1986 s. 1250 om Diakonhjemmets sosialhøgskole som hadde fastsatt personalpolitiske retningslinjer med krav om at hovedtyngden av personalgruppen skulle være bekjennende kristne og Rt. 1991 s. 616 om adgangen til å avskjære som bevis et video-opptak som arbeidsgiver hadde foretatt av en arbeidstaker uten dennes vitende.

En underrettsdom som allerede er nevnt er dommen fra Asker og Bærum herredsrett RG 1993 s. 77, hvor en administrerende direktør hadde gått inn på arbeidstakerens private brukerområde i bedriftens databaserte postsystem.

En annen interessant dom om problemstillinger som følge av den nye informasjonsteknologien er fra Hedmarken herredsrett som avsa dom¹⁴ den 12. juli 2000. Dommen er påanket og er således ikke endelig. Dommen reiser imidlertid interessante problemstillinger vedrørende forholdet mellom en arbeidstakers personvern og arbeidsgivers kontrolladgang og dommen blir derfor gjennomgått i det følgende. Det faktiske forhold var at en driftskonsulent ved en it-avdeling fikk avskjed etter totalt 28 års ansettelse i virksomheten. Begrunnelsen for avskjeden var at han hadde brutt bedriftens arbeidsreglement om bruk av datautstyr etter å ha lastet ned musikk fra internett. Totalt ble 1 500 filer med musikk funnet på arbeidstakerens maskin.

Retten bemerket at det fra ledelsens side ikke hadde vært foretatt noen klar grensesetting mot privat bruk eller håndhevelse av forbudet. Vitner hadde fortalt at det var registrert ulik privat bruk av internett som avislesing, søk på internett, nedlasting av program til privat bruk og betaling av regninger over internett. Det hadde vært en oppfatning om at dette hadde vært akseptert av ledelsen, og ledelsen hadde heller ikke reagert på slik bruk. Retten fant på den bakgrunn at arbeidstakerens nedlasting fra nettet ikke utgjorde tilstrekkelig grunn for avskjed, men at det var tilstrekkelig grunn for oppsigelse. Retten

¹⁴ Sak nr 00-00156 A.

uttalte i den sammenheng at nedlastingen oversteg i betydelig grad det som måtte antas å være sedvanlig tolerert bruk i bedriften og i så måte representerte forholdet et klart tillitsbrudd. Videre la retten vekt på at en driftskonsulent ved en it-avdeling i særlig grad plikter å kjenne reglene.

Retten fant videre at bedriftens logging av dataanlegget ikke var i strid med personregisterforskriftens¹⁵ § 2–20, i det retten la til grunn at loggingen ble foretatt for å vurdere mulig endring av trafikken for å bedre linjekapasiteten. Retten la heller ikke vekt på at virksomheten,

”antagelig urettmessig, tok utskrift fra arbeidstakerens harddisk, i det det var arbeidstakerens erkjennelse og ikke utskriften som var grunnlaget for oppsigelsen”.

Rettens begrunnelse på dette punktet synes noe problematisk. Hvis ikke arbeidsgiver hadde skaffet seg en utskrift, ville de antagelig heller ikke fått noen umiddelbar tilståelse fra arbeidstakeren. Avgjørelsen er illustrerende for den vanskelige grensen i praksis mellom lovlig og ulovlig overvåkning og lovlig og ulovlig ervervelse av bevis.

En annen dom som også dreide seg om en arbeidstakers nedlasting fra internett og over på arbeidsgivers datamaskin ble avsagt av Bergen byrett den 21. juni 2000.¹⁶ Spørsmålet for retten var om avskjeden var gyldig, jf Tjenestemannslovens¹⁷ § 15, 1. ledd. Universitetet i Bergen hadde oppdaget at det var lastet ned store mengder porno fra internett til brukerområdet tilhørende en av avdelingsingeniørene på IT-avdelingen på Universitetet. Universitetet anførte som begrunnelse for avskjeden blant annet sitt behov som institusjon for å ha et plettfritt rykte. Universitetet anførte at arbeidstakeren ved å lagre pornografisk materiale på Universitetets EDB-anlegg hadde opptrådt på en måte som var egnet til å svekke Universitetets anseelse utad. Det ble ført bevis for retten at det ikke er vanskelig å etterspore en brukers (Universitetets) identitet ved nedlasting av filer fra internett. Universitetet fikk rettens medhold i disse synspunktene. Retten uttalte i den anledning:

”Retten konkluderer etter dette med at saksøkerens nedlasting og lagring av et betydelig pornografisk materiale, i overkant av 3. 300 billedfiler, på Universitetets EDB-anlegg, uten Universitetets tillatelse, må anses

¹⁵ Forskrift 1979-12-21 22 JD – Forskriftens § 2-20 har følgende ordlyd: ”§ 2-20 Aktivitetslogg i et EDB-system eller datanett. Register over aktiviteter (hendelser) internt i et edb-system eller datanett, samt register over disposisjoner til ressurser internt i systemet unntas fra konsesjonsplikten etter personregisterloven § 9 første ledd.

Registeret kan bare brukes til administrasjon av systemet, og til å avdekke/oppklare brudd på sikkerheten i edb-systemet.”

¹⁶ Sak nr 99-00385 A/01. Dommen er ikke påanket.

¹⁷ Lov om Statens tjenestemenn av 04.03.1983, nr. 3.

som utilbørlig adferd som innebærer at saksøkeren derved har brutt ned den tillit som er nødvendig for den stilling han har innehatt, slik at vilkårene for avskjed etter Tjenestemannslovens § 15, 1. ledd b er til stede.”

Verken den avskjedigedes advokat eller retten kom inn på problemstillinger rundt personvern i forbindelse med at Universitetet hadde gått inn på arbeidstakerens brukerområde på serveren.

De begrensninger i arbeidsgivers kontrolladgang som er utviklet i rettspraksis, og som gjenspeiles i arbeidsmiljøloven og de ovennevnte kollektive avtaler, hviler på de samme hensyn som ligger bak de alminnelige prinsipper om personvern;¹⁸ beskyttelsen av den enkeltes personlige integritet. Det er de samme hensyn som også personregisterloven¹⁹ og den nye personopplysningsloven²⁰ bygger på.

3.5 Personvernlovgivning

Kapittel 3.5.1 sier innledningsvis noe om de hensyn og praktiske utfordringer som den nye teknologien fører med seg i forhold til personvern. Deretter gjennomgås hovedreglene i personregisterloven i kapittel 3.5.2 og den nye personopplysningslovens regler i kapittel 3.5.3.

Personregisterloven er vedtatt opphevet fra 01.01.2000, samme dato som den nye personopplysningsloven skal tre i kraft. Personregisterlovens regler gjennomgås for nettopp å vise hvordan de grunnleggende hensyn som styrer grensene for arbeidsgivers kontrolladgang er videreført i den nye loven. Den nye personopplysningsloven er dels en videreføring og videreutvikling av personregisterloven, men inneholder også en del nye regler. En vesentlig endring med den nye loven er innføringen av et system med meldeplikt for alle som behandler personopplysninger og med etterfølgende kontroll i regi av Datatilsynet i motsetning til personregisterlovens system med krav om forhåndskontroll og konsesjon fra Datatilsynet. Den nye personopplysningsloven er en implementering av EU's personverndirektiv 95/46 EØF.

¹⁸ Uttrykket personvern brukes her i den noe bredere betydning som uttrykket personlighetens rettsvern innebærer. Av rettspraksis som knytter seg til personvernet på det generelle plan nevnes særlig avgjørelsene i Rt. 1952 s. 1217 (filmatisering av drap på en lensmann), Rt. 1967 s. 1373 (reservasjonsrett for fagforeningsmedlemmer overfor vedtak i fagorganisasjon om obligatorisk hjemforsikring) og Rt. 1977 s. 1035 (pasienters rett til innsyn i egen sykejournal). Om terminologien kan for øvrig merkes Ole Tokvam: Personvern og straffesansvar – straffelovens § 390 (Complex 4/1995), med videre henvisninger.

¹⁹ Lov om personregistre av 09.06.1978 nr. 48.

²⁰ Lov om personvern av 14.04.2000 nr. 31. Loven er vedtatt å trå i kraft 01.01.2000. Personregisterloven er vedtatt opphevet fra samme dag.

3.5.1 Informasjonsteknologi og økt fleksibilitet

Ny teknologi og mer fleksible ordninger av arbeidstid og arbeidsutførelse har i praksis ført til et behov for ytterligere presisering av grensene for arbeidsgivers kontrolladgang. Med ny teknologi tenkes spesielt på data- og it-systemer, men også kameraovervåkning og nye metoder for medisinsk testing. En konsekvens av den nye teknologien er at den har gitt helt andre muligheter for å kontrollere enn hva som tidligere ville vært praktisk mulig. Kontrollsystemer følger ofte med når virksomheter kjøper telefon- og datasystemer eller systemer for adgangskontroll eller tidsregistrering. Potensialet for overvåkning i arbeidslivet er således stort. En bedrift kan ved en enkel sjekk av virksomhetens nettsystem se hvilke datamaskiner som er lastet med bilde- eller musikkfiler. Veien fra den enkelte maskin i nettet og videre til arbeidstakeren som bruker maskinen er kort. De elektroniske adressene gjør det lett å spore hva en arbeidstaker har brukt tiden sin til.

Den nye teknologien har på den annen side gitt arbeidstakere muligheter til å utføre private gjøremål i arbeidstiden i en helt annen utstrekning enn hva som tidligere var praktisk mulig. Ved hjelp av internett kan ansatte hente informasjon til privat bruk om for eksempel bil, båt eller hus eller betale private regninger over nettet. Mye av det som før var så privat at det aldri ville ha blitt tatt med på jobb, er i dag til stede fordi det lett kan hentes ned fra internett. Den nye teknologien har ført til at skillet mellom arbeidstid og fritid er blitt mindre tydelig. Videre gjør bærbare PC'er og mobiltelefoner det lettere å jobbe fra andre steder enn den tradisjonelle arbeidsplass hos arbeidsgiver. Dette er ytterligere en side ved den nye teknologien som gjør at skillet mellom arbeidstid og fritid er mindre tydelig.

Et eksempel som viser hvor vanskelig det kan være å finne grensen for arbeidsgivers kontrolladgang er den gamle regelen om at private brev er andre uvedkommende. Overført på elektronisk post/e-mail reiser spørsmålet seg om i hvilke tilfeller kan man vite hvilken post som er privat og hva slags post som "tilhører" virksomheten. I realiteten er ikke de fleste arbeidstakere utstyrt med to e-mail adresser, en for privat og en for virksomhetsrelatert post. De fleste arbeidsgivere aksepterer privat bruk av virksomhetens e-mail system. I praksis kan det vise seg adskillig vanskelig å vite hva som er privat og hva som ikke er privat post. Tradisjonelt er private filer blitt tolket som alt merket med "eget navn", eller ordet "privat" eller noe annet som "tydelig må oppfattes som privat"²¹. En e-mail med navn "I love you" ville tidligere helt klart bli ansett som privat, men etter vårens heftige omfavelse av "I love You" – viruset er vel heller ikke det sikkert lenger.

Som det følger av ovenstående fordrer den økte fleksibiliteten klare avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om bruk av utstyret på jobb og privat.

²¹ I følge muntlige opplysninger fra Datatilsynet.

Det er ikke uvanlig at virksomheter har som policy ved sykefravær at nærmeste overordnede går inn og sjekker vedkommendes e-mail for å fange opp eventuelle henvendelser til virksomheten og serve kundene. Forutsetningen er i disse tilfellene at kontrolltiltaket er nødvendige og at de ansatte er informert om en slik praksis gjennom interne regler eller personalhåndbøker. Når de ansatte er informert, har de anledning til å innrette seg deretter og derved ivareta sin personlige integritet²².

Det er arbeidsgiver som eier utstyret og betaler for løpende drift. Som en del av driften av et nettsystem vil kontroller for å se hvor effektiviteten i nettet kan økes være naturlig. I den anledning vil overskuddsinformasjon i form av kunnskap om enkelte ansattes konkrete bruk av nettet lett bli et sideresultat av en driftsundersøkelse.

Vi er da over i årsaken til hvorfor det er så lite rettspraksis om personvern og arbeidsgivers kontrolladgang. I praksis er det antagelig ikke sjeldent at arbeidsgivere finner, nettopp i form av overskuddsinformasjon etter drifting av nettet, at en bestemt arbeidstaker ikke har utvist "ønsket adferd". Arbeidsgiver har skaffet seg "beviset" og etter en samtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver blir partene "enige" om at arbeidsforholdet opphører. Sakene "løses" derved utenfor rettsapparatet.

Det følger av den rettspraksis vi har pr. i dag at så lenge arbeidsgiver varsler om at privat bruk av en virksomhets utstyr er forbudt, eller at privat bruk er tillatt i en begrenset utstrekning, og samtidig varsler om at kontroller vil finne sted, så er dette kontrolltiltak arbeidstaker må finne seg i, jf også RG 1993 s. 77. Forutsetningen er i så fall at det er et saklig behov for å kontrollere og kontrolltiltakene er egnet og ikke utføres vilkårlig.

De uklare grensene mellom jobb og fritid har i praksis ført til et behov for presisering av skillet mellom henholdsvis lovlig og ulovlig kontroll fra arbeidsgivers side, samt en presisering i forhold til lovlig og ulovlig bruk av en bedrifts data- og nettverk. Overtredelse av strafferettslige regler i forbindelse med nedlasting fra internett blir ikke behandlet i denne artikkelen.

Grensen for hva som er tillatt bruk av en virksomhets datautstyr og nettilgang for en arbeidstaker fremgår av lovregulering og den enkelte virksomhets interne instruksjoner/arbeidsreglement. Grensene for arbeidsgivers adgang til å kontrollere sine ansatte via virksomhetens data og nettsystem følger av allmenne rettsprinsipper om vern av den personlige integritet generelt og personregister- og personopplysningslovens regler med tilhørende forskrifter spesielt.

²² Jf også Rt. 1990 s 1008 – Spørsmålet var om påtalemyndigheten urettmessig hadde brukt et fotografi tatt ved automatisk trafikkontroll som bevis for også andre straffbare forhold enn trafikkforseelsen. Høyesterett fant at personvern hensyn ikke var avgjørende. Skilting varslet at veien var overvåket ved automatisk trafikkontroll og bilføreren kunne derved ha unngått at fotografi ble tatt og på den måten ivaretatt sitt personvern.

3.5.2 Personregisterloven av 09.06.1978 nr. 48

Etter lov av 9. juni 1978 nr. 48 om personregistre § 6 første ledd må registrering av personopplysninger være saklig begrunnet ut fra hensynet til virksomheten i det organ som foretar registreringen. Dette saklighetskrav gjelder generelt for alle registre,²³ og omfatter således også arbeidsgiveres personalregistre.

Etter § 1 annet ledd omfatter personopplysninger alle opplysninger og vurderinger som direkte eller indirekte kan knyttes til identifiserbare enkeltpersoner m.v. Personregistre er registre, fortegnelser m.m. der personopplysninger er lagret systematisk slik at opplysninger om den enkelte person kan gjenfinnes. Etter § 7 har som hovedregel enhver rett til å få opplyst hvilke opplysninger om dem selv som lagres eller bearbeides ved elektroniske hjelpemidler.

Etter § 6 annet ledd må nærmere angitte opplysninger bare registeres i den utstrekning ”det er nødvendig”. Dette nødvendighetskrav er således ikke et generelt krav, men vil – iallfall for så vidt gjelder personalregistre – følge av det generelle saklighetskrav i § 6 første ledd.²⁴

Medmindre det er nødvendig, må det etter § 6 annet ledd ikke registreres (1) opplysninger om rase, eller politisk eller religiøs oppfatning, (2) opplysninger om at en person har vært mistenkt, tiltalt eller dømt for straffbart forhold, (3) opplysninger om helseforhold eller misbruk av rusmidler, (4) opplysninger om seksuelle forhold, eller (5) andre opplysninger om familieforhold enn slike som gjelder slektskap eller familiestatus, formuesordningen mellom ektefeller og forsørgelsesbyrde.²⁵

Etter § 9 første ledd kreves konsesjon, bl.a. for å opprette personregistre som skal gjøre bruk av elektroniske hjelpemidler. Slik konsesjon gis av Data-tilsynet. I forskrift kan det imidlertid fastsettes at visse typer personregistre skal være unntatt fra konsesjonsplikten, jfr. § 9 annet ledd, og slikt unntak er

²³ Jfr. Eirik Dønne, Tove Grønn og Tor Hafli: Personregisterloven med kommentarer (1987) s. 47.

²⁴ Nødvendighetskravet i § 6 annet ledd ”skjerper kravet til relevans for en del typer opplysninger som må ses som særlig følsomme. Slike opplysninger må ikke registreres med mindre det er direkte nødvendig”, jfr. Ot.prp. 2/1977-78 s. 73.

²⁵ I EU's personvernordning 95/46/EF av 24. okt. 1995, er det i art. 8 nr. 1 fastsatt at medlemsstatene skal forby behandling av personopplysninger om rasemessig eller etnisk bakgrunn, politisk eller religiøs overbevisning, fagforeningsmessig tilknytningsforhold og opplysninger om helsemessige og seksuelle forhold. Dette forbud får imidlertid etter art. 8 nr. 2 (b) ikke anvendelse dersom behandlingen av slike personopplysninger ”er nødvendig for overholdelsen af den registeransvarliges arbejdsretlige forpligtelser og specifikke rettigheder, for så vidt den er tilladt ifølge nationale lovbestemmelser, som fastsætter de fornødne garantier”. I dansk praksis har Registertilsynet i 1984 ansett det for akseptabelt at det registreres hvorvidt en ansatt er medlem av en fagorganisasjon, og om vedkommende ivaretar tillits- og styreverv, likevel slik at slike verv ikke kan konkretiseres, jfr. Peter Blume: Personregistrering (Kbh. 1992) s. 42.

bl.a. fastsatt for registre over ansatte (personalregistre). I forskrift av 21. des. 1979 nr. 22 til personregisterloven er i kap. 2 fastsatt unntak fra konsesjonsplikten etter lovens § 9 første ledd for nærmere angitte personregistre, blant annet dersom registeret bare inneholder nærmere angitte persondata. De persondata som slike elektroniske registre således kan inneholde, er (1) navneopplysninger, (2) adresseopplysninger, (3) vedkommendes telefonnummer m.v., (4) fødselsnummer e.l., (5) type ansatt m.v., (6) kjønn, (7) nærmeste pårørende, (8) sivilstand, (9) stillingsbetegnelse, (10) yrkesopplysninger som etter tariffavtale eller overenskomst har betydning for lønns- og arbeidsvilkår, (11) opplysninger om utdanning og praksis, (12) lønnsopplysninger m.v., (13) bankkontonummer, (14) pensjonsopplysninger, (15) trekk- og skatteopplysninger, (16) ansettelses- og sluttdato, permisjoner o.l., (17) dødsdato, (18) fraværsgang, type av fravær og varighet, men angivelse av sykdommens art tillates ikke registrert ut over det som er pålagt etter arbeidsmiljølovens § 20,²⁶ (19) firmabil e.l., (20) utlånte eiendeler, (21) lån til ansatte eller garanti for lån,²⁷ (22) opplysning om den ansatte er mobiliseringsdisponert (ja/nei), eventuelt militært løpenummer, grad, og rulleførende avdeling.²⁸

Etter forskriftens § 2–12 annet ledd kan det, i tillegg til de ovennevnte opplysninger, i slike registre også tas inn opplysninger som er pålagt i medhold av gjeldende lovgivning ”eller avtaler mellom partene i arbeidslivet”.

Elektronisk adgangskontroll av ansatte krever konsesjon dersom slik kontroll innebærer at opplysninger om inn- og utpassering registreres slik at ordningen kan benyttes til kontroll av de ansattes arbeidsinnsats. Slik registrering omfattes ikke av unntakene i forskriftens § 2–12 første ledd. Avtale mellom partene i arbeidslivet etter § 2–12 annet ledd vil imidlertid kunne medføre at konsesjon likevel ikke er nødvendig.²⁹

²⁶ I dansk praksis har det vært godtatt at helseopplysninger kan registreres for vaktpersonale, og for sjøfolk av hensyn til sikkerhetskrav, og at kroniske eller langvarige sykdommer registreres hvor det er tale om ”en situation, hvor arbejdsgiveren efter dagpenge-lovens § 12 kan blive fritaget for dagpengepligt”, jfr. Peter Blume: Personregistrering (Kbh. 1992) s. 45 og s. 46.

²⁷ Se også Peter Blume: Personregistrering (Kbh. 1992) s. 42, som for dansk rett opplyser at det normalt ikke vil være akseptabelt å registrere opplysninger om arbeidstakernes private økonomi.

²⁸ I dansk praksis har det vært godtatt at det registreres om en arbeidstaker har vært fritatt for verneplikt, men ikke når årsaken til dette er ”en af de følsomme oplysninger”. Der er også godtatt at en bank registrerte opplysninger om personalets forpliktelser m.h.t. verneplikt ”for at kunne overskue, hvorledes banken ville være stillet i en krise- og krigssituation”, jfr. Peter Blume: Personregistrering (Kbh. 1992) s. 46 og s. 41.

²⁹ Jfr. Eirik Djønn, Tove Grønn og Tor Hafli: Personregisterloven med kommentarer (1987) s. 97–98, som opplyser at konsesjon vanligvis gis på vilkår om at registrering bare kan oppbevares i to måneder, og at opplysninger skal tas ut av sikkerhetsansvarlig og tillitsvalgt sammen, samt at opplysningene brukes i sikkerhetsarbeidet og ikke til oppfølging av personalets arbeidsinnsats. Vanlig flexitidskontroll kan skje uten samtykke fra datatilsynet.

Det er grunn til å fremheve at det generelle saklighetskrav etter personregisterlovens § 6 første ledd får anvendelse også for de personalregistre som ikke krever konsesjon, og for de personalregistre som krever konsesjon eller hvor konsesjon er gitt på nærmere fastsatte vilkår. Det forhold at nærmere angitte opplysninger om arbeidstakere kan registreres uten konsesjon, eller som kan registreres i h.t. en meddelt konsesjon,³⁰ innebærer derfor ikke at saklighetskravet kan fravikes.³¹ Siden dette saklighetskravet gjelder generelt, må tilsvarende legges til grunn i den utstrekning det etter forskriften til personregisterloven er gitt adgang til registrering av opplysninger etter ”avtaler mellom partene i arbeidslivet”.

Arbeidsgiver kan således ikke uten videre registrere samtlige av de opplysninger som etter oppregningen i forskriftens § 2–12 kan registreres uten konsesjon, men vil måtte vurdere om det er tale om opplysninger som det ut fra ansettelsesforholdet og virksomhetens art er saklig grunn for å registrere. Opplysningene vil således måtte være egnet til og nødvendige for å gjennomføre formålet med de tiltak som registreringen skal ivareta.

3.4.3 Personopplysningsloven av 14.04.2000, nr. 31

Ny personopplysningslov³² ble vedtatt 14.04.2000, lov nr. 30 og loven er vedtatt å trå i kraft fra 01.01.2001. Forskrifter til den nye personopplysningsloven ventes vedtatt i løpet av høsten 2000. Personopplysningsloven er en implementering av EU's personverndirektiv³³.

Personopplysningslovens formål er å beskytte den enkelte mot at personvernet blir krenket gjennom behandling av personopplysninger. Loven skal bidra til at personopplysninger blir behandlet i samsvar med grunnleggende personvern hensyn, herunder behovet for personlig integritet, privatlivets fred og tilstrekkelig kvalitet på personopplysninger, jf § 1.

Personopplysningslovens saklige virkeområde følger av § 3, 1. ledd:

- ”a) behandling av personopplysninger som helt eller delvis skjer med elektroniske hjelpemidler og
- b) annen behandling av personopplysninger når disse inngår eller skal inn i et personregister.”

³⁰ I dansk praksis har det vært godtatt å registrere ansatte i butikker som er grepet i butikkstyveri, og at relevante straffbare forhold registreres for vaktpersonale, jfr. Peter Blume: Personregistrering (Kbh. 1992) s. 45 og s. 46.

³¹ Jfr. Eirik Dønne, Tove Grønn og Tor Hafli: Personregisterloven med kommentarer (1987) s. 99, jfr. også s. 96.

³² Forarbeidene til personopplysningsloven av 14.04.2000 nr. 30 er: NOU 1997:19 – Et bedre personvern, Ot prp nr 92 (1998–99) – Om lov om behandling av personopplysninger, Inst. O. Nr. 51 (1999–2000) og Besl. O. Nr. 58 av 07.03.2000.

³³ EU's personverndirektiv 95/46/EF ble behandlet i EØS-komiteén 25. juni 1999.

Sammenholdt med den tidligere personregisterlovens § 1 er den nye personopplysningslovens § 3 en utvidelse av lovens virkeområde slik at loven nå får anvendelse på all behandling av personopplysninger som skjer elektronisk.

Manuelle personregistre faller inn under loven jf § 3, 1. ledd, litra b). Særlig praktisk i så henseende er manuelle personregistre, dvs tradisjonelle registre som finnes i papirform med personnavn eller aliaser som søkenøkkel, jf Ot prp nr 92 (1998–1999), s. 104, 2. spalte. Utenfor lovens saklige virkeområde faller manuell behandling av personopplysninger som ikke skal inngå i noe personregister. Personopplysningslovens § 3 gjennomfører EU's personverndirektiv artikkel 3.

Personopplysninger er etter personopplysningsloven inndelt i to kategorier; generelle og sensitive opplysninger. Personopplysninger er definert generelt som ”opplysninger og vurderinger som kan knyttes til en enkeltperson”, jf § 2 nr.8, e). Sensitive personopplysninger omfatter forhold som rase, politisk oppfatning, helse, seksuelle forhold, om man har vært siktet, tiltalt eller dømt for straffbare handlinger, medlemskap i fagforeninger, jf § 2, nr. 8. At medlemskap i fagforeninger er definert som sensitiv personopplysning er i følge forarbeidene³⁴ nytt i Norge med den nye loven og er en følge av personverndirektivets artikkel 8, nr. 1. I forarbeidene antas det at unntakene i personopplysningslovens § 9 om behandling på nærmere bestemte vilkår vil dekke de tilfeller hvor slik behandling likevel er ønskelig eller nødvendig, jf NOU 1997:19, s. 133, siste avsnitt, annen spalte. Med hjemmel i § 9 kan det behandles sensitive personopplysninger som for eksempel medlemskap i fagforeninger, dersom den registrerte uttrykkelig samtykker, behandlingen er fastsatt i lov eller den behandlingsansvarlige er forpliktet til å foreta behandlingen i henhold til avtale mellom partene i arbeidslivet, jf personopplysningslovens § 9, 1. ledd, litra a) og b). Bestemmelsen gir en uttømmende oppregning av når sensitive personopplysninger kan behandles elektronisk eller inntas i et manuelt personregister og gjennomfører EU-direktivets artikkel 8.

Hva som menes med ”samtykke” i personopplysningslovens forstand fremgår av lovens § 2 nr. 7:

”samtykke: en frivillig, uttrykkelig og informert erklæring fra den registrerte om at han eller hun godtar behandling av personopplysninger om seg selv,”

³⁴ NOU 1997:19, s. 133, siste avsnitt, annen spalte. At medlemskap i fagforeninger er sensitiv personopplysning er likevel ikke helt fremmed i norsk rett ettersom dette er et forhold som arbeidsgiver ikke skall kreve opplysninger om i en ansettelsessituasjon if. arbeidsmilølovens § 55A.

Legaldefinisjonen av samtykket er ny i forhold til personregisterloven, selv om krav om samtykke også fulgte av personregisterlovens § 33, 2. ledd. Det stilles ikke formkrav til samtykket, som således kan gis både skriftlig og muntlig. Samtykket kan innhentes elektronisk. Det må imidlertid klart og utvetydig fremgå at det samtykkes, hvilke behandlinger det samtykkes til og hvilke behandlingsansvarlige det er rettet til, jf kravet til at samtykket skal være ”uttrykkelig” jf Ot prp nr. 92 (1998–1999), s. 103, annen spalte. Det er den behandlingsansvarlige som vil måtte sannsynliggjøre at det foreligger et samtykke og det er således hensiktsmessig å sikre seg dokumentasjon på at samtykke er mottatt, jf Ot prp nr. 92 (1998–1999), s. 103, annen spalte. Personopplysningslovens paragraf 2 nr. 7 bygger på direktivets artikkel 2 litra h.

Forarbeidene sier videre at i kravet til at samtykket skal være frivillig ligger at det ikke må være avgitt under noen form for tvang fra den behandlingsansvarlige eller andre, jf Ot prp nr. 92 (1998–1999), s. 103, nederst annen spalte. I forhold til arbeidsgivers kontrolladgang utgjør reglene om samtykke en viktig skranke. Dette fordrer imidlertid at den ansatte har tilstrekkelig integritet til å nekte sitt samtykke dersom arbeidsgiver ber om informasjon som den ansatte ikke ønsker å oppgi. Å nekte å gi sitt samtykke vil antagelig kunne ha en karrierebegrensende effekt i en del virksomheter. På den annen side vil det i realiteten alltid være påkrevet at personer selv ivaretar sitt personvern. Det viktige er at vedkommende gis adgang til å ivareta sitt personvern. Dette er i tråd med rettspraksis hvor det er lagt avgjørende vekt på at personer har hatt kunnskap om kontrolltiltaket og derved hatt muligheten til å beskytte sin person.

Personopplysningslovens § 8 angir vilkårene for å behandle personopplysninger. Bestemmelsen som gjennomfører EU-direktivets artikkel 7, oppstiller generelle og utømmende vilkår for når behandling av personopplysninger kan finne sted, jf Ot prp nr 92 (1998–1999), s. 108, første spalte. Personopplysningslovens § 8 slår fast at behandling bare kan finne sted dersom den registrerte har samtykket i behandlingen, hvis behandlingen er fastsatt ved lov eller flere av vilkårene i bokstav a til f er oppfylt. For å behandle sensitive personopplysninger følger det tilleggsvilkår, jf § 9. For behandlinger som medfører særlig risiko for personvernet kreves det konsesjon fra Datatilsynet, jf § 33.

Personopplysningslovens § 11 oppstiller grunnleggende krav til behandling av personopplysninger og er en utvidelse av personregisterlovens saklighetskrav i § 7. Bestemmelsen er en gjennomføring av EU-direktivets artikkel 6. Det følger av § 11, 1. ledd at den behandlingsansvarlige skal sørge for at personopplysninger som behandles bare skal behandles når det er tillatt etter § 8 og § 9 og at opplysningene bare nyttes til uttrykkelig angitte formål som er saklig begrunnet i den behandlingsansvarliges virksomhet, jf § 11, 1. ledd, litra a) og b).

Personopplysningslovens § 18 gir enhver som ber om det, rett til å få vite hva slags behandling av personopplysning en behandlingsansvarlig foretar, jf § 18, 1. ledd. Dersom den som ber om opplysningene selv er registrert har vedkommende rett til å få vite hva slags opplysninger som er registrert, jf § 18, 2. ledd. Dersom det samles inn informasjon fra andre enn den registrerte selv, skal behandlingsansvarlig selv av eget tiltak informere den registrerte om hvilke opplysninger som samles inn, jf § 20. Dette er for øvrig en videreføring av reglene i personregisterlovens § 7 og § 19 og § 20 vedrørende kredittopplysninger. Personopplysningslovens § 18 gjennomfører EU-direktivets artikkel 21 nr. 3 og artikkel 12 a, første og annet strekpunkt.

Den mest iøynefallende endringen fra personregisterloven til personopplysningsloven er som nevnt endringen fra et konsesjonssystem til et meldesystem hva gjelder behandling av personopplysninger. Mens den gjeldende personregisterloven som hovedregel krever konsesjon fra Datatilsynet for all elektronisk personregistrering, er den nye personopplysningslovens system det motsatte. Det foreligger kun en meldeplikt til Datatilsynet om at det vil finne sted personregistrering, jf personopplysningslovens § 31. Den behandlingsansvarlige må gi ny melding hvert tredje år, jf § 31. En behandlingsansvarlig er definert som den som bestemmer formålet med behandlingen av personopplysninger og hvilke hjelpemidler som skal brukes, jf personopplysningslovens § 2, 1. ledd, nr. 4.

Personopplysningsloven stiller krav til den behandlingsansvarlige om internkontroll for å sikre personopplysningene, jf § 14. Den behandlingsansvarlige er således forpliktet til å etablere og vedlikeholde planlagte og systematiske tiltak som er nødvendige for å oppfylle kravene i personopplysningsloven, herunder å sikre personopplysningenes kvalitet. Med denne endringen er systemet for håndhevingen av personvernreglene i stor grad lagt opp etter tilsvarende mønster som reglene om helse-, miljø- og sikkerhet³⁵ og den måten Arbeidstilsynet arbeider på. Min³⁶ erfaring som advokat er at forskriften om helse-, miljø- og sikkerhet og kravet til internkontroll i praksis i en del virksomheter ikke har vært helt vellykket. Ikke alle virksomheter har laget internkontrollhåndbøker og i en del av virksomhetene som har internkontrollhåndbøkene formelt i orden har de ansatte likevel ikke fått den nødvendige praktiske opplæring. Det kan derfor være grunn til å stille seg kritisk til om lovendringen på dette punkt overhodet er en styrking av personvernet. Konsesjon fra Datatilsynet vil for øvrig fremdeles bli krevet for behandling av sensitive personopplysninger, jf § 33.

³⁵ Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften), jf kgl res 6. desember 1996 i medhold av arbeidsmiljølovens § 16 a.

³⁶ Helga Aune

Nytt med den nye personopplysningsloven er etableringen av en personvernemnd som skal avgjøre klager over Datatilsynets avgjørelser, jf § 43. Vedtakelsen av den nye personopplysningsloven har ikke skapt stor debatt i media, med unntak av nettopp spørsmålet om opprettelsen av en egen personvernemnd i forhold til den tidligere ordning hvor klager ble avgjort av Datatilsynets styre.

Personopplysningslovens kapittel 7 regulerer adgangen til fjernsynsovervåking. Lovgivning om dette var tidligere spredt i flere ulike lover, men er nå samlet i den nye loven. Fjernsynsovervåking av sted hvor en begrenset krets av personer ferdes jevnlig er bare tillatt dersom det ut fra virksomheten er et særskilt behov for overvåkning, jf § 38. Vi er da tilbake til den generelle saklighetsvurdering av behovet for kontrollen. Ved fjernsynsovervåking skal det gjøres oppmerksom på at stedet blir overvåket, jf § 40. Dette er også i tråd med den grunnleggende forutsetningen for et reelt personvern, nemlig at arbeidstakerne er informert om kontrolltiltaket.

Personopplysningslovens kapittel 5 gir regler om overføring av personopplysninger til utlandet. Reglene gjenspeiler EU/EØS målsetting om fri flyt av arbeidskraft. Personopplysninger kan bare overføres til stater som sikrer en forsvarlig behandling av opplysningene, jf § 29. Det følger av samme regel at stater som har gjennomført EU's personverndirektiv 95/46/EF oppfyller kravet til forsvarlig behandling. I hvilke tilfeller personopplysninger kan overføres til stater som ikke sikrer en forsvarlig behandling av opplysningene i henhold til lovens definisjon av forsvarlig behandling følger av § 30, litra a–h.

Overføring av personopplysninger kan finne sted hvor den registrerte selv har samtykket i overføringen, jf § 30 a). Det er grunn til å stille spørsmålsteget ved graden av frivillighet fra en arbeidstaker om samtykke til overføring av opplysninger. Å nekte å samtykke til slik overføring kan som foran nevnt i en del virksomheter være en karrierebegrensende handling. Reglene om samtykke er symptomatiske for vår tid med økt fleksibilitet og større ansvar på enkeltindividet. Reglene gir adgang til å nekte overføring av personopplysninger og det er således opp til arbeidstakeren selv å ta vare på sitt personvern. Grensen for når en arbeidstaker anser sitt personvern for krenket inneholder også en subjektiv vurdering. At arbeidstakerne er informert om kontrolltiltaket ved at det er krav om samtykke gjør at arbeidstakeren selv blir i stand til å ivareta sitt personvern.

Reglene om overføring av personopplysninger til utlandet er en effektiv påminnelse om globaliseringen i arbeidsmarkedet. Internasjonale selskaper vurderer hvordan de mest rasjonelt kan benytte arbeidsstyrken sin, ikke bare nasjonalt men totalt i konsernet. Databaser over ansattes kompetanse utgjør således et viktig styringsredskap.

4. Konklusjon

Problemstillingen arbeidsgivers kontrolladgang i forhold til arbeidstakers integritet kommer på spissen i og med informasjonssamfunnets fleksibilitet og økte mulighet for kontroll. De uklare grensene mellom arbeidstid og fritid fordrer blant annet klare avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om bruk av datautstyr. Videre er en av forutsetningene for en best mulig behandling av personopplysninger i fremtiden at virksomheter etterlever den nye personopplysningslovens krav om internkontroll, formelt som reelt.

Som gjennomgangen viser kan være vanskelig å bestemme grensen for arbeidsgivers kontrolladgang i de konkrete tilfeller. Svaret må finnes etter en analyse av et fragmentarisk regelverk. Utgangspunktet for analysen er grensen for arbeidsgivers styringsrett, aktuell lovgivning på området og de alminnelige prinsipper om vern av den personlige integritet. I alle tilfeller er det et vilkår at kontrolltiltaket er egnet og nødvendig for å gjennomføre formålet med å kontrollere. Videre er det et vilkår at arbeidstakeren er informert om at kontrolltiltak vil kunne finne sted og i tillegg har kunnskap om på hvilken måte kontrollene vil bli utført. Kunnskap om kontrolltiltak anses som vesentlig for ivaretagelsen av sitt personvern.