

FESTSKRIFT TILL
ANN NUMHAUSER-HENNING

OFFPRINT

Juristförlaget i Lund
2017

SKYDD FÖR DEN SOM SLÅR LARM – NYA NORMATIVA MÖNSTER I ARBETSRÄTTEN

1 Inledning

Den 1 januari 2017 träder en ny arbetsrättslig lag i kraft – lag om ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.¹ Sannolikt kommer lagen att kallas för visseblåsarlagen. Att slå larm om missförhållanden i arbetslivet är nära knutet till anställdas yttrandefrihet och kritikrätt, såväl internt som externt. Åsiktsfriheten och rätten att meddela sig med andra, t.ex. media och myndigheter, omfattas även. Från arbetsgivarens perspektiv handlar det om att skydda verksamheten och sina prerogativ. Området omfattar således ett brett spektrum av regler, ett normativt fält, som rättsligt kan delas in i civilrätt, offentlig rätt och internationell rätt (folkrätt).

Att använda teorin om rätten som normativa kraftfält där normativa mönster skapas, förändras och rör sig mellan olika poler finner jag särskilt lämpligt för ämnet. De tre normativa grundmönstren: etablerad position, rättvis fördelning och det marknadsfunktionella mönstret kan alla användas för att skapa ordning i denna mängd av regler samt beskriva den utveckling som skett.² Etablerad position beskrivs som ett konservativt mönster medan det marknadsfunktionella mönstret klassificeras som, i första hand, dynamiskt. Det marknadsfunktionella mönstret är sammansatt av: äganderätten, det fria avtalet och näringsfriheten.³ Typiskt är att förändringar i positionerna på arbetsmarknaden ger upphov till intresseavvägningar och kommer till uttryck i form av markörer i lagstiftning och förarbeten. Mönstret etablerad position innehåller såväl skyddet för anställningen som skyddet för arbetsgivarens position, rättsenligt uppnådda.⁴

¹ Beslut fattades om 2015/16:AU11 i riksdagen den 8 juni 2016 med stor majoritet. Ledamöter från SD röstade nej, ledamöter från V avstod att rösta. SD citerade prof. Claes Sandgrens kritik av lagförslaget. I utredningen, SOU 2014:31, var ordvalet Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

² A Christensen, "Skydd för etablerad position – ett normativt grundmönster" (1996) 4 *Tidskrift för rettsvetenskap* 519–574.

³ Christensen, "Skydd för etablerad position" 529.

⁴ Christensen, "Skydd för etablerad position" 528.

Det har uttryckts att mönstret rättvis fördelning inte är så framstående på det arbetsrättsliga fältet.⁵ Därtill anses det i första hand var ett ”offentligrättsligt grundmönster”.⁶ I frågan om skydd för den som slår larm är det ett mycket avgörande mönster för rörelsen mellan skyddet för anställningen och skyddet för arbetsgivarens prerogativ. I mönstret rättvis fördelning lägger jag in allmänintresset, det demokratiska samhället och arbetslivet samt de konstitutionella mänskliga rättigheterna i form av yttrandefrihet och åsiktsfrihet. Ur ett individuellt perspektiv handlar det om en rättighetsdiskurs som nu också omfattar anställda.⁷ Ett mycket färgrikt mönster således.

De frågor som jag ställer är: Vilka normativa grundmönster finns i skyddet för arbetstagare som slår larm och hur balanseras de? Hur har rätten rört sig mellan olika normativa poler på det normativa fältet? Det material som ligger till grund för undersökningen är dels Arbetsdomstolens domar⁸, dels förarbeten till lagstiftning om skydd för den som slår larm och lämnat ut uppgifter för offentliggörande. Särskild vikt läggs vid den nya lagen om skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm och vad som finns bakom bestämmelserna.⁹

2 Lojalitet i anställningsrelationen

Det grundläggande mönstret för anställningsförhållandet som en kontraktuell relation är kravet på lojalitet och att överenskomna förpliktelser ska uppfyllas. Att parterna samverkar är en förutsättning för att syftet med avtalet ska kunna uppnås.¹⁰ Samtidigt så är relationen asymmetrisk, vilket gett upphov till skyddsreglering. Den etablerade position som anställningen innebär har också en ”markerad pliktsida”.¹¹ Någon arbetsavtalslag finns inte och principen om lojalitet och lojalitetsplikten fyller ut denna normbrist.¹² Arbetsdomstolen har

⁵ A Numhauser-Henning, ”Understanding Law as Normative Patterns in a Normative Field” i A Numhauser-Henning och M Rönnmär (red), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Hart Publishing, 2013) 37.

⁶ A Christensen, *Normativa grundmönster i privat och offentlig rätt* (stencil).

⁷ Jfr E Sjödin och N Selberg, ”Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning” (2013) 4 *Juridisk Tidskrift* 2012–2013, 846–877.

⁸ Europadomstolens domar lämnas utanför framställningen pga. utrymmesskäl.

⁹ Numhauser-Henning, ”Understanding Law” 30.

¹⁰ A Numhauser-Henning och M Rönnmär (red), *Normative Patterns and Legal Developments in the Social Dimension of the EU* (Hart Publishing, 2013) 16.

¹¹ Christensen, ”Skydd för etablerad position” 547.

¹² Se Ds 2002:56 s. 293 f. och SOU 2013:79 s. 75–79.

dels tolkat in lojalitetsplikten i anställningsavtalen, dels använt principen vid tolkning av olika regler.¹³ Utvecklingen av principer kring lojalitet är dynamisk och har skett utan lagstiftarens medverkan.¹⁴

Lojalitetsplikten kan delas upp i krav på aktiv och passiv lojalitet. Frågan om att slå larm i arbetslivet innehåller både och, dels en skyldighet att slå larm, dels en skyldighet att iakttä tystnad. Lagen om företagshemligheter, FHL, bygger på den tystnadsplikt som följer av det privaträttsliga anställningsavtalet. FHL handlar dock om att skydda arbetsgivare mot att näringshemligheter avslöjas och inte om begränsningar av yttrandefrihet och kritikrätt. Skyddet för arbetstagare som slår larm tangerar FHL:s tillämpningsområde, vilket också uppmärksammas i betänkandet SOU 2013:79.¹⁵

Någon arbetsrättslig lagstiftning, med undantag för arbetsmiljölagens bestämmelser, om gränserna för anställdas yttrandefrihet och kritikrätt har inte funnits.¹⁶ Var gränserna går, framförallt för privatanställdas skydd och skyldigheter, har således utvecklats genom Arbetsdomstolens praxis. Målen har prövats utifrån lagen om anställningsskydd och god sed på arbetsmarknaden, dvs. arbetsgivaren har vidtagit ingripande åtgärder som uppsägning, avskedande eller särskilt ingripande omplacering. Offentliganställda befinner sig i en annan position och förenklat uttryckt kan sägas att yttrandefriheten och rätten att slå larm är överordnad den kontraktuella lojaliteten.¹⁷

3 Utvecklingen av skyddet för anställdas yttrandefrihet och kritikrätt

Eftersom normerna utvecklats i praxis kommer jag att beskriva utveckling och förändringar genom en redogörelse för ett urval av Arbetsdomstolens domar.¹⁸ Framställningen är kronologisk och i första hand behandlas rättsfall som rör privaträttsliga förhållanden.

¹³ Se t.ex. AD 1982 nr 110, AD 2003 nr 21, AD 2003 nr 84 och AD 2010 nr 50.

¹⁴ Se Sjödin och Selberg, "Anställningsavtal, lojalitetsplikt" 854. I artikeln analyseras den dynamiska utvecklingen av lojalitetsdiskursen och diskuteras utifrån ett "kronologiskt mönster" 861.

¹⁵ Se R Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter: En kommentar och rättsöversikter* (Norstedts Juridik, 2013).

¹⁶ S Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing. Om gränserna för anställdas kritikrätt* (Premiss förlag, 2013) 28.

¹⁷ Se Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing*.

¹⁸ För en mer fullständig redogörelse se P Larsson, *Skyddet för visseblåsare i arbetslivet – en konstitutionell och arbetsrättslig studie* (Jure förlag, 2015).

3.1 Skyddet för privatanställda

Det första fallet, AD 1937 nr 80, skulle kunna utgöra manus för en film. Någon anställningsskyddslag fanns inte vid denna tid och talet om mänskliga rättigheter i arbetslivet var långt borta. God sed på arbetsmarknaden var det redskap som stod till hands inom ramen för skyddet för arbetsgivarens prerogativ och den fria uppsägningsrätten.¹⁹

Skådeplatsen var ett bageri i Filipstad och aktörer vara bagaren Celander och hans arbetsgivare Jansson, tidigare kakelugnsmakare. Celander var fackligt aktiv i en tid när fascistiska krafter var på frammarsch i Europa. Rekvisitan var jästen, tysk örnjäst. Celander menade dels att det var bättre att "handla svenskt", dels att den tyska jästens kvalitet var undermålig. Efter diverse kontroverser slog Celander larm genom att skicka in ett prov på jästen till stadsläkaren i Filipstad som fann att jästen var ruttet och otjänlig som människoföda.

Jansson avskedade bagaren som därefter väckte talan i Arbetsdomstolen. Celander argumenterade för att det funnits allmänna intressen för anmälan och att det stred mot god sed att avskeda honom. Jansson hade inte lyssnat och inget annat återstod att göra än att slå larm till stadsläkaren. Vilka normativa mönster ser vi då i Arbetsdomstolens argumentation? Vad var god sed? Utifrån det goda syftet bagaren hade haft och det starka allmänintresset ansåg AD att avskedandet stred mot god sed. Samtidigt hade Celander ifrågasatt Janssons rätt att leda arbetet och samarbetsproblem hade uppstått. Jansson hade således utifrån positionen som arbetsgivare haft rätt att avskeda Celander för att få arbetsro i bageriet. Avvägningen gjordes mellan allmänintresset och Janssons etablerade position som ägare till bageriet och hans rätt att avsluta kontraktet.

Vi gör nu ett tidsmässigt och normativt språng till 1980-talets arbetsrättsliga relationer och Arbetsdomstolens praxis. Skyddet för anställdas position prövas nu mot kravet på saklig grund i LAS och med medbestämmandelagens syften, det demokratiska arbetslivet, som normativ fond. Lagstiftningen begränsar jämfört med tidigare arbetsgivarens fria uppsägningsrätt. Samtidigt har lojalitetsplikten uttryckligen stadfäst av AD, oavsett om den är avtalad, vilket får betydelse för argumentationen. Nästa nedslag är följaktligen målet AD 1982 nr 110 där Arbetsdomstolen gjorde grundläggande uttalanden om privatanställdas lojalitetsplikt, yttrandefrihet och kritikrätt. Målet i sig handlade om kritik som riktades internt mot företagsledningen varvid samarbetsproblem uppstod. AD ansåg att saklig grund för uppsägning förelåg.

¹⁹ Se även AD 1967 nr 26.

Av intresse är de uttalanden som domstolen gör i målet om privatanställdas yttrandefrihet och kritikrätt och grunderna för detta. Dessa uttalanden har därefter haft stor betydelse för bedömningar i senare mål. Lojalitetskravet inryms i arbetstagarens anställningsavtal. Den som har en position nära arbetsgivaren med förtroendeställning avkrävs ett högre mått av lojalitet. Privatanställda har dock ett skydd för sin kritikrätt i den ”medborgerliga yttrandefriheten” gentemot arbetsgivaren, i annat fall vore arbetslivet odemokratiskt. I detta läggs också ett nyttoperspektiv, kritik är bra för verksamheten. Arbetstagare har således en vidsträckt rätt att uttrycka kritik på arbetsplatsen. Detta är också av avgörande betydelse för den fackliga verksamheten på arbetsplatsen, enligt AD.

I de båda målen, AD 1986 nr 95 och AD 1988 nr 67, kom Arbetsdomstolen fram till att uppsägningarna var sakligt grundade när syftet varit att skada arbetsgivaren. I det ena fallet hade två hotellreceptionister anmält bolagets ägare till Länsstyrelsen och påstått att det förekom prostitution på hotellet. I det andra fallet hade en hovmästare anmält arbetsgivaren för olaglig alkoholförsäljning. AD gjorde bedömningen att det rörde sig om osanna beskyllningar. Arbetsgivarens position och marknadsställning skyddades och något allmänintresse av obefogade externa larm till myndigheter fanns inte.

Målen AD 1994 nr 79 och 1997 nr 57 har likheter i det att de anställda först riktat kritik internt mot arbetsgivaren för brister och missförhållanden. När inga åtgärder vidtogs slog de larm externt till myndigheter och media, därefter blev de uppsagda. I båda målen resonerade domstolen utifrån normativa ställningstaganden, uttalade i AD 1982 nr 110, dels om lojalitet, dels om det demokratiska arbetslivet och kritikrätten. Därtill lades allmänintresset, den tredje parten, in som ett normativt mönster. Avvägningar gjordes mellan skyddet för anställningen och arbetsgivarens rätt att skydda sin verksamhet, där allmänintresset kom in som något som låg utanför avtalsrelationen.

I det andra målet, ambulansförarna vid Samariten AB, tillkom de anställdas ansvar för patientsäkerheten, vilket direkt förstärkte skyddet för deras etablerade position. AD uttryckte att det är av stor betydelse för allmänheten att ambulansverksamhet bedrivs på ett säkert sätt. Privata arbetsgivare som bedriver verksamhet med offentliga medel får därmed ett svagare skydd för sin marknadsposition.²⁰

I det första målet, processoperatören vid Väröbruk, finns ytterligare en komponent (dock ej synlig i domen).²¹ Väröbruk AB avsåg att med stöd av 39 §

²⁰ AD 1997 nr 57.

²¹ AD 1994 nr 79.

LAS köpa ut processoperatören om AD skulle ogiltigförklara uppsägningen. Så skedde dock inte. En strejkaktion i en annan del av koncernen tvingade arbetsgivaren att låta anställningsavtalet med processoperatören bestå. Det kollektiva agerandet förstärkte därmed den etablerade positionen för individen.

3.2 Skyddet för offentliganställda

Offentliganställda har ett grundlagsreglerat skydd för sin yttrandefrihet, åsiktsfrihet och meddelarfrihet. Det är yttrandefriheten, reglerad i regeringsformen, som utgör grunden för en vidsträckt kritikrätt, internt och externt, medan meddelarfriheten handlar om rätten att lämna ut uppgifter och slå larm via media. Syftet är här att upprätthålla principen om offentlighet i ett demokratiskt samhälle (allmänintresset). Skyddet mot arbetsrättsliga åtgärder från arbetsgivarens sida är dock inte absolut. 39 § i LAS ger också offentliga arbetsgivare rätt att som en yttersta åtgärd betala ett normerat skadestånd och avsluta kontraktet.

Två mål är av intresse för framställningen: AD 2003 nr 51 och AD 2011 nr 15. Det första fallet handlade om en hälsovårdsinspektör som anmält och lämnat ut uppgifter om oegentligheter (sjuka hus fallet) till två myndigheter. Meddelarfriheten ger inget skydd i detta fall. När AD (majoriteten) ogiltigförklarade avskedandet gjordes det utifrån att yttrandefriheten i regeringsformen skyddade mot arbetsgivarens repressalier. Arbetsgivaren har begränsade möjligheter att ingripa mot anställda som utnyttjar grundlagsfästa mänskliga rättigheter, vilket gäller även om förtroendet för myndigheten skadats.²²

Det andra fallet rörde en undersköterska vid Södertälje sjukhus som, i ett debattprogram i TV, gjort uttalanden om en främlingsfientlig kultur på arbetsplatsen. Han omplacerades, mot sin vilja, till en annan avdelning på sjukhuset. Frågan var om den stadigvarande omplaceringen stred mot kollektivavtalet? Arbetsgivarens argument var att de samarbetssvårigheter som uppstått utgjorde ett hot mot patientsäkerheten. Allmänintresset utgjorde här stöd för utövandet av arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Arbetsdomstolen ansåg att detta var legitima skäl för omplaceringen. Det finns således en gräns för hur långt offentliganställdas skydd sträcker sig.²³ Det kan noteras att AD

²² AD 2003 nr 51.

²³ AD 2011 nr 15. En jämförelse kan göras med AD 2011 nr 74 (Farbror Blå) där avskedandet ogiltigförklarades. Några samarbetssvårigheter som grund för arbetsrättsliga åtgärder fanns inte. Se för en analys av detta mål Sjödin och Selberg, "Anställningsavtal, Lojalitetsplikt".

överhuvudtaget inte tog upp skyddet mot repressalier som finns i meddelarfriheten för offentliganställda.²⁴

3.3 Skydd för åsiktsfriheten

Målet AD 2012 nr 25 (rektorn) är ovanligt i det att det handlar om gränserna för åsiktsfriheten för privatanställda.²⁵ Rektorn på en privat driven gymnasieskola var på sin fritid aktiv på Facebook där han på olika sett gav uttryck för sådant som kan anses ha en ”sexuell anknytning”. Arbetsgivaren sade upp honom. Rektorn hade en förtroendeställning och AD uttalade att detta i princip innebär att lägre krav ställs avseende prövningen av om saklig grund föreligger. Den som har en förtroendeställning har således en svagare etablerad position och en rörelse sker mot den normativa polen som ger ett skydd för arbetsgivarens position inom ramen för det marknadsfunktionella mönstret. När yttrandefriheten och åsiktsfriheten, människorättsdiskursen, lades in i spänningsfältet stärktes dock skyddet för rektorns anställning. Europadomstolens mål Sanchez m fl nämns som grund för det normativa mönster som innebär att det finns ett ”kärnområde för vad varje människa – anställd eller inte – öppet bör kunna få ge uttryck för inför andra människor”.²⁶ Mänskliga rättigheter blir tolkningsdata vid prövningen av skyddet för anställningen och intresseavvägningen ledde till bedömningen att saklig grund inte förelåg.²⁷

3.4 Skydd för fackliga företrädares yttrandefrihet²⁸

Skyddet för anställda som slår larm måste också sättas i relation till andra rättsregler på fältet som t.ex. skyddet för den fackliga föreningsrätten i medbestämmandelagen, MBL, och förtroendemannalagen, FML.²⁹ I AD 2015 nr 29 aktualiserades frågan om arbetsgivarens försök att begränsa en facklig förtroendemans yttrandefrihet kunde ses som en åtgärd i MBL:s mening och om handlandet utgjorde hinder för det fackliga arbetet i FML:s mening. Liksom i tidigare domar, t.ex. AD 1987 nr 65, uttalade AD att

²⁴ Vilket JK gjorde i beslut 2009-11-11 nr 1672-09-30.

²⁵ I AD 1994 nr 79 och AD 1997 nr 57 uttrycktes även åsikter. Det är i dessa båda fall svårt att hålla isär åsikt från kritik. De åsikter som uttrycks är direkt kopplade till arbetsgivarens verksamhet.

²⁶ AD 2012 nr 25.

²⁷ Sjödin och Selberg, ”Anställningsavtal, lojalitetsplikt” 851 och 867 menar att prövningen av om saklig grund föreligger ”är avhängig utfallet av en situationsunik intresseavvägning”.

²⁸ Se S Fransson och E Stüber, ”Freedom of Expression from a Trade Union Perspective” i J Fejő, U Neergaard, C Tvarnő och G Skovgaard Ölykke (red), *Festskrift till Ruth Nielsen* (Jurist og Ökonombundets förlag, 2013).

²⁹ Jfr Christensen, ”Skydd för etablerad position” 531 som skriver att ”andra normativa mönster som påverkar samma rättsliga reglering” måste beaktas.

parterna har en vidsträckt ömsesidig yttrandefrihet. Försiktighet ska dessutom iakttas när arbetsrättslig lagstiftning tolkas i frågor som är reglerade i grundlag och i Europakonventionen. Med hänvisning till målet Matúz mot Ungern påpekade AD att svenska domstolar har skyldighet att se till att yttrandefriheten respekteras också i relationen mellan enskilda på arbetsmarknaden.³⁰ Då arbetsgivarens uttalanden ansågs allmänt hållna var de inte att se som en åtgärd i MBL:s och FML:s mening och arbetstagarparten förlorade målet.

3.5 Sammanfattning och reflektioner

Frågan om skyddet för arbetstagare som slår larm har prövats i Arbetsdomstolen utifrån god sed på arbetsmarknaden och saklig grund bedömning enligt LAS. Arbetsgivares rätt att omplacera, säga upp och avskeda arbetstagare har ställts mot skyddet för anställningen. I dessa mål har normativa mönster utvecklats som tar sin utgångspunkt i att lojalitetsplikten tolkats in i anställningsavtalet. Därtill kommer krav på att arbetsgivaren ska hantera situationen genom andra val än att avsluta kontraktet.³¹ När det gäller offentliganställda innebär grundlagsskyddet att lojalitetsplikten i stort sett saknar betydelse. Istället är det andra delar i de normativa mönstren som påverkar utrymmet för arbetsgivarens arbetsrättsliga åtgärder. Ordet samarbetsproblem återkommer i målen som rör skyddet för den som slår larm och uttrycker kritik. En rörelse sker i Arbetsdomstolen mot skyddet för ”effektivt företagande”.³² Detta tema känner vi igen och frågan kan ställas: Har det skett någon utveckling av rätten, det normativa fältet, sedan bagaren Celanders anmälde sin arbetsgivare på trettio-talet? En nyansering kan vi möjligtvis se i AD 1997 nr 57, där ambulansföraren och arbetsgivaren ansågs gemensamt ansvariga för de samarbetsproblem som uppstod.

Mönstret rättvis fördelning, som jag tolkat det, kommer in som något utanför den kontraktuella relationen och förstärker den etablerade positionen, såväl arbetsgivarens, AD 2011 nr 15, som arbetstagarpartens. I AD 2012 nr 29 blir rättighetsdiskursen direkta tolkningsdata till skydd för anställningen och kravet på lojalitet för den som har en förtroendeställning sätts åt sidan.

³⁰ Mål nr 73571/10, dom 2014-10-21.

³¹ K Källström och J Malmberg, *Anställningsförhållandet: Inledning till den individuella arbetsrätten* (IUSTUS förlag, 2013) 138 f.

³² Sjödin och Selberg, ”Anställningsavtal, lojalitetsplikt” 871.

4 Ny lagstiftning till skydd för den som slår larm

Avsikten med detta avsnitt är att beskriva de förslag till lagstiftning som avser att reglera frågan om skyddet för anställda som slår larm. Det jag är intresserad av är i första hand de normativa avvägningar som görs mellan skyddet för etablerad position och det marknadsfunktionella mönstret. Därtill kommer frågan om hur allmänintresset, mönstret rättvis fördelning, påverkar rörelsen mellan dessa poler.

4.1 Förslag – lag om rätt att meddela uppgifter för verksamma inom vissa enskilt bedriva verksamheter

Betänkandet SOU 2013:79, *Stärkt meddelarskydd för privatanställda i offentligt finansierad verksamhet*, är den tredje utredningen i rad som behandlar denna fråga. Tidigare förslag fick omfattande kritik av remissinstanserna och genomfördes inte. Kritiken handlade dels om att skyddet blev för svagt och att meddelarfriheten i praktiken inte utvidgades, dels att det skulle skada företagen. Den grundläggande rättsprincipen i det privaträttsliga anställningsavtalet om lojalitet och tystnadsplikt skulle urholkas.³³ Samma kritik framfördes i remissvaren till SOU 2013:79 och det är uppenbart att kritiken är mycket polariserad.

Lagförslaget är av straffrättslig karaktär och syftet är att uppnå ett skydd för meddelarfriheten, för vissa grupper av privatanställda, i paritet med offentliganställdas grundlagsskydd. Därtill föreslås ändringar i lagen om företags-hemligheter, FHL.³⁴ Ett förbud mot efterforskning och repressalier ingår i förslaget, med bestämmelserna i yttrandefrihetsgrundlagen och tryckfrihetsförordningen som förebild.³⁵ Syftet är dock inte att utvidga offentlighetsprincipen, utan att förbättra insynen i privata företags användande av skattemedel, dvs. en rättvis fördelning av allmänna tillgångar. Några överväganden relaterat till folkrättsliga åtaganden, som exempelvis Europakonventionen, bygger förslaget inte på. Istället uttrycks i utredningen att ”den svenska rättsordningen även utan ett förstärkt meddelarskydd uppfyller konventionens krav för yttrandefrihet”.³⁶

Vilka normativa avvägningar görs då i lagförslaget? För det första gäller förslaget om rätt att meddela uppgifter enbart områdena vård, skola och

³³ SOU 1990:12 och Ds 2001:9 därtill har frågan berörts i ett antal andra utredningar, se SOU 2013:79 s. 31–39.

³⁴ SOU 2013:79 s. 139.

³⁵ SOU 2013:79 s. 145.

³⁶ SOU 2013:79 s. 70.

omsorg. Övervägandena är relaterade till behovsbedömningar.³⁷ Rätten att lämna ut uppgifter ska gälla i vilket ämne som helst för offentliggörande i grundlagsskyddad media. Utlämnande av handlingar omfattas inte.³⁸ De lagreglade tystnadsplikterna, inom vård, skola och omsorg, inskränker rätten att lämna ut uppgifter.³⁹ Personkretsen, de som skyddas, är vidsträckt, men undantag görs för personer i företagsledande ställning.⁴⁰

För det andra konstateras att meddelarfrihet i privat näringsverksamhet ”innebär ett intrång i avtalsfriheten och försvagar lojalitetsplikten. Alla privatanställda har dock rätt att anmäla vissa allvarliga missförhållanden till behörig myndighet, varför man kan säga att det redan föreligger vissa inskränkningar i avtalsfriheten och lojalitetsplikten”.⁴¹ Detta leder till att avvägningar måste göras: ”Det är därför nödvändigt att göra en intresseavvägning mellan skälen för att stärka det privatanställdas yttrandefrihet och intresset av att skydda företagen.”⁴² Lagen om skydd för företagshemligheter, FHL, är i princip oförenlig med ett skydd för privatanställdas meddelarfrihet, konstateras i utredningen. Då lagförslaget omfattar områden som vård, skola och omsorg anses detta dock vara ett mindre problem.

Det är arbetsgivarens brott mot lagen som kan prövas, utifrån om efterforskning eller repressalier utövats i strid med lagen. Påföljd kan dömas ut och straffskalan sträcker sig från böter till ett års fängelse. Det straffbara området är mindre än vad området är för förbudet, i likhet med vad som gäller för offentliganställda.⁴³ Någon tillsynsmyndighet som kan väcka talan finns inte, utan allmänt åtal ska kunna väckas. Skyddet för den anställda mot arbetsgivarens åtgärder samt ersättning för kränkningen blir en arbetsrättslig fråga, i första hand utifrån LAS bestämmelser.

Det skydd som offentliganställda har för sin meddelarfrihet är starkare än det föreslagna skyddet för vissa privatanställda och regeringsformen täcker för övrigt upp där meddelarfriheten har sina begränsningar.⁴⁴

³⁷ SOU 2013:79 s. 115 f.

³⁸ SOU 2013:79 s. 107 och s. 146.

³⁹ SOU 2013:79 s. 49 och s. 64.

⁴⁰ SOU 2013:79 s. 134 och s. 137.

⁴¹ SOU 2013:79 s. 14.

⁴² SOU 2013:79 s. 15.

⁴³ SOU 2013:79 s. 149.

⁴⁴ Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing* 65.

4.2 Förslag – stärkt skydd för den som slår larm

Ett halvår senare kom betänkandet: SOU 2014:31 *Visselblåsare. Stärkt skydd för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden*, med förslag till en ny arbetsrättslig lag samt ändringar i arbetsmiljölagen. Förslaget bestod av tre delar: Ett skydd mot repressalier, skyldigheter för arbetsgivare att upprätta interna larmkanaler och ett identitetsskydd för den som slagit larm. Den första delen av lagförslaget ledde till att riksdagen i juni 2016 antog en ny lag (SFS 2016:749). De andra två delarna fanns inte med i regeringens proposition. Jag vill se detta utredningsförslag som en helhet och diskutera vilka normativa mönster som här kommer till uttryck. För det första förhåller utredningen sig till de normativa mönster som redan finns på fältet och menar att lagförslaget innebär ett ”stärkt” skydd, dvs. något utöver föreställningen om den rätt som gäller.⁴⁵ Syftet är dessutom att åstadkomma denna förstärkning genom ”tydliga och lättillämpade regler”.⁴⁶

Samtidigt utgör de normativa mönster som utvecklats i AD kring skyddet för den som slår larm, utgångspunkten för lagförslaget. I ett fall går förslaget längre och det gäller frågan om skyddet mot repressalier, som också omfattar mindre ingripande åtgärder som t.ex. utfrysning och trakasserier. Med stöd av LAS regler har skydd kunnat ges för anställningen och repressalier i form av uppsägning, avskedande och särskilt ingripande omplaceringar (bastubadarprincipen), men inte för trakasserier.

För det andra så utgår förslaget om interna larmkanaler från normativa mönster om hur anställda ska slå larm inom ramen för anställningsavtalets förpliktelser, omfattande såväl krav på aktiv som passiv lojalitet. Någon förändring i positionerna uppkommer inte jämfört med den utveckling som skett av normerna i Arbetsdomstolen. Förslaget om skydd för identiteten för den som slår larm om allvarliga missförhållanden inom ramen för det system som arbetsgivaren skapat, ingriper i arbetsgivarens möjlighet att efterforska källan och att vidta åtgärder. Denna del av förslaget utgör således en begränsning i arbetsgivarens prerogativ. När det gäller förslaget om upprättande av larmsystem görs i utredningen avvägningar mellan de normativa polerna etablerad position och marknadsfunktionellt mönster genom markörer som allvarligt, skäligt och ”om verksamheten kräver det”.⁴⁷

⁴⁵ SOU 2014:31 s. 23.

⁴⁶ SOU 2014:31 s. 22.

⁴⁷ SOU 2014:31 s. 317 f.

4.3 Ny lag – ett särskilt⁴⁸ skydd för den som slår larm

Betänkandet SOU 2014:31 ledde som nämnts till att ett förslag till en ny arbetsrättslig lades fram och antogs av riksdagen. Lagen innehåller elva paragrafer (SFS 2016:749). Vad innebär då denna lag, som träder i kraft den 1 januari 2017, och vilka normativa ställningstaganden och överväganden görs i regeringens proposition 2015/16:128?⁴⁹ Jag börjar med det bakomliggande syftet och gör därefter en problematisering av rekvisit och förutsättningar för skyddet för den som slår larm. Urvalet för djupare analys har sin grund i att jag vill undersöka bestämmelserna utifrån normativa grundmönster. Förståelsen är Arbetsdomstolens praxis och närliggande lagstiftning som dels ger skydd, dels innehåller krav på aktiv lojalitet som t.ex. bestämmelserna om rapporteringsskyldighet i socialtjänstlagen.

I propositionen uttalas att arbetstagare som slår larm om missförhållanden är skyddsvärda då de har en viktig funktion i samhället (allmänintresset). Mottagare av larmet kan vara såväl myndigheter som media. Skyddet är dock inte tillräckligt, enligt den praxis som gäller, särskilt när det handlar om mindre ingripande åtgärder. Privatanställda arbetstagare och tidsbegränsat anställda är de kategorier som har sämst skydd. Därtill kommer internationella åtaganden där Sverige ”endast håller liten marginal till åtagandena”.⁵⁰ Genom Europadomstolens avgöranden under senare år har denna ”marginal” minskat. Syftet är också att öka förutsebarheten jämfört med de bedömningar som gjorts i domstol av överskridande av kritikrätten och i saklig grundbedömningen.⁵¹

De normativa övervägandena är tydliga, dels handlar det om ett skydd för den som slår larm under rätt omständigheter, dels handlar det om arbetsgivarens arbetsledningsrätt och kravet på kontraktuell lojalitet.⁵² Denna balansakt uttrycks i följande mening: ”En sådan reglering förutsätter att kraven läggs på en sådan nivå att såväl arbetstagarens som arbetsgivarens intressen beaktas på ett rimligt sätt.”⁵³ Den nivå det handlar om är de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att det särskilda skyddet ska uppnås. Rekvisitet allvarliga missförhållanden är den mest centrala nivåplaceringen (1 §). Den andra förutsättningen för att skyddet ska uppkomma är att larm slagits internt (5 §)

⁴⁸ En ändring har således gjorts i ordvalet från stärkt till särskilt efter kritik från remissinstanserna.

⁴⁹ Med titeln: Ett särskilt skydd mot repressalier för arbetstagare som slår larm om allvarliga missförhållanden.

⁵⁰ Prop. 2015/16:128 s. 14.

⁵¹ Prop. 2015/16:128 s. 17.

⁵² Prop. 2015/16:128 s. 15.

⁵³ Prop. 2015/16:128 s. 18.

eller till arbetstagarorganisation (6 §). Om det handlar om ett externt larm (7 §) gäller att larm först slagits internt och att arbetsgivaren ej vidtagit skäligen åtgärder. Alternativt att det av något annat skäl funnits befogad anledning att slå larm externt. Dessutom ska arbetstagaren haft fog för påståendet om allvarliga missförhållanden.⁵⁴

I förhållande till annan lagstiftning som ger skydd för den som har en etablerad position ska den nya lagen gälla ”parallellt”, utan att tillämpningen av annan lagstiftning påverkas. Särskilt gäller detta offentliganställdas grundlagsskyddade rätt till yttrandefrihet och meddelarfrihet.⁵⁵

Balanseringen mellan olika intressen kommer också till uttryck i att den nya lagen omfattar arbetstagare i företagsledande ställning. I detta fall görs en annan bedömning än i meddelarskyddsutredning, SOU 2013:79, där personkretsen är snävare. Även personer i företagsledande ställning anses ”skyddsvärda” och: ”Arbetsgivarens starka intresse av lojalitet bör således få ge vika för dessa motstående intressen.”⁵⁶ Inhyrda och tidsbegränsat anställda ges också ett skydd mot repressalier, således en mycket vid personkrets.

4.3.1 Allvarliga missförhållanden

Skyddet mot repressalier från arbetsgivarens sida gäller under förutsättning att larm slagits om *allvarliga missförhållanden*. Kravet gäller även för att skydd ska uppnås vid interna larm i arbetsgivarens verksamhet och när larm slås till arbetstagarorganisation. Skälet för denna utformning av bestämmelserna är att enkelhet och enhetlighet ska uppnås.⁵⁷ Kärnan i allvarlighetsrekvisitet är att det ska handla om brott där fängelse finns i straffskalan, ett exempel som anges är förskingring av bolagets medel.⁵⁸

Rekvisitet innefattar också vad som kan anses vara ”andra jämförbara förhållanden” utifrån ett allmänintresse. Det ska handla om ”så kvalificerade överträdelse av gällande normer eller föreskrifter eller så stora brister i övrigt att missförhållandet objektivt kan betraktas som allvarligt”.⁵⁹ Exempel som därefter anges är kränkningar av grundläggande fri- och rättigheter, underlåtenhet att följa föreskrifter, korruption, risker för liv, säkerhet och hälsa m.m. Vilket kan omfatta allvarliga samarbetsproblem som kan innebära risk för att allvarliga missförhållanden uppstår.⁶⁰

⁵⁴ Prop. 2015/16:128 s. 53–66.

⁵⁵ Prop. 2015/16:128 s. 19.

⁵⁶ Prop. 2015/16:128 s. 29.

⁵⁷ Prop. 2015/16:128 s. 42.

⁵⁸ Prop. 2015/16:128 s. 39.

⁵⁹ Prop. 2015/16:128 s. 40.

⁶⁰ Jfr AD 2011 nr 15.

Det finns två poler som utövar dragningskraft på rekvisitet allvarliga missförhållanden, det ena är allmänintresset och det andra är arbetsgivarens arbetslednings- och verksamhetsledningsrätt. Den höga nivån på detta rekvisit utgör en garanti för att arbetsgivarens prerogativ inte urholkas. Risken för skadeverkningar måste förhindras och arbetsgivare och utpekade personers ”intressen bör värnas”.⁶¹

Vilka krav ställs då för att skyddet ska inträda? Den som slår larm ska kunna visa på att det funnits ”konkreta misstankar” om missförhållanden på denna nivå, alltså där fängelse finns i straffskalan. Bedömningen av om det rör sig om allvarliga missförhållanden ska utgå från ”arbetstagarens påståenden”.⁶² Vaga påståenden faller utanför definitionen, vilket innebär att något skydd mot repressalier inte uppkommer. De allvarliga missförhållandena behöver inte ha inträffat, i annat fall skulle larm inte kunna slås för att förhindra exempelvis en allvarlig arbetsplatsolycka.

Rekvisitet allvarliga missförhållanden känns igen från lagstiftningen rörande anställdas rapporteringsskyldighet, t.ex. lex Sarah och lex Maria. År 2011 ändrades bestämmelserna och ordet allvarligt togs bort då det visats att anställda inte anmälde pga. av svårigheten att bedöma om det var allvarligt eller inte.⁶³

4.3.2 Fog för påståendet om allvarliga missförhållanden

För att arbetstagaren ska ha ett skydd mot repressalier vid *externa* larm krävs att det funnits fog för påståendet. I bakgrunden ligger kravet på lojalitet i den kontraktuella relationen och Arbetsdomstolens bedömningar i de ovan beskrivna målen, t.ex. AD 1986 nr 95 och AD 1997 nr 57.⁶⁴ Ett annat skäl som anges är att om höga krav ställs för att skydd ska uppnås kan andra moment lämnas utanför prövningen. Prövningen om fog funnits ska göras ”utifrån en objektiv måttstock med utgångspunkt i det underlag som arbetstagaren hade vid tidpunkten för larmet”.⁶⁵ Kraven är således något lägre än vad som gäller i motsvarande situation enligt FHL.⁶⁶

⁶¹ Prop. 2015/16:128 s. 35 och s. 41.

⁶² Prop. 2015/16:128 s. 39.

⁶³ Fransson, *Yttrandefrihet och whistleblowing* 117.

⁶⁴ Prop. 2015/16:128 s. 65.

⁶⁵ Prop. 2015/16:128 s. 66.

⁶⁶ Se Fahlbeck, *Lagen om skydd för företagshemligheter*.

4.3.3 *Repressalie*

Balanseringen mellan olika intressen sker också i bedömningen av begreppet repressalie. En vidsträckt tolkning förespråkas med konstaterande av att detta innebär ett ingrepp i arbetsgivarens arbetsledningsrätt. Repressaliebegreppet ska tolkas med anknytning till begreppets innebörd i diskrimineringslagens 2 kap. 18 §, vilket innebär det ska handla om någon form av bestraffning eller hämndaktion från arbetsgivarens sida.⁶⁷ Det ska finnas ett starkt samband mellan arbetsgivarens åtgärd och att arbetstagaren slagit larm i annat fall inskränks ”arbetsgivarens handlingsutrymme allt för mycket enligt regeringens mening”.⁶⁸ Den som kan göras ansvarig för repressalier är arbetsgivaren och den som i arbetsgivarens ställe har rätt att fatta beslut rörande arbetstagaren.

4.3.4 *En bevislättnad för arbetstagare*

Den nya lagen innehåller flera rekvisit och ett antal förutsättningar som ska vara uppfyllda för att skadeståndskrav ska kunna utkrävas. I en domstolsprocess kommer effektiviteten av repressalieskyddet att vara helt beroende av var bevisbördan placeras och vilka krav som ställs för att full bevisning ska anses vara uppnådd. I propositionen stannar man vid att använda den ”modell” som gäller för bevisningen i diskrimineringsstvister.⁶⁹ Arbetstagaren har således att visa omständigheter som ger anledning att anta att repressalier i strid med lagen förekommit. En presumtion inträder därmed och bevisbördan går över till arbetsgivaren som har att visa att sådana repressalier inte vidtagits och att något samband inte funnits mellan åtgärderna och att arbetstagaren hade slagit larm. Denna bevislättnad för arbetstagaren uppvägs av kravet på att det ska röra sig om allvarliga missförhållanden, vilket innebär att balansen upprätthålls.⁷⁰

4.3.5 *Skadestandsfrågan*

Skadestandsfrågan är i den nya lagen reglerad så att arbetsgivare som bryter mot repressalieförbudet kan dömas att utge skadestånd för förlust och för kränkningen. Oavsett vem som har utfört handlingen är det arbetsgivaren som har skadeståndsansvaret. En begränsningsregel finns kopplad till 39 § LAS och skadeståndet kan jämkas eller sättas ner helt. Skadeståndet ska ha en reparativ,

⁶⁷ Prop. 2015/16:128. Se S Fransson och E Stüber, *Diskrimineringslagen en kommentar* (Norstedts Juridik, 2015) 378 f.

⁶⁸ Prop. 2015/16:128 s. 45.

⁶⁹ Prop. 2015/16:128 s. 77. Trots att den är ifrågasatt, se dir. 2014:10, och är under utredning.

⁷⁰ Prop. 2015/16:128 s. 35.

men också en preventiv funktion. Några hänvisningar till NJA 2014 s. 499 I görs inte i förarbetena och till resonemanget om preventionspåslagets storlek i diskrimineringsmål. I det fall att ett mål inledningsvis prövas i allmän domstol är det sannolikt att ledning hämtas från detta avgörande.⁷¹ I övrigt anges att AD:s tillämpning av bestämmelserna i 38 § LAS ska vara vägledande. Ersättning för ekonomisk förlust kan, till skillnad från diskrimineringslagen, utgå vid utebliven befordran. Detta är, enligt remissvar från Uppsala universitet, ”ett ovanligt uttryckligt ingrepp i arbetsledningsrätten”.⁷² Då lagen inte inskränker rätten till skydd och ersättning med stöd av andra lagar, t.ex. LAS och diskrimineringslagen, kan en arbetstagare komma att stämma in arbetsgivare för brott mot flera lagar.⁷³

Till denna fråga kommer att arbetstagaren också kan bli skadeståndsskyldig gentemot arbetsgivaren. För det första så upphävs skyddet om arbetstagaren begår ett brott genom larmet. För det andra kan den situationen uppstå att skydd finns, men att arbetstagaren brutit mot bestämmelser om tystnadsplikt, eller bestämmelser i FHL, och därmed kan göras skadeståndsansvarig gentemot arbetsgivaren.⁷⁴

4.4 Sammanfattning och reflektioner

I de förarbeten som jag redogjort för är utgångspunkten det normativa mönster gällande skyddet för anställda som slår larm som utvecklats i Arbetsdomstolen.⁷⁵ Någon avsikt att förändra detta mönster finns egentligen inte och det kan uttryckas som att ”new legal solutions may also profit from the legitimacy of older normative conceptions”.⁷⁶

I propositionen, 2015/16:128, visas tydligt dragkampen mellan olika poler i det marknadsfunktionella mönstret och skyddet för etablerad position. Genom att lägga in olika rekvisit som allvarliga missförhållanden tas hänsyn till arbetsgivarens prerogativ. Detta hänsynstagande leder till en lag som blir komplicerad, svårtolkad och därmed rättsosäker, vilket inte gynnar skyddet

⁷¹ Se S Fransson, *Preventionspåslag och upprätelseersättning – nya konstruktioner av ersättning i diskriminerings tvister* (i: Sui generis. Festskrift till Stein Evju, (red.) B J Mulder m.fl. (Universitetsforlaget, 2016) 224–234.

⁷² Prop. 2015/16:128 s. 69.

⁷³ Prop. 2015/16:128 s. 20.

⁷⁴ Prop. 2015/16:128 s. 70.

⁷⁵ Därtill kommer självklart praxis från Europadomstolen se Fransson, ”Ytrandefrihet och whistleblowing”.

⁷⁶ Numhauser-Henning, ”Understanding Law” 31.

för den som slår larm. Osökt kommer jag att tänka på Lon L Fullers allegoriska beskrivning av "eight routes to disaster to make law".⁷⁷

I betänkandet SOU 2013:79 om meddelarfrihet för vissa privatanställda inom offentligt finansierad verksamhet, finns inget krav på att de uppgifter som lämnas ut ska ha någon särskild karaktär. Den avvägning som där görs relateras till lagstadgad tystnadsplikt. Jämfört med skyddet mot represalier för den som slår larm innebär detta en rörelse mot skyddet för etablerad position. En utvidgad meddelarfrihet stärker anställningsskyddet och försvagar lojalitetsplikten. För arbetsgivaren innebär det ett sämre skydd för företagsintern information.⁷⁸

5 Avslutande diskussion – nya normativa mönster i arbetsrätten?

De normativa grundmönster som jag funnit vid min undersökning av Arbetsdomstolens domar och förarbeten till lagstiftning omfattar etablerad position, rättvis fördelning och det marknadsfunktionella mönstret. I frågan om skyddet för anställda som slår larm artikuleras konflikten mellan arbete och kapital, men också behovet av ömsesidig lojalitet. Genom att Arbetsdomstolen tolkat in lojalitetsplikten i den assymetriska kontraktuella relationen uppstår en ensidig markering av denna plikt för privatanställda. Arbetsdomstolen använder ordet intresseavvägning när balanseringen av skyddet för den anställdas position ställs mot arbetsgivarens rätt att leda och fördela arbetet. Polerna etablerad position och marknadsfunktionellt mönster utövar dragningskraft inom detta rättsliga fält.

Det finns ett genomgående tema i Arbetsdomstolens avvägningar mellan arbetstagarens respektive arbetsgivarens skyddsbehov och det är samarbetsproblem. Påverkar arbetstagarens yttrande, kritik eller åsikt relationerna på arbetsplatsen och huvudprestationen, utförandet av arbetet, framträder det marknadsfunktionella mönstret med alla sin lyskraft.

Det andra begreppet som återkommer är allmänintresset: dels kan det handla om brödkonsumenternas, dels om patienternas och dels om alla och envar (medborgare) som i det demokratiska samhället har rätt till insyn och kontroll. Allmänintresset, i form av offentlighetsprincipen, är grunden för offentliganställdas grundlagsskyddade rättigheter. Det fackliga intresset, det demokratiska arbetslivet ryms också i detta allmänintresse. För mig är detta

⁷⁷ L L Fuller, *The Morality of Law* (Yale University Press, 1969). Frågan om rättssäkerhet nämns i prop. 2015/16:128 s. 41.

⁷⁸ Se konsekvensanalysen i SOU 2013:79 s. 156.

en del i det normativa grundmönstret rättvis fördelning och av avgörande betydelse för anställningsskyddet för den som slår larm.

Jag vill också placera rättighetsdiskursen i mönstret rättvis fördelning. Individens mänskliga rättigheter, att som anställd ha åsikter, kritisera och yttra sig på arbetsplatsen, har ett syfte och det finns något som ligger bakom diskursen. Det är med hänvisning till det demokratiska samhället som åsiktsfriheten legitimeras och rättigheten görs till tolkningsdata vid saklig grund prövningen i Arbetsdomstolen (och Europadomstolen).

Avslutningsvis vill jag kommentera den nya lagen om skydd för den som slår larm som träder i kraft år 2017. Finns här några nya normativa mönster jämfört med den praxis som Arbetsdomstolen utvecklat? Svaret är: inte direkt, men den nya lagen kan indirekt komma att påverka saklig grund bedömningen enligt LAS regler. Skadeståndsskyldigheten för arbetsgivare som utövar repressalier mot anställda som slår larm om allvarliga missförhållanden, är en markering, som kan ge ett ökat skydd för anställdas etablerade position. Detta gäller särskilt tidsbegränsat anställda och anställda i företagsledande ställning där det klart uttrycks att arbetsgivarens starka intresse av lojalitet får vika.⁷⁹ Bakom, som normativ fond, ligger allmänintresset, det demokratiska samhället och det demokratiska arbetslivet – ett starkt mönster.

⁷⁹ Prop. 2015/16:128 s. 29.

