
**ERIK SJÖDIN
NIKLAS SELBERG**

**Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga
fri- och rättigheter. Ny rättspraxis om
yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig
synvinkel – i offentlig respektive privat
anställning**

2012-13 NR 4



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Anställningsavtal, lojalitetsplikt och mänskliga fri- och rättigheter*

Ny rättspraxis om yttrandefrihet på Internet ur arbetsrättslig synvinkel – i offentlig respektive privat anställning

NIKLAS SELBERG & ERIK SJÖDIN**

1. Nya frågor till arbetsrätten: Lojalitet och anställningsskydd på Internet?

Den vardagliga frågeställningen 'hur får man egentligen bete sig på jobbet?', eller 'får man som arbetstagare säga vad som helst?'¹ har ett rättsligt uttryck i bedömningen enligt anställningsskyddslagen om en arbetsgivares uppsägning av en anställning är sakligt grundad och därmed tillåten.² I anställningsskyddsmålen uppkommer ibland intressanta frågor. Det kan handla om hur rättsliga argumentationslinjer som utgår från en s.k. lojalitetsplikt³ avtalsparter emellan ska bedömas och om hur gränsen mellan arbete och privatliv ska dras. Det kan

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review).

** Doktorander i civilrätt, särskilt arbetsrätt, juridiska fakulteten vid Lunds respektive Uppsala universitet.

Författarna tackar Reinhold Fahlbeck, Mikael Hansson och Petra Herzfeld Olsson för kommentarer på artikelutkast. Denna artikel är ett resultat av samtal om arbetsrätt som möjliggjorts genom Forskningsrådets för arbetsliv- och socialvetenskap (FAS) stöd till ett arbetsrättsligt nätverk.

¹ Jfr t.ex. det dagsaktuella exemplet i form av berättelserna om hur arbetstagare aktiva i Sverigedemokraterna upplever sig närmast svartlistade på arbetsmarknaden. Se (journalistiskt) om detta N. Orrenius (2010) *Jag är inte rädd. Jag äter pizza – En bok om Sverigedemokraterna* Stockholm: Mån-pocket Fakta.

² L. Lunning & G. Toijer (2010) *Anställningsskydd. En lagkommentar* (10 omarbetade uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik, *passim* (citeras härnäst som *Anställningsskydd*), S. Öman (2010) *Anställningsskyddspraxis* (5 uppl.) Stockholm: Jure AB.

³ Från arbetsrättsligt håll har tankegången framkastats att ursprungligen specifikt arbetsrättsliga föreställningar om ömsesidig lojalitet har överförts till övriga civilrättsliga områden och fått en mer generell räckvidd. En undersökning av arbetsrätten på denna punkt har möjligen bäring även på resten av civilrätten. Se T. Sigeman (2007) "Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten" i C. Peterson (red.) *Juridiska fakulteten 1907–2007. En minnesskrift* Stockholm, s. 512–531, s. 530.

också avse problemet hur och i vilken utsträckning staternas förpliktelser att respektera de mänskliga rättigheterna har betydelse i den privaträttsliga horisontella relation som ett anställningsavtal mellan en arbetsgivare och en arbetstagare utgör.⁴ Två prejudikat från Arbetsdomstolen behandlar dessa problemområden.⁵ Här presenterar och diskuterar vi dessa.⁶

På arbetsplatsen och under arbetstiden tillförsäkras arbetstagarnas (människornas) skydd från godtycke och tvång inte primärt genom grundlag och internationella instrument, utan istället genom just arbetsrätten. Arbetsrätten i sig präglas däremot av Sveriges folkrättsliga åtaganden.⁷ Arbetsdomstolens uppgift är att avgöra vad som kan accepteras inom ramen för ett anställningsförhållande, och genom sin rättsbildning uppställer domstolen gränser för vilket handlande som är juridiskt godtagbart i arbetslivet.⁸ Vår diskussion handlar till viss utsträckning om hur arbetsrättssystemet utvecklas och om de dynamiska relationerna mellan helheten och delarna.⁹ Samhällsutvecklingen innebär att arbetsrätten och Arbetsdomstolen avkrävs svar på hur nya företeelser ska betraktas rättsligt. Nu har rättsfrågor och debatt uppstått om vilka konsekvenser människors handlande på Internet kan ha för anställningsförhållandet (dess fortbestånd).¹⁰ I

⁴ Se R. Fahlbeck (2011) *Bed och arbeta. Om religionsfrihet i arbetsliv och skola. Juridik – Samhälle – Praktik* Malmö: Liber, s. 168 ff. (Citeras härnäst Bed och arbeta.)

⁵ Jfr även det förlorkta målet i vilket det lades de anställda till last att de på Internet fällt vissa yttranden om och till sin arbetsgivare. *Lag & avtal* 2012, nr 6–7, s. 14.

⁶ För norsk och dansk rätt på delvis denna punkt, se K. Eggen (2004) ”Ansattes yttringsfrihet. Rettslige bånd eller gyldene lenker?”, *Arbeidsrett*, vol. 1. Nr 1, s. 2–23, M. Elvestad (2011) ”Ytringsfrihet og lojalitetsplikt i arbeidsforhold”, i *Arbeidsrett*, vol. 8. Nr 3–4, s. 130–142, O. Hasselbalch (2005) ”Ytringsfrihed, ansættelse og retssystemets grænser”, i *Arbeidsrett*, vol. 2 Nr 4, s. 193–210.

⁷ Se P. Herzfeld Olsson (2012) ”Folkrätten i arbetsrätten” i R. Stern & I. Österdahl (red.) *Folkrätten i svensk rätt* Malmö: Liber, s. 193–210. (Citeras härnäst som *Folkrätten i arbetsrätten*.)

⁸ Begreppet rättsbildning anknyter till T. Sigeman (1977) ”Rättsbildning och prejudikatlära i Arbetsdomstolen” i T. Sigeman & A. Victorin (red.) *Arbetsrätten i utveckling. Studier tillägnade Folke Schmidt* Stockholm: Norstedts. Det finns möjlighet till prövning av Arbetsdomstolens domar genom att den svenska staten dras inför Europadomstolen i Strasbourg. Se t.ex. AD 2001 nr 20 och Europadomstolens dom av den 13 februari 2007 Evaldsson m.fl. mot Sverige.

⁹ Jfr diskussionerna om en proportionalitetsprincip i arbetsrätten (fr.f.a. om stridsåtgärders tillåtlighet) och tankarna om en objektivitetsprincip för arbetsledningsbeslut. Se K. Källström (2005) ”Proportionalitetsprincipen i svensk arbetsrätt” i B. Nyström, A. Westregård, H.-H. Vogel (red.) *Liber Amicorum Reinhold Fahlbeck* Lund: Juristförlaget, s. 391–402 och H. Göransson (1996) ”Godtycklighet eller ’godtagbara skäl’ vid arbetsledningsbeslut” i J. Rosén (red.) *Lex Ferenda* Stockholm: Juristförlaget, s. 54–67.

¹⁰ Se t.ex. M. Agell ”Stoppa Facebook med gott samvete” *Lag & Avtal*, 2012 nr 2 s. 40 med replik av A. Kölevik ”Fel att blockera sociala medier” i följande nummer av samma tidskrift, P. Hogueus ”Arbetsgivare behöver värna nätkontakterna” SvD 2011-12-14 och S. Bauer och Å. Nelhans ”Facebookmålet – integritetsskyddet går före lojalitetsplikten” publicerad på *Dagensjuridik.se* 2012-04-05, krönikan ”När skadan väl skett i sociala medier är det för sent för arbetsgivaren”, *Dagensjuridik.se* 2012-09-06, TCO-tidningen ”Arbetsgivarna förlorare i Facebookmål” (<http://www.tcotidningen.se/arbetsgivarna-forlorare-i-facebook-mal>) med svar från Teknikföretagen 2012-09-11, ”Lojal även på nätet” och ”Lojalitetsplikten och internet”.

två domar – en om den privata sektorn av arbetsmarknaden, AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn*, och en om den statliga sektorn, AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen* – behandlar Arbetsdomstolen denna fråga.

Vår rättsfallskommentar tar sin utgångspunkt i situationen att en arbetstagare handlar alternativt fäller yttranden på Internet, utan att detta har samband med anställningen, och att dennes arbetsgivare reagerar mot detta. Yttrandena och handlandet sedda för sig kan framstå som ogenomtänkta, och till och med klandervärda. Denna situation, som även var utgångspunkten i de två rättsfallen, aktualiserar flera frågor. Här diskuterar vi några av dem. För det första: utvecklingen av den arbetsrättsliga argumentationen kring vad som omväxlande benämns som lojalitetsplikt eller lojalitetsprincip, med ett särskilt fokus på Folke Schmidts formulering av den. För det andra: Europakonventionens för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (EKMR) genomslag och betydelse i de två avgörandena. För det tredje: utvecklingen av den rättsliga rågången mellan den privata och den statliga sektorn. Den generella tendensen är att de två sektorerna ur rättslig synvinkel allt mer kommer att likna varandra.¹¹ Vilka är likheterna och skillnaderna mellan dessa två olika delar av arbetsmarknaden?¹² Artikeln avslutas med att vi reflekterar över vad vi i dessa frågor kan skönja på den arbetsrättsliga framtidshorizonten.

Rättsfallen vi kommenterar handlar båda om den av arbetsgivaren vidtagna uppsägningen av polisen respektive rektorn var förenliga med anställningsskyddslagens (1982:80) (LAS) 7 §, som föreskriver att arbetsgivares uppsägning av en tillsvidareanställning ska ha saklig grund.

2. AD 2011 nr 74 den bloggande polisen

Polismyndigheten i Skåne avskedade en polisinspektör efter att det kommit till arbetsgivarens kännedom att arbetstagaren låg bakom den anonyma bloggen ”Radiobilspolisen Farbror Blå”.¹³ Polisinspektören hade varit anställd som polis sedan 1992 och tjänstgjorde som FN-polis i Sudan vid tidpunkten då arbetsgivaren fick kännedom om bloggandet. Arbetstagaren hade startat bloggen för

¹¹ K. Källström & J. Malmberg (2009) Anställningsförhållandet. Inledning till den individuella arbetsrätten (2 uppl.) Uppsala: Iustus förlag, s. 36. (Hädanefter citerad som Anställningsförhållandet.)

¹² Detta är ett tema i domstolspraxis på området. Jfr t.ex. diskussionen i AD 2007 nr 63 *den bordellbesökande extraordinarie domaren*. I AD:s rättstillämpning konfronteras ofta skillnaderna mellan privat och statlig sektor vad gäller grunderna för anställningens avslutande. I denna mening pågår ett samtal om likheter och skillnader mellan de två delarna av arbetsmarknaden, och vilka rättsliga implikationer detta rimligen bör ha.

¹³ Bloggen drevs mellan februari 2009 och mars 2011. (Se AD 2007 nr 20 *den mailande polisen* för ett jämförbart uppsägningsärende avseende en polis.)

att fördriva tiden under utlandsstationeringen. Arbetstagsarsidan karaktäriserade i målet bloggans innehåll som ”uppdiktade berättelser byggda på skrönor om poliser”. Arbetsgivarsidan däremot menade att polisinspektören genom bloggen ”visat prov på total respektlöshet och omdömeslöshet”. Arbetsdomstolens uppfattning var att bloggen ”beskriver bl.a. brottsliga förfaranden eller i vart fall tjänsteförseelser av poliser”. Bloggen kom att uppmärksammas i media och en polisanmälan om brott mot tystnadsplikten och sexuellt utnyttjande upprättades, efter det att polismyndigheten konstaterat att det på bloggen beskrivna handlandet inte framstod som uppdiktat. Polisinspektören meddelade i ett öppet brev att det var han som drev bloggen. Han blev hemkommenderad från Sudan och började, efter en kortare semester, arbeta på bedrägeriroteln i Malmö. En enig Personalansvarsnämnd beslutade att polisinspektören skulle skiljas från sin anställning genom avsked. Arbetsgivaren menade att redan uttalandena på bloggen utgjorde skäl för att avsluta anställningen, eller att de i alla händelser gett upphov till sådana samarbetsvårigheter att det fanns skäl att avsluta anställningen.

Polisinspektören yrkade förutom skadestånd att avskedandet skulle förklaras ogiltigt. Den huvudsakliga tvistefrågan i målet var om avskedandet av polisinspektören var förenligt med 18 och 7 §§ LAS. Förutsättning för bifall av det framställda yrkandet om ogiltigförklaring var att det som anförts inte ens utgjort saklig grund för uppsägning (35 § LAS).

Arbetstagarparten anförde att avsked inte kunde komma ifråga för att arbetstagen utnyttjat sin grundlagsstadgade yttrandefrihet (och inte heller begått något brott). Arbetstagsarsidan framhöll inte att bloggandet ägt rum på polisinspektörens fritid. Arbetsgivarparten anförde att arbetstagen genom bloggandet brutit mot anställningsavtalet och grovt åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren, och att bloggandet hade haft ett direkt samband med tjänstgöringen. Särskilt framhöll arbetsgivaren att arbetstagens agerande fått vissa effekter: att arbetsgivaren skadats. I andra hand åberopades att samarbetsvårigheter i bloggans kölvatten utgjorde ett grovt åsidosättande av åliggandena mot arbetsgivaren. Arbetsgivarpartens grund för avskedandet förhöll sig inte till grundlagsregler om yttrandefrihet.

Arbetsdomstolens prövning kom att avse endast om ”bloggandet i sig med det innehåll som inläggen haft” kunde utgöra skäl för att avsluta anställningen.¹⁴ Arbetsdomstolen ansåg det klarlagt att bloggen skrivits *utom tjänsten*, trots att ett polismärke använts i bloggen och att bloggans fiktiva karaktär farbror blå beskrivits som polis sysselsatt med polisarbete. Arbetsdomstolen uppfattade att polisinspektören i och med sitt bloggande använt sin grundlagsskyddade yttrandefrihet och hänvisade till tidigare praxis där domstolen uttalat att en myndighet

¹⁴ Det prövades alltså inte om polisinspektören faktiskt gjort det som bloggen beskriver, eller om arbetstagen begått någon brottslig gärning, eller brutit mot någon regel som kunde gälla för polisens verksamhet, t.ex. grundlagspåbud om likabehandling i det offentliga verksamheten, eller om det av något skäl fanns anledning att kritisera arbetstagen för sitt sätt att bedriva polisarbete.

i regel inte kan ingripa mot en anställd för att denne genom ett nyttjande av t.ex. yttrandefriheten orsakat störningar i verksamheten eller skadat myndighetens anseende och allmänhetens förtroende för verksamheten. Arbetstagare med utpräglad förtroendeställning och direkt ansvar för myndighetens beslut, eller andra ytterlighetssituationer, kunde enligt domstolens mening möjligen vara att bedöma på annat sätt.¹⁵ Någon sådan ställning hade inte polisinspektören och inte heller var det fråga om en ytterlighetssituation. Arbetsdomstolen framhöll särskilt att inget hindrar den offentligt anställda från att göra ”den enskildes grundlagstadgade friheter” gällande ”mot staten i dess egenskap av arbetsgivare”.

De konsekvenser som polisinspektörens nyttjande av yttrandefriheten, hans bloggande, eventuellt medfört – ”förtroendeförlust, förlorat anseende samt upprördhet och känslor av kränkning bland allmänheten och statsanställda” – var enligt Arbetsdomstolens mening något som arbetsgivaren fick tåla. Innehållet i bloggen i sig utgjorde inte skäl skilja polisinspektören från anställningen. Arbetsdomstolen fann vidare att det i målet inte visats några samarbetssvårigheter av sådan karaktär att det av detta skäl fanns anledning att avsluta anställningen. Inte heller av detta skäl kunde avskedandet anses vara rättsenligt. Arbetsdomstolens slutsats var att arbetsgivaren inte ens hade saklig grund för uppsägning. Avskedandet ogiltigförklarades och det allmänna skadeståndet bestämdes till 125 000 kr.

3. AD 2012 nr 25 den facebookande rektorn

En rektor, som även till viss del tjänstgjorde som lärare, vid ett privat gymnasium sades upp från sin anställning. Arbetsgivaren anförde som grund för uppsägningen att rektorn på sin privata Facebooksida handlat på ett sådant sätt att det förelåg saklig grund för uppsägning. Man lade rektorn till last att denne, på Facebook, lagt ut sex bilder med sexuellt innehåll, och att han var medlem av nio Facebookgrupper vars namn hade sexuell anknytning.

Arbetsdomstolen inledde sin prövning med att redogöra för ”rättsliga utgångspunkter”, som inleddes med ett resonemang om arbetstagarens lojalitetsplikt gentemot arbetsgivaren. Utmärkande för anställningsförhållandet, skrev domstolen, var att arbetstagaren ska vara lojal mot arbetsgivaren. Arbetstagaren sades, i och med lojalitetsplikten, vara skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget, samt att undvika lägen där det kan uppkomma en kollision mellan det egna och arbetsgivarens intresse. Domstolen uttalade att det är befogat att ställa högre krav på arbetstagare i högre tjänsteställning. Förtroende-

¹⁵ Hänvisningen är till AD 2003 nr 51 *den polisanmälade hälsovårdsinspektören*, vars ställningstagen bygger på AD 1991 nr 106 *Führern på häktet*.

ställningen uttunnar på detta sätt anställningsskyddet, men samtidigt framhölls särskilt att, också då yttranden har tydligt samband med anställningen eller arbetsgivarverksamheten, ”även arbetstagare i förtroendeställning i grunden har en rätt till yttrandefrihet”. Arbetsdomstolen angav även som en rättslig utgångspunkt att det följer av förpliktelseerna enligt EKMR att se till att rättigheterna enligt konventionen respekteras också i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare.

När arbetsgivarens uppsägningsintresse avser sådant som ligger vid sidan av anställningen krävs att dessa skäl är ”tungt vägande” (och att situationen ”inte kan lösas genom en omplacering till annat arbete”) för att rekvisitet saklig grund (7 § LAS) ska vara uppfyllt. Tillåtligheten av åtgärder mot arbetstagaren i anställningen (t.ex. uppsägning) som sanktion för sådant som inträffat vid sidan av arbetet är avhängig utfallet av en situationsunik intresseavvägning. Det ifrågasattes inte av domstolen att arbetsgivaren i den föreliggande situationen haft intresse av att agera, att frågan om sexualitet är känslig och att möjligheterna att rekrytera såväl lärare som elever till skolan kunde komma att påverkas negativt. Det hade inte framkommit att bilderna eller grupperna medfört några konkreta negativa verkningar för eleverna eller arbetsgivaren. Risker för skada på skolans anseende uppkom i och med mediauppmärksamhet, men denna negativa rapportering ska enligt Arbetsdomstolen inte läggas arbetstagaren till last (eftersom denne inte själv legat bakom den).

Arbetsdomstolen fann att det på Facebook publicerade materialet uteslutande rörde rektorn som privatperson och utgjorde bilder av privata situationer. Det hörde enligt domstolens mening till ”kärnområdet för vad varje människa – anställd eller inte – öppet bör kunna få ge uttryck för inför andra människor”. Intresseavvägningen och den samlade bedömningen i målet utföll på sådant sätt att rekvisitet saklig grund inte ansågs vara uppfyllt. Det på Facebook publicerade materialet i sig utgjorde inte skäl för uppsägning.

Arbetsdomstolen stannade inte vid detta, utan prövade därefter huruvida rektorn brutit mot någon av arbetsgivaren uppställd förhållningsregel. Arbetsdomstolen menade att arbetsgivaren haft ”rätt att kräva” att rektorn avlägsnade sambandet mellan skolan och den privata Facebooksidan, uppgiften om att han var rektor för skolan, bilden på honom iklädd en tröja med sexuella anspelningar samt att han skulle avstå från att ha arbetsrelaterade kontakter (med elever) via Facebook. Det var dock inte visat i målet att arbetsgivaren gett rektorn några konkreta instruktioner för hur denne skulle agera såvitt gällde Facebooksidan för att undvika uppsägning. Något brott mot en förhållningsorder förelåg därför inte. Uppsägningen bedömdes sakna saklig grund. Det allmänna skadeståndet för den felaktiga uppsägningen bestämdes till 80 000 kr, och skadeståndet för brott mot formaliareglerna i LAS bestämdes till 20 000 kr.

4. Summering av rättsläget: Anställningsavtal, lojalitet och mänskliga rättigheter – i privat respektive statlig anställning

”Rektorns” respektive ”polisens” agerande på Internet ansågs av deras arbetsgivare motivera de yttersta arbetsrättsliga åtgärderna: avskedande respektive uppsägning. Här summerar vi rättsläget efter de båda målen och identifierar intressanta frågor för framtiden. Statliga anställningar vilar på enskilda anställningsavtal och, med Arbetsdomstolens ord, ”privaträttslig grund”.¹⁶ LAS gäller för såväl enskild som allmän anställning och avsked fordrar att arbetstagaren grovt åsidosatt sina åligganden gentemot arbetsgivaren (18 § LAS) och för uppsägning av en tillsvidareanställning krävs att arbetsgivare har saklig grund (7 § LAS). Vad som ska anses vara saklig grund skiljer sig dock åt beroende på om arbetsgivaren är offentlig eller privat.

I den privata sektorn (AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn*) av arbetsmarknaden gäller att arbetstagaren kan sägas upp på grund av handlande utanför anställningen. Rättsenligheten av en sådan uppsägning avgörs med stöd av en intresseavvägning, i det enskilda fallet, med beaktande av samtliga omständigheter. Utgångspunkten för bedömningen av uppsägningar p.g.a. handlande utanför anställningen i privat sektor är arbetstagarens lojalitetsplikt i relation till motparten arbetsgivaren. Men arbetstagaren är fri i sin livsföring på fritiden. Det som arbetstagaren företar sig på fritiden kan innefatta utövandet av en av rättsordningen särskilt skyddad rättighet, t.ex. yttrandefriheten.¹⁷ Det är inte helt klart hur intresseavvägningen ska gå till och vilka omständigheter som ska vikta mot varandra, och vilken inbördes betydelse dessa omständigheter har. I avsaknad av särskilda (”etiska”, med AD:s formulering) förhållningsregler från arbetsgivarens sida gäller den ”allmänna lojalitetsplikten”. Detta innebär att om ett handlande (yttrande) befunnits vara utanför tjänsten ska det avgöras om detta skadat arbetsgivaren. Har yttrandet skadat arbetsgivaren ger en intresseavvägning i det enskilda fallet svar på frågan om saklig grund är för handen. Ett yttrande som inte skadat arbetsgivaren kan inte utgöra saklig grund för uppsägning.

I den statliga sektorn (AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen*) av arbetsmarknaden gäller att rättsenligheten av uppsägningar p.g.a. att arbetstagaren på fritiden nyttjat en grundlagsskyddad rättighet, t.ex. yttrandefrihet, inte ska avgöras med stöd av en allmän intresseavvägning och bedömning av omständigheterna i det enskilda fallet, i ljuset av lojalitetsplikten mellan anställningsavtalets par-

¹⁶ Se vidare A. Andersson et al. (2004) *Arbetsrätten i staten* (2 uppl.) Lund: Studentlitteratur, s. 107 ff.

¹⁷ AD hänvisar i sammanhanget till Europadomstolens dom från den 12 september 2011 i målet Sánchez m.fl. mot Spanien.

ter.¹⁸ När det gäller statligt anställda görs istället en initial viktning: endast om yttrandena bedöms utgöra en ytterlighetssituation kan intresseavvägningen få utfallet att saklig grund är uppfyllt. Det kan beskrivas som att den statligt anställdes lojalitetsplikt i denna bemärkelse är mindre långtgående, åtminstone i de situationer som rör arbetsrättsliga åtgärder med anledning av att arbetstagararen använt sin yttrandefrihet. Möjligen kan detta rättsläge uppfattas stå i viss motsättning till tankegången att även den offentliga anställningen vilar på privaträttslig grund och ett enskilt anställningsavtal. Det kontrasterar mot tanken att lojalitetsplikten i sig har sitt ursprung i avtalsrelationen.¹⁹ Här kan inte bortses från det faktum att den offentliga arbetsgivaren i den här typen av situationer står under JO:s granskning.²⁰ En grundlagsfäst kriminalisering avser uppsägning eller avsked på grund av vissa arbetstagarens yttranden. Detta medför i sig att lojalitetsplikten i praktiken får en annan omfattning.

De båda målen aktualiserar även frågor om relationerna mellan rättsuppfattningar i Arbetsdomstolen och i Europadomstolen för mänskliga rättigheter. Det förefaller som om de båda domstolarnas uppfattningar åtminstone till viss del skiljer sig åt. Europadomstolen har uttryckt uppfattningen att lojalitetsplikten är ”mer utpräglad” i offentlig anställning än i privat.²¹ Hur denna nyansskillnad fortsättningsvis kommer att utvecklas är en öppen fråga.

5. Den arbetsrättsliga lojalitetsplikten. AD:s åberopande och betydelsen av den klassiska formuleringen

Båda rättsfallen aktualiserar frågor kring lojalitetsplikt i arbetsrättsliga sammanhang. Ur allmänt förmögenhetsrättslig synvinkel är begreppet lojalitet föremål för diskussion och olika bedömningar görs av begreppets rättsliga innebörd.²² Det framstår som om föreställningar om lojalitet i anställningsförhållan-

¹⁸ Möjligen kan detta komma ifråga när arbetstagararen har utpräglad förtroendeställning eller i ytterlighetssituationer.

¹⁹ J. Munukka (2007) Kontraktuell lojalitetsplikt (diss.) Stockholm: Jure, s. 210 och Ds 2002:56 Hållfast arbetsrätt – för ett föränderligt arbetsliv [N. Bruun & J. Malmberg], s. 286. (Hädanefter citerad som Hållfast arbetsrätt.)

²⁰ Se t.ex. Diarienummer 149-2009, 567-2009. Beslutsdatum 2009-09-25, ”Kritik mot Migrationsverket och en verksamhetschef där som i strid med grundlag ingripit mot en anställdas yttrandefrihet” och T. Bull (2009) ”Offentligt anställdas yttrandefrihet och repressalieförbudets räckvidd” i J. Ekroth & K. Swanström (red.) JO. Lagarnas väktare Stockholm: Riksdagens ombudsmän – JO i samarbete med Riksbankens jubileumsfond, s. 51–70.

²¹ Europadomstolens dom den 21 juli 2011 Heinisch mot Tyskland (punkt 64).

²² Se t.ex. senast professorn P. Samuelsson (2011) ”Lojalitet och rationell resursanvändning i entreprenadavtal” i Ny Juridik, nr 4, s. 45–64, *passim*, med hänvisningar, och för citatet s. 52, fn 11. Författaren argumenterar inte att lojalitetsplikten skulle vara betydelselös, men tilläg-

den spelat en central roll i domstolens avgörande av de två mål vi analyserar här. Eftersom vi uppfattar en, åtminstone till någon del, nyordning i Arbetsdomstolens hantering av rättsfrågor med anknytning till lojalitet vill vi föra en fördjupad diskussion på denna punkt. De båda rättsfallens aktualisering av lojalitetsfrågor är en bra utgångspunkt för att belysa rättsutvecklingen och, de mer eller mindre implicita, förutsättningarna för denna rättsbildning. Rättsutvecklingen kring lojalitet förefaller vara dynamisk och äga rum utan särskild inblandning av lagstiftaren. Det finns anledning att lyfta fram premisserna för hur rätten utvecklats på denna punkt. I detta avsnitt framhåller vi hur AD, i de här analyserade målen, uppfattar lojalitetsplikten, diskuterar vilket stöd i arbetsrättens klassiker denna förståelse har, undersöker de båda domarnas lokutioner i ljuset av lagfäst rätt, går igenom den arbetsrättsliga diskursen om lojalitet i anställning samt pekar på vissa problem och lösningsförslag.

I AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* presenterar Arbetsdomstolen en uppsättning rättsliga utgångspunkter ifråga om lojalitet i anställningsförhållanden:

Utmärkande för ett anställningsförhållande anses vara bl.a. att arbetstagaren ska vara lojal mot arbetsgivaren. Lojalitetskravet ingår som ett led i anställningsavtalet. Ett grundläggande krav är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. Vilka krav på lojalitet som är rimliga att ställa måste av naturliga skäl variera beroende på bl.a. förhållanden inom branschen, den aktuella verksamhetens beskaffenhet, arbetsuppgifternas art, arbetstagarens ställning i företaget och om arbetstagaren på något sätt äventyrat arbetsgivarens kundrelationer. Man kan inte med någon enkel formel beskriva vad som åvilar arbetstagaren i normalfallet men en gemensam synpunkt på dennes förpliktelser har angivits vara att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han eller hon kan komma i en plikt-kollision (se t.ex. AD 2010 nr 42 och AD 1993 nr 18 och där gjorda hänvisningar).

Arbetsdomstolen anspelar²³ *de facto* här på Folke Schmidts skrivningar om lojalitet i anställningsförhållanden. Folke Schmidts formuleringar från 1959 *in extenso*:

Som en särskild sida av tjänsteavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt eller vad jag kallar *kravet på lojalitet* mot arbetsgivaren. Härmed åsyftas en serie skiftande rättsverkningar som har sin grund i tanken att tjänsteavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer utan skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Det är fråga om förpliktelser som går längre än de som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man

ger ändå som sin reflektion (apropå diskussion om fr.f.a. entreprenadrätt) ”att användningen av begreppet lojalitet alltjämt är präglad av sådan vaghet och mångtydighet att dess rättsliga betydelse måste betecknas som oklar”. Se även J. Munukka (2010), ”Lojalitetsplikten som rättsprincip”, SvJT s. 837–847 och där gjorda hänvisningar.

²³ Domstolen har i tidigare domar citerat ordagrant. Se R. Fahlbeck (2004) *Lagen om skydd för företagshemligheter. En kommentar och rättsöversikter* (2 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik AB, s. 109 med hänvisningar. (Hädanefter citerad som *Företagshemligheter*.)

söka ange en gemensam synpunkt för de frågor som sammanförs i detta avsnitt vore denna att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision.²⁴

I AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* grundlägger domstolen, med stöd av dessa sina formuleringar om lojalitet, en intresseavvägning för tillåtande av åtgärder i anställningen, t.ex. uppsägning, för sådant som inträffat vid sidan av arbetet. Domstolen hämtar i förlängningen stöd för detta från den klassiska framställningen av Schmidt. Dessa rader och de tankegångar de uttrycker har kommit att spela stor roll i arbetsrätten och åberopas ofta i läroböcker och domskäl. Vi vill i detta sammanhang sätta i fråga om Schmidts framställning på den här punkten kan tas till intäkt för (domstols) skapande av en sådan rättslig argumentationsmodell för bedömning av uppsägningars rättsenlighet. Närmast följande på Schmidts, i och för sig generellt avfattade, formuleringar av 1959 följer en genomgång av rättsregler i vilka, för det första, anställning på något sätt figurerar som rättsfaktum, och, för det andra, arbetstagarens respekterande av de skilda reglerna låter sig väl beskrivas i termer av att denne sätter arbetsgivarens intresse i första rummet. Vi menar att begreppet i Schmidts användning har en tydlig ”rubrikfunktion”. Schmidts poäng var, antar vi, pedagogisk; att beskriva en grupp rättsregler och att systematisera rätten, utan ambition att styra någon rättslig argumentation.²⁵ En viktig aspekt att beakta vid analysen av rättsligt material och rättsliga analyser i vilka Folke Schmidts formuleringar figurerar är att dessa är nedtecknade före det lagstadgade anställningsskyddet. Det är mot bakgrund av frånvaro av lagregler om krav på saklig grund för uppsägning av tillsvidareanställning som Schmidt skriver om lojalitetsplikt. Det är inte befogat (lika lite som det är idag) att tala om dåtidens rättsläge i termer av något liknande en lucka ifråga om materiell rättsregel.²⁶ Det framstår, om vi betraktar arbetsrättsutvecklingen kronologiskt, som om klassikerna – Schmidts – formuleringar har kommit att ligga till grund för en rättsutveckling kring lojalitetsplikt etc., utan att det finns särskilt mycket tacksägning för det i originaltexten.²⁷

²⁴ F. Schmidt (1959) Tjänsteavtalet (1 uppl.) Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, s. 241 f. Kursiverat i original. Referenser utelämnade här.

²⁵ Jfr Hållfast arbetsrätt, s. 292.

²⁶ Frånvaron av saklig grund-regel beskrevs av Folke Schmidt: ”Den fria uppsägningsrätten innebär, att part i princip har befogenhet att fullfölja vilket syfte som helst med en uppsägning eller ett hot om uppsägning. [...] Man kan jämföra med ägarens rätt att förfoga över sin egendom. Vilka arbetstagare som arbetsgivaren anlitar och hur länge han anlitar dem är en privatsak som rättsordningen icke har att befatta sig med.” F. Schmidt (1959) Tjänsteavtalet (1 uppl.) Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, s. 118.

²⁷ Hållfast arbetsrätt reflekterar inte i diakrona termer. Schmidt kände naturligtvis till innehållet i den äldre arbetsrättens s.k. tjänstehjonsstadgor och historiska motsvarigheter till fenomenet lojalitet. Se om denna äldre lagstiftning M. Kumlien (2004) *Continuity and Contract. Historical Perspectives on the Employee’s Duty of Obedience in Swedish Labour Law* Stockholm: Rätts-historiskt bibliotek band 64, *passim*, med hänvisningar.

Mot bakgrund av denna ursprungliga rubrikfunktion finns anledning att gå vidare och undersöka den samtida arbetsrättsliga förståelsen av fenomenet såsom lojalitetsprincip, lojalitetsplikt och biförpliktelser. En sådan genomgång kan kasta ljus över domen AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn*.

6. Lojalitetsplikten från tjänsteavtal till löntagarrätt till anställningsförhållande

För att illustrera förändringar och skiften i arbetsrättsliga förståelser av lojalitetskonceptet analyserar vi Folke Schmidts lärobok och hur skrivningarna i denna skiftat över årens lopp.²⁸ Vi menar att det är möjligt att låta denna skrift generellt fungera som en exponent för arbetsrättsliga föreställningar om lojalitet. År 1959 skrev Folke Schmidt om lojalitet i termer av ”rättsverkningar som har sin grund i tanken att”. Så görs även i upplagan från 1968.²⁹ Vi uppfattar att skrivningen har en tydlig rubrikfunktion, närmast som en läsinstruktion. Nästföljande två upplagor, 1978 och 1980, är likalydande på denna punkt:

Som en särskild sida av anställningsavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt eller vad jag kallar *kravet på lojalitet* mot arbetsgivaren. Den grundläggande synpunkten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. [...] I det följande kommer jag att belysa skiftande aspekter på kravet på lojalitet. Gemensamt för de olika fallen är tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer utan skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Anställningen grundar förpliktelser som går längre än de som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man söka ange en gemensam synpunkt för de frågor som sammanförs i detta avsnitt, vore denna att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i plikt-kollision.³⁰

Från 1978 års upplaga och framåt saknas, i jämförelse med 1959, termen rättsverkningar, och talet om en tanke som grund för densamma är borta, till förmån för tal om att en tanke skulle vara gemensam för de olika fallen, samtidigt som

²⁸ Jfr hur Adlercreutz förklarar sin s.k. rättsgenetiska metod i avhandlingen om kollektivavtalet från 1954: ”The idea behind legal genetics of this particular type is, beginning with a legal form well defined in our days, to seek the roots of this phenomenon in the past, and investigate which factors contributed to its inception and later development. [...] an attempt to supply the background to an important modern phenomenon.” (Vi gör inte anspråk på att använda rättsgenetisk metod, men vi vill beskriva ett rättsligt fenomenets tillblivelsehistoria.) Se A. Adlercreutz (1986) ”Swedish Labour Law Research of a Social Science Character” i S. Edlund (red.) *Labour Law Research in Twelve Countries* Stockholm: Arbetslivscentrum, s. 67–80, s. 72.

²⁹ F. Schmidt (1968) *Tjänsteavtalet – nyskriven upplaga*, Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, s. 131 f.

³⁰ F. Schmidt (1978) *Löntagarrätt* Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, s. 175 f. och F. Schmidt (1980) *Löntagarrätt* (2 uppl.) Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, s. 204 f.

det sägs att något skapas. Här är tanken fortfarande rätt tydligt avtalsförutsättning och också explicit rubrik, närmast en läsinstruktion.

De två nästföljande upplagorna, 1985 och 1994, som utgivits postumt och i vilka Eklund ansvarat för avsnittet om lojalitet, är i det närmaste identiska på denna punkt.³¹

Som en särskild sida av anställningsavtalet brukar framhållas arbetstagarens trohetsplikt eller kravet på lojalitet mot arbetsgivaren. Lojalitetskravet anses ingå som led i anställningsavtalet (AD 1982 nr 110). Den grundläggande synpunkten är att arbetstagaren inte får skada arbetsgivaren. Gemensamt för de skilda aspekterna på kravet på lojalitet är tanken att anställningsavtalet inte enbart består i ett utbyte av vanliga förmögenhetsrättsliga prestationer utan skapar ett personligt förhållande mellan parterna. Anställningen grundar förpliktelser som går längre än de som gäller i kontraktsförhållanden i allmänhet; de ligger vid sidan av själva arbetsprestationen och skulle därför kunna karakteriseras som biförpliktelser. Skall man söka ange en gemensam synpunkt är det att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen, där han kan komma i pliktollision.³²

Från 1985 heter det också, med Eklunds formulering, att "[l]ojalitetskravet ingår som led i anställningsavtalet". Stödet som anges för yttrandet, eller det som hänt sedan den tidigare upplagan, är AD:s dom i målet AD 1982 nr 110. I 1985 års text är också rubrikfunktionen (läsinstruktionen) mindre tydlig jämfört med 1980 års text i och med strykningen av lokutionen "synpunkt för de frågor som sammanförs i detta avsnitt" (kursiverat här).

Vi ser förändringar i vilken ställning begreppets rubrikfunktion har, och hur tydligt det talas om lojalitet som avtalsinnehåll, eller som rättsföljd. Rättsregler aktualiseras i båda fallen. Ett avtal som sluts mot bakgrund av ett visst rättsläge som förutsättning får lojalitetsplikt som avtalsinnehåll. Skulle rättsordningen vara utrustad med en rättsregel av innehållet att en plikt att vara lojal är en följd av avtal om anställning blir resultatet detsamma. Det finns också anledning att peka på den faktor som motiverar att lojalitetsplikten inte endast ska förstås som en "sida" av anställningsavtalet, utan som ett "led" i detta avtal: domen AD 1982 nr 110. Detta mål handlar om det föreligger saklig grund (enligt tidigare LAS; lagen [1974:12] om anställningsskydd) för uppsägning av en högre tjänsteman i ett mindre företag, p.g.a. att samarbetssvårigheter uppstått mellan denne arbetstagare och företagets ledning. I domskälen yttrade AD, i en diskussion om kritikrättens gränser, och om vilken betydelse arbetstagarens ställning skulle tillskrivas i den rättsliga bedömningen, att "[s]jälva lojalitetskravet får anses

³¹ 1994 års text är likalydande, med undantag för att en referens lagts till i slutet av sista meningen "(se AD 1993 nr 18)".

³² F. Schmidt Löntagarrätt (1985) (Reviderad upplaga för undervisningsbruk ombesörjd av Tore Sigeman under medverkan av Ronnie Eklund, Kent Källström och Anders Victorin) Stockholm: Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, s. 242 och sammaledes i [R. Eklund i] F. Schmidt m.fl. (rev. uppl. 1994) Löntagarrätt Stockholm: Juristförlaget JF AB, s. 257 f. Folke Schmidt själv ansvarar inte för formuleringarna fr.o.m. 1985 års text.

vara inrymt i arbetstagarens anställningsavtal”.³³ Frigör vi oss från senare års rättsutveckling kan vi läsa detta som endast ett ställningstagande att kritikrätt i princip tillkommer samtliga anställda, men i olika utsträckning. Domstolens uttalande kom att presenteras som mer allmängiltigt än det var, och det kom att infogas i, och harmoniera med, doktrinen om resonemang om lojalitetsplikten. Resten är, som det heter, historia.

I Fahlbecks formulering om lojalitet heter det att ”[l]ojalitetsplikten gäller alla arbetstagare. Den bygger på sedvänjor på arbetsmarknaden som i sin tur bildar grundval för allmänna rättsgrundsatser och rättspraxis i domstolarna, främst AD. Lojalitetsplikten är sålunda oskriven rätt”.³⁴ Lunnings och Toijers kommentar till LAS uttrycker idag sålunda: ”Det finns inte några uttryckliga lagregler som handlar om ett lojalitetskrav i anställningsförhållandet. Att detta krav dock finns och ingår som ett viktigt led i parternas mellanhavande kan dock inte bestridas.” Författarna skriver, med hänvisning till Arbetsdomstolens praxis, ”att anställningsavtalen vilar på principen att en arbetstagare inte får skada sin arbetsgivare, och att detta är en lojalitetsförpliktelse som gäller alla arbetstagare [...] Här handlar det om oskriven rätt, allmänna rättsgrundsatser således”.³⁵

En ambivalens ifråga om grunden för lojalitetsplikten speglas även i den aktuella arbetsrättsliga doktrinen.³⁶ I Källströms och Malmbergs framställning av den individuella arbetsrätten beskrivs en distinktion mellan lojalitetsprincipen och lojalitetsplikter. Lojalitetsprincipen beskrivs som en allmän lära³⁷ med kontraktsrättslig prägel: part ska utöva sina rättigheter på sådant sätt att motparts prestationer underlättas. Denna princip sägs ha ”kommit till uttryck” i Arbets-

³³ *In extenso*: ”Naturligtvis finns det dock begränsningar i arbetstagarens rätt att framföra kritik. Gränsen för vad arbetsgivaren är skyldig att tåla får bestämmas med utgångspunkt bl a i vilken ställning arbetstagaren intar hos arbetsgivaren. Ju högre befattning en arbetstagare har desto större krav på visad lojalitet får nämligen enligt domstolens mening en arbetsgivare anses ha rätt att ställa (jfr AD 1977 nr 223). Själva lojalitetskravet får anses vara inrymt i arbetstagarens anställningsavtal. När det gäller arbetstagare på högre befattningar inom ett företag får dessa således anses vara underkastade vissa begränsningar i fråga om rätten att kritisera åtgärder och beslut av företagsledningen. Denna begränsning gäller såväl i förhållande till lägre befattningshavare inom företaget som till personer utom företaget. En begränsning i kritikrätten av betydelse i detta mål ligger slutligen däri att kritiken inte får övergå i att en arbetstagare framför hot om åtgärder som är till skada för arbetsgivaren.”

³⁴ Företagshemligheter, s. 110.

³⁵ Anställningsskydd, s. 382 f.

³⁶ Jfr t.ex. Adlercreutz och Mulder som talar om ”regler som kan sammanfattas under uttrycket *lojalitetsplikten*” (kursiverat i original). A. Adlercreutz & B.J. Mulder (2007) *Svensk arbetsrätt* (13 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik, s. 235. Jfr Glavå som talar om att ”olika företeelser”, såsom ”främst frågor om konkurrerande verksamhet, kritikrätt, tystnadsplikt m.m.” brukar ”inordnas” ”[u]nder detta [lojalitetsplikten] begrepp”. M. Glavå (2011) *Arbetsrätt* (2 uppl.) Lund: Studentlitteratur, s. 591.

³⁷ Se Anställningsförhållandet, s. 70 där författarna beskriver sin syn på de allmänna läroerna. De skriver att de allmänna läroerna inte i sig kan läggas till grund för förpliktelser för arbetsgivare och arbetstagare. De är värden, ändamål och bedömningsgrunder som uttrycks i det rättsliga materialet.

domstolens praxis om arbetsledning och lydnadsplikt. Lojalitetsplikten beskrivs av Källström och Malmberg som en förpliktelse grundad på anställningsavtalet.³⁸ Den utgör en biförpliktelse – i den meningen att den är utöver förpliktelserna att utföra arbete respektive att betala lön – och dessa kan vara lag- eller avtalsreglerade, ”men följer ofta av utfyllande regler utvecklade i domstolspraxis”. Dessa domstolsskapade regler uppfattar författarna som ”uttryck eller utflöde för en lojalitetsprincip” och som ”kopplade till anställningsavtalet”. Med något undantag är de regler författarna nämner antingen särskilt lagstadgade, kollektivavtalade eller ensidigt reglerade av arbetsgivaren. Tre (av fyra) av undantagen anger författarna explicit ha sin grund i anställningsavtalet: upplysningsplikten, tystnadsplikten, kritikrätten och regler om arbetstagares med arbetsgivaren konkurrerande verksamhet.³⁹

7. Rättsbildningen om lojalitet i anställningsförhållandet: Från lagregler till rättsprincip till vad? Och hur?

Koncepten lojalitet och lojalitetsplikt spelar flera olika roller i juridisk argumentation. Vi uppfattar att AD i AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* möjligen förhåller sig till frågan på ett sätt som avviker något från den traditionella uppfattningen. Den auktoritativa framställningen över den arbetsrättsliga lojalitetsplikten – *Arbetslivsinstitutets* utredning – framhåller tre funktioner hos lojalitet i arbetsrättsystemet.⁴⁰ Begreppet lojalitet fyller för det *första* rollen som *samlingsbegrepp* för handlingsregler som uppbärs av liknande ändamålsöverbäganden, d.v.s. parts (arbetstagarens) skyldighet att beakta motparts (arbetsgivarens) intressen, dvs. en ”rubrikfunktion”.⁴¹ Vi uppfattar, som nämnts, Folke Schmidts skrivningar om lojalitetsplikt på detta sätt, och som ett sätt att beskriva något. Lojalitetspliktens *andra* funktion är att – i betydelsen lojalitetstanke – användas i rättslig argumentation på de punkter en regel saknas och en normlucka således måste utfyllas. Ur lojalitetsplikten – uppfattad som en *självständig (bi-)förpliktelse* ”härleds” ”mer preciserade regler”. Lojalitetsprincipens (-plikten) *tredje* funktion är att i rättslig argumentation fungera ”som riktlinje vid tolkningen av redan etablerade regler”. Generellt hållna regler – t.ex. saklig grund för uppsägning – kan på detta sätt preciseras (tolkningsdatum). Som *accessorisk handlingsnorm* beskriver lojalitetsplikten hur anställningsavtalets parter bör fullgöra sina skyldigheter enligt detta avtal. Den ovanstående konstruktionen av lojali-

³⁸ Anställningsförhållandet, s. 75.

³⁹ Anställningsförhållandet, s. 75 f., s. 243 f., s. 253, s. 256, s. 258.

⁴⁰ Jfr J. Munukka (2010), ”Lojalitetsplikten som rättsprincip”, SvJT s. 837–847. Munukka tillskriver där lojalitetsplikten tre övergripande funktioner, rubrikfunktion, flexibilitets- och korrigeringsfunktion och materialiseringsfunktion.

⁴¹ Hållfast arbetsrätt, s. 292.

tetsprincipen sägs vara ”en sorts sammanfattning av bedömningsgrunder och argument som kommer till uttryck i lagregler, avtals- och rättspraxis”, dvs. i ”det konkreta rättsmaterialet”.⁴²

Det framstår som om modellen som anvisas för skapandet av ”en mer generell lojalitetsprincip” som ”kan antas vara lämplig för bedömning av särskilda fall” – ”en metod som kombinerar induktion och deduktion” – har tillämpats även i identifierandet av de tre funktionerna, eller formerna av, lojalitet som identifierats.⁴³ *Arbetslivsinstitutets* framställning av lojalitetsplikten i arbetsrätten, de tre formerna av densamma, anges bygga på Hellners beskrivning av vissa rättsvetenskapliga metoder. Även Munukkas avhandling om kontraktuell lojalitetsplikt bygger vidare på detta angreppssätt och på Hellners arbete.⁴⁴ Således har två framställningar som på senare år reflekterat kring lojalitetsplikter i anställningen båda använt samma metodgrepp. Inte minst av denna anledning är det intressant att något undersöka detta.⁴⁵ Vi undersöker AD 2012 nr 25 *den face-bookande rektorn* i ljuset av vår diskussion kring rättsbildningen om lojalitet i arbetsrätten. Denna dom är den senaste exponenten för rättsutvecklingen och en bra grund för undersökningen av hur denna rättsutveckling närmare gått till.

Det som ska kombineras i Hellners framställning är induktion och deduktion. Med deduktion avses ”att ur en allmän princip eller regel härleds en mera speciell regel” och med induktion avses ”att ett antal regler eller principer, som talar i samma riktning, [och som ”bygger på rättspolitiskt gemensamma grunder” och som ”alla rör samma ämne”] sammanfattas till en enhetlig [”allmän”] princip [...] eller åtminstone en huvudregel”.⁴⁶ Kombinationen av dessa två metoder beskrivs i termer av att: ”På grundval av ett antal mera speciella regler konstrueras induktivt en generell regel, och ur denna deduceras sedan regler för speciella fall, som inte ingår bland dem som ligger till grund för den generella regeln.”⁴⁷ Förfarandet är i stor utsträckning jämförbart (!) med analogislu-

⁴² Hållfast arbetsrätt, s. 292 f.

⁴³ Hållfast arbetsrätt, s. 293.

⁴⁴ J. Munukka (2007) Kontraktuell lojalitetsplikt (diss.) Stockholm: Jure, s. 207.

⁴⁵ I sammanhanget är det dock centralt att besinna att det vetenskapsfilosofiska greppet att kombinera induktivt och deduktivt tänkande utgör ett etablerat samhällsvetenskapligt metodställningstagande. Se om bl.a. detta M. Alvesson & K. Sköldberg (2008) *Tolkning och reflektion. Vetenskapsfilosofi och kvalitativ metod* (2 uppl.) Lund: Studentlitteratur, s. 54 ff.

⁴⁶ J. Hellner (2001) *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt* Stockholm: Jure, s. 69, s. 71 f. Jfr hur Peczenik talar om att ”[r]ättsdogmatiken föreslår ofta en generalisering av rättsregler genom en s.k. juridisk induktion”. A. Peczenik (1995) *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation* Stockholm: Norstedts Juridik, s. 321.

⁴⁷ J. Hellner (2001) *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt* Stockholm: Jure, s. 72. Jfr Peczenik som synes varna för viss användning av den induktivt-deduktiva metoden. Peczenik anför att denna metod användes inom ramen för den s.k. begreppsjurisprudensen, men framhåller samtidigt att man där betraktade de allmänna principerna som ”heliga kor” och inte som provisoriska (hypoteser). Begreppsjurisprudensen använde den induktivt-deduktiva metoden utanför dennas rimliga gränser. A. Peczenik (1980) *Juridikens metodproblem. Rättskällelära och lagtolkning* (2 uppl.) Stockholm: AWE/Gebers, s. 146.

tet.⁴⁸ Mot bakgrund av denna utläggning, som antyder att det föreligger en viss risk för att cirkelresonemang uppstår, analyserar vi framväxten av den arbetsrättsliga lojalitetsdiskursen.

Skapandet av ett verktyg för slitandet av tvisten i AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* kan möjligen låta sig förklaras enligt följande. Ett antal lagstadgade regler av olika karaktär och ett antal avtalade regler – i Schmidts klassiska framställning, om: förskingring, olovligt förfogande, trolöshet mot huvudman, skyldigheten redovisa uppburna penningmedel (och att hålla dessa avskilda från egna tillgångar), muta och bestickning, upplysningsplikt, tystnadsplikt och konkurrensförbud⁴⁹ – läggs till grund för konklusionen att det finns en rättsprincip – lojalitetsprincipen. Denna läggs senare till grund för dels nya materiella regler, dels en tolkningsregel. Ett antal regler, de flesta lagstadgade (tillika kriminaliseringar), som blir tillämpliga (rättsfaktumsidan) i och med existensen av ett anställningsavtal, tas till intäkt för att en allmän lojalitetsplikt existerar, och ur denna lojalitetsplikt härleds sedan en tolkningsregel som kan fylla ut den generella lagregeln i 7 § LAS.

Denna genesis av lojalitetsprinciper och lojalitetsplikter låter sig diskuteras enligt följande, närmast kronologiska mönster. Eftersom detta är en i hög grad dynamisk punkt i arbetsrättsordningen är det befogat att lyfta fram och problematisera rättsbildningens mekanismer och relationer till andra former för rättsutveckling. Ett intressant samspel mellan lagstiftare, forskare och avtalsparter (både de kollektiva och de individuella) bidrar till skapandet av tankegångar kring lojalitet i arbetslivets juridik.

Vi börjar med Folke Schmidt. De regler (oavsett var de fanns nedlagda) denne en gång i tiden beskrev i sitt kapitel som inleddes med formuleringarna om att sätta annans intresse före sitt eget, uppfattar vi inte har samma rättspolitiska grund, och att de inte låter sig väl beskrivas som reglerande samma ämne eller något i den stilen. Straffrättens regler är generellt tillämpliga, exempelvis. Före anställningsskyddets införande i svensk rätt sammanfattade Schmidt ett antal rättsregler och talade om att de förenades av att arbetstagaren måste sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget.

Skapandet av lojalitetsprinciper och -plikter har skett med stöd av en delvis nyorientering av Hellners ursprungliga tankegång om hur deduktion och induk-

⁴⁸ J. Hellner (2001) *Metodproblem i rättsvetenskapen. Studier i förmögenhetsrätt* Stockholm: Jure, s. 72. Jfr Peczeniks tal om ”rättsanalogi” som ”ett särfall av s.k. juridisk induktion” och att juridisk induktion ”rättfärdigas på samma sätt som laganalogin: den uttrycker principen ’lika skall behandlas lika’ och därmed krav såväl på rättvisa som på argumentationens inre sammanhang”. A. Peczenik (1995) *Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation* Stockholm: Norstedts Juridik, s. 343.

⁴⁹ F. Schmidt (1959) *Tjänsteavtalet* (1 uppl.) Stockholm: P.A. Norstedt & söners förlag, kap. III:9, s. 241–261. Källström och Malmberg nämner upplysningsplikten, ansvaret för redovisningsmedel, ansvaret för värden av anförtrott gods, skyldigheten att avstå från att begå brott, kravet på vandel, bisysslor, tystnadsplikten (bl.a. företagshemligheter), kritikrätten och konkurrerande verksamhet (bl.a. konkurrensklausuler). Se Anställningsförhållandet, s. 243–263.

tion kan samspela i rättsutveckling inom ramen för, eller med stöd av, rättsvetenskapen. Det förefaller oss som om Hellners tankegång om den kombinerade deduktion och induktionen förutsatte att denna tankeoperation var föranledd av att det konstaterats att en viss situation var oreglerad i den meningen att tillämplig lagregel saknades. Det var denna brist som metoden var tänkt att utgöra ett svar på. Idag, till skillnad från den tid då Folke Schmidt skrev sin lärobok, reglerar lagstiftning hur tillsvidareanställningar avslutas på arbetsgivarens initiativ (dvs. rättsföljden att anställningen upphör).

Vi kan inte frigöra oss från misstanken att Folke Schmidts eleganta formuleringar i läroboken från 1959 kommit att få – givits – rättslig betydelse utöver vad som var avsett och utöver sin lydelse och innehåll.⁵⁰ Är det befogat att bedöma en serie rättsregler på samma sätt trots att en avgörande bakgrundsfaktor ändrats diametralt? ”[P]rincipen om arbetsgivarens fria uppsägningsrätt” beskrevs som bekant i 1973 års lagstiftningsärende om anställningsskydd i termer av ”ett uttryck för en föråldrad auktoritär uppfattning om arbetsgivarens rätt att förfoga över arbetskraften”, och att det var självklart att principen ”slopas”.⁵¹ Folke Schmidt identifierade en uppsättning enskilda rättsregler och talade om dessa under en samlingsbeteckning. Detta sammanfattande omdöme var formulerat i suggestiva termer och kom senare att uppfattas som en princip, som motiverade, konkret och faktiskt, de enskilda reglerna. De enskilda reglernas (oomstridda) existens tas till intäkt för att principen sammanfattades existera.

8. Rättsregler om lojalitet och lagregler om saklig grund. Domstolen och anställningsavtalet

I AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* hade domstolen att ta ställning till om saklig grund för uppsägning föreligger då arbetsgivaren önskar säga upp arbetstagaren p.g.a. något denne företagit sig på fritiden. Det är första gången AD hade att ta ställning till hur saklig grund-regeln ska tillämpas i situationer där arbetstagare i privat anställning på fritiden utnyttjat sin yttrandefrihet. Domstolens rättsliga analys inleddes ”Utmärkande för ett anställningsförhållande anses vara bl.a. att arbetstagaren ska vara lojal mot arbetsgivaren. Lojalitetskravet ingår som ett led i anställningsavtalet”. Domstolen fortsatte med att förklara

⁵⁰ Jfr hur det sägs om Schmidt att ”han kom att utveckla och befästa den svenska arbetsrättens ställning som en självständig rättslig disciplin” och ”inte bara etablerat utan även befäst arbetsrätten som en självständig del av rättsordningen”. Om boken som innehåller de lokutioner vi tar upp till diskussion sägs att det var genom (bl.a.) den som Schmidt ”grundlade [...] sin ställning som den svenska arbetsrättens fader”. Se T. Sigeman (2007) ”Hur en rättslig specialdisciplin etableras. Om Folke Schmidt och arbetsrätten” i C. Peterson (red.) Juridiska fakulteten 1907–2007. En minneskrift Stockholm, s. 512–531, s. 516, s. 520, s. 521.

⁵¹ Prop. 1973:129 Trygghet i anställningen, s. 119.

att då arbetsgivaren vill säga upp arbetstagaren p.g.a. att denne på fritiden utnyttjat sin yttrandefrihet avgörs rättsenligheten genom en särskild sorts intresseavvägning i det enskilda fallet: ”arbetsgivarens intresse av och skäl för att avsluta anställningen [får] vägas mot inte enbart arbetstagarens intresse av att få behålla anställningen utan även mot intresset av att på fritiden få använda sina rättigheter”.⁵²

Hur kan AD:s resonemang förstås i ljuset av den traditionella uppfattningen av lojalitetsplikten? Det förefaller inte vara fråga om att domstolen använder begreppets rubrikfunktion: man nämner i sammanhanget inga regler.⁵³ Arbetsgivarens uppsägning av tillsvidareanställda arbetstagare är redan reglerat i generalklausulen i 7 § LAS. Det bör därför inte vara tal om att domstolen skulle härleda en regel för att täcka upp en normlucka. Istället bör det vara fråga om att domstolen preciserar den generellt tillämpliga regeln om saklig grund för uppsägning i 7 § LAS. Vi uppfattar att detta sistnämnda alternativ är det mest troliga. Hur kan AD:s tanke att lojalitetskravet ingår som ett, med domstolens ordval och anspelning på doktrинens formuleringar, ”led”⁵⁴ i anställningsavtalet förstås? En arbetstagarens förpliktelse att handla eller inte handla på visst sätt, försedd med viss rättsföljd kan uppstå på flera sätt. Det handlar här inte om en lagstadgad förpliktelse – det vore att dra regeln i 7 § LAS, som skyddar arbetstagaren mot osakliga uppsägningar, för långt. Istället måste förpliktelsen ha anställningsavtalet som grund, vara avtalad. En förpliktelse kan bli avtalsinnehåll genom explicit överenskommelse och också genom att förpliktelsen utgör en förutsättning för parterna vid avtalsslutet. Genom att identifiera förutsättningar för avtalet kan domstolen i praktiken behålla sitt inflytande över anställningsförhållandet, i ljuset av att det i princip är ett privaträttsligt avtal. Med stöd av tankeoperationen att domstolen identifierar vad parterna måste ha förutsatt med (anställnings-)avtalet och gör detta till avtalsinnehåll (*pacta sunt servanda*) lämnas partsautonomin i princip okränkta. För att den gemensamma partsuppfattningen ska bli avtalsinnehåll krävs att parterna uppmärksammat – ägnat den en tanke – en viss frågeställning och också gjort frågan till föremål för beslut.⁵⁵ Det kan vara svårt att i efterhand konstatera en gemensam partsavsikt, med följden att, med Ramberg och Rambergs formulering ”en juridisk fiktion som inte

⁵² Jfr Herzfeld Olssons reflektion om arbetsrätten att ”det är mycket sällsynt att internationella förpliktelse av mänsklig rättighetskaraktär tydligt påverkat utgången av ett mål. Resultatet hade således blivit detsamma om enbart nationell rätt beaktats”. Se Folkkrätten i arbetsrätten, s. 228.

⁵³ Den regel som nämnts är den om saklig grund som förutsättning för uppsägning. Ett sätt att i detta sammanhang använda lojalitetsplikt som ett sammanfattande och benämmande begrepp allena är att ta fasta på möjligheterna att i tillämpningen av regeln åberopa att arbetsgivaren i relation till arbetstagaren inte iakttagit sina skyldigheter, t.ex. rehabilitering eller omplacering. Se Anställningsförhållandet, s. 264 om 7 § LAS funktion som ”svärd” och ”sköld”.

⁵⁴ Glavå talar om lojalitetsplikt i termer av ett ”moment” i ”arbetstagarens skyldigheter enligt anställningsavtalet”. M. Glavå (2011) Arbetsrätt (2 uppl.) Lund: Studentlitteratur, s. 591.

⁵⁵ J. Malmberg (1997) Anställningsavtalet. Om anställningsförhållandets individuella reglering (diss.) Uppsala: Iustus förlag, s. 78 ff. med hänvisningar.

svarar mot verkligheten” uppstår. I denna situation måste avtalsinnehållet ”grundas på andra omständigheter och ibland på sådana objektivt konstaterbara fakta som inte direkt framgår av vad parterna gemensamt uttryckligen avsett”. I dessa fall blir avtalstolkning särskilt känsligt. Återigen med Ramberg och Rambergs formulering: ”Hänvisningen till den gemensamma partsviljan blir ofta en fiktion, en slags teknisk nödlögn.”⁵⁶ Skyldigheten att vara lojal blir med stöd av fingerad partsvilja ett ”led” i anställningsavtal. Operationen innebär också att det inte framstår lika tydligt att det är domstolen som formulerar regeln. Ifråga om statliga anställningar gäller att utrymmet för att förtydliga 7 § LAS med hjälp av lojalitetsplikten är särskilt begränsat.

Anställningsskyddet låter sig beskrivas i termer av att AD utvecklar rättspraxis på grundval av en generalklausul, men också genom att domstolen identifierar och intolkar förutsättningar i anställningsavtalet, för att på så vis principiellt kunna ange i vilka situationer uppsägning rättsenligt kan vidtas. Sigemans kärnfulla formulering uttrycker det bäst:

I allmänhet krävs för uppsägning att arbetstagaren har brutit mot eller misslyckats med att uppfylla avtalsförpliktelse, som är av väsentligt intresse för arbetsgivaren och vars existens och väsentlighet arbetstagaren varit medveten om. Rättspraxis om vad som är saklig grund för uppsägning har i själva verket kommit att bli den förnämsta källan för fastställande av vilka förpliktelser som i allmänhet åvilar arbetstagare enligt anställningsförhållandets oskrivna utfyllnadsregler.⁵⁷

Källström och Malmberg kompletterar bilden av samspelet mellan domstol och lagstiftare och lag och prejudikat:

Anställningsskyddstvisterna har tvingat Arbetsdomstolen att ta ställning till vilka grundläggande förpliktelser som följer av anställningsavtalet. Domstolen har t.ex. utformat regler om lojalitetsplikt...⁵⁸

Denna modell – intolkade moment om lojalitet – för anställningsskydd ger i dessa fall lagregeln en hybridkaraktär: rättsföljden uppsägning (anställningens upplösning) följer av lag (eftersom 7 § LAS är en generalklausul) medan rättsfaktumsidan av regeln i princip bygger på avtalets grund. Domstolens bedömning av de identifierade förutsättningarna för (anställnings-)avtalet måste emellertid hålla sig inom ramen för 7 § LAS, som är tvingande rätt. Parterna (och inte heller kollektivavtalsparterna) får inte avtala i strid med regeln om att endast sakligt grundade uppsägningar är tillåtna (2 § LAS). Arbetsrättsliga elementa ger vid handen att då ett anställningsavtal avviker från tvingande rätt ska dess rättsverkningar korrigeras och de avtalsvillkor som strider mot den tvingande lagregeln lämnas utan avseende, och lagregelns innehåll träder i villkorets ställe.

⁵⁶ J. Ramberg & C. Ramberg (2007) Allmän avtalsrätt (7 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik, s. 131 och s. 173.

⁵⁷ T. Sigeman (2010) Arbetsrätten. En översikt (5 uppl.) Stockholm: Norstedts, s. 204.

⁵⁸ Anställningsförhållandet, s. 64.

Vissa stadganden i arbetsrätten är tvingande i den meningen att de inte går att i förhand avstå från i avtal; sådana avtal är ogiltiga.⁵⁹ Den förmögenhetsrättsliga generalklausulen i avtalslagens 36 § är i princip också tillämplig här. Möjligheten att med stöd av denna bestämmelse göra ett nyanserat ingrepp – jämkning – i avtalet kan vara av särskilt intresse. På så sätt kan indispositiv rätt åter föras in i rättsförhållandet och den vägen präglade det; med Sigemans formulering, ”främja” den materiella skyddslagstiftningens ”värderingar”.⁶⁰

Beakta i sammanhanget att den tystnadsplikt som anses följa av anställningsavtalet⁶¹ (vara avtalsinnehåll, explicit eller implicit) måste rymmas inom ramen för avtalsfrihetens gränser, dvs. inom ramen för ”avtalslagen [generalklausulen i 36 §], allmänna rättsprinciper på arbetsrättens område (”god sed på arbetsmarknaden” eller annat), FHL [företagshemlighetslagen] eller yttrandefrihetslagstiftningen”. För övrigt gäller enligt praxis kritikrätten.⁶²

Inflytandet över anställningsförhållandets utveckling kan i det här diskuterade hänseendet skifta mellan olika aktörer. Om parterna, inom tvingande rättsramar, explicit börjar avtala om vad som ska uppfattas som lojalitet beskär det i praktiken i samma utsträckning Arbetsdomstolens möjligheter och även behov av att själv fylla ut anställningsavtalet i termer av lojalitet.⁶³ På denna punkt finns säkerligen behov av ökad uppmärksamhet från såväl arbetsgivare som arbetstagare och arbetsmarknadens organisationer. Den som är av annan åsikt än Arbetsdomstolen ifråga om omfattningen av arbetstagarens lojalitetsplikt i relation till arbetsgivaren har (avtals-)rättslig anledning att tydligt formulera och uttrycka denna åsikt offentligen, t.ex. i samband med avtalsförhandlingar och i annan offentlig diskurs.

Hybridkaraktären i anställningsskyddsregelns uppbyggnad är särskilt synlig i domstolens tillämpning av lojalitetsplikt, som blir synonymt med (avtalad)

⁵⁹ Anställningsförhållandet, s. 163 f.

⁶⁰ T. Sigeman (1984) ”36 § avtalslagen och arbetsrätten” i U. Bernitz, et al. (red.) Festskrift till Jan Hellner Stockholm: P A Norstedt & söners förlag, s. 587–628, *passim*, särskilt s. 595 och (för citatet) s. 627.

⁶¹ Och som i enlighet med det ovanstående resonemanget samtidigt tas till intäkt för existensen av en lojalitetsplikt, och som ett utflöde av densamma. Den här punkten illustrerar för övrigt väl komplexiteten i rättsbildningen om lojalitet. De enskilda lagreglerna som bildar grund för en rättsprincip, som sedan bildar grund för nya regler, kommer också att fungera såsom inskränkningar – gränserna kring avtalsfriheten, alltså – för tillämpningen av de sålunda nybildade reglerna.

⁶² Företagshemligheter, s. 116 f. Fahlbeck fortsätter: ”Otvivelaktigt kan [...] villkor om tystnadsplikt vara sådana att de är oskäligen eller stridande mot allmänna rättsprinciper eller god sed på arbetsmarknaden.”

⁶³ Jfr Lunning och Toijer som framhåller ”särskilda krav på lojalitet, etiska uppförandekoder” som en (av flera) aspekt det är särskilt viktigt att avtalsreglera, eftersom man då kan ge vissa ”förhållanden en ökad betydelse eller högre dignitet i händelse av framtida meningsmotsättningar”. Strax därefter framhålls dock att avtalsvillkoren inte får innebära ”ett avstående från det skydd som anställningsskyddslagens tvingande regler är avsedda att ge”. Se Anställningsskydd, s. 166.

(bi-)förpliktelse sanktionerad med uppsägning (i vissa fall). Mot denna bakgrund blir det befogat att väcka frågan om vad mellanledet om lojalitetsplikten tillför saklig grund-bedömningen.⁶⁴

Vi har i alla händelser uppfattat att Arbetsdomstolen intolkar dessa lojalitetsförpliktelser i arbetstagarens enskilda anställningsavtal.⁶⁵ Det är missvisande att tala om lojalitetsplikten som en rättslig förpliktelse, om man med detta avser något utöver den allmänt hållna regeln *pacta sunt servanda*. Munukka, exempelvis, skriver att han uppfattar lojalitetsplikten ”som ett grundläggande avtalselement i anställningsförhållanden” och ”[a]tt det är fråga om en kontraktuell plikt står utom allt tvivel”.⁶⁶

9. Saklig grund-bedömningen i ljuset av diskurser om mänskliga fri- och rättigheter

Frågan om avtalsfrihetens gränser och lojalitetspliktens relation till tvingande rätt om saklig grund för uppsägning har sin motsvarighet i att mänskliga fri- och rättigheter ska beaktas även i förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare oberoende av individernas, avtalsparternas, inställning till detta.⁶⁷ Arbetsdomstolen har tidigare ställts inför frågan om betydelsen av Europakonventionen, i prövningen av en tvist mellan två enskilda parter. Domstolens ställningstaganden på denna punkt har varit omdiskuterade. Herzfeld Olsson menar att Europakonventionen ”haft en marginell betydelse för utgången av arbetsrättsliga tvister” och att ”[d]et förefaller som om AD ogärna fördjupar sig i Europakonventionens krav när den själv har utarbetat tydliga principer som är tillämpliga på en viss tvist”.⁶⁸ Kanske vi i AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* ser starten för en nyorientering på denna punkt? I domen uppmärksammades Europadomstolens praxis, och denna gavs även inflytande på argumentationen. Som en del

⁶⁴ Jfr Samuelsson som utvärderar förmögenhetsrättsliga tankegångar om lojalitetsplikten och avslutar med reflektionen att hans ”intryck är också att lojalitet tillskrivits en roll som även kan fyllas av andra resonemangsformer och därmed påfallande ofta är redundant”. Professorn P. Samuelsson (2011) ”Lojalitet och rationell resursanvändning i entreprenadavtal” i *Ny Juridik*, nr 4, s. 45–64, s. 52, fn 11.

⁶⁵ Om ordvalets konnotationer se *Anställningsförhållandet*, s. 162.

⁶⁶ J. Munukka (2007) *Kontraktuell lojalitetsplikt* (diss.) Stockholm: Jure, s. 210.

⁶⁷ Europakonventionen, t.ex., kan inte avtalas bort i kollektivavtal. Se *Folkkrätten i arbetsrätten*, s. 207 med hänvisningar. Jfr för övrigt Europakommissionspraxis om arbetstagares utövande av religionsfrihet inom ramen för det enskilda anställningsavtalet återgiven och diskuterad i *Bed och arbeta* s. 36 ff. och s. 46 ff.

⁶⁸ Uttalandet avser tiden efter inkorporeringen. Författaren gör inte gällande att domstolen skulle agerat konventionsstridigt vid något tillfälle. Se *Folkkrätten i arbetsrätten*, s. 218 och s. 225 med hänvisningar. Fahlbeck gör likartade reflektioner apropå fallet AD 2005 nr 21 *äldreaktivare* i *Bed och arbeta* s. 85 ff.

i intresseavvägningen ska beaktas arbetstagarens intresse av att på fritiden utnyttja sina rättigheter. Detta synsätt på mänskliga rättigheter skiljer sig från domstolens synsätt på lojalitetsplikten. Denna sistnämnda plikt är avtalsinnehåll (led, moment osv.), medan mänskliga rättigheter utgör tolkningsdata för saklig grund-regeln i LAS i så måtto att dessa rättigheter blir en omständighet att beakta i intresseavvägningen. Saklig grund-bedömningen är att uppfatta som ett lagstiftningsmässigt uttryck för tanken att endast förseelser mot något väsentligt intresse från arbetstagarens sida ska kunna leda till att (anställnings-)avtalet sägs upp. AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* innebär åtminstone en konventionskonform tolkning av 7 § LAS i det att intressen hänförliga till dessa fri- och rättigheter ska beaktas i saklig grund-bedömningen.

Utrymmet för att åberopa mänskliga fri- och rättigheter i saklig grund-tvister har sannolikt blivit större i den meningen att Europakonventionen blivit mer känd. Sannolikt kommer mänskliga rättigheter-diskursen i framtiden komma att på olika sätt prägla anställningsavtalets innehåll. I *Arbetslivsinstitutets* utredning ställdes frågan ”I vilken omfattning måste arbetstagaren även på sin fritid iaktta vissa förhållningsregler för att inte bryta mot sitt anställningsavtal?”. Svaret som gavs är inte det som uttrycks i de här diskuterade domskälen, och skillnaden handlar om de mänskliga rättigheternas ställning i argumentationen. *Arbetslivsinstitutet 2002*:

I särskilda fall kan arbetstagare drabbas av sanktioner i sin anställning på grund av sådant som inträffar vid sidan av arbetet. Riktpunkten för bedömningen av om så är fallet tycks vara om det som läggs arbetstagaren till last är ägnat att allvarligt rubba förtroendet mellan arbetsgivaren och arbetstagaren eller annars innebära att arbetsgivarens verksamhet kommer i dålig dager. I vilken utsträckning någon sanktion verkligen kan tillgripas blir beroende av omständigheterna, och hänsyn tas till sådant som arbetstagarens arbetsuppgifter, hans eller hennes position och beteendets effekt på anställningsförhållandet.⁶⁹

I AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen* gick domstolen direkt till den grundlagsfästa yttrandefriheten. I detta mål fanns inte utrymme att utveckla resonemang om lojalitetspliktens betydelse, eftersom detta område redan är täckt av (grundlags-)reglering i termer av yttrandefriheten. På denna punkt ser vi hur resonemang dels om mänskliga rättigheter, dels om lojalitetsplikt är ömsesidigt uteslutande. I AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* diskuterade domstolen särskilt en nyansering av rättstillämpningen med avseende på arbetstagarens ställning (och detta är ju också ett genomgående tema i domar om lojalitet, se t.ex. AD 1982 nr 110). Det återstår att se hur stora skillnader i rättighetsskyddet (*mutatis mutandis*) som domstolen kan tänka sig att skapa. Detta är idag rätt oklart.

Hur kommer i framtiden arbetsrättsliga argumentationslinjer med utgångspunkt i lojalitetsplikt tas emot? Vi ser en fara i att anspelningar på lojalitetsplikt

⁶⁹ Hållfast arbetsrätt, s. 342 f.

kan bli ett diffust sätt att öppna för att beakta otraditionella marginalfenomen i saklig grund-bedömningar. Utgångspunkten för påståenden om illojalitet utgår definitionsmässigt från arbetsgivarens perspektiv och därför blir detta också utgångspunkten i processen. Och, vad tillförs egentligen saklig grund-bedömningen med införandet av mellanledet lojalitet? Vad är nyttan? Jämför att beskriva t.ex. hot om våld som brott mot lojalitetsplikten, eller att beskriva att klippa till förmannen som brott mot lojalitetsplikten, och därför saklig grund. Men vad har vunnits? Det finns en risk att den oerhört centrala insikten glöms bort; endast för att något bedömts vara illojalt innebär detta i sig inte per automatik att rekvisitet saklig grund för uppsägning är uppfyllt.⁷⁰

10. Likheter och skillnader mellan lojalitetsplikten i statlig och privat anställning

Framtidsutsikterna för indelningen av arbetsrätten i en statlig och en privat del framstår som oklara.⁷¹ Vi ser hur de samhälleliga förväntningarna på den statlige arbetsgivaren är att den i högre grad än idag bör efterlikna den privata. Samtidigt ser vi hur förväntningarna ökar på den privata arbetsgivaren att denne ska, i allmänna ordalag, respektera de mänskliga fri- och rättigheterna. Balanserandet av dessa delvis motsägelsefulla förväntningar kommer sannolikt att prägla arbetsrättens framtida utveckling på denna punkt.

I alla händelser gäller att både den privata och den offentliga anställningen vilar på anställningsavtalet, och således på det som Arbetsdomstolen benämnt som ”privaträttslig grund”.⁷² Frågan om en uppsägning av en tillsvidareanställning bedöms i båda fallen med stöd av 7 § LAS. Närmandet av den offentliga anställningen till den privata innebär att repressalieförbudet delvis kom att sakna sanktion. Visst arbetsrättsligt agerande betraktades inte som myndighetsutövning, och föll inte in under tjänstefelsansvaret. Mot bakgrund av bl.a. detta har repressalieförbudet införts som självständiga regler i tryckfrihetsförordningen (TF) och i yttrandefrihetsgrundlagen (YGL).⁷³ Sedan 1 januari 2011 är

⁷⁰ Hållfast arbetsrätt, s. 304.

⁷¹ Likheter och skillnader mellan statlig och privat anställning är delvis ett tema i K. Ahlström (2010) *Anställning vid en statlig myndighet. Anställningsbeslut och arbetsledningsbeslut* Stockholm: Norstedts Juridik, *passim*, med hänvisningar.

⁷² Se t.ex. R. Fahlbeck (1994) *Praktisk arbetsrätt* (3 uppl.) Malmö: Liber, s. 283 ff. med hänvisningar. Se också G. Petré (1976) ”Den offentliga tjänsten i omvandling” i *Svensk rätt i omvandling. Studier tillägnade Hilding Eek, Seve Ljungman, Folke Schmidt* Stockholm: P A Norstedt & söners förlag, s. 377–387 för en historisk bakgrund till de förändrade uppfattningarna om den statliga tjänstens särart.

⁷³ Prop. 2009/10:81 *Grundlagsskydd för digital bio och andra yttrandefrihetsrättsliga frågor*, s. 38 f. Se T. Bull (2009) ”Offentligt anställdas yttrandefrihet och repressalieförbudets räck-

det straffbelagt att, medelst avskedande, uppsägning, meddelande av disciplinpåföljd eller annan likande åtgärd, ingripa för att en arbetstagare i *tryckt skrift, radioprogram* eller en *teknisk upptagning* utnyttjat sin yttrandefrihet.⁷⁴ Även före denna lagstiftning hade repressalieförbudet innebörden att för arbetstagarna negativa åtgärder med anledning av deras yttranden i de grundlagsskyddade medierna var otillåtna.⁷⁵ Som bekant gäller att arbetstagare i offentlig anställning kan göra sin grundlagsskyddade yttrandefrihet gällande mot sin arbetsgivare.⁷⁶ Den nämnda kriminaliseringens adressat är den person som handlat å arbetsgivarens vägnar, och har ingen bäring på frågan om en uppsägning ska anses vara sakligt grundad (7 § LAS).

I och med detta är frågan om vilka åtgärder en arbetsgivare får vidta med anledning av en arbetstagares uttalande på fritiden inte oreglerad. Här kan förklaringen finnas till varför Arbetsdomstolen i målet AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen* inte var tvungen att föra något resonemang om den offentliganställdes lojalitetsplikt, för att kunna avgöra frågan om uppsägningen var rättsenlig. I denna situation förelåg inte något behov av att utfylla en normlucka. Problematiken kan istället uppfattas som reglerad av det grundlagsstadgade skyddet för yttrandefriheten. (Den offentliganställda omfattas självfallet av andra förpliktelser som brukar avhandlas under rubriken lojalitet, t.ex. trolöshet mot huvudman etc.)

Numera är det klart att Europakonventionen innebär vissa förpliktelser till positivt agerande från statens sida och att staten därmed har ett ansvar att förhindra inskränkningar i yttrandefriheten, inte enbart inom ramen för den offentliga anställningen (alltså staten i egenskap av arbetsgivare), utan även i en rent privaträttslig avtalsrelation. Skyldigheten att upprätthålla yttrandefriheten synes i fall som dessa träffa den domstol som har att avgöra rättsenligheten av en uppsägning, som föranletts av att arbetstagaren nyttjat sin yttrandefrihet.⁷⁷

I storkammaravgörandet Sánchez m.fl. mot Spanien gör Europadomstolen en avvägning mellan arbetstagares yttrandefrihet och dennes lojalitetsplikt.⁷⁸ I generella ordalag framstår Europadomstolens formulering av lojalitetsplikten som mindre långtgående än den som Arbetsdomstolen formulerat, med utgångs-

vidd” i J. Ekroth & K. Swanström (red.) JO. Lagarnas väktare Stockholm: Riksdagens ombudsmän – JO i samarbete med Riksbankens jubileumsfond, s. 51–70, för diskussion kring angränsande frågor.

⁷⁴ Se 3 kap. 5 § tredje stycket TF och 2 kap. 5 § tredje stycket YGL.

⁷⁵ Prop. 2009/10:81 Grundlagsskydd för digital bio och andra yttrandefrihetsrättsliga frågor, s. 37.

⁷⁶ Se AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen* och där uppräknad praxis. Jfr t.ex. JK-beslutet 2008-08-07, dnr 7068-06-21, ”Kritik mot Sveriges ambassad i Israel för att en praktiktjänstgöring avbröts i förtid”.

⁷⁷ Se Europadomstolens dom den 12 september 2011 Sánchez m.fl. mot Spanien, punkt 61. Fallet gäller visserligen yttranden fällda inom ramen för fackligt arbete men synes kunna ha bäring även på andra situationer. Målet nämns i AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn*.

⁷⁸ Se även Europadomstolens dom av den 21 oktober 2011 Heinisch mot Tyskland.

punkt i Schmidts tankegångar. I Sánchez-domen, som den svenska Arbetsdomstolen själv nämner, anges att

even if the requirement to act in good faith in the context of an employment contract does not imply an absolute duty of loyalty towards the employer or a duty of discretion to the point of subjecting the worker to the employer's interests, certain manifestations of the right to freedom of expression that may be legitimate in other contexts are not legitimate in that of labour relations.⁷⁹

Till bilden hör också ett annat avgörande från Europadomstolen. Denna gång handlar det om s.k. whistleblowing, och domstolen uttalar:

While such duty of loyalty may be more pronounced in the event of civil servants and employees in the public sector as compared to employees in private-law employment relationships, the Court finds that it doubtlessly also constitutes a feature of the latter category of employment.⁸⁰

Jämför vi uttalandena om lojalitet i Europadomstolens praxis med motsvarande skrivningar i Arbetsdomstolens här diskuterade praxis ser vi att de båda domstolarna har olika uppfattningar om räckvidden av den privat respektive offentligt anställdes lojalitetsplikt. Europadomstolens inställning är sannolikt tyst påverkad av att man gör hänsynstaganden till flera olika rättigheter. I alla händelser gäller att den privat anställdes lojalitetsplikt i dessa situationer (yttranden på fritiden) är mer långtgående än vad som gäller för offentligt anställda. Accepteras den förklaring vi lanserat här, har detta förhållande sin grund i den svenska tryckfrihets- och yttrandefrihetsregleringen.

I såväl AD 2011 nr 74 som i AD 2012 nr 25 är det fråga om ageranden huvudsakligen utanför anställningen, och i båda fallen har det handlat om nyttjandet av en grundlagsskyddad (yttrande-)frihet. Arbetsgivarpartens i AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen* andrahandsgrund gick ut på att uttalandena, bloggandet, fått följer i termer av samarbetsvårigheter, och att arbetstagaren i denna mening åsidosatt sina åligganden mot arbetsgivaren. Att ta fasta på konsekvenser på arbetsplatsen av yttranden, samarbetsproblem, omvandlar den rättsliga bedömningen av yttrandena, fällda utanför tjänsten, till att avse en bedömning av något som ägt rum inom ramen för anställningen, på arbetet.

Arbetsdomstolen understryker dock i AD 2011 nr 74 *den bloggande polisen*, med hänvisning till AD 2011 nr 15 *undersköterskan på Södertälje sjukhus*, att det vid samarbetsvårigheter med ursprung i användandet av yttrandefriheten finns anledning att ställa särskilt höga krav på skälen som anförs till grund för avslutandet av anställningen. Det står klart att medarbetarnas (medborgarnas?) uppfattning om och bedömning av yttrandena, i relation till arbetsuppgifternas natur, kan få avgörande betydelse för frågan om sådana särskilda skäl föreligger. Trots Arbetsdomstolens framhållande av förutsättningen särskilt vägande skäl kan detta låta sig beskrivas i termer av att i anställningsskyddssammanhang (och

⁷⁹ Europadomstolens dom den 12 september 2011 Sánchez m.fl. mot Spanien, punkt 76.

⁸⁰ Europadomstolens dom av den 21 oktober 2011 Heinisch mot Tyskland, punkt 64.

den däri väletablerade problematiken kring samarbetsvårigheter) omvandlas frågor om arbetstagares (medborgares) nyttjande av grundlagsfästa fri- och rättigheter till frågor kretsande ytterst kring effektivt företagande.⁸¹ I sammanhanget kan tankeexemplet göras att det på en arbetsplats inte uppstår några samarbetsproblem med anledning av att en av kollegerna fällt t.ex. främlingsfientliga yttranden. I den situationen kan anställningsskyddet, i enlighet med den ovanstående diskussionen, sägas bli starkare än vad det skulle ha varit på en annan arbetsplats. Denna form av situationsunik konstruktion av rättighetsskyddet blir, tvärtemot vad som brukar hävdas om rättigheters enhetlighet, en effekt av att yttranden i olika utsträckning kan leda till samarbetsproblem. I alla händelser gäller att domstolarnas förståelse av vilka samarbetsproblem som i denna typ av mål är möjliga att lägga till grund för uppsägning kommer att avgöra konturerna av (det arbetsrättsliga) skyddet för yttrandefriheten.

11. Arbetsrättsliga handlingsalternativ? Arbetsledningsrätten och lojalitetskrav

I målen vi analyserar valde arbetsgivaren den arbetsrättsligt sett yttersta åtgärden: att avsluta anställningen. Arbetsgivarens skyldighet att överväga andra, mindre ingripande, alternativ innan uppsägning, har uppfattats som en aspekt av arbetsgivarens lojalitetsplikt.⁸² I sammanhanget vill vi något beröra hur andra handlingsalternativ kunde betraktas ur arbetsrättslig synvinkel.

Domstolen omtalar i AD 2012 nr 25 *den facebookande rektorn* själv ett alternativ: arbetsgivaren kan uppmana arbetstagaren att sluta blogga eller att upphöra med visst facebookande. Enligt domstolens mening hade arbetsgivaren, i den situation som bedömdes i målet, "haft rätt att kräva" att arbetstagaren avlägsnade sambanden mellan arbetstagarens privata Facebooksida och arbetsgivaren (gymnasieskolan). Domstolen hade själv uppmärksammat att det är vanligt förekommande att det på Facebooksidor framgår var man arbetar och kanske i vilken befattning.

Det återstår att se vilken skyldighet som kommer att uppstå för arbetstagar sidan i och med skapandet av denna arbetsgivar sidans rättighet. Det är vidare oklart vilken rättsföljden kan bli av att ej hörsamma en sådan uppmaning. Arbetstagares underlåtenhet att efterkomma arbetsgivarens tillsägelse att från en personlig webbsida avlägsna viss information utgör ur arbetsgivarperspektiv en form av misskötsamhet. Elementa i rättskällorna kring saklig grund uttrycker att misskötsamhet ytterst, i svåra fall, kan innebära att en uppsägning är rättsenlig. Fokus ligger inte primärt på misskötsamheten i sig, utan på arbetstagararens fram-

⁸¹ Jfr även AD 2000 nr 76 *Byrådirektören på migrationsverket*.

⁸² Anställningsförhållandet, s. 138 f. och s. 264. Principen om uppsägning som *ultima ratio*.

tida lämplighet för arbetsuppgifterna. I en sådan prognosbedömning får med all sannolikhet beaktas arbetstagarens handlande, dennes eventuella förtroendeställning och arbetsplatsens storlek etc.⁸³

Arbetsgivaren är skyldig att till arbetstagaren otvetydigt kommunicera att dennes anställning är i fara för den händelse denne framhårdar i sitt agerande. Om misskötsamheten inte är kvalificerad är saklig grund-kravet självfallet inte uppfyllt, även om arbetsgivaren kommunicerat med arbetstagaren i här diskuterat avseende.

Finns det en tydlig och konkret förhållningsregel som kommunicerats till arbetstagaren kan ett brott mot denna ytterst sanktioneras med uppsägning. Arbetstagaren ska ges möjlighet att rätta sig efter regeln, innan åtgärder vidtas.⁸⁴ Rättsläget ifråga om bloggar med koppling till arbetsgivaren är sannolikt likartat, även med avseende på sanktionsmöjligheterna.

Det ligger nära till hands att arbetsgivaren utformar en policy för frågor om sociala medier m.m. En sådan kan underställas arbetstagarens ställningstagande och undertecknande och på så sätt göras till (anställnings-)avtalsinnehåll. Brott mot policyn blir brott mot anställningsavtalet, och om väsentlighetskravet är uppfyllt, kan arbetsgivaren ha saklig grund för uppsägning. Frågan kan framöver bli föremål för kollektiva förhandlingar och regleras i kollektivavtal.

Ifråga om offentligt anställda saknar arbetsgivaren möjligheter att vidta åtgärder i form av order att upphöra med bloggande, eller avlägsna information från en personlig websida. JO Axberger har i ett ärende, gällande uppsägningen av en bloggande anställd vid Migrationsverket, uttalat följande:

Innebörden av att yttrande- och åsiktsfrihet råder är bl.a. att det allmänna som arbetsgivare inte får lägga sig i vilka åsikter de anställda har eller hur de brukar sin yttrandefrihet. En offentlig arbetsgivare kan därmed inte av sina anställda kräva att de utanför tjänsten avhåller sig från att ge uttryck för en viss typ av värderingar. Det gäller även när dessa kan synas helt avvika från det arbetsgivaren står för. Eventuella anspråk från en myndighet på att dess anställda som privatpersoner ska omfatta en viss värdegrund strider mot grundlagens krav på respekt för den enskildes yttrande- och åsiktsfrihet. Förtroendet för myndigheterna upprätthålls inte genom tillsyn över de anställdas åsikter utan genom att verksamheten utövas under lagarna och kontrolleras rättsligt.⁸⁵

När det handlar om agerande på Facebook uppfattar vi rättsläget som att den offentlige arbetsgivaren har begränsad rätt att kräva att arbetstagaren tar bort kopplingen mellan arbetsgivaren och den anställda, samt att möjligheterna i

⁸³ Anställningsskydd, *passim*, med hänvisningar.

⁸⁴ Jfr angående misskötsamhet AD 2008 nr 91 *Arbetsförmedlingen i Staffanstorps*, där domstolen uttalar att ”De närmare krav som bör ställas på ett klargörande av det slag som här avses måste ytterst bedömas med hänsyn till omständigheterna i det enskilda fallet, men som regel måste det emellertid erfordras att arbetstagaren erhållit åtminstone en otvetydig varning om att hans anställning är i fara”.

⁸⁵ Diarienummer 149-2009, 567-2009. Beslutsdatum 2009-09-25, ”Kritik mot Migrationsverket och en verksamhetschef där som i strid med grundlag ingripit mot en anställds yttrandefrihet”.

övrigt att vidta åtgärder är kraftigt beskurna. Detta är att uppfatta som ett utflöde av skillnaderna i den offentligt respektive privat anställdes lojalitetsplikt.

I de båda mål vi diskuterar här anförde arbetsgivarparten att de utpekade arbetstagarna orsakat arbetsgivaren förtroendeskador. Med den utgångspunkten för ögonen kan frågan väckas om arbetsgivaren har åter andra alternativ för att hantera den här typen av situationer. För den offentligt anställda framstår det som relevant att diskutera om bloggande kan omfattas av den offentliga arbetsrättens (LOA) reglering av bisysslor.⁸⁶ Detta regelverk avser just att ta tillvara allmänhetens förtroende för myndigheterna.⁸⁷

Det har inte domstolsprövats om en blogg kan klassificeras som en bisyssla, och frågan kan besvaras på olika sätt. Vi anser att en blogg i sig kan utgöra en bisyssla i dessa regleras mening.⁸⁸ I en sådan situation är det möjligt att rättsligt kvalificera en uppmaning att upphöra att blogga som en uppmaning att avstå från en verksamhet som är förtroendeskadlig (bisyssla). Arbetsdomstolen har – i domen AD 2011 nr 83 *socialnämnden som bisyssla* – sammanfattat regleringen om bisysslor i LOA. Domstolen uttalade att den svenska förvaltningen är en grundsten i den svenska demokratin, och att det är av största vikt att denna åtnjuter medborgarnas förtroende. Enligt domstolens mening har förbudet mot vissa bisysslor en viktig funktion att fylla i upprätthållandet av detta förtroende. Risker för förtroendeskada är tillräcklig för att en bisyssla ska anses vara otillåten.⁸⁹ Hinn menar att en bisyssla ska anses vara förtroendeskadlig redan då det uppstått en risk för att allmänheten ska kunna komma att sätta en tjänstemans objektivitet i fråga. Man har, återigen enligt Hinn, att tillämpa principen om att ”Caesars hustru får inte ens misstänkas”.⁹⁰

Den offentligt anställdes yttrandefrihet ska vägas mot allmänhetens förtroende för förvaltningen. Något avgörande av denna fråga från Arbetsdomstolens sida föreligger inte. Beslut om att beordra upphörande av bisyssla uppräknas inte i TF:s och YGL:s regler (kriminaliseringen) som kvalificerat brott mot repressalieförbudet. Möjligen kan ett sådant handlings sätt vara att bedöma som ”annan sådan liknande handling”, som enligt förarbetena bl.a. förklaras i termer av utfrysning och utebliven löneförhöjning m.m.⁹¹ På samma sätt som förbudet mot (kriminaliseringen av) repressalier aldrig svarar på frågor om en viss upp-

⁸⁶ Se lagen (1994:260) om offentlig anställning 7 § och 7 c §.

⁸⁷ Prop. 2000/01:147 Offentliganställdas bisysslor, s. 10 f.

⁸⁸ Se vidare SOU 2000:80 Offentligt anställdas bisysslor, s. 86, E. Hinn & L. Aspegren (2009) Offentlig arbetsrätt. En kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning (2 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik, s. 36 ff. Se avseende poliser AD 2004 nr 108 *Överlevnads kurser och kosmetika* och AD 2005 nr 55 *Polisen med släpkärrorna*.

⁸⁹ AD 2011 nr 83 *Socialnämnden som bisyssla*.

⁹⁰ E. Hinn & L. Aspegren (2009) Offentlig arbetsrätt. En kommentar till lagreglerna om statlig och kommunal anställning (2 uppl.) Stockholm: Norstedts Juridik, s. 38 och SOU 2000:80 Offentligt anställdas bisysslor, s. 172.

⁹¹ Prop. 2009/10:81 Grundlagsskydd för digital bio och andra yttrandefrihetsrättsliga frågor, s. 63.

sägning (repressalien, alltså) skulle ha saklig grund eller inte, svarar repressalieförbudet inte på frågan om arbetsgivarens order att en arbetstagare ska upphöra med en bisyssla är rättsenlig, eller inte. I lagmotiven förekommer uttalanden av innebörd att bisysslereglerna inte kan rättfärdiga inskränkningar av yttrandefriheten.⁹² Öman har nyligen anfört en liknande uppfattning, med stöd av just dessa förarbeten.⁹³ Sammanfattningsvis tycks det oss som att avvägningen, med beaktande av förarbetenas lydelse, utfaller till yttrandefrihetens fördel, med den följd att den offentlige arbetsgivaren inte med stöd av LOA:s regler om bisysslor har möjlighet att anmoda en arbetstagare att upphöra att blogga.

Omplacering av arbetstagaren är en mindre ingripande åtgärd som hade kunnat tillgripas. Oavsett om en anställning är statlig eller privat är omplacering ett arbetsledningsbeslut som normalt inte kan överprövas rättsligt. Särskilt ingripande omplaceringar motiverade av personliga skäl kan dock överprövas i ljuset av den s.k. bastubadarprincipen. Den typen av omplaceringar är tillåtna enligt nämnda princip endast i de fall arbetsgivaren har godtagbara skäl.⁹⁴ Vad som är att uppfatta som sådana beaktansvärda skäl skiljer sig sannolikt åt beroende på om arbetsgivaren är privat eller statlig. Den offentlige arbetsgivarens möjligheter att få gehör för en omplacering är sannolikt mindre än den privata arbetsgivarens.

12. Avslutande och sammanfattande diskussion: Åter nya frågor till arbetsrätten

Det är ett mänskligt drag att inte alla handlingar eller yttranden är genomtänkta eller för den delen förståndiga. Arbetsdomstolen har genom att tillämpa arbetsrätten och slita tvister mellan arbetsgivare och arbetstagare att hantera uttryck för detta mänskliga drag; det kan handla om arbetstagarens yttrande i hastigt vredesmod, eller en arbetsgivares lika vredgade uppsägning. Vår diskussion om yttrandefrihet och lojalitet i anställningsförhållandet kan därmed sägas ha skett

⁹² Se SOU 2000:80 Offentligt anställdas bisysslor, s. 145 och s. 198: ”De positiva opinionsfriheterna, utom religionsfriheten, hör till de fri- och rättigheter som enligt regeringsformen under vissa förutsättningar kan inskränkas genom lag. Sådan lagstiftning ska följa en särskild procedur. Bisysseförbudet i LOA har uppenbarligen inte ansetts kunna innebära en sådan begränsning. I varje fall förekom av förarbetena att döma ingen diskussion om denna fråga vid nya LOA:s tillkomst. LOA har inte betraktats som en rättighetsbegränsande lag. Att stoppa förtroendeskadliga bisysslor tillhör inte de ändamål som enligt RF kan rättfärdiga en inskränkning av fri- och rättigheterna.”

⁹³ KRUS [Kompetensrådet för utveckling i staten] [S. Öman] (2011) ”Vad är lagligt? En arbetsrättslig vägledning om sexköp och porrkonsumtion i samband med statlig tjänst”, (Diarienummer KRUS 2011/128b) s. 20.

⁹⁴ Se t.ex. AD 2010 nr 52 *Utrikesministerns livvakt*.

mot bakgrund av en av arbetsrättens klassiska uppgifter;⁹⁵ att humanisera arbetet, och, för att tala med den tyske arbetsrättsprofessorn Hugo Sinzheimer (1875–1945) omvandla arbetskraften från ting till människa.⁹⁶

Vi antar att tvister i kölvattnet av att anställda handlat och fält yttranden på Internet kommer att bli vanligt förekommande i framtiden.⁹⁷ En arbetsgivare kan ha ett befogat intresse av att reagera på grund av uttalanden som kommer till dennes kännedom. De rättsliga ramarna för den reaktionen är ännu inte helt fastlagda. Det ligger vidare ett betydelsefullt samhällsintresse i att anställda kan ta till s.k. whistleblowing och avslöja oegentligheter på arbetsplatsen.⁹⁸ På detta område föreligger en rättslig kontaktyta mellan parternas (anställnings-)avtal och medborgarnas rättigheter i relation till staten, och, inte minst, en arbetsrättslig pendang på dialogen mellan svensk och europeisk rätt.⁹⁹

Mot bakgrund av två domar från Arbetsdomstolen har vi diskuterat och problematiserat rättsutvecklingen avseende den arbetsrättsliga lojalitetsplikten och dess möte med de mänskliga rättigheterna.¹⁰⁰ Sammanfattningsvis menar vi att här finns många oklarheter som bör bli föremål för fördjupade analyser. Grunderna för talet om lojalitetsplikter framstår som delvis ostadiga och begrepps-

⁹⁵ J. Malmberg (2010). Vad handlar arbetsrättslig reglering om? [Elektronisk resurs] : en essä om arbetsrättens uppgifter /. Uppsala: Juridiska fakulteten, Uppsala universitet.

⁹⁶ ”Er, [der arbeitende Mensch] der früher nur Sache war, dann zur Person aufstieg, wird durch das Arbeitsrecht zum Menschen nicht in abstrakter Personenform, sondern in konkreter Lebensgestalt”. Uttalandet är återgivet av Hofmann-Dennhardt i A. Höland et al. (2005) Arbeitnehmermitwirkung in einer sich globalisierenden Arbeitswelt. Liber Amicorum Manfred Weiss. BWV, s. 18. Mückenberger har uppmärksammat skillnaden mellan ”work” och ”labour” där det senare avser den varublivna mänskliga aktiviteten medan det andra avser även andra aktiviteter än dem som belönas på arbetsmarknaden. U. Mückenberger ”Towards a post-Viking/Laval manifesto for Social Europe” i M.-A. Moreau & I. Ulasiuk (2011) Before and after the economic crisis. What implications for the ‘European social model’? Cheltenham: Edward Elgar. Jfr för övrigt den nordamerikanska konkurrensrättens regel ”the labor of a human being is not a commodity or article of commerce”, återgiven i R. Fahlbeck (2007) Stridsåtgärder, särskilt sympatiåtgärder, på arbetsmarknaden och kollektiv reglering av anställningsvillkor. En internationell jämförelse Lund: Juristförlaget, s. 60.

⁹⁷ S. Thörne & G. Söderlöf (2010) ”Yttrandefrihet på den landstings- och primärkommunala sektorn – ur ett arbetsrättsligt perspektiv” i K. Ahlberg (red.) Vänbok till Ronnie Eklund Uppsala: Iustus förlag, s. 587–608, diskuterar offentlig sektor utanför staten.

⁹⁸ Jfr S. Gärde (2012) ”Arbetsrättslig modell för skydd för whistleblowers” i T. Madell et al. (red.) Utblick och inblick. Vänbok till Claes Sandgren Uppsala: Iustus förlag, s. 231–243.

⁹⁹ Jfr t.ex. NJA 2005 s. 805 *Pastor Green*.

¹⁰⁰ Vi har använt den etablerade begreppsbildningen trots att vi, i likhet med Lennander, anser att det är oegentligt att sätta etiketten ”lojalitet” på en skyldighet att sätta annans intresse framför sitt eget. Jfr G. Lennander (2010) ”Lojalitetsplikt i insolvensrätten”, Festskrift till Torkel Gregow Stockholm: Norstedts Juridik, s. 203–224, s. 210 f: ”Inom arbetsrätten ställs högre krav på lojalitet än i andra avtalsrelationer. Medan principen om lojalitet enligt sin definition och egentliga innebörd innebär en skyldighet att *beakta* motpartens intressen, har den arbetsrättsliga lojalitetsplikten utvecklats till en skyldighet för arbetstagaren att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget. Denna beskrivning av en lojalitetsplikt, [...] är åtminstone i princip ensidig och [har inte] mycket med ’rättvisa’ att göra” (kursiverat i original).

bildningen varierar i praktiken. Behovet av analyser på detta område är betingat inte minst av det faktum att föreställningar om lojalitet framstår som en produktiv och kreativ del av arbetsrätten. Rättsliga analyser till slitande av tvister inleds med utläggningar om vilka krav i ena eller andra riktningen som lojalitetsplikten innebär. Återkopplingarna till (mycket) äldre tider är här mer eller mindre explicita. Rättsutvecklingen är i hög grad styrd av en samverkan mellan Arbetsdomstolen och den arbetsrättsliga forskningen. Vi menar att samtalet om lojalitet i arbetslivet skulle tjäna på att fler lade sig i det.

I diskussionen om lojalitetsplikt kan det erinras om att *Arbetslivsinstitutet* för nästan exakt tio år sedan föreslagit att LAS skulle tillföras regeln:

Parterna i anställningsförhållandet skall vid fullgörande av sina skyldigheter och vid utövande av sina rättigheter samt i övrigt skäligen beakta och tillvarata varandras intressen. De skall respektera personlig integritet och värdighet. Parterna skall informera och samråda med varandra i frågor som i anställningsförhållandet är av särskild betydelse för motparten.¹⁰¹

Det är oklart om en lagreglering av lojalitetsplikten i sig skulle medföra någon skillnad för de två ovan diskuterade fallen. *Arbetsrättskommittén* menade på sin tid (tidigt 1970-tal) att en regel om lojalitetsplikt skulle komma att bli av en särskild karaktär, och att den skulle bli svårare att utvärdera än andra mer traditionella rättsregler. Innebörden av sådana handlingsnormer är inte för alltid given och det finns ett stort utrymme för skälighetsövervägningar med hänsyn till förändrade värderingar på arbetsmarknaden.¹⁰² Frånvaron av lagregel har inte hindrat en utveckling av rättsläget på denna punkt. Det kommittén antog skulle bli följden av en lagreglering av lojalitetsplikten har realiserats utan agerande från lagstiftarens sida. Det domstolen spåddes kunna göra med en lagregel, har till synes ändå kommit att ske genom utvecklingen av lojalitetsplikten med utgångspunkt i en formulering från Folke Schmidt.

Ramarna för hur yttranden på Internet ska bedömas ur arbetsrättslig synvinkel är ännu inte helt fasta. Oavsett om vår analys av grunderna för lojalitetsplikten är riktig eller inte antar vi att denna kommer att konfronteras med de allt intensivare kraven på skydd för yttrandefrihet i anställningsförhållandet. Detta blir desto mer aktuellt eftersom Internets utveckling bidragit till en allt porösare gräns mellan privatliv och arbetsliv. Det som tidigare betraktades som privat delas nu med världen, och då även kollegor och arbetsgivare. Övergången från industriproduktion till tjänsteproduktion har medfört att inte bara varan utan även utföraren (arbetstagaren) och dennes vandel uppfattas som betydelsefull. Vi förutspår en fortsatt utveckling där arbetsgivarens förväntningar på lojalitet från arbetstagarens sida kommer att avvägas mot arbetstagarens förväntningar

¹⁰¹ Hållfast arbetsrätt, s. 31. Det kan diskuteras vilka slutsatser som bör dras av det faktum att lagförslaget inte genomförts.

¹⁰² SOU 1975:1 Demokrati på arbetsplatsen. Förslag till ny lagstiftning om förhandlingsrätt och kollektivavtal. Betänkande avgivet av arbetsrättskommittén, s. 588.

att utanför arbetet kunna säga vad som faller denne in. I detta sammanhang kommer dialogen mellan Arbetsdomstolen och olika folkrättsliga institutioner, främst Europadomstolen, bli mer betydelsefull.